

rivista di diritto privato

4 anno XXVI - ottobre/dicembre 2021

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Paolo Spada
Giuseppe Vettori

Direzione

Giorgio De Nova
Massimo Franzoni
Enrico Gabrielli
Pietro Antonio Lamorgese
Raffaele Lener
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Stefano Pagliantini
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/5214220 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova, Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno, Paolo Spada, Giuseppe Vettori

Direttore: Giorgio De Nova

Direzione: Giorgio De Nova, Massimo Franzoni, Enrico Gabrielli, Pietro Antonio Lamorgese, Raffaele Lener, Edoardo Marcenaro, Giuseppe Minniti, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio

Comitato di valutazione scientifica: Pietro Abbadesse, Fabio Addis, Maria Teresa Alvarez Moreno, Franco Anelli, Ciro Caccavale, Roberto Calvo, Carmelita Camardi, Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Donato Carusi, Angelo Chianale, Alessandro Ciatti, Mario Cicala, Nicola Cipriani, Paoloefisio Corrias, Carlos De Cores, Francesco Delfini, Enrico del Prato, Angelo Federico, Luis Leiva Fernández, Giovanni Furguele, Andrea Fusaro, Gregorio Gitti, Carlo Ibba, Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli, Enrico Minervini, Massimo Miola, Salvatore Monticelli, Romulo Morales Hervias, Mario Notari, Gustavo Olivieri, Fabio Padovini, Pascal Pichonnaz, Paolo Pollice, Giuseppe B. Portale, Vincenzo Ricciuto, Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi, Federico Tassinari, Daniela Valentino, Gian Roberto Villa, Lihong Zhang, Andrea Zoppini.

Comitato editoriale: Giorgio Afferni, Andrea Azzaro, Ernesto Capobianco, Lisia Carota, Matteo Dellacasa, Fabrizio di Marzio, Massimo Di Rienzo, Amalia Diurni, Aldo Angelo Dolmetta, Fiorenzo Festi, Antonio Fici, Giancarlo Laurini, Giorgio Lener, Renato Marini, Giacomo Oberto, Paolo Pardolesi, Andrea Pisani Massamormile, Mariano Robles, Rita Rolli, Renato Rordorf, Luigi Salamone, Luigi Salvato, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Marco Tatarano, Giovanni Maria Uda, Carlo Venditti, Francesco Venosta, Fabrizio Volpe

Redazioni

Roma: Maria Barela, Marco Nicolai, Benedetta Sirgiovanni

Bari: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione

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

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

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

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

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

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. – Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

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

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,

Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

INFORMATIVA SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Informativa ex art. 13 Codice Privacy ed ex artt. 13 e 14 del Regolamento UE 27 aprile 2016 numero 679 ("GDPR")

L'informativa completa è disponibile e scaricabile dal sito ufficiale della Rivista (<http://www.rivistadirittoprivato.it>).

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato secondo il sistema "double blind", in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR, da un soggetto terzo, di volta in volta, individuato dalla Direzione, secondo le sue specifiche competenze nelle aree tematiche di pertinenza del contributo sottoposto a valutazione nell'ambito del Comitato di Valutazione composto da soggetti autonomi rispetto agli Organi della Rivista. Solo in casi eccezionali la Direzione assume direttamente la responsabilità della pubblicazione segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore, o un componente della Direzione, invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati preferibilmente fra i componenti del Comitato di Valutazione.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

Regole per l'autore soggetto a revisione: ciascun autore che invia un articolo deve segnalare se il proprio nome è presente nelle proprietà nascoste del file; indicare quali parti dell'articolo potrebbero rivelare la sua identità e mettere in evidenza la presenza nelle note di eventuali rimandi alle proprie opere.

CODICE ETICO

Il **Codice Etico** è disponibile e scaricabile dal sito ufficiale della Rivista (<http://www.rivistadirittoprivato.it>).

rivista di diritto privato

2021

Comitato scientifico

Giorgio De Nova

Enrico Gabrielli

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Paolo Spada

Giuseppe Vettori

Direzione

Giorgio De Nova

Massimo Franzoni

Enrico Gabrielli

Pietro Antonio Lamorgese

Raffaele Lener

Edoardo Marcenaro

Giuseppe Minniti

Stefano Pagliantini

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

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

SOMMARIO 4/2021

Saggi e pareri

Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto <i>di Nicola Cipriani</i>	487
L'indennità di esproprio <i>di Paolo Stella Richter</i>	505
L'indennità di espropriazione e l'apologo di Menenio Agrippa <i>di Giovanni Leone</i>	511
Donazione e liberalità: un tentativo di lettura <i>sistematizzante</i> <i>di Rosario Franco</i>	577
Notazione sull'attività conciliativa (e non sul potere) del giudice: la svolta per l'affermazione del valore effettivamente sociale della giustizia? <i>di Irene Coppola</i>	627

Indice Generale 2020

Indice delle rubriche	641
Indice analitico	644
Indice degli autori	647

Saggi e pareri

Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto^{*}

di Nicola Cipriani^{**}

Abstract. The essay ponders about the “meritevolezza” as an essential requirement of the contract, and highlights its essential role in verifying the link between the contractual rule and constitutional axiology. The author focuses on some of the problems more frequently examined by scholars and case-law in order to verify the validity of the different theories.

SOMMARIO: 1. Premessa. Il recente dibattito sulla meritevolezza del contratto: gli interrogativi ricorrenti quale traccia per una riflessione. – 2. Autonomia privata e ruolo del giudizio di meritevolezza. – 3. Il contenuto e i parametri del sindacato sulla meritevolezza del contratto. – 4. Applicabilità del giudizio di meritevolezza ai soli contratti atipici o anche ai contratti tipici. Il caso delle clausole claims made nei contratti di assicurazione. – 5. La meritevolezza negli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. – 6. Conclusioni.

1. La tematica del giudizio di meritevolezza del contratto pone l'interprete di fronte a una riflessione complessa e nello stesso tempo di stringente attualità, chiamandolo a misurarsi con un panorama di opinioni di dottrina e giurisprudenza estremamente vario e connotato da approcci spesso molto diversi¹. Tale varietà di

^{*} Questo saggio è destinato agli Scritti in onore di Giuseppe Vettori.

^{**} Prof. Ordinario di Diritto Privato, Università LUM G. Degennaro.

¹ Per le varie prospettive, oltre ai contributi che si richiameranno nel prosieguo, con particolare riferimento al dibattito più recente sul tema v. innanzi tutto LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 615 ss.; ID., *Il nuovo “corso” giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 221 ss.; MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2019; MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2017; MAISTO, *Per una teoria dell'osmosi tra la clausola generale della meritevolezza contrattuale e il principio costituzionale di ragionevolezza delle pretese giustiziabili*, in *Ann. Sisdir*, 2018, p. 123 ss.; FRANZONI, *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, in *Jus civile*, 2017, p. 410 ss.; POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in G. PERLINGIERI, D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'associazione dei dottorati di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 394 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss.; GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 573 ss.; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 789 ss.; GALLO, *Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto*, in CONTE, LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furguele*, III, Mantova, 2017, p. 57; LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Arch. ricerche giur.*, 2016, p. 195 ss. (che si legge in edizionicafoscari.unive.it).

posizioni, del resto, non può sorprendere, se appena si pensa che il tema costituisce una declinazione di una problematica, quella della causa, da sempre tra le più travagliate, discusse e sfuggenti della teoria del contratto.

Negli ultimi anni il dialogo tra dottrina e giurisprudenza sull'argomento si è fatto serrato: anzi, proprio alcuni interventi in sede giurisdizionale², nel raccogliere gli spunti della dottrina³, hanno dimostrato l'utilità del concetto, che a lungo era rimasto un po' sonnecchiante, in una sostanziale identificazione con la liceità.

Volendo tentare – con una necessaria semplificazione – di tracciare un percorso ricostruttivo, si può prendere le mosse da alcuni interrogativi, che costituiscono del resto delle costanti nelle riflessioni sull'argomento: in che cosa consiste e a che cosa serve il giudizio di meritevolezza; se esso debba riguardare soltanto i contratti atipici o anche quelli tipici; se il giudizio di meritevolezza conosca delle particolari 'declinazioni', in relazione a ipotesi peculiari e a norme diverse dall'art. 1322 c.c.

2. Il primo degli interrogativi che si sono appena tracciati impone una retrospettiva. Infatti, è stato correttamente osservato⁴ che la definizione del concetto di meritevolezza è sempre stata legata al ruolo che di volta in volta si è assegnato all'autonomia negoziale. Del resto, che il riconoscimento di un potere regolativo ai privati non possa tradursi *sic et simpliciter* nel recepimento da parte dell'ordinamento di qualsivoglia contenuto purché non illecito è dato acquisito almeno dal tempo della 'causa sufficiente' di Pothier, che scardinava l'idea del "*solus consesus obligat*"⁵.

² Si pensi, per tutte, all'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite del 19.1.2018, n. 1465 (per i riferimenti alla quale v. *infra*, nota 40) con la quale la terza sezione della Corte di Cassazione ha sollecitato un nuovo intervento chiarificatore in materia di clausole *claims made*, nonché alla conseguente Cass., S.U., 24.9.2018, n. 22437 (riferimenti *infra*, nota 41) con la quale i giudici di legittimità sono (nuovamente) intervenuti nel tentativo di risolvere le aporie che connotano il modello assicurativo. Sul tema, anche per ulteriori riferimenti, v. *infra*, § 4.

Altro filone nel quale si è puntato su un rinnovato ruolo della meritevolezza è quello dei contratti di intermediazione finanziaria, nei quali la non corretta distribuzione dell'alea contrattuale è stata sovente reputata ragione di immeritevolezza del contratto: v. ad es. Cass., ord., 30.9.2015, n. 19559, in *Banca borsa*, 2016, II, p. 137, con nota di TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*.

In argomento, tra i molti, e in una ovvia varietà di ricostruzioni v. in particolare MAFFEIS, *La causa del contratto di interest rate swap e i costi impliciti*, in *dirittobancario.it*, 2013; DI RAIMO, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 308 ss.; PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 383 ss.; MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari*, in *Banca borsa*, 2018, p. 180 ss.; TUCCI, *La meritevolezza degli interessi nella prestazione dei servizi di investimento*, in VOLPE (a cura di), *Il giudice e la meritevolezza del contratto*, in corso di stampa, §§ 1 ss.

³ Per una pregevole riflessione sulla necessità del rapporto dialogico tra legislatore, dottrina e giurisprudenza, nella specifica prospettiva che in questa sede rileva, v. le recenti pagine di VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid juris?*, in RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018, p. 701 ss.

⁴ M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, cit., p. 789 ss.

⁵ Cass., 28.4.2017, n. 10506, (in *Foro it.*, 2017, I, c. 1927, con nota di PALMIERI e PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*; *ivi*, 2017, I, c. 2721, con nota di TASSONE, *Ulteriori note sulle claims made: la*

Orbene, in sede di codificazione il requisito della meritevolezza degli interessi fu pensato quale elemento di controllo del fatto che l'autonomia privata si muovesse in un perimetro tale da assicurarne anche l'apprezzabilità sociale, ovviamente nella prospettiva di verificarla alla luce dei principi di riferimento del legislatore dell'epoca⁶. È ben noto come la stessa relazione al Re tenesse questo profilo chiaramente distinto dalla liceità, intesa come non contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume⁷.

*trama si infittisce e ancora non se ne esce; in Contr., 2017, p. 383 ss., con nota di CARNEVALI, La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità; in Resp. medica, 2017, p. 237 ss., con nota di PARTENZA, La clausola claims made e le sezioni dis-unite della suprema corte: l'insostenibile incertezza del mercato; in Danno e resp., 2017, con note di PALMIERI e PARDOLESI, Claims made, «code lunghe» e ostracismi giudiziali, p. 441 ss.; MONTICELLI, Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola, p. 452 ss.; LOCATELLI, Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi, p. 461 ss.; GRECO, La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza, p. 469 ss.; in Gazzetta for., 2017, p. 211 ss., con nota di SCUOTTO, Sulla immeritevolezza della clausola claims made priva di postuma inserita in un contratto di assicurazione; in Corriere giur., 2017, con note di FACCI, Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati), p. 1191 ss.; e di MAGNI, Il contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made non è meritevole di tutela se non è prevista la garanzia postuma (ovvero la III sezione corregge le Sezioni Unite), p. 1208 ss.; in Nuova giur. comm., 2017, p. 1383 ss., con nota di LOCATELLI, Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza; in Banca borsa, 2017, II, p. 667 ss., con nota di DE LUCA, Richieste postume e immeritevolezza delle claims made - Nomofilachia o disorientamento?; in Giur. comm., 2018, II, p. 973 ss., con nota di BOITI, Alcune riflessioni sulla distinzione tra giudizio di liceità e giudizio di meritevolezza e clausole claims made) ha di recente rilevato che «[l']immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII *ad edictum*, ovvero *non omne quod licet, honestum est* (Dig., 50, XVII, 144)».*

⁶ V. sul punto le pagine di CALVO, *Causa e meritevolezza*, in VOLPE (a cura di), *Il giudice e la meritevolezza del contratto*, in corso di stampa, §§ 1 ss.

⁷ La relazione del Guardasigilli al codice civile, al n. 613, affermava che «la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto (ché allora non sarebbe ipotizzabile alcun negozio senza una causa), ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'articolo 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica».

Peraltro, proprio la Relazione al Re probabilmente contribuì a favorire la deriva interpretativa che, ponendo al centro l'idea della causa 'in astratto', finì con il depotenziare l'elemento della meritevolezza, così in definitiva tradendo l'impostazione bettiana che ne aveva costituito l'ispirazione. Emilio Betti, infatti, nel definire la causa come funzione economico sociale del contratto, non ne affermava la valutazione in astratto ma, piuttosto, richiedeva che essa coniugasse l'interesse individuale con un interesse sociale (*Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 33 ss.; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., rist. 1960, p. 389 ss.). Sul punto, e sui travisamenti che non di rado hanno caratterizzato le ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza, v. in particolare G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impresa*, 2017, p. 21 ss., spec. p. 42 ss.; PENNASILICO, *Dal «controllo» alla «conformazione» dei*

Questo evidentemente consentiva di fare della meritevolezza degli interessi un elemento necessario della causa del contratto, la cui mancanza comporta, per l'appunto, un *deficit* causale rilevante *ex art.* 1418, cpv., c.c. Il contratto non deve avere semplicemente una causa, ma deve avere una causa che generi un assetto di interessi 'meritevole di tutela' secondo l'ordinamento: 'meritevole di tutela', ossia idoneo a far scattare la protezione e il riconoscimento degli effetti da parte dell'ordinamento. A questa stregua, nella meritevolezza confluisce innanzi tutto il tema della 'causa sufficiente', o 'adeguata', o 'idonea', in una parola della solidità causale minima che l'ordinamento richiede per assicurare la produzione di effetti giuridici⁸.

Questa prospettiva è contrastata da una consolidata opinione, tuttora autorevolmente sostenuta, secondo la quale così ragionando si promuove una «*concezione dirigistica e paternalistica dell'autonomia privata*», mentre il giudizio sulla meritevolezza deve sostanzialmente sovrapporsi a quello sulla liceità, sì che «"interessi meritevoli" di tutela *ex art.* 1322² sono tutti quelli che *pur privi di positiva utilità sociale, non siano neppure socialmente dannosi e perciò illeciti*»⁹.

È appena il caso di sottolineare che la questione chiama in causa una riflessione sui massimi sistemi che in questa sede può essere soltanto accennata¹⁰, con alcune inevitabili semplificazioni e con dei sicuri impoverimenti. Il punto, come si diceva poc'anzi, è nel ruolo che si deve assegnare all'autonomia privata: nel sistema costituzionale, l'efficacia giuridica dell'atto di autonomia non può più essere colta, secondo

contratti: itinerari della meritevolezza, in VOLPE (a cura di), *Il giudice e la meritevolezza del contratto*, in corso di stampa, §§ 2-3; MAIOLO, *La causa come significato del contratto. Assenza e illiceità della causa: considerazioni sulla dottrina di Emilio Betti*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2013, p. 569 ss.

⁸ In questa prospettiva possono riportarsi nell'alveo del problema della meritevolezza anche le ipotesi nelle quali il *deficit* funzionale dell'accordo viene risolto dal legislatore mediante un rafforzamento della struttura della fattispecie: è il caso dei contratti reali, o almeno di quei contratti reali nei quali la consegna è prevista per l'appunto per dare maggiore solidità e oggettività alla fattispecie. Si pensi al deposito gratuito, al comodato, al mutuo gratuito, in relazione ai quali la dottrina storicamente si interroga sulla ammissibilità di un 'doppio' consensuale dei contratti reali, fornendo (neanche a dirlo...) soluzioni contrastanti. Da un lato vi è chi ritiene che lo schema tipico sia derogabile (MANZINI, *Sui contratti reali a titolo gratuito*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 943 ss., spec. p. 971 ss.; MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1999, p. 47; ID., *Consegna e forma nei contratti reali*, in *Arch. giur.*, 1993, p. 359 ss., spec. p. 423 ss.; CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova, 1998, p. 267 ss.), dall'altro chi, con argomenti più convincenti, individua nella consegna un elemento che l'ordinamento reputa indispensabile perché la fattispecie abbia quella solidità causale minima per la produzione di effetti (SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca borsa*, 1971, p. 502 ss., spec. p. 547 ss.; ID., *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3^a ed., Torino, 2004, I, p. 872 ss.). Così, il comodato o il deposito gratuito consensuali esattamente come la donazione di modico valore priva di consegna, non sono ammissibili perché, molto semplicemente, le mere promesse di comodare o di ricevere in deposito, ovvero di donare, non sono 'meritevoli di tutela' giuridica.

⁹ ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, 2^a ed., Milano, 2011, p. 346, corsivi nel testo. Nella medesima direzione, tra gli altri, v. spec. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, p. 110 s.; GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 ss.

¹⁰ Per una efficace ricostruzione v. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. CNN* P. Perlingieri, Napoli, 2008, pp. 1 ss., 175 ss.

lo schema bettiano, nel binomio fattispecie (prodotta dai privati) – effetto (determinato dall'ordinamento), ma va configurata come momento di espressione di un potere regolativo. Tale potere, tuttavia, non è autoreferenziale e non può considerarsi espressione di un valore in sé¹¹, dovendo pur sempre trovare la propria giustificazione nei principi posti a fondamento del sistema¹². L'imprescindibilità del legame tra regola e principio – sia per la norma di legge sia per la norma posta dai privati – comporta che, quanto meno da questo specifico punto di vista, l'attività dell'interprete di fronte ai due fenomeni è simile: in entrambi i casi, l'interpretazione, che per sua natura si svolge in funzione applicativa, deve essere sistematica e assiologica¹³.

Così, da un lato la norma di legge è sottoposta al giudizio di legittimità, nel quale trova non soltanto il suo limite, in caso di contrasto insanabile e quindi di illegittimità, ma anche un fondamentale canone interpretativo, che ne consente e anzi ne impone la lettura "costituzionale"¹⁴. Dall'altro lato la regola posta dall'atto di autonomia trova il proprio fondamento assiologico¹⁵ in una verifica di compatibilità con il sistema che deve essere svolta sia in negativo (non essere contraria a norme imperative, ordine pubblico, buon costume), sia in positivo (attuare in concreto interessi meritevoli di tutela); e anch'essa, in questa operazione, trova non soltanto il suo possibile limite (illiceità, immeritevolezza), ma anche un fondamentale canone ermeneutico, che ne consente e ne impone la lettura o la rilettura alla luce dei principi¹⁶.

¹¹ All'opposto, individua nell'autonomia negoziale un valore dell'ordinamento, «che in quanto tale necessita di essere bilanciato con altri valori», M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, cit., p. 803 ss.

¹² Per tutti v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 314 ss.; ID., *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 597; ID., *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Ann. Sisdic*, 2017, p. 14 ss.

¹³ P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 111 ss., 289 ss., 568, 581; ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 1 ss.; ID., *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 423 ss.; ID., *Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili*, ivi, 2014, p. 770 ss.; PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 133 ss.

¹⁴ In questa prospettiva, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 553 ss.; ID., *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, cit., p. 593 ss. Nello stesso senso, v. anche GROSSI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 919; G. PERLINGIERI, *Sul giurista che come «il vento non sa leggere»*, ivi, 2010, p. 398.

¹⁵ In tal senso in particolare P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.; BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto. Art. 1362-1371*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, rist. 2013, p. 13.

¹⁶ Quanto appena rilevato induce a svolgere una breve riflessione per chiarire il diverso ruolo che assumono l'interpretazione secondo buona fede e il giudizio di meritevolezza. Entrambi si caratterizzano quali momenti di verifica e di raccordo tra la regola privata e i principi fondamentali, ma si muovono su piani par-

Il giudizio di meritevolezza è quindi giudizio che si svolge non in negativo, come quello di liceità, bensì in positivo¹⁷, avendo ad oggetto il fatto che il contratto, o se del caso la singola regola negoziale, attui in concreto interessi meritevoli di tutela in quanto ricollegabili ai principi fondamentali del sistema.

Qui va innanzi tutto rimarcato un dato, che spesso è oggetto di equivoco in dottrina e, ancor più di frequente, in giurisprudenza: la meritevolezza è giudizio che va reso alla luce dei principi fondamentali, ma in positivo. Il contratto o la clausola che violino ingiustificatamente un principio costituzionale (ingiustificatamente nel senso di non trovare giustificazione in uno o più altri principi) non sono immeritevoli ma, più semplicemente, illeciti: in ragione della loro diretta applicabilità, i principi costituzionali sono norme inderogabili e comunque espressive dell'ordine pubblico, quindi la loro violazione comporta nullità per illiceità¹⁸. Immeritevole è invece il contratto o la clausola che crea un assetto di interessi che, pur non essendo illecito, non risulta attuativo – in positivo – di alcun principio.

zialmente diversi. Si potrebbe dire che l'attività dell'interprete nell'operare il giudizio di meritevolezza conduce a un risultato paragonabile a quello che, in relazione a una norma di legge, svolge una sentenza della Corte Costituzionale di accoglimento (se il contratto è reputato non meritevole, quindi sanzionato con l'invalidità) o di rigetto (se il contratto è reputato meritevole, quindi valido). Diversamente, l'operare della buona fede interpretativa produce un risultato più simile a quello ottenuto, sempre in relazione alla norma di legge, mediante una sentenza interpretativa o mediante una sentenza additiva: il regolamento incompatibile con i principi viene, nei limiti del possibile, parzialmente riletto, o se si preferisce riscritto, in una formulazione che ne preservi la compatibilità con il sistema costituzionale. Di conseguenza l'interpretazione secondo buona fede, nella misura in cui attiene alla fase della ricostruzione del regolamento contrattuale, si colloca in un momento che, sul piano logico, precede quello della verifica di meritevolezza. Per converso, mentre nell'interpretazione secondo buona fede può trovare spazio una attività conformativa del regolamento, ciò non dovrebbe accadere nel giudizio di meritevolezza.

Naturalmente l'individuazione della linea di confine tra i due momenti costituisce un aspetto problematico e che divide la dottrina. Contrario al riconoscere uno spazio all'intervento correttivo in sede di interpretazione è GENTILI, *Senso e consenso*, Torino, 2015, p. 581 ss., il quale rileva che «l'interpretazione correttiva è non solo esclusa ma è una sgrammaticatura della grammatica giuridica. Non è interpretazione ma invalidazione». Diversamente, tra gli altri, PENNASILICO, *L'interpretazione tra legge e contratto. Spigolando da «Senso e consenso» di Aurelio Gentili*, in ID. (a cura di), *L'interpretazione tra legge e contratto. Dialogando con Aurelio Gentili*, Napoli, 2019, p. 11 ss., spec. p. 29 ss.

Sul tema sia consentito rinviare a N. CIPRIANI, *Buona fede e interpretazione*, in RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., p. 413 ss.

¹⁷ Si tratta di una prospettiva largamente condivisa in dottrina. Per un'ampia trattazione si rinvia, in particolare, a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 346 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss.; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, cit., p. 792 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 58 ss.; POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, cit., p. 402; MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza*, cit., p. 23 ss.

¹⁸ Del tutto condivisibili le riflessioni svolte in questo senso da POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, cit., p. 400 ss.; FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in ID., G. PERLINGIERI (a cura di), *Il contratto. Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto privato*, Napoli, 2019, p. 251 ss., spec. p. 253 ss.

3. Nelle pagine precedenti si è rilevato come il controllo di meritevolezza sulla regola privata si possa paragonare al controllo di legittimità costituzionale sulla norma di legge. Questo parallelismo significa che la verifica di meritevolezza richiede di svolgere una indagine a) su tutti gli interessi che la negoziazione coinvolge, quindi b) su tutti i valori di riferimento, sulla loro gerarchia e sul loro corretto bilanciamento¹⁹, nonché c) sul fatto che la regolazione del rapporto sia attuativa di quei valori entro il perimetro disegnato dalla gerarchia assiologica del sistema. Di conseguenza, quello che è meritevole in un dato assetto di interessi e in un dato contesto assiologico può non esserlo, o addirittura essere illecito, se inserito in una diversa negoziazione²⁰.

Costituisce affermazione ricorrente quella per la quale il giudizio di meritevolezza va improntato guardando ai principi fondamentali²¹ e, specificamente, all'adeguato rispetto dei valori di solidarietà economico-sociale e alla loro giusta prevalenza, nell'assetto di interessi realizzato dalla concreta negoziazione, sui valori che l'assiologia costituzionale considera ad essa subordinati e serventi²². Si tratta di una impostazione che va condivisa, con la precisazione che ciò non deve tradursi anche nell'idea che il giudizio in questione consista in una «verifica del perseguimento di interessi pubblici, collettivi, generali, portati dalla Costituzione, ed in particolare dagli articoli 2, 3, 41, 42 e 47, e dai trattati europei»²³. Al contrario, «affermare che l'autonomia negoziale (come ogni altra situazione patrimoniale) è 'funzionalizzata'

¹⁹ In questa prospettiva, denso di spunti è il contributo di MAISTO, *Per una teoria dell'osmosi tra la clausola generale della meritevolezza contrattuale e il principio costituzionale di ragionevolezza delle pretese giustiziabili*, cit., p. 123 ss., il quale sostiene la assimilabilità «tra la categoria codicistica della meritevolezza e il costrutto di matrice costituzionalistica della ragionevolezza».

²⁰ Si pensi, ad esempio, alle normative in materia di trapianti da donatore vivente. Il tradizionale divieto posto dall'art. 5 c.c. trova un limite nelle ipotesi degli atti con i quali si acconsente alla dazione di un organo del proprio corpo per finalità solidaristiche: rimosso dalla legge il limite di liceità, l'atto di disposizione è reputato meritevole esclusivamente se effettuato senza corrispettivo, perché soltanto in questa ipotesi se ne può collocare il fondamento nella solidarietà. Si deve peraltro rilevare che in questo contesto la dettagliata disciplina normativa comporta un complesso intreccio dei profili di liceità e meritevolezza, che comunque restano pur sempre distinti.

Sul tema v. le interessanti riflessioni di POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, cit., p. 406 ss., il quale si sofferma anche sul distinto profilo della possibile immeritevolezza dei trattamenti sanitari (ad es. un trattamento estetico) che, pur astrattamente leciti in quanto non comportanti diminuzione permanente dell'integrità fisica, non consentano di esprimere una valutazione positiva in termini di rispondenza ai principi fondanti l'ordinamento.

²¹ Anche per tutti i riferimenti, v. ancora la ricostruzione di MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza*, cit., p. 20 ss.

²² MAISTO, *Per una teoria dell'osmosi tra la clausola generale della meritevolezza contrattuale e il principio costituzionale di ragionevolezza delle pretese giustiziabili*, cit., p. 131 s.

²³ Così, nel ricostruire il dibattito, ma in senso critico, MINERVINI, *Meritevolezza degli interessi e contratto*, in VOLPE (a cura di), *Il giudice e la meritevolezza del contratto*, in corso di stampa, § 3. Critica l'idea di un controllo di meritevolezza specificamente orientato a verificare che il contratto «realizzi finalità pubbliche» anche CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 4ª ed., Torino, 2014, p. 234. Più di recente, nella medesima direzione, altresì GUAGLIONE, *Il contratto. Sistema del diritto civile*, Torino, 2018, p. 337, sottolinea come

non equivale a negarne il riconoscimento o a pretendere che ogni atto negoziale abbia quale fine ultimo il perseguimento di un interesse pubblico. Si tratta, piuttosto, di valutare se la regola del caso sia positivamente valutabile nel sistema nel quale essa è riconosciuta. Compete all'interprete, di volta in volta, controllare la meritevolezza dell'atto, valutando in concreto la diversa incidenza dell'interesse pubblico, nella consapevolezza che il 'peso' di tale interesse sarà maggiore in quei rapporti che incidono direttamente su diritti inviolabili (si pensi ai contratti di lavoro, ai contratti di assistenza medica, ai contratti di locazione ad uso abitativo)»²⁴.

Invero, la verifica del rispetto della gerarchia dei valori posti a fondamento dell'ordinamento può e deve ben riguardare anche la adeguata tutela di interessi individuali, e ciò rimane vero non soltanto quando la negoziazione contrapponga interessi (e corrispondenti valori) riconducibili alla tutela della persona e interessi di matrice più strettamente patrimoniale, ma anche quando questa contrapposizione riguardi interessi omogenei e tocchi, quindi, un profilo strettamente quantitativo. In questa prospettiva la meritevolezza resta anche strumento di controllo della solidità e della sufficienza causale²⁵: non pare di dover dubitare del fatto che quella verifica di adeguatezza sia tesa a controllare la sussistenza di un assetto che, non soltanto sotto il profilo qualitativo, ma ove occorra anche sotto il profilo quantitativo e

l'idea che il potere di controllo sugli atti di autonomia fosse concesso al giudice a tutela di interessi pubblici emergeva in controluce da alcuni passi della Relazione al Re.

²⁴ Così P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., p. 214.

²⁵ Su questo profilo, si rende opportuna una precisazione ulteriore: spesso si legge in dottrina che la categoria della meritevolezza è abusata perché in realtà alcune fattispecie integrerebbero direttamente un difetto di causa. In proposito, ci si deve intendere: si può discorrere di difetto di causa in termini di *deficit* funzionale, nel senso che ciò che le parti vogliono fare è in concreto destinato a incontrare un problema funzionale («la causa non può esplicare la sua funzione» diceva SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1989, pp. 183-184), sul piano della produzione degli effetti (ad es., la *datio in solutum* in caso di inesistenza dell'obbligazione pagata; la vendita di una cosa che è già di proprietà dell'acquirente o di una cosa che non esiste); oppure in termini di un progetto funzionale delle parti che l'ordinamento reputa inadeguato a produrre effetti giuridici in quanto non adeguato, non sufficiente, non congruo. In altre parole, non meritevole di tutela. In questo secondo caso abbiamo certamente un *deficit* causale, che è però un *deficit* di meritevolezza e racchiude le ipotesi nelle quali manchi proporzionalità, la razionalità del contratto, perché in questi casi il contratto – anche se non è contrario a norme imperative, ordine pubblico, buon costume – funzionalmente non è teso a generare alcun assetto di interessi che l'ordinamento reputa meritevole.

Orbene, con il passaggio alla teoria della causa in concreto, si tratta di fare una scelta di campo, o nel senso di comprimere lo spazio della meritevolezza a favore della mancanza di causa in concreto (come propone ad esempio LENER, *Il nuovo «corso» giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, cit., § 4), ovvero al contrario, e come pare preferibile, nel senso di riportare le ipotesi di *deficit* funzionale concreto proprio all'interno della categoria logica del difetto di meritevolezza.

Per un chiaro esempio di come la linea di confine tra mancanza della causa e sua immeritevolezza sia sovente una mera questione di prospettiva, v. le pagine di DI RAIMO, Interest rate swap, *teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?*, cit., p. 308 ss., in commento alla decisione di App. Milano, 18 settembre 2013, *ivi*, p. 295 ss., che aveva per l'appunto dichiarato la nullità di un contratto di i.r.s. per difetto di causa.

quindi in chiave di proporzionalità²⁶, bilancia gli interessi coinvolti e i valori cui essi si ricollegano, in una modalità compatibile con la gerarchia assiologica del sistema.

4. Altro aspetto da considerare è la questione dell'ambito di applicazione del giudizio di meritevolezza e, in particolare, se esso debba riguardare esclusivamente i contratti atipici o vada esteso anche ai contratti tipici. Come è noto, infatti, secondo l'impostazione tradizionale e tuttora diffusa, il controllo di meritevolezza dovrebbe guardare, più che alla causa concreta, al tipo negoziale, ossia all'astratto assetto di interessi creato dalle parti²⁷. Per questo, per i contratti nominati il problema delle meritevolezza sarebbe risolto a monte dal legislatore²⁸.

Secondo una diversa prospettiva, che si ritiene senz'altro di dover condividere, invece, il giudizio di meritevolezza, nel riguardare il profilo strettamente causale, dovrebbe essere svolto per tutti i contratti, anche quelli tipici²⁹. In questa direzione, del resto, la migliore dottrina non da oggi ha messo in evidenza come la contrapposizione forte tra tipicità e atipicità sta progressivamente sfumando e non si presta ad essere posta a solido fondamento di una simile diversità di disciplina³⁰. Depongono

²⁶ In tal senso P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., p. 216 s.

²⁷ GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52 ss., spec. p. 64 ss.

²⁸ SACCO, *Interesse meritevole di tutela*, in *Digesto civ.*, Agg., IV, Torino, 2009, p. 318 ss. L'autorevole A. trova forzata l'idea stessa della categoria del negozio non illecito, ma ciò nonostante non consentito e non legittimo. Finisce con il ritenere (p. 321) che l'art. 1322 «avverte che non sfugge la nullità colui che, senza costituire il rapporto vietato, conclude il contratto che vuole proteggere quello stesso interesse con un rapporto diverso da quello che corrisponde al contratto tipico». In definitiva, la prospettazione sembrerebbe porre il problema della meritevolezza degli interessi non soltanto come riferito esclusivamente ai contratti atipici, ma sostanzialmente teso a garantire un tipo di intervento che è quello caratteristico del divieto di contrattare in frode alla legge. E infatti, interrogativo finale che l'autore si pone è se «poteva il legislatore risparmiare l'articolo 1322, e lasciare che l'elusione del divieto fosse repressa tramite l'art. 1344, che previene i contratti conclusi in frode alla legge?», e la risposta è «sì, avrebbe potuto farlo», rilevando altresì che la formula dell'art. 1344 c.c. incontra una serie di restrizioni che inducono a reputare comunque utile la presenza dell'art. 1322.

Naturalmente, non è questa la sede per avviare una disquisizione di sistema sulla causa del contratto. Tuttavia, si può affermare che una diversa costruzione consente di rilevare come la prospettazione della causa in concreto comporti un sostanziale svuotamento dei contenuti dell'art. 1343, sì che a ben vedere la stessa logica della frode alla legge, essenziale ai fini di una teoria della causa che puntasse sulla valutazione in astratto della medesima, è norma della quale oggi come oggi si potrebbe serenamente fare a meno, ben più di quanto non accada per l'art. 1322.

²⁹ P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 189 s.; nella medesima direzione, tra i molti, v. in particolare CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, p. 49 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 54 ss., spec. p. 58 s.; più di recente, MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza*, cit., p. 11 ss.

³⁰ P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, ora in ID., *Il diritto dei contratti tra persone e mercato*, Napoli, 2003, p. 389 ss.

Ulteriori sviluppi sul tema si rinvengono in G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 529 ss.; FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, in C. PERLINGIERI, RUGGERI

nel senso del suo superamento una serie di rilievi: si tratta di una prospettiva figlia della logica della fattispecie e del metodo ermeneutico della sussunzione, che sono non da oggi in crisi³¹ e da abbandonare³². I problemi che riguardano lo squilibrio, la ragionevolezza e la proporzionalità mal si conciliano con le chiavi di lettura che fanno riferimento alle categorie della tipicità o atipicità. Anzi, è proprio la stessa affermazione della teoria della causa in concreto³³ che induce a privilegiare un approccio in termini di interessi³⁴, di funzioni più che di strutture, come invece richiede la logica del tipo. Anche l'impatto delle discipline di matrice comunitaria privilegia una definizione dei problemi incentrata sugli effetti piuttosto che sulla fattispecie. E naturalmente rileva, anche da questo punto di vista, il ruolo della Costituzione che, come si è osservato, impedisce di discorrere di autonomia come dogma in sé.

La prospettiva favorevole all'estensione del giudizio di meritevolezza ai contratti tipici trova un riscontro crescente nelle opinioni della dottrina, al punto che francamente pare di poter aggiungere poco a un dibattito che ha già ampiamente sviscerato il problema. Pertanto, in questa sede pare più proficua una breve riflessione su alcuni interessanti spunti offerti dalla giurisprudenza.

In particolare, emblematica è la parabola interpretativa che ha di recente interessato le clausole c.dd. *claims made* nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile, da un lato dando prova di come il dibattito che anima la dottrina trovi riscontro anche in sede giurisdizionale; dall'altro lato offrendo una prospettiva pratica per testare le diverse ricostruzioni sul giudizio di meritevolezza³⁵, così fornendo una

(a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 165 ss.; FACHECHI, *Il problema della disciplina applicabile tra tipicità e atipicità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1185 ss.

³¹ Sul tema della crisi della fattispecie, in chiave critica, v. le riflessioni di RICCI, *La rinascita del caso sulle ceneri delle leggi precise: considerazioni sulla crisi della fattispecie*, in ID. (a cura), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., p. 851 ss.

³² In merito, già da tempo, P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. e giur.*, 1975, p. 826 ss.

Osserva VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 5 ss., spec. p. 18, «la fine della fattispecie e di un diritto basato sulla prevedibilità e astrattezza non pone fine al lavoro del giurista ma esige solo che il passaggio dalla legge ai principi e ai valori adotti i modi e le tecniche di una nuova argomentazione giuridica».

³³ Sui riflessi che la teoria della causa in concreto determina in relazione alla perdita di centralità del concetto di tipicità, v., spec., P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 351 ss.; più di recente, CLARIZIA, *Valutazione della causa in concreto e superamento del tipo legale*, in G. PERLINGIERI, CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'interpretazione secondo costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, *Diritti reali. Obbligazioni. Autonomia negoziale. Responsabilità civile*, Napoli, 2012, p. 411 ss.; POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, cit., p. 393 s.

³⁴ FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, cit., p. 254 ss.

³⁵ Come opportunamente sottolinea MAISTO, *Di nuovo sull'assimilazione della meritevolezza alla ragionevolezza: il caso delle clausole claims made*, in *ildiritto degli affari.it*, 2018, p. 8; MARTONE, *Il travagliato itinerario delle clausole claims made*, in *Riv. dir. mercato ass. e fin.*, 2019, p. 53 ss., spec. p. 116.

preziosa occasione per fare alcune puntualizzazioni. Ancora più in particolare, l'argomento dimostra le criticità di assumere a paradigma quello della tipicità, anche per la difficoltà di tracciare linee di confine precise tra contratto tipico, contratto atipico e contratto tipico con clausola atipica.

Il dibattito intorno ai contratti di assicurazione con clausole *claims made*³⁶, che ha preso piede all'incirca nell'ultimo decennio, si è mosso proprio intorno alla sindacabilità in chiave di meritevolezza delle clausole. Nell'impossibilità di dare conto in questa sede della sua integrale evoluzione³⁷, si può dire che di certo un passaggio fondamentale è rappresentato dalla prima decisione delle Sezioni Unite della Cassazione che le ha riguardate: la Suprema Corte nel 2016 ha affermato la teorica possibilità di sottoporre al vaglio di meritevolezza le clausole in questione in quanto patti atipici inseriti in un contratto tipico, precisando altresì che la verifica «deve

³⁶ Per l'illustrazione della fisionomia del fenomeno delle clausole *claims made* ci si può riportare alla descrizione di Cass., S.U., 6.5.2016, n. 9140, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1238 ss., con nota di GUARNIERI, *Le clausole "claims made" c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*; in *Corriere giur.*, 2016, p. 927 ss., con nota di CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*; in *Ridare.it*, 2016, con nota di RODOLFI, *La claims made: tra liceità e meritevolezza, quanti problemi per gli operatori del diritto, il legislatore e le associazioni di categoria*; in *Banca borsa*, 2016, p. 656 ss., con nota di CORRIAS, *La clausola "claims made" al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*; in *dirittobancario.it*, 2016, con nota di N. SPADAFORA e D. SCARPA, *Clausola claims made e disciplina del consumo (commento della sentenza Cass. 6 maggio 2016 n. 9140)*; in *Danno e resp.*, 2016, p. 960 ss., con nota di HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite ("Piacere figlio d'affanno; Gioia vana...")*; in *Foro it.*, 2016, I, c. 2014, con note di PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta* (c. 2026 ss.); PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.* (c. 2032 ss.); TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?* (c. 2036): «[i]l contratto di assicurazione per responsabilità civile con clausola *claims made* (a richiesta fatta) si caratterizza per il fatto che la copertura è condizionata alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza (o anche in un delimitato arco temporale successivo, ove sia pattuita la c.d. *sunset dose*), laddove, secondo lo schema denominato "*loss occurrence*", o "insorgenza del danno", sul quale è conformato il modello delineato nell'art. 1917 c.c., la copertura opera in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nel periodo di durata del contratto [...]. Malgrado la variegata tipologia di clausole *claims made* offerte dalla prassi commerciale, esse, schematizzando al massimo, appaiono sussumibili in due grandi categorie: a) clausole c.d. miste o impure, che prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con retrodatazione della garanzia, in taluni casi, come quello dedotto in giudizio, alle condotte poste in essere anteriormente (in genere due o tre anni dalla stipula del contratto); b) clausole c.d. pure, destinate alla manleva di tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito»; in *Giur. comm.*, 2017, p. 992 ss., con nota di MUGAVERO, *Le Sezioni Unite sulle clausole "claims made": punti fermi e nuove prospettive*.

³⁷ Per una efficace ricostruzione e per i riferimenti completi v. NAZZARO, *Il contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *Corti fiorentine*, 2017, p. 3 ss.; MARTONE, *Il travagliato itinerario delle clausole claims made*, cit., p. 53 ss., spec. p. 88 ss.; FEBBRAJO, *Clausole claims made e controllo di meritevolezza*, Napoli, 2019, p. 43 ss.; FEDERICI, *Clausole claims made e principio di meritevolezza*, in VOLPE (a cura di), *Il giudice e la meritevolezza del contratto*, in corso di stampa, §§ 1 ss.

necessariamente essere condotta in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete»³⁸.

Meno di un anno dopo, la terza sezione civile della medesima Cassazione, con due sentenze gemelle, nel confermare che nella specie si era di fronte a un patto atipico, ha affermato l'immeritevolezza della clausola per tutte le ipotesi nelle quali sia esclusa la copertura per le richieste risarcitorie postume, ossia formalizzate dal terzo dopo la cessazione del contratto³⁹. Appena qualche mese dopo, ancora la terza sezione, per mano del medesimo relatore che aveva redatto le due decisioni del 2017, ha nuovamente rimesso la questione alle Sezioni Unite, sollecitandole a una nuova riflessione sul problema⁴⁰.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 22437 del 2018⁴¹, hanno, almeno in apparenza, rimodulato i termini della questione, rilevando che nella specie non viene in

³⁸ Cass., S.U., 6.5.2016, n. 9140, cit., spec. § 17.

³⁹ Cfr. Cass., 28.4.2017, n. 10506, cit., e Cass., 28.4.2017, n. 10509 (con nota di COSTANZA, *Della meritevolezza. Il caso "claims made"*, in *Foro it.*, 2017, c. 3115 ss.), pubblicata e commentata unitamente a Cass. n. 10506/2017, per i riferimenti alla quale quindi v. *supra*, nota 5. Estensore di entrambe le decisioni è stato il Cons. Rossetti.

⁴⁰ Cass., ord., 19.1.2018, n. 1465, in *Foro it.*, 2018, I, c. 452, con commento di PALMIERI; in *Corriere giur.*, 2018, p. 459, con nota di MAGNI, *Contratto di assicurazione claims made: una storia senza fine?*; in *Giur. it.*, 2018, p. 559, con nota di DELFINI, *Le sezioni unite nuovamente sollecitate a pronunciarsi sulle clausole claims made*; in *Nuova giur. comm.*, 2018, p. 818, con nota di FACCI, *Verso un nuovo intervento delle sezioni unite sulle claims made?*; in *Riv. dir. mercato ass. e fin.*, 2018, p. 136 ss., con nota di PETTA, *La clausola claims made tra contrasti giurisprudenziali e riconoscimenti normativi*; in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 490, con nota di MUGAVERO, *Ancora dubbi di legittimità sulle clausole claims made: la parola di nuovo alle sezioni unite*; in *Resp. civ. e prev.*, 2018, p. 900, con note di CORRIAS, *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*; e MIOTTO, *Anche per le claims made «gli esami non finiscono mai»...*, p. 931; in *Dir. civ. cont.*, 2019, con nota di ROMANÒ, *La clausola claims made sottoposta al vaglio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c.: passare per la cruna di un ago*.

⁴¹ Cass., S.U., 24.9.2018, n. 22437, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3033, con nota di DE LUCA, *Clausole claims made: sono tipiche e lecite, ma di tutto si può abusare*; *ivi*, c. 3512, con note di PALMIERI, PARDOLESI, *Claims made nel post-diritto*; di CANDIAN, *Ultima tappa (per ora) nella saga delle claims made*; e di TASSONE, *Le clausole "claims made" di nuovo al vaglio delle sezioni unite: tanti punti oscuri e due proposte*; in *Dir. e giustizia*, 2018, p. 14 ss., con nota di SUMMA, *Le clausole «claims made» allo scrutinio delle Sezioni unite*; in *Danno e resp.*, 2018, p. 675 ss., con nota di FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*; in *Contr.*, 2018, p. 639 ss., con nota di CARNEVALI, *La clausola claims made e le Sezioni unite*: bis in idem; in *Riv. dir. mercato ass. e fin.*, 2018, p. 447, con nota di PETTA, *Liceità e meritevolezza del contratto con clausola claims made - Spunti di riflessione a margine dell'ultimo arresto delle sezioni unite*; in *giustiziacivile.com*, 2018, con nota di GERVASIO, *Tipicità delle clausole claims made e rimedi esperibili dall'assicurato*; in *Ridare.it*, 2018, con nota di RODOLFI, *La clausola claims made è valida, lecita, tipica, ma dovrà essere oggetto di un'indagine ad ampio spettro*; in *Giur. it.*, 2019, p. 27 ss., con nota di DELFINI, *Le Sezioni unite e le claims made: l'ultima sentenza e la «Big Picture»*; in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1039 ss., con nota di GAROFALO, *L'assicurazione "claims made" e il dialogo tra formanti*; in *Nuova giur. comm.*, 2019, p. 70 ss., con nota di GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*; *ivi*, p. 142 ss., con nota di ANTONUCCI, *L'assicurazione claims made «tipizzata» dalle sezioni unite: limiti e prospettive*; *ivi*, p. 147 ss., con nota di CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*; *ivi*, p. 155 ss., con nota di MONTICELLI, *Nullità delle claims made e conformazione*

rilievo il giudizio di meritevolezza perché si è in presenza di un contratto tipico e perché la clausola *claims made* impura, di per sé, non ne muta la funzione fino al punto da astrarlo al tipo dell'assicurazione per la responsabilità civile. La fattispecie sarebbe quindi sottratta all'area di operatività del capoverso dell'art. 1322 c.c. Peraltro, precisa la Cassazione, ciò non toglie che sia comunque necessario effettuare, ai sensi del primo comma del medesimo art. 1322 c.c., un controllo sul rispetto dei "limiti imposti dalla legge" che dovrebbe svolgersi alla luce della medesima «tensione ispiratrice dello scrutinio di meritevolezza di cui al capoverso del citato art. 1322 c.c.»⁴², dunque guardando «alla complessità dell'ordinamento giuridico, da assumersi attraverso lo spettro delle norme costituzionali, in sinergia con quelle sovranazionali (nel loro porsi come vincolo cogente: art. 117, comma 1, cost.) e segnatamente delle Carte dei diritti, le quali norme non imprimono all'autonomia privata una specifica ed estraniante funzionalizzazione, bensì ne favoriscono l'esercizio, ma non già in conflitto con la dignità della persona e l'utilità sociale (artt. 2 e 41 cost.), operando, dunque, in una prospettiva promozionale e di tutela»⁴³; «rimane intatta [...] l'indagine sulla causa concreta del contratto, che spazia dalla verifica di sussistenza stessa (ossia della adeguatezza rispetto agli interessi coinvolti) a quella di liceità (intesa come lesione di interessi delle parti tutelati dall'ordinamento)»⁴⁴.

della clausola nel teorema delle Sezioni unite; in *Corriere giur.*, 2019, p. 20 ss., con note di D'AURIA, *Polizze "claims made": ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*; e di FACCI, *Le sezioni unite e le claims made: ultimo atto?*; in *Danno e resp.*, 2019, p. 41, con nota di SANTORO, *Clausola claims made: la seconda stagione*; in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 163, con nota di MIOTTO, *Per le Sezioni unite la "claims made" è (sempre stata) «atipica», ma...*; in *Banca borsa*, 2019, II, p. 121 ss., con note di M. CAMPOBASSO, *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made*; e di CORRIAS, *La sentenza a sezioni unite del 24 settembre 2018 n. 22437 - Più luci che ombre*; in *giustiziavivile.com*, 2019, con nota di MOSA, *Le Sezioni Unite ritornano ad occuparsi della clausola c.d. 'claims made'*; in *Giur. comm.*, 2019, p. 1367 ss., con nota di BOITI, *Le clausole "claims made" tra tipicità e pluralità dei rimedi*; *ivi*, 2020, p. 130 ss., con nota di LANDINI, *L'adeguatezza delle "claims made"*. Per un'analisi delle varie problematiche legate all'operatività del modello *claims made* nel sistema giuridico italiano, soprattutto alla luce dell'ultimo intervento delle Sezioni Unite, v. BOSA, *Il sistema "claims made" nella recente ricostruzione della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 417 ss.

Per un'analisi prevalentemente comparatistica del quadro normativo in materia, si rinvia alle pagine di STEFANELLI, *Conferme di legittimità sulla validità delle "claims made". Profili di (in)certezza*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 173 ss.

⁴² In senso contrario, sostiene la sottrazione del contratto, in quanto tipico, al controllo di meritevolezza, MIOTTO, *Per le Sezioni unite la "claims made" è (sempre stata) «atipica», ma...*, cit., p. 931.

⁴³ Cass., S.U., 24.9.2018, n. 22437, cit., § 16.

⁴⁴ Cass., S.U., 24.9.2018, n. 22437, cit., § 19.4.

In dottrina, per una specifica analisi sui criteri di valutazione della causa concreta del contratto con copertura *claims made*, DE LORENZI, *Clausole "claims made", interesse meritevole di tutela, causa concreta e vuoti di copertura assicurativa*, in *Assicurazioni*, 2019, p. 481 ss. Sul tema, v. anche PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura "claims made"*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1045 ss., il quale sottolinea, in chiave critica, i possibili rischi connessi all'«erronea trasformazione» della causa nell'adeguatezza del contratto.

In definitiva, le Sezioni Unite, se da un lato, non senza qualche forzatura, riportano la clausola *claims made* nell'area della tipicità, dall'altro chiariscono che ciò non toglie la necessità di un vaglio di adeguatezza *ex art. 1322*, comma 1, c.c. che, si afferma, deve essere ispirato alla stessa logica e ai medesimi parametri dell'*art. 1322*, cpv, c.c.

Orbene, costituisce osservazione scontata quella per la quale il giudizio sulla idoneità di una clausola atipica ad astrarre un contratto dal tipo conduce in un terreno a dir poco sdruciolevole e richiede valutazioni che finiscono con l'essere estremamente opinabili. E proprio la giurisprudenza in esame ne dà conferma, se è vero che non solo le sezioni semplici, ma le stesse Sezioni Unite della Cassazione in appena due anni hanno fornito soluzioni discordanti. Se tuttavia mutiamo l'angolo prospettico, passando da una ricostruzione in termini di struttura ad una in termini di funzione e, quindi, a un approccio in chiave di disciplina, la sensazione è che semplicemente si faccia fatica a liberarsi da alcune incrostazioni dogmatiche e che, problema imprescindibile per i giuristi, sia necessario fermarsi un momento per mettersi d'accordo sul significato delle parole⁴⁵: infatti, la "verifica di adeguatezza rispetto agli interessi coinvolti", da effettuare in relazione «alla complessità dell'ordinamento giuridico, da assumersi attraverso lo spettro delle norme costituzionali, in sinergia con quelle sovranazionali», della quale discorrono le Sezioni Unite nella pronuncia n. 22437 del 2018, è francamente poco distinguibile dal controllo di meritevolezza per come lo si è descritto nelle pagine che precedono⁴⁶.

Questo breve *excursus* naturalmente non vuole entrare nel merito della complessa questione della validità delle clausole *claims made*, ma più semplicemente intende offrire un esempio concreto per porre in rilievo come l'idea di sottoporre a controllo di meritevolezza soltanto i contratti atipici mostri sempre più la corda. Da un lato perché la contrapposizione tra tipicità e atipicità – del contratto, della singola clausola, o del contratto alla luce della singola clausola – è sovente discutibile e conosce inevitabili zone grigie in relazione alle quali si ha spesso la sensazione che ogni soluzione sia argomentabile. Dall'altro lato perché, comunque, anche nel contesto della tipicità permane la necessità di operare un controllo, diverso da quello di mera liceità, sul contenuto del contratto e sulla rispondenza tra interessi concreti e principi fondamentali dell'ordinamento: ricondurre questo controllo all'*art. 1322*, comma

⁴⁵ FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni unite*, cit., p. 675 ss., discorre di un «*deguisement* linguistico»; GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*, cit., p. 74, parla di «un'operazione, in fin dei conti, nominalistica».

⁴⁶ In questa direzione vedi le riflessioni di MARTONE, *Il travagliato itinerario delle clausole claims made*, cit., p. 104 ss.

V. anche PALMIERI, PARDOLESI, *Claims made nel post-diritto*, cit., § 2, i quali osservano, sia pure in chiave critica, che «la strada che passa per la causa concreta, pur operando in un momento diverso, non sia così lontana da quella che transitava per la meritevolezza: vi è un'assonanza, che qualcuno potrebbe imputare a scarso rigore e altri rivendicare come acquisita consapevolezza in uno scenario concettuale profondamente mutato; vi è un'assonanza, dicevamo, quanto alla logica che sottende all'impiego di entrambe le categorie come fattori idonei a discernere tra ciò che è permesso e ciò che è vietato».

1, c.c. anziché al capoverso della medesima disposizione, per poi affermare che comunque i parametri sono i medesimi, rischia di diventare un esercizio di stile di scarsa utilità per il giurista.

5. Un ultimo aspetto sul quale è utile svolgere alcune notazioni – anche al fine di mettere alla prova quanto rilevato nelle pagine precedenti – è quello delle possibili declinazioni del giudizio di meritevolezza in ipotesi speciali, ossia ulteriori rispetto all'art. 1322 c.c.

Da questo punto di vista, viene in rilievo il disposto dell'art. 2645 *ter* c.c., che consente la trascrizione degli atti di destinazione di beni per la «realizzazione di interessi meritevoli di tutela [...] ai sensi dell'art. 1322, secondo comma» facendone conseguire l'opponibilità ai terzi. La disposizione, introdotta nel 2005, ha sicuramente ravvivato la riflessione sul concetto stesso di meritevolezza, rianimando un dibattito all'epoca alquanto sopito, e inducendo la dottrina a interrogarsi sul senso e sul contenuto del riferimento agli interessi meritevoli di tutela *ex* art. 1322 c.c. In particolare, è agevole comprendere che chi sosteneva la sostanziale coincidenza tra liceità e meritevolezza ha dovuto coniare una nuova versione della meritevolezza e affermare che l'art. 2645 *ter*, ad onta dell'espresso richiamo, richiede una verifica secondo parametri differenti rispetto all'art. 1322, comma 2, c.c.⁴⁷: diversamente, si sarebbe dovuto concludere che qualsiasi interesse, purché non illecito, giustificava la destinazione e, soprattutto, l'effetto di separazione patrimoniale.

Orbene, premesso che la disposizione non brilla di certo per il rigore del lessico adottato dal legislatore, si devono cercare le risposte nel sistema. E allora la prima osservazione da fare è che, per le ragioni che si sono illustrate nelle pagine precedenti, di certo l'atto di destinazione, quale contratto o eventualmente atto unilaterale a contenuto patrimoniale⁴⁸, non si sottrae al vaglio di meritevolezza *ex* art. 1322 c.c. Se così è, l'utilità dell'ulteriore richiamo agli interessi meritevoli di tutela che l'art. 2645 *ter* opera, va rinvenuta nella complessità funzionale degli atti di destinazione. Infatti, se la destinazione di un bene all'interesse altrui era – con efficacia *inter partes*

⁴⁷ Ad esempio, OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in CALVO, CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, Torino, 2014, p. 137 ss., spec. p. 175 ss.

⁴⁸ È discussa in dottrina la struttura dell'atto di destinazione: a chi la ritiene necessariamente unilaterale (DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 946 ss., spec. p. 966 ss.; DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 111 ss., spec. p. 116 s.; SPADA, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo* – Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano, 2006) si contrappone chi ne sostiene la struttura contrattuale (GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 165 ss., spec. § 6) e chi ne afferma invece la variabilità (FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., p. 3 ss., spec. p. 5 s.; NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, *ivi*, p. 59 ss.).

– da considerare possibile anche prima dell'introduzione di quella norma⁴⁹, quest'ultima ha consentito di abbinare all'effetto destinatorio anche quello della separazione patrimoniale, opponibile ai terzi.

Senonché, tra le diverse ricostruzioni proposte, la più convincente è quella secondo la quale il richiamo operato dall'art. 2645 *ter* alla meritevolezza degli interessi è specificamente teso a sottolineare la necessità di un ulteriore vaglio di meritevolezza con particolare riferimento all'effetto di separazione patrimoniale. La validità dell'atto di destinazione in sé è quindi soggetta alla 'normale' valutazione *ex art.* 1322 c.c., il che ne assicura l'efficacia *inter partes*; tuttavia, affinché possa prodursi un effetto di separazione opponibile ai terzi si rende necessaria una ulteriore indagine, specificamente orientata a verificare la congruità, la proporzionalità e la ragionevolezza della separazione medesima in relazione a tutti gli interessi coinvolti da quell'effetto⁵⁰. Ed è chiaro che questo giudizio, a differenza di quello sulla destinazione, coinvolge gli interessi dei terzi: in definitiva la valutazione che consente di reputare causalmente solida la destinazione tra le parti non assicura anche la tenuta di quell'assetto di interessi nel momento in cui nel bilanciamento confluiscono anche gli interessi dei terzi e, primi fra tutti, dei creditori del destinante. È dunque possibile che l'atto di destinazione, lecito e meritevole *inter partes*, non raggiunga un grado di meritevolezza adeguato ad assicurare anche l'effetto di separazione: in tal caso la destinazione resta in vita, ma le parti non potranno beneficiare dell'effetto separativo⁵¹.

⁴⁹ Quanto affermato nel testo, ovviamente, semplifica e impoverisce un discorso più complesso che non è possibile svolgere compiutamente in questa sede. Per alcuni spunti, si rinvia a DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 952 ss.; GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., § 5.

⁵⁰ La dottrina prevalente – sia pure in una varietà di sfumature – tende a considerare il vaglio di meritevolezza richiamato nell'art. 2645 *ter* c.c. diverso da quello dell'art. 1322 c.c.: cfr. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile)*, Padova, 2008, p. 103 ss.; NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, cit., p. 68; ID., *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in AA.VV., *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Milano, 2010, p. 29; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., pp. 56-57; FEDERICO, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in CALVO, CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 586 ss.; MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza*, cit., p. 29 ss.; PARENTE, *La destinazione e la separazione patrimoniale tra tipicità e atipicità negoziale*, in *Ann. Sisdic*, 2018, p. 93 ss.; CICERO, *La meritevolezza nei negozi di destinazione*, in VOLPE (a cura di), *Il giudice e la meritevolezza del contratto*, in corso di stampa, § 4.

⁵¹ Si tratta di una prospettiva avvalorata, tra gli altri, da GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 62; LENZI, *Atto di destinazione*, in *Enc. Dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 72, secondo il quale il giudizio di meritevolezza comporta una «comparazione ed un bilanciamento tra l'interesse dei beneficiari e l'interesse dei terzi coinvolti dagli effetti del vincolo: in tal caso l'immeritevolezza non rende nullo l'atto, con la conseguenza che il rapporto *inter partes* non ne verrebbe travolto, ma si limita a renderlo inopponibile ai terzi ed in particolare ai creditori»; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., pp. 60-61; CICERO, *La meritevolezza nei negozi di destinazione*, cit., § 4.

Nel tralasciare una serie di profili problematici sui quali la dottrina ha ampiamente dibattuto, ciò che in questa sede si intende porre in rilievo è che, se è senz'altro vero che il giudizio di meritevolezza *ex art. 2645 ter* non coincide con quello *ex art. 1322*, comma 2, c.c., tale diversità non riguarda l'essenza del controllo, che in definitiva si svolge sempre secondo i medesimi parametri. A veder bene, infatti, ciò che cambia, e che rende la meritevolezza della quale discorre l'*art. 2645 ter* diversa, è l'oggetto della valutazione, che muta in ragione della proiezione esterna che l'effetto di separazione patrimoniale produce. In altre parole, nella specie si è di fronte ad un atto per sua natura idoneo a produrre effetti su una pluralità di piani, sì che, in relazione ad ognuno di questi, va svolto un autonomo giudizio di meritevolezza che, pur ispirandosi sempre agli stessi parametri, coinvolge di volta in volta centri di interesse distinti e, quindi richiede un bilanciamento diverso.

In definitiva, l'interesse per la cui realizzazione è operata la destinazione è meritevole – e quindi idoneo a produrre *anche* l'effetto separativo – se sussiste un rapporto di congruità e adeguatezza tra bene destinato e scopo perseguito, nonché un ragionevole bilanciamento tra l'interesse perseguito e quello, evidentemente sacrificato, dei creditori del destinante.

6. Si dovrebbe tentare una conclusione, sia pure nella ovvia consapevolezza che il discorso sulla meritevolezza è in divenire e ogni conclusione può essere soltanto un momento di pausa utile per porre in rilievo alcuni passaggi.

Si deve tornare a quanto rilevato in avvio: il punto è quale sia il ruolo che si vuole assegnare all'autonomia privata. Un valore da bilanciare con altri valori; un potere libero che incontra soltanto il limite della illiceità; un potere regolativo da esercitare non semplicemente *nell'ordinamento*, ma *con l'ordinamento*, condividendone cioè le aspirazioni e le finalità ultime.

Le riflessioni svolte, pur nella loro frammentarietà, vogliono sottolineare che l'ultima delle prospettive descritte – in un contesto nel quale è acclarato che le strutture formali dell'attività negoziale non costituiscono dei validi punti di riferimento; e che tra il bianco e il nero (leggasi, ad es., tra il tipico e l'atipico, o tra il generale e lo speciale) vi sono non poche inevitabili gradazioni di grigio – ha sicuramente il pregio di mantenere in pieno la propria linearità in tutte le diverse ipotesi esaminate. Il giudizio di meritevolezza, quindi, insieme all'interpretazione secondo buona fede, si pone come strumento mediante il quale è verificato e certificato il raccordo tra il contratto e l'assiologia costituzionale, e questo, evidentemente, è elemento che non può venir meno per via delle peculiarità del singolo contratto, ma soltanto adattarsi ad esse.

In dottrina questa prospettiva trova, nell'inevitabile varietà di sfumature, sempre maggiore spazio. La giurisprudenza, dal canto suo, ha intrapreso un percorso che, sia pure con le sue curve e qualche volta con i suoi passi indietro, va chiaramente in questa direzione. L'auspicio è che il dialogo, finora fecondo, prosegua.

L'indennità di esproprio*

di Paolo Stella Richter**

Abstract. The article deals with compensation for expropriation in the Italian legal system. Article 42 of the Constitution does not determine its extent, but provides only that a compensation (indennizzo), without attributes, is due. Now, while it has always been undisputed that when the beneficiary of the expropriation is a private person the indemnity should be equal to its market value, for many years, however, the indemnity imposed, under the case law, on a public administration has instead been kept very low. In particular, the Italian Supreme Court (Corte di cassazione) has constantly held that compensation could correspond to the amount compatible with the equilibrium of public finances according to the assessment of the legislator. But eventually, following a precise position taken by the European Court of Human Rights, Law no. 244 of 24 December 2007 has established that the indemnity must be equal to the market value of the property expropriated.

Il terzo comma dell'art. 42 della nostra Costituzione dispone che *“la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale”*.

Per quel che interessa il proposto argomento, tale norma contiene una riserva assoluta di legge e una garanzia di indennizzo.

Ciò premesso, ricordo che l'indennità di esproprio ha subito un lungo travaglio legislativo che va sinteticamente ricordato, costituendo la storia di una guerra tra i proprietari di aree e il legislatore statale, nella quale quest'ultimo è uscito sempre sconfitto. Il dato da cui occorre prendere le mosse è rappresentato dalla possibilità, offerta alla Pubblica Amministrazione come a qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, di comprare i beni di cui ha bisogno. Peraltro, nel caso in cui per la realizzazione di una determinata opera pubblica sia necessario acquisire un'area specificamente individuata, senza cioè altre possibili soluzioni, l'amministrazione potrebbe essere esposta al ricatto di una richiesta eccessiva da parte del proprietario. Di qui la previsione dell'alternativa rappresentata dall'istituto dell'espropriazione, cui quindi si accompagna *naturaliter* la corresponsione di una indennità, che nella legge 25 giugno 1865 n. 2359 era pari al valore venale del bene e cioè al valore che lo stesso avrebbe in una libera contrattazione. L'indennità deve consistere unicamente in danaro, essere di somma determinata, unica, pagata preventivamente ma non direttamente, dovendo essere invece depositata presso la Cassa Depositi e Prestiti, da cui gli aventi diritto potranno liberarla con un apposito procedimento di volontaria giurisdizione. Essa deve infine essere netta e intera cioè, depurata di ogni spesa. Questa norma è sempre rimasta in vigore per i casi in cui beneficiario dell'espropria-

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio.

** Professore emerito di diritto amministrativo dell'Università di Roma La Sapienza

zione è un soggetto privato. Quando però si tratta di espropriazione di un'area fabbricabile, poiché la trasformabilità edificatoria, che ha tanta rilevanza sotto il profilo economico, deriva da una gratuita attribuzione effettuata dall'amministrazione con il piano regolatore, sembra del tutto ingiustificato far pagare all'Amministrazione espropriante ciò che la stessa ha in precedenza gratuitamente elargito. In tale ottica una successiva legge stabilì, per le espropriazioni pronunciate in favore di soggetti pubblici, che l'indennità fosse commisurata al «*valore agricolo medio*», seppure corretto, relativamente alle «*aree comprese nei centri edificati*», moltiplicandolo per un coefficiente variabile in funzione della grandezza della popolazione del Comune. Il legislatore ritenne di dare fondamento giuridico a tale disciplina con la cosiddetta legge Bucalossi, stabilendo che qualsiasi nuova costruzione fosse subordinata a concessione, cioè a un atto con il quale il Comune concedente avrebbe dovuto trasferire al concessionario una facoltà (il c.d. *jus aedificandi*), in principio spettante appunto alla Pubblica Amministrazione. L'impianto normativo fu però presto demolito dalla Corte costituzionale, che osservò che la concessione di costruzione non può essere rilasciata che al proprietario del terreno o a chi ha un titolo derivato dallo stesso e che il suo possibile contenuto è rigorosamente predeterminato dalle previsioni conformative del piano regolatore. La concessione di costruzione non era quindi altro che un atto autorizzatorio dell'esercizio di facoltà già insite nel diritto di proprietà al momento della relativa richiesta e pertanto non era altro che la vecchia licenza edilizia cui, a parte il nuovo carattere della onerosità, il legislatore si era limitato a cambiare il nome, non la natura e il contenuto. La Consulta pertanto, muovendo da tale presupposto, ritenne illegittima la commisurazione dell'indennizzo al solo valore agricolo in tutti i casi in cui l'espropriazione avesse riguardato aree aventi vocazione edificatoria, le quali cioè, per le loro oggettive caratteristiche e soprattutto per essere poste in zone già interessate dallo sviluppo edilizio, avessero generato un'aspettativa, economicamente apprezzabile, di edificabilità. La soluzione definitiva a tutti i problemi così mal affrontati dalla legge Bucalossi era stata proposta da Fiorentino Sullo, allora ministro dei lavori pubblici, il quale ipotizzò (conformemente a quello che ad esempio accade a Londra, in cui non si può essere proprietari di un alloggio, ma solo concessionari) che la facoltà di costruire spettasse sempre al Comune, cui gli interessati possono richiedere la concessione in uso. Tale proposta però fu fortemente criticata dalla stampa di destra e dal ceto proprietario e non poté essere approvata. Sullo stesso racconta di aver capito che non se ne sarebbe fatto nulla un giorno nel quale la sua cameriera, servendolo a tavola, gli chiese: «*Onorevole è vero che lei vuole portare via la casa dove abitiamo?*». Le cose erano quindi a questo punto quando il legislatore intervenne nuovamente stabilendo che l'indennità dovesse essere determinata in base alla media aritmetica tra il valore venale dell'area e il reddito dominicale di cui al T.U. delle imposte sui redditi, ulteriormente ridotta del 40 per cento (salva la possibilità per l'espropriando di evitare tale ulteriore riduzione convenendo la cessione volontaria dell'immobile). Tale nuova disciplina ha retto per un lungo periodo di tempo alle censure di incostituzionalità, in

quanto la Corte ha sempre ritenuto che la garanzia contenuta nell'art. 42 della Costituzione non assicurasse affatto il valore venale; l'indennizzo, secondo la Corte, era sufficiente non fosse meramente irrisorio o simbolico, costituendo invece il massimo impegno economico compatibile, secondo la discrezionale valutazione del legislatore, con l'equilibrio della finanza pubblica. Si trattò però della vittoria di una battaglia, non della guerra, in quanto nel frattempo la C.E.D.U. andava condannando a più riprese la Repubblica Italiana per violazione del diritto di proprietà, che è uno dei diritti fondamentali garantiti appunto dalla Convenzione internazionale istitutiva della Corte stessa. Successivamente, con la legge di revisione costituzionale del 2001, la potestà legislativa è stata assoggettata (art. 117, comma 1) al rispetto, oltre che della Costituzione e dell'ordinamento comunitario, altresì degli "*obblighi internazionali*", derivanti cioè da tutte le convenzioni internazionali cui la Repubblica Italiana abbia aderito. In tal modo si è venuto a creare un ulteriore parametro di legittimità costituzionale (alla stregua – secondo la terminologia della Corte – di "*norma interposta*"), cioè precetto contenuto in una fonte diversa), che ha portato alla dichiarazione di illegittimità del criterio da ultimo descritto di determinazione dell'indennità di esproprio delle aree fabbricabili. Con tempestività degna di miglior causa la legge finanziaria 24 dicembre 2007 n. 244 ha pronunciato la dichiarazione di resa, modificando l'art. 36, comma 1, T.U. sulle Espropriazioni nel senso che "*l'indennità di espropriazione di un'area fabbricabile è determinata nella misura pari al valore venale del bene*" e che in caso di cessione volontaria detto valore è addirittura "*aumentato del 10 per cento*".

Passando ad altro argomento, va ricordato che, com'è noto, l'effetto tipico degli atti di pianificazione è quello dell'effetto conformativo, che va tenuto distinto – per essere allo stesso contrapposto – dall'effetto sostanzialmente espropriativo, inteso come svuotamento sostanziale del contenuto del diritto di proprietà su di un'area. La categoria della prescrizione sostanzialmente espropriativa è creazione della Corte costituzionale, ma la Cassazione ha tracciato una linea di confine del tutto diversa tra effetto conformativo ed effetto espropriativo, limitando enormemente l'ambito delle prescrizioni di natura ablatoria. La *ratio* sottesa alla diversa scelta è quella della prevalenza del principio di eguaglianza e non discriminazione rispetto a quello di un contenuto costituzionalmente garantito del diritto di proprietà. La Cassazione afferma infatti che si ha semplice conformazione, compatibile quindi con una durata indefinita dell'efficacia della previsione di piano, le quante volte la stessa miri a una zonizzazione ampia del territorio comunale, sì da incidere su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione dell'intera zona in cui i beni ricadono e in ragione delle sue caratteristiche o del rapporto (per lo più spaziale) con un'opera pubblica; per converso, se la previsione non abbia una tal generale natura, ma imponga un vincolo particolare (di vincolo "*lenticolare*" parla, con assoluta improprietà terminologica non priva però di espressività, la giurisprudenza) incidente su beni determinati, in funzione non già di una destinazione dell'intera zona, ma della localizzazione di un'opera pubblica; allo-

ra – e solo allora – detta previsione non sarà per la Cassazione semplicemente conformativa, ma di natura ablatoria. L'ambito della semplice conformazione ne risulta enormemente ampliato e il contrasto quindi, tra Costituzione (quale interpretata dalla Corte) e diritto vivente, macroscopico e gravemente disorientante. Tra le due contrapposte tesi sembra più fondata quella della Cassazione, in quanto quella della Corte costituzionale risulta ancora incentrata sulla dialettica antica tra autorità e libertà, cioè sulla esigenza di difesa dei diritti dei cittadini dalla possibile oppressione della Pubblica Amministrazione, in un'epoca in cui dovrebbe ormai essere pacifico che il problema centrale dell'azione amministrativa è piuttosto quello della uguaglianza dei suoi destinatari.

A risolvere il contrasto sembrerebbe essere intervenuto l'art. 9, comma 2, del T.U. sull'Espropriazione, secondo il quale «*il vincolo preordinato all'esproprio ha la durata di cinque anni*» e non anche il vincolo che comunque comporti uno svuotamento del contenuto economico del bene e quindi un sacrificio sostanziale del diritto di proprietà. Con tale norma sembrerebbe pertanto essere prevalsa l'interpretazione della Cassazione, ma il condizionale è d'obbligo perché, stranamente, nessuno ha dato rilievo alla novità legislativa e la discussione è continuata nei termini e con le argomentazioni precedenti come se la norma del 1968 non fosse stata abrogata.

In argomento va ricordata l'ipotesi del vincolo di rinvio, per il quale si è posto il problema se la previsione di un piano regolatore generale che imponga come obbligatoria la sua attuazione indiretta (*id est*: la necessità di un previo piano attuativo) comporti o meno un vincolo sostanzialmente espropriativo. La questione è stata risolta dalla Corte costituzionale con la sentenza 20 maggio 1999 n. 179, che ha chiarito che non sono inquadrabili negli schemi dell'espropriazione, dei vincoli indennizzabili e dei termini di durata predefinita, le limitazioni che importano una destinazione realizzabile anche a iniziativa privata o promiscua pubblico-privata e quindi attuabile pure dal privato proprietario, senza necessità di previa ablazione del bene (in questi casi si parla anche di vincoli promiscui). Ciò può essere, secondo la Corte, il risultato di una scelta di politica programmatica tutte le volte che gli obiettivi di interesse generale, di dotare il territorio di attrezzature e servizi, siano ritenuti realizzabili (e come tali specificamente compresi nelle previsioni pianificatorie) anche attraverso l'azione dei privati, pur se accompagnata da strumenti di convenzionamento, cioè se può farsi ricorso a piani attuativi di iniziativa privata (per esempio: una casa di cura privata).

Per completezza di argomento va ricordato che, accanto alla perdita della proprietà costituente l'effetto tipico del decreto di esproprio, una sorta di temporanea perdita delle facoltà insite nel bene si ha anche nel caso delle misure di salvaguardia del piano regolatore adottato, perché lo stesso comporta la sospensione della possibilità di ottenere un permesso di costruire tutte le volte che l'area, pur essendo dichiarata edificabile dal piano regolatore in vigore, risulti invece non edificabile secondo il piano adottato.

Si è detto che l'espropriato perde il diritto di proprietà nel momento in cui viene adottato il decreto di esproprio; va ora precisato qual è invece l'effetto del decreto nei riguardi dell'espropriante. Va precisato, dunque, che tale effetto è costituito da un acquisto a titolo originario, in quanto la proprietà viene acquistata libera da ogni limitazione eventualmente esistente sulla stessa e quindi piena e assoluta.

Vediamo ora un'altra particolarissima vicenda, espressa con l'espressione di occupazione acquisitiva o in alternativa con quelle di accessione invertita, occupazione sanante, occupazione appropriativa, espropriazione indiretta, che merita di essere esposta nel suo lungo svolgimento. Occorre infatti risalire all'art. 4, l. 20 marzo 1865 n. 2248, allegato E, il quale dispone che «*l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative*». Da tale norma consegue il divieto di condanna della Amministrazione a fare, a non fare o a dare alcunché (fatta ovviamente eccezione per la condanna al pagamento di una somma di denaro). Il giudice si è trovato quindi nella singolare situazione di non poter disporre la restituzione dell'area al privato sebbene la stessa fosse ancora sua e non dell'Amministrazione. Di qui la innovativa decisione della Cassazione (Cass., S.U., 25 febbraio 1983 n. 1464) di affermare che con l'irreversibile trasformazione del fondo questo diveniva una nuova *res*, la cui titolarità doveva essere attribuita al soggetto portatore dell'interesse considerato prevalente dell'ordinamento; al precedente proprietario, privato illecitamente del suo diritto, spettava quindi il risarcimento del danno (azione soggetta a prescrizione quinquennale ai sensi dell'art. 2947, co. 1. c.c.). Successivamente la stessa Corte di Cassazione precisò che tuttavia in alcuni casi, definiti di occupazione usurpativa, l'acquisto in capo all'Amministrazione non poteva prodursi. Queste le ipotesi: mancanza della dichiarazione di pubblica utilità; mancanza del decreto di esproprio, annullamento giurisdizionale di detta dichiarazione o di detto decreto; omessa indicazione dei termini iniziali e finali della procedura di esproprio e dell'attività di realizzazione dell'opera, scadenza dei termini di occupazione legittima in assenza del decreto di esproprio. Quando però l'occupazione appropriativa sembrava essere ormai definitivamente acquisita dall'ordinamento interno, la C.E.D.U. ha preso posizione contro la stessa, affermando che la proprietà costituisce un «*diritto dell'uomo*», in quanto «*aspetto della sfera soggettiva sotto il profilo del libero sviluppo della persona*», tale per cui l'eventuale ingerenza su di essa costituisce per ciò stesso un'aggressione alla persona attraverso il suo patrimonio. Ciò in quanto, secondo la Corte, il principio di legalità esige che le norme siano sempre accessibili, precise, prevedibili e sufficientemente comprensibili (causa Zubani c. Italia, 7 agosto 1996). L'ordinamento interno ha creduto di adeguarsi introducendo l'istituto dell'acquisizione sanante (art. 43 T.U. sull'Espropriazione) quale modo di acquisto della proprietà a titolo originario, ma la sua legittimità è molto dubbia in quanto costituisce deroga al procedimento espropriativo tipico e inadeguato rimedio a un comportamento illecito della Pubblica Amministrazione.

Altro problema che pure ha avuto vita assai travagliata è quello relativo alla determinazione del credito che spetta a chi ha perduto la proprietà. Trattandosi di un

illecito civile, fino all'anno 1995 era pacifico che l'occupazione acquisitiva desse luogo a un debito di valore: la Pubblica Amministrazione veniva gravata dell'obbligo di corrispondere un risarcimento del danno pari al valore venale del bene, oltre alla rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto subita dalla moneta fino al giorno della liquidazione. Sennonché nel 1996 il legislatore estese alle occupazioni appropriative l'applicazione dei criteri previsti per la determinazione dell'indennità di esproprio, con esclusione della riduzione del 40 per cento e con l'incremento dell'importo nella misura del 10 per cento. Tale criterio risarcitorio è rimasto indenne in un primo tempo da censure di incostituzionalità, in quanto la Corte costituzionale ha sempre ritenuto che la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non avesse copertura costituzionale (sentenza 30 aprile 1999 n. 148). Inutile dire che la C.E.D.U. ha ripetutamente condannato la Repubblica Italiana per violazione del diritto di proprietà fino a che la Consulta si è arresa e ha dichiarato l'illegittimità del criterio di determinazione del danno da occupazione appropriativa (sentenza 24 ottobre 2007 n. 349); infine la l. 24 dicembre 2007 n. 244 ha stabilito che «*il risarcimento del danno è liquidato in misura pari al valore venale del bene*».

Così ricostruita l'evoluzione giurisprudenziale, occorre ora ricordare che il legislatore delegato, muovendo dall'erronea convinzione che la mera trasposizione in legge dell'istituto fosse sufficiente di per sé a garantire il rispetto del principio di legalità, ha recepito gli esiti cui era pervenuta la giurisprudenza, subordinando però l'effetto acquisitivo-estintivo all'emanazione di un provvedimento di acquisizione "sanante". Ecco perché oggi la disciplina prevede la corresponsione di un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale, liquidato nella misura del 10% del valore di mercato, come sopra si è detto.

Per terminare, ricordo che una espressa ipotesi legislativa di acquisizione di aree a valore agricolo è costituita dal piano di edilizia economica e popolare. È infatti prevista la previa acquisizione mediante esproprio di tutte le aree occorrenti senza tener conto, ai fini appunto dell'indennità da corrispondere, della destinazione residenziale.

L'indennità di espropriazione e l'apologo di Menenio Agrippa

di Giovanni Leone*

Abstract. The Author examines the complex issue of the regulatory plan constraints which, in the absence of a general urban planning law that allows the equalization of building land and those with encumbrances (by so-called conformative and expropriation constraints), generates clear disparity in treatment between those who receive a benefit, almost always expected, and those who are clearly damaged both because they are subjected to ablative procedures and because they will never be able to exploit the intrinsic value of the property they own. The nodes of the sentence of the Constitutional Court n. 55 of 1968 remain unresolved and the jurisprudence has so far failed to remove the difference in treatment.

SOMMARIO: 1. *In principio era...* – 2. *Sulla concreta determinazione dell'indennità e sull'incidenza dei vincoli.* – 3. *Le sentenze della Corte costituzionale n. 55 e 56 del 1968.* – 4. *L'intervento del legislatore.* – 5. *L'indirizzo della Corte di Cassazione.* – 6. *I vari criteri adottati dalla Cassazione: la zonizzazione.* – 6.1. *Segue: il criterio lenticolare.* – 6.2. *Segue: il criterio della riconnessione del vincolo espropriativo al piano particolareggiato.* – 6.3. *Segue: il criterio del convenzionamento con il privato.* – 6.3.1. *Le fattispecie degli impianti sportivi e dell'edilizia scolastica.* – 7. *I vincoli "particolari": le strade di piano interne ed esterne al centro abitato e le fasce di rispetto.* – 8. *Considerazioni conclusive.*

1. Senza voler correre il rischio di essere blasfemi, ma solo per sottolineare il carattere non direi profetico¹ ma sempre attuale dei contenuti e dei principi ivi contenuti, si può di certo affermare che *in principio era* la legge 25 giugno 1865, n. 2359, adottata all'alba dell'Unità d'Italia (e dell'unificazione dei sistemi amministrativi e giudiziari degli stati preunitari) per disciplinare il procedimento di espropriazione per pubblica utilità che, non a caso, venne definita non nella sua rubrica ("*Disciplina delle espropriazioni forzate per pubblica utilità*"), ma dai suoi commentatori, legge "*generale*"². Molti hanno, a ragione, ritenuto che tale legge rappresentasse l'archeti-

* Professore Ordinario di Diritto processuale amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

¹ *Profetico* nel senso di *predittivo* di un evento o di un valore che è sempre attuale, indipendentemente dai tempi.

² SABBATINI, *Commento alle leggi di espropriazione per pubblica utilità*, Torino, 1890; BARTELUCCI, *Espropriazioni per causa di pubblica utilità*, Milano, I ed. 1934, III ed. 1954; CARUGNO, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, V ed., 1962; ROSSANO, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Torino, 1964, cui si deve anche *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 937 ss. Per una bibliografia più

po del procedimento amministrativo, in quanto contemplava le varie fasi procedurali, che nessun'altra norma, con analoga assoluta precisione e completezza, ha ripetuto. E si può dire, anche qui senza tema di smentita, che la prima vera sistematizzazione dottrinale del procedimento amministrativo, dovuta, come noto, ad Aldo. M. Sandulli³, si fosse ispirata e traesse linfa proprio da tale norma.

L'impianto originario della legge generale risente ovviamente dei tempi in cui fu emanata: è sufficiente accertare il ruolo secondario assunto dalla pianificazione urbanistica, al quale furono dedicati solo pochi articoli (nei Capi VI, "*Dei Piani regolatori edilizi*": artt. 86-92 e VII, "*Dei Piani di ampliamento*": artt. 93-94); oggi è dato pacificamente condiviso che l'espropriazione è solo lo strumento attraverso il quale si raggiungono alcuni obiettivi che l'Amministrazione si prefigura nello strumento urbanistico⁴. Ma non risente di certo del trascorrere del tempo il criterio di determinazione dell'indennità di espropriazione, che, pur in un contesto che tutelava il diritto di proprietà in modo pieno ed assoluto, ancorché fosse sottoponibile ad espropriazione forzata (lo Statuto albertino, all'art. 29, recitava: "Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia, quando l'interesse pubblico legalmente accertato lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto od in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi"), assicurava al proprietario ed agli altri titolari di diritti reali il conseguimento del "giusto prezzo che a giudizio dei periti avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compravendita" (art. 39). *Giusto prezzo* richiamato anche dal successivo art. 40 nei casi di occupazione parziale.

L'Italia postunitaria attraverso tale strumento cercava non tanto di realizzare la pianificazione urbanistica ed il corretto uso del territorio (si dovranno attendere ben 67 anni prima che venisse approvata la legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150), affidato, quest'ultimo, all'assennata ragionevolezza o alla disinvolta speculazione dei costruttori delle nostre città, quanto di agevolare la costruzione di opere pubbliche o di pubblica utilità indispensabili all'industrializzazione del Paese e a dotarlo di servizi pubblici degni di questo nome.

Non sfuggirà il fatto che in tale contesto sociale, economico e soprattutto politico il sacrificio del proprietario dovesse essere compensato con il *giusto prezzo* che quel bene, che sarebbe servito allo sviluppo della Nazione, avrebbe avuto in una libera contrattazione, sebbene la perdita fosse dovuta ad un'espropriazione "forzata".

Nello stesso contesto storico-politico - non dobbiamo dimenticare che il Parlamento era eletto a suffragio censitario (abolito da Giolitti solo nel 1912) - venne

ampia si rinvia alle due voci di LANDI, *Espropriazione per p.u. (principi)* e ARDIZZONE, *Espropriazione per p.u. (procedimento)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1966, rispettivamente 806 ss. e 835 ss.; nonché a SORACE, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Digesto pubbl.*, 1991, e BAIONA, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Digesto pubbl.*, Agg., 2012.

³ *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

⁴ D'altro canto, questo elemento si coglie se si consultano i primi testi organici della materia: TESTA, *Disciplina urbanistica*, Milano, I ed., 1961; SPADACCINI, *Urbanistica. Edilizia. Espropriazioni*, Roma, 1969.

emanata dopo poco più di 23 anni la legge 15 gennaio 1885, n. 2892 *pel risanamento della città di Napoli*, che fu afflitta da una violenta infezione colerica. In questo caso, dovendo risanare, attraverso la demolizione e la ricostruzione, interi quartieri, tale norma, dopo aver dichiarato la pubblica utilità delle opere necessarie (quindi, una pubblica utilità disposta non con atto amministrativo, bensì con legge⁵), il co. 3 dell'art. 13 statuì che "l'indennità dovuta ai proprietari degli immobili espropriati sarà determinata sulla media del valore venale e dei fitti coacervati dell'ultimo decennio purché essi abbiano la data certa corrispondente al rispettivo anno di locazione". Una norma solo apparentemente sfavorevole ai proprietari dei fabbricati da abbattere, in quanto, se il mercato altrove mediamente consentiva di ricavare dai canoni di locazione per un decennio una rendita di gran lunga inferiore rispetto al valore complessivo dell'immobile⁶, il criterio all'epoca introdotto fu viceversa pensato appositamente per agevolare quelle procedure ablative, posto che il valore dei fabbricati era assai misero a dispetto dei canoni di locazione, in quanto le zone interessate dal "Risanamento" erano adiacenti al porto, e quindi i fitti erano ben più elevati rispetto ad una rendita del 10% annuo, consentendo di pervenire a liquidare indennità pari anche al 120-130% del valore del bene⁷.

Il criterio del "giusto prezzo" sancito dall'art. 39 della legge generale è passato indenne attraverso il Codice civile, che, all'art. 834, co. 1⁸ (la cui collocazione è indubbiamente impropria, in quanto trattasi di una disposizione dal contenuto squisitamente pubblicistico: tant'è che il co. 2 precisa che "le norme relative all'espropriazione per causa di pubblico interesse sono determinate da leggi speciali"), parla di "giusta indennità" e la Costituzione, che all'art. 42, co. 3, si limita ad assicurare il "salvo indennizzo". È inutile ritornare sul dibattito che fu agitato in sede di lavori della Costituente, là dove i propugnatori della riedizione dell'art. 39 della legge del 1865 furono rassicurati da coloro che (forse callidamente) sostenevano la correttezza della nuova formulazione, asserendo che sarebbe stata pacifica l'applicazione del criterio dell'equivalenza del valore del bene da sottrarre⁹.

⁵ Prima di numerose fattispecie normative. Sul punto ci si permette di rinviare a LEONE – A. MAROTTA, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello, Padova, 1997, 174 ss.

⁶ Volendo calcolare una discreta redditività, il canone raggiungeva mediamente in altri rioni della città di Napoli, come in altre città, una percentuale del 3% sul valore dell'immobile.

⁷ Si legga a tal proposito il bel volume di ALISIO, *Napoli e il risanamento. Recupero di una struttura urbana*, Napoli, ed. Il, 1980.

⁸ Sul tema v. RESCIGNO, *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXXVII, 1988, 254 ss.; BALDASSARRE, *Proprietà (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991; GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, 475 ss.; MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006; A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 465 ss.; A.M. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, in *Riv. giur. edilizia*, 1978, II, 80 ss.

⁹ LANDI, *Espropriazione per p.u. (principi)*, cit.; COLI, *La proprietà e l'iniziativa privata*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei-Levi, I, Firenze, 1950, 377.

È altresì noto il dibattito suscitato dopo l'entrata in vigore della Costituzione con riferimento all'estensione di norme riduttive del controvalore del bene da espropriare, ed in particolare alla legge su Napoli del 1885 che, applicata ai suoli agricoli, effettivamente comportava un secco dimezzamento del valore del bene; ed alle interpretazioni offerte dalla Corte costituzionale¹⁰, fondate sul "massimo sforzo" che la collettività può sopportare e sul "serio ristoro", non necessariamente pari al controvalore del bene, ed anche sull'aggettivo "giusto" di cui all'art. 834 c.c., che, al di là della sua derogabilità in forza di legge successiva, non ha altro significato che quello etimologico di *secundum ius*.

In effetti, non molti sono a conoscenza che il piano nazionale dell'edilizia scolastica (legge n. 641 del 1967) e i piani di edilizia economica e popolare (legge n. 167 del 1962) si realizzarono in forza del criterio indennitario della legge per il risanamento della città di Napoli, con il dimezzamento del valore del bene appreso¹¹.

La vera svolta rivoluzionaria si tenne nel 1971, con l'emanazione dell'art. 16 della legge n. 865 del 22 ottobre, detta anche legge sulla casa, il cui ambito di applicazione, in origine destinato alla costruzione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, fu esteso praticamente a tutte le opere pubbliche dall'art. 4 della legge n. 247 del 1974¹², che introdusse il criterio indennitario del cd. valore agricolo medio da corrispondere ai proprietari dei suoli da espropriare. Costoro, sia che fossero proprietari di un suolo sito in pieno centro abitato che di un terreno in estrema periferia, avrebbero dovuto accontentarsi di una valutazione, peraltro ancorata a tabelle redatte annualmente dall'Ufficio tecnico erariale, pari al valore agricolo medio delle colture riscontrate e godere, al più, in caso di accettazione, di una maggiorazione nella misura del 50% della somma offerta; ma sempre di gran lunga inferiore rispetto sia al valore di mercato di cui alla legge generale del 1865 che all'indennità di cui alla legge su Napoli del 1889. Con non poca fatica (furono raccolte indiscrezioni in tal senso) questo criterio fu annullato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 5

¹⁰ Cfr. per tutte C. Cost., 30.1.1980, n. 5: "la giurisprudenza di questa Corte, costante nell'affermare che l'indennizzo assicurato all'espropriato dall'art. 42, comma terzo, Cost., se non deve costituire una integrale riparazione per la perdita subita - in quanto occorre coordinare il diritto del privato con l'interesse generale che l'espropriazione mira a realizzare - non può essere, tuttavia, fissato in una misura irrisoria o meramente simbolica ma deve rappresentare un serio ristoro. Perché ciò possa realizzarsi, occorre far riferimento, per la determinazione dell'indennizzo, al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso, secondo legge. Solo in tal modo può assicurarsi la congruità del ristoro spettante all'espropriato ed evitare che esso sia meramente apparente o irrisorio rispetto al valore del bene".

¹¹ Tra le varie leggi speciali si annovera l'art. 5, co. quinto, della legge 23 luglio 1985, n. 372, secondo il quale l'indennità di espropriazione dei beni immobili della tenuta di Capocotta, destinati all'ampliamento della tenuta di Castelporziano in dotazione del Presidente della Repubblica, va calcolata con la legge del 1885.

¹² Ci si permette di rinviare al mio *Ambito di operatività dell'art. 4 della legge 27 giugno 1974, n. 247 ed individuazione del giudice competente in tema di opposizione ad indennità di espropriazione*, in *Riv. giur. edilizia*, 1979, 303 ss., ove veniva trattato il tema dell'estensione dei criteri indennitari della legge sulla casa agli espropri condotti per la realizzazione di autostrade da parte di un concessionario privato.

del 30 gennaio 1980¹³; in effetti, occorsero poco più di nove anni, anche perché nelle more fu approvata la legge n. 10 del 1977 (cd. legge Bucalosssi, dal nome del ministro proponente), che si limitò solo a rettificare il criterio per le aree interne ai centri abitati, a seconda del numero della popolazione (moltiplicando l'indennità, sempre parametrata al valore agricolo medio, da 2 a 5 per i Comuni con meno di 100 mila abitanti, e da 4 a 10 per i comuni superiori a 100 mila abitanti), ma sempre sulla scorta di valori astratti e non ancorati rispetto al valore effettivo del bene. A tale dichiarazione di incostituzionalità rispose il nostro legislatore che, non avendo raggiunto un accordo in seno alle forze politiche, non seppe far altro che reintrodurre, "a titolo provvisorio, salvo conguaglio", il criterio dichiarato incostituzionale (legge n. 385 del 1980). La Consulta ovviamente bocciò anche questa norma con la sentenza n. 223 del 1983.

In quel momento storico, anche se esula dalla presente analisi, va ricordato che si registrano due tendenze, sempre non particolarmente benevole nei confronti dei proprietari espropriandi: la prima, assecondata dalla Corte di Cassazione, tendente a "punire" le aree inedificate, perché si riteneva che i proprietari volessero giovare delle "rendite di posizione"¹⁴, ossia attendessero, senza colpo ferire (ovvero senza eseguire alcuna opera di urbanizzazione), che fosse l'Amministrazione pubblica a dover infrastrutturare le aree circostanti e far sì che i suoli originariamente agricoli aumentassero di valore grazie alla mano pubblica; la seconda aveva l'obiettivo di scorporare il potere di costruire (*jus aedificandi*) dal diritto di proprietà ed attribuire la titolarità di tale potere all'amministrazione comunale, la quale avrebbe potuto consentire la costruzione sul suolo al proprietario, ma anche a terzi, rilasciando non più una licenza edilizia (prevista dall'art. 31 della legge n. 1150 del 1942), ma una concessione edilizia, ai sensi dell'art. 1 ss. della legge n. 10 del 1977, che ne avrebbe subordinato il rilascio al pagamento di una somma correlata agli oneri di urbanizzazione (cioè quale quota parte del contributo alle infrastrutture costruite o da costru-

¹³ La sentenza n. 5 è stata pubblicata da moltissime riviste, tra cui si v. *Giur. cost.*, 1980, 44 e 102; *Foro it.*, 1980, I, 605 e 622, con nota di MORELLO, *Il problema del «giusto» indennizzo ai proprietari di aree espropriate*; *Riv. giur. edilizia*, 1980, I, 17, con nota di PECCERILLO, *Una sentenza antistorica*. Si veda anche ALPA – BESSONE, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Milano, 1980, I, 3 ss.; II, 251 ss.; TARELLO, *Storiografia, giuspolitica e interventi della Corte costituzionale in tema di proprietà*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI, 1976, 595; MORETTI, *La giurisprudenza costituzionale come fonte del diritto di proprietà*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1982, 1444; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VII, 2, Milano, 1995, 102: trattasi di interventi, sul tema, che fanno parte della storiografia giuridica.

¹⁴ Il primo riferimento in una sentenza della Cassazione si rinviene, in base alla verifica del *data base dejure.it*, in Sez. I, 14.10.1988, n. 5599, secondo cui il criterio introdotto dall'art. 16 della legge n. 865 del 1971 "così faticosamente delineato, per abbattere la c.d. rendita di posizione, costituiva un apposito sistema creato ex novo per far fronte alle conseguenze della sentenza n. 55/1968 della Corte costituzionale che aveva dichiarato l'incostituzionalità dei vincoli di piano sui suoli privati a tempo indeterminato, rendendo possibile allo Stato ed agli enti pubblici di procedere in modo omogeneo e alla stregua di un unico criterio alle espropriazioni dirette alla realizzazione di opere pubbliche". Si veda, però, in senso contrario, Cass., 22.12.1988, n. 7014, la quale riferisce che la normativa in vigore non penalizza affatto le rendite di posizione.

ire da parte dell'amministrazione) e dal costo di costruzione. Tendenza, quest'ultima, come visto, respinta dalla Consulta con la poc'anzi richiamata sentenza n. 5, che affermò categoricamente che lo *jus aedificandi* inerisce al diritto di proprietà, e che non v'è una sostanziale differenza di natura giuridica tra la licenza edilizia e la concessione edilizia.

A questo punto, dopo la cancellazione (parziale, come si vedrà in seguito) del valore agricolo medio¹⁵, il legislatore, nell'intento di far risparmiare qualcosa alle pubbliche casse¹⁶, costantemente esauste, di far realizzare le opere pubbliche e infine di bloccare la reviviscenza dell'art. 39 della legge n. 2359, intervenne nuovamente con la legge 8 agosto 1992, n. 359, di conversione del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, introducendo l'art. 5bis, con una norma che è emblematica della miopia e dell'improvvisazione in cui incorre spesso il nostro Parlamento: "Fino all'emanazione di una organica disciplina per tutte le espropriazioni...". Ebbene, tale norma - in disparte il fatto che la disciplina organica intervenne dopo ben nove anni - si limitò a reintrodurre il criterio della legge su Napoli del 1885 quale parametro base, con la sola modifica del secondo componente per il calcolo dell'indennità, sostituendo i fitti coacervati nell'ultimo decennio (peraltro di non agevole dimostrazione) con il reddito dominicale rivalutato (da ricavare dal catasto). Ossia, grosso modo si introduceva in via generalizzata il criterio di quantificazione dell'indennità commisurata ad una percentuale variabile tra il 55 ed il 60% del valore del bene da apprendere, limitatamente alle aree edificabili. L'importo ricavato si sarebbe poi dovuto decurtare del 40% qualora il proprietario non avesse accettato l'offerta. Quindi, in pratica, egli avrebbe rischiato di percepire un importo oscillante tra il 22-24% del valore del bene, se avesse voluto aspirare a adire il giudice dell'opposizione. Per quanto concerne tutte le altre aree agricole e quelle definite *non edificabili* si sarebbe applicato il criterio del valore agricolo medio di cui all'art. 16 della legge n. 865 del 1971.

In poche parole, furono introdotti due criteri: il primo, pari al valore di mercato del bene dimezzato per le aree edificabili¹⁷ (per addivenire a tale valutazione o accertamento il legislatore precisava che si sarebbero dovute "considerare le possibilità legali ed effettive di edificazione esistenti al momento dell'apposizione del vincolo espropriativo": co. 3 dell'art. 5bis); il secondo, unificato per le aree agricole e quelle non edificabili, sulla base del valore agricolo medio.

¹⁵ Le Sezioni Unite della Cassazione, con l'articolata sentenza 24.10.1984, n. 5401, stabilirono che, ancorché il dispositivo della sentenza avesse abolito l'art. 16 della legge n. 865/71, che unificava il criterio di determinazione dell'indennità per tutti i suoli, la decisione della Consulta dovesse essere interpretata unitamente alla motivazione; di tal che il criterio indennitario relativo ai suoli agricoli dovesse essere "salvato".

¹⁶ Uno studio degli anni '80 del secolo scorso appurò che il costo dell'acquisizione dell'area rispetto all'opera pubblica incide in misura assai ridotta (in misura percentuale pari ad una cifra); come, alla stessa stregua, è noto che il costo dell'opera pubblica "finita" è sovente di gran lunga superiore a quello indicato nella previsione del progetto (il quale spesso è carente: il che provoca un allungamento dei termini di consegna dell'opera appaltata).

¹⁷ Ed anche per quelle edificate (per la verità, le procedure ablativo che hanno interessato edifici, attraverso una ricerca sui data base, sono di limitata portata).

Il contenzioso dinanzi ai giudici dell'opposizione all'indennità (Corti d'appello¹⁸), come per la previgente disciplina normativa (art. 16 della legge n. 865/1971) che poi diede luogo alla sentenza della Consulta n. 5 del 1980, scoppiò letteralmente¹⁹. Del resto, cosa c'era da aspettarsi dai proprietari ai quali si prevedeva di corrispondere un indennizzo così lontano dal valore di mercato del bene da espropriare?

La Consulta intervenne una prima volta con la sentenza n. 283 del 16 giugno 1993, limitandosi però a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 5bis nella parte in cui (con la norma transitoria) non aveva previsto, in favore dei soggetti già espropriati al momento dell'entrata in vigore della legge n. 359 e nei confronti dei quali l'indennità di espropriazione non fosse ancora divenuta incontestabile, il diritto di accettare l'indennità di cui al primo co. con esclusione della riduzione del 40%. Insomma, fu una declaratoria d'incostituzionalità che investì esclusivamente la transitorietà dell'applicazione del nuovo criterio, mentre la riduzione del 40%, quale elemento di dissuasione dal non accettare l'offerta di indennità, fu lasciato invariato, come invariato fu il criterio oramai generalizzato, e reintrodotta con la nuova formulazione, della legge su Napoli del 1885, che, come sopra visto, era stato all'epoca adottato per favorire gli accordi sulle indennità, consentendo le demolizioni dei fabbricati fatiscenti e insalubri di quella città devastata dal colera. Tutte le altre questioni di legittimità costituzionale, che pur erano state sollevate da numerose corti d'appello - le cui ordinanze di rimessione evidentemente confidavano nel precedente di cui alla sentenza n. 5 del 1980 - furono rigettate. Ed intervenne una seconda volta, che avrebbe dovuto essere definitiva, con la sentenza 23 luglio 1997, n. 261, ove prevalsero probabilmente ragioni di equilibrio finanziario del bilancio degli enti pubblici. In questo caso, sorprendentemente (ma forse non del tutto), la Consulta bocciò la questione di legittimità costituzionale²⁰, asserendo addirittura l'insindacabilità delle scelte discrezionali del legislatore. Pronuncia che lasciò perplessa larga parte della dottrina e anche un consistente ma non unanime settore della giurisprudenza civile, che ritenne, ad es., indennizzabile con diversi parametri una cava²¹.

¹⁸ L'art. 19 della legge n. 865, meritoriamente, individuò la Corte d'appello quale giudice dell'opposizione, con l'intento di semplificare e velocizzare in tal modo i giudizi sulla quantificazione dell'indennità di occupazione e di espropriazione.

¹⁹ Sul dibattito che scaturì da tale pronuncia per tutti v. PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019, 138 ss. Esprese forti critiche al legislatore "finanziario", tra cui v. L. MAROTTA, *Le 'possibilità' legali ed effettive di edificazione secondo l'art. 5bis l. n.359/1992: un'interpretazione contra constitutionem?* in *Corriere giur.*, 2000, 271.

²⁰ Annotata da CARINGELLA, *Bocciata la via costituzionale al «tertium genus» di aree espropriabili*, in *Urbanistica e app.*, 1997, 1905. Dello stesso A. v. altresì. *L'indennità di esproprio sotto i riflettori della Corte costituzionale*, *ivi*, 7.

²¹ Cass., 22.2.2000, n. 1975, che richiama il precedente recato dalla sentenza 12534/1999, in *Urbanistica e app.*, 2000, 153, con nota di DE MARZO, *Torna il tertium genus delle aree espropriabili?* (detto indirizzo era stato peraltro auspicato da un illustre componente della Cassazione: VIGNALE, *Espropriazione per pubblica utilità e occupazione illegittima*, Napoli, 1998, 276 ss.), la quale aveva invece esplicitamente affermato: "l'in-

Anzi, la Consulta si spinse ad affermare che l'art. 5bis potesse considerarsi quale fondamentale riforma economico sociale.²²

La reazione dei proprietari fu scontata: sarebbe stato inutile rivolgersi al giudice ordinario per una più consistente determinazione dell'indennità, e sarebbe stato invece assai più opportuno puntare all'annullamento del procedimento amministrativo dinanzi al giudice amministrativo e, in caso di esito positivo, rivolgersi successivamente al giudice ordinario per ottenere il ben più congruo risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c., questa volta parametrato sul valore pieno del bene, e non già accontentarsi della semisomma di cui all'art. 5bis, quale reinterprete o reintroduzione della legge su Napoli del 1885 per i suoli edificabili, o del mero valore agricolo per i suoli agricoli e soprattutto per quelli non edificabili. Quindi, essi (o meglio il loro patroni) si industriarono per rinvenire illegittimità nelle complicate procedure ablative oppure profittare della scarsa efficienza degli enti pubblici esproprianti.

A tale azione, o meglio a tali azioni, che rischiavano di aggravare in modo consistente le casse dello Stato (gli interessi, all'epoca viaggiavano su numeri a due cifre²³), oltre che di intasare i ruoli dei giudici amministrativi e civili, vi fu una reazione uguale e contraria del Parlamento, il quale, in sede di legge finanziaria del 1996

dennizzo deve essere ragguagliato alle capacità estrattive dell'area, secondo la sua potenzialità materiale ed economica, che tale criterio non costituisce reintroduzione di un '*tertium genus*', che tale indennizzo è dovuto come 'serio ristoro' dell'ablazione dello specifico bene. Esso, secondo tale pronuncia è correlato alla '... individuazione un tipo di bene caratterizzato, non già in alternativa alle aree edificabili o alle aree agricole quali sottospecie settoriali della più ampia categoria delle aree suscettibili di espropriazione ma all'insieme di esse (...), dalla concomitante presenza dell'aspetto negativo della inedificabilità e del dato positivo della possibilità di una utilizzazione economica diversa ed ulteriore.' E ad avviso del Collegio è tale notata peculiarità che deve essere condivisa ed evidenziata, non potendo la cava essere ridotta ad 'area' sulla quale necessariamente applicare la dicotomia normativa: essa, infatti, è utilizzabile non per quel che si può su di essa costruire (area edificabile) o dal suo soprassuolo trarre (area agricola), né per le molteplici opportunità comunque offerte dal soprassuolo (e per legge da ritenere non rilevanti). Essa è fruibile direttamente in termini di appropriazione materiale e non reversibile né rinnovabile, ed in un contesto di utilizzazione o consumo la cui peculiarità non può non farla contrapporre come intuito dalla sentenza 12354/1999 - a tutte le aree (o 'altre aree'). Ed è per tale ragione che l'individuazione dell'indennizzo per l'esproprio della cava vi sottrae alla stretta della dicotomia normativa e va condotta - come fatto dalla Corte di merito - alla stregua della consolidata indicazione giurisprudenziale di questa Corte di legittimità, idonea ad apprestare un serio ristoro per l'ablazione dello specifico bene in discorso". Insomma, non c'è il *tertium genus*, ma lo si deve applicare.

²² C. Cost., 30.4.1999, n. 147: "La disposizione che decurta notevolmente l'indennità di espropriazione rispetto al 'giusto prezzo' della libera contrattazione di mercato rientra nell'ambito dei provvedimenti urgenti, volti non soltanto al perseguimento di scopi economico - sociali legati alla ripresa di un settore fondamentale qual è quello delle opere pubbliche, ma soprattutto al risanamento della finanza pubblica attraverso la decurtazione degli oneri addossati a carico dei bilanci pubblici in una situazione caratterizzata da un gravissimo debito pubblico. Tale profilo economico - finanziario attiene al complesso settore pubblico ed il principio di contenimento della spesa pubblica ha un aspetto globale indissolubile di interdipendenza".

²³ Gli interessi legali dal dicembre del 1990 erano conteggiati al 10%, mentre i titoli di Stato nel 1992 raggiunsero il 14,42%.

(28 dicembre 1995, n. 549, approvata, come di consueto accade, con il voto di fiducia), volle porre rimedio alle numerose sentenze del giudice ordinario di condanna degli enti esproprianti al risarcimento del danno per le illegittime occupazioni, inserendo il co. 65 nell'art. 1 e, con l'intento di perseguire la finalità di una razionalizzazione della spesa pubblica, pensò bene di introdurre il principio della parità degli effetti derivanti dall'occupazione illegittima a quelli scaturenti dalla procedura legittima ai fini del pagamento del *quantum* spettante al proprietario dell'area da espropriare. Appare forse inutile riferire che fu registrata una forte ribellione da parte sia della dottrina²⁴ che della giurisprudenza: quest'ultima subì la Corte costituzionale con un numero impressionante di ordinanze di rimessione. La Consulta, a differenza del passato, rendendosi conto che la tecnica del rinvio avrebbe aggravato la situazione di incertezza in cui versavano, oltre che le Corti, anche le amministrazioni, non fece trascorrere neppure un anno e, con sentenza 2 novembre 1996, n. 369, ne decretò la cancellazione dall'ordinamento giuridico, facendo rivivere l'art. 2043 c.c. per le espropriazioni illegittime.

Sempre collegata con il tema del *quantum* dovuto al proprietario si deve registrare in questa fase storica anche la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 26 febbraio 1983, n. 1464²⁵, la quale, nel pur condivisibile intento di comporre gli opposti interessi pubblici e privati, introdusse nell'ordinamento un nuovo modo di acquisto della proprietà fondato su un'attività illecita dell'amministrazione. Essa, infatti, affermò che la realizzazione dell'opera pubblica e la scadenza del termine dell'occupazione d'urgenza provocassero l'accessione invertita o l'occupazione acquisitiva, sicché l'opera e l'area interessata sovrastante sarebbero divenute di proprietà dell'ente pubblico, il quale sarebbe stato costretto a risarcire il danno arrecato al proprietario, la cui tutela, pur azionabile, soggiaceva al termine, assai breve, della prescrizione quinquennale²⁶. Tale soluzione si poneva in sostanziale contrasto con l'orientamento del Consiglio di Stato, il quale, una volta scaduti i termini del decreto di occupazione e/o di quelli della pubblica utilità senza che la procedura si fosse completata con il decreto di esproprio, riteneva possibile che l'amministrazione reiterasse la procedura, fermo restando il diritto del proprietario di conseguire il risarcimento del danno derivante dall'illegittima occupazione²⁷. Questo principio introdotto dalle Sezioni Unite, che ricevette anche l'avallo sia del Consiglio di Stato,²⁸

²⁴ V. per tutti, L. MAROTTA, *Un monstrum giuridico: l'art. 1 comma 65 legge n. 549/95 rimesso al vaglio della Corte costituzionale*, in *Corriere giur.*, 1996, 444 e CARBONE, *Occupazione acquisitiva: la consulta boccia l'equiparazione «indennità e/o risarcimento»*, in *Corriere giuridico*, 1996, 1342 e la dottrina ivi riportata.

²⁵ Anche questa decisione ha registrato un numero impressionante di commenti ed annotazioni.

²⁶ *Ex multis*, Cass., 7.5.1996, n. 4235.

²⁷ La giurisprudenza è cospicua. Si rimanda in proposito a LEONE, in LEONE – A. MAROTTA, con la collaborazione di CICCHELLA e PETRELLA, *L'espropriazione per pubblica utilità. Rassegna di giurisprudenza*, Padova, 1993, 383 ss.

²⁸ Cfr. tra tutte, IV sez., 3.4.2001, n. 1911.

che della Corte costituzionale,²⁹ è stato, solo dopo oltre diciassette anni, abbattuto dalla CEDU con sentenza del 30 maggio 2000, n. 31524³⁰. La giurisprudenza nazionale s'è poi adeguata alla Corte di Strasburgo.

Arriviamo, ora, al Testo Unico delle espropriazioni, approvato con d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327, il quale, pur nella sua razionalizzazione procedimentale, ricalcante lo schema, con i necessari adattamenti, della legge generale del 1865, non potette fare altro, trattandosi di atto normativo avente un binario predeterminato, che recepire i criteri di determinazione dell'indennità fondati sulla dicotomia suoli agricoli, per i quali si applica il criterio del valore agricolo medio, e suoli edificabili, per i quali si prevede un indennizzo ancorato, mediante il richiamato art. 5bis, alla rivisitata legge su Napoli del 1885. Insomma, il *tertium genus*, cioè una via intermedia tra il valore dell'area edificabile ed il valore meramente agricolo che *in natura datur*, nonostante qualche timido intervento aperturista della Cassazione, venne bocciato ed i suoli ancorché inedificabili, ma aventi una diversa, legittima potenzialità di sfruttamento, dovettero essere assoggettati alla medesima disciplina dei suoli agricoli, pur non possedendone le intrinseche qualità. In poche parole, il Testo unico fece un'operazione meramente ricognitiva e disciplinò i criteri di determinazione dell'indennità di esproprio contemplando, all'art. 37, per le aree edificabili di fatto e di diritto, il criterio della sostanziale semisomma del valore venale di mercato (contemperato dal decuplo del reddito dominicale: co. 1), con la riduzione del 40% in caso di mancata accettazione (co. 2)³¹; e all'art. 40, dedicato alle aree non edificabili, il criterio del valore agricolo tenendo conto delle colture effettivamente praticate sul fondo.

Il criterio del valore dimidiato ha retto sino alla sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2007, n. 348, la quale l'ha dichiarato illegittimo.

V'è però da dire che le Corti italiane di merito e di legittimità non ritennero spontaneamente questo criterio irragionevole, incongruo o illogico; anzi, la stessa

²⁹ 31.7.1990, n. 384 e 23.5.1995, n. 188.

³⁰ È forse superfluo rilevare che sul carro della CEDU sono saliti molti autori e larga parte della giurisprudenza che, peraltro, avevano accettato, senza soverchie difficoltà, l'arresto delle Sezioni Unite del 1984 con particolare riferimento al rischio derivante dalla prescrizione quinquennale dell'azione risarcitoria, affermata da Cass., S.U., 25.11.1992, n. 12546, in *Corriere giur.*, 1993, 330, con nota di CAVALLARO – PANDOLFO, *Occupazione «sine titulo» e tutela del privato*; in *Foro it.*, 1993, I, 87 con note di CASO, *La Cassazione tra occupazione appropriativa ed espropriazione sostanziale: Dr. Jekyll e Mr. Hyde?* e di DE MARZO, *Le sezioni unite e l'occupazione appropriativa, ovvero come (far finta di) mettere le cose a posto*; in *Giur. it.* 1994, I, 1, 1232, con nota di LIPPOLIS, *Occupazione «sine titulo» del fondo del privato da parte della P.A. ed allocazione dei diritti proprietari: un «excursus» della giurisprudenza degli ultimi dieci anni tra «liability» e «property rules»*.

³¹ La Cassazione (*ex multis*, 30.9.2004, n. 19643) cercò di attenuare gli effetti davvero paradossali che avrebbero potuto scaturire dall'applicazione di tale norma, che aveva, quale intento, un effetto deflattivo del contenzioso, affermando che qualora l'offerta dell'indennità si distaccasse notevolmente da quella che sarebbe spettata, in sede di opposizione all'indennità il giudice non avrebbe dovuto operare la decurtazione del 40%.

Consulta, già nel 1960³², aveva dichiarato che il criterio della legge su Napoli del 1885, esteso da altre norme speciali, potesse ritenersi non contrastante né con l'art. 42, né con l'art. 3 della Costituzione, in quanto idoneo a garantire all'espropriato un indennizzo 'congruo', in quanto pur sempre rapportato al valore venale del bene con un meccanismo di correzione tale da assicurare, anche nelle ipotesi meno vantaggiose, un'indennità calcolata sulla base di un importo intermedio tra la metà del valore reale del bene ed il suo valore effettivo.

Ciò che ha fatto ricredere la Consulta è stata la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Infatti, mentre la Corte costituzionale (sentenze n. 283, 414 e 442 del 1993) aveva più volte scrutinato il citato articolo 5bis ritenendolo conforme all'art. 42, terzo co., della Costituzione, perché introduttivo di un criterio che assicurava comunque un ristoro «non irrisorio» ai soggetti espropriati, nel rispetto della funzione sociale della proprietà, e con la sentenza n. 261 del 1997 aveva anche escluso la sindacabilità del criterio in questione, in quanto riservato alla discrezionalità del legislatore, la Corte EDU, con le sentenze 29 luglio 2004 e 29 marzo 2006, entrambe emesse nelle arcinote cause Scordino contro Italia, aveva condannato lo Stato italiano per violazione delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³³. Nella pronuncia del 2004, la Corte europea aveva peraltro già censurato l'applicazione, operata dai giudici italiani, dell'art. 5bis ai giudizi in corso, stigmatizzando la portata retroattiva della norma in parola, come tale lesiva della certezza e della trasparenza nella sistemazione normativa degli istituti ablatori, oltre che del diritto della persona al rispetto dei propri beni; inoltre, l'applicazione di tale criterio ai giudizi in corso aveva violato il legittimo affidamento dei soggetti espropriati, che avevano agito in giudizio per essere indennizzati secondo il criterio del valore venale dei beni, previsto dall'art. 39 della legge n. 2359/1865, ripristinato a seguito della dichiarazione d'incostituzionalità delle norme che commisuravano in generale l'indennizzo al valore agricolo dei terreni (sentenze n. 5 del 1980 e n. 223 del 1983). Con la sentenza del 2006, invece, la Corte di Strasburgo si spinse oltre e, dopo aver rilevato la strutturale e sistematica violazione, da parte del legislatore italiano, dell'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione europea, osservò che la quantificazione dell'indennità in modo irragionevole rispetto al valore del bene aveva determinato la violazione dei diritti dell'uomo. Peraltro, la Corte di Strasburgo sottolineò come, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, lo Stato italiano avesse il dovere di porre fine a tali problemi strutturali attraverso l'adozione di appropriate misure legali, amministrative e finanziarie.

³² Sentenza n. 5 del 1960, ribadite dalla sentenza n. 15 del 1976, e dall'ordinanza n. 607 del 1987.

³³ Insomma, un piccolo proprietario calabrese (o meglio i suoi eredi), difeso da un intraprendente quanto ostinato avvocato, riuscì a sconfiggere lo Stato italiano e la Corte costituzionale e a imporre a quest'ultima la revisione delle sue decisioni consolidate da quasi sessant'anni!

Per farla breve, la Corte costituzionale³⁴, al fine di evitare che ogni sentenza del giudice italiano investito della quantificazione dell'indennità di esproprio, pur determinata in via definitiva dalla Cassazione, potesse essere contestata dinanzi alla CEDU e lo Stato dovesse essere condannato al pagamento del danno materiale (controvalore del bene) e del danno morale, con aggravio delle spese legali, per rimediare ai precedenti che la vedevano di contrario avviso, con la nota sentenza n. 348 del 24 ottobre 2007, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 5bis, commi 1 e 2, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, e soprattutto (conseguentemente ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87) dell'art. 37, commi 1 e 2, del d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327. La sentenza in questione inoltre assunse una notevole rilevanza, in quanto volle ribadire il ruolo della Consulta al vertice dell'ordinamento sul piano delle fonti, assegnando alla Corte EDU un livello inferiore, intermedio, con ciò stigmatizzando l'operato di quei giudici che avevano ritenuto direttamente disapplicabile la normativa nazionale in contrasto con la Convenzione EDU, senza passare attraverso lo scrutinio di legittimità della Corte costituzionale medesima.

Con sentenza di pari data, che assunse il numero 349, la Corte dichiarò l'incostituzionalità anche dell'art. 5bis, co. 7bis, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, introdotto dall'art. 3, co. 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, che aveva parificato il criterio di determinazione del risarcimento equiparandolo sostanzialmente all'indennità di esproprio.

La Corte costituzionale infine intervenne in relazione agli indennizzi relativi ai suoli non edificabili ed agricoli con sentenza 10 giugno 2011, n. 181³⁵, dichiarando

³⁴ SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, 21, dopo aver parlato di "andamento sinusoidale della giurisprudenza in tema di indennizzo espropriativo", con grande eleganza così si esprime: "La Corte si impegna in un compito arduo, conciliare la sua precedente giurisprudenza, connotata dalla svalutazione della misura dell'indennizzo, con le decisioni della Corte di Strasburgo, molto chiare nel senso opposto. Inizia quindi con il rammentare 'la relatività sincronica e diacronica' dei criteri di determinazione dell'indennizzo; riprendendo così una idea che può fondarsi soltanto sulla svalutazione della garanzia costituzionale circa la serietà dell'indennizzo. In tal modo la garanzia non è, in tesi, costante nel tempo, armonicamente con la invarianza della disposizione costituzionale: assume valore diverso (anche profondamente diverso), a seconda di circostanze di fatto, o anche giuridiche, che in ogni caso non hanno valore costituzionale! In secondo luogo, forzando un pò la comparazione, la Corte mette in rilievo gli elementi comuni alla giurisprudenza costituzionale italiana e a quella di Strasburgo. Essi sono: il riferimento per il calcolo dell'indennizzo individuato nel valore venale del bene espropriato; la possibile non coincidenza tra questo valore e la misura dell'indennizzo. Affrontando poi il cuore del problema, la Corte si allontana decisamente dalla sua precedente giurisprudenza, affermando che una indennità 'congrua, seria ed adeguata (...) non può adottare il valore di mercato del bene come mero punto di partenza per calcoli successivi che si avvalgono di elementi del tutto sganciati da tale dato, concepiti in modo tale da lasciare alle spalle la valutazione iniziale, per attingere risultati marcatamente lontani da essa'. La conseguenza di questa nuova impostazione è la dichiarazione di illegittimità della stessa disposizione che, nel 1993 e nelle sentenze degli anni successivi, era stata ritenuta costituzionalmente legittima".

³⁵ Annotata criticamente da SCAGLIONE, in *Nuova giur. comm.*, 2011, 9, 874 ss.

l'illegittimità dell'art. 5bis, co. 4, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, in combinato disposto con gli art. 15, primo co., secondo periodo, e 16, commi quinto e sesto, della legge 22 ottobre 1971, n. 865, come sostituiti dall'art. 14 della legge 28 gennaio 1977, n. 10 e (conseguentemente ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87) dell'art. 40, commi 2 e 3, del t.u. espropri n. 327/2001.

Questa sentenza, però, lascia profondamente perplessi. Infatti, essa operò un'errata o quanto meno non convincente distinzione tra i suoli agricoli e quelli non edificabili, ancorché *in rerum natura* esista. Dopo aver richiamato la propria sentenza n. 348 del 2007, secondo cui ««deve essere esclusa una valutazione del tutto astratta, in quanto sganciata dalle caratteristiche essenziali del bene ablato» (principio già affermato dalla sentenza n. 355 del 1985)», ed aver rilevato che «le suddette statuizioni riguardano suoli edificabili. Ciò non significa, tuttavia, che esse non siano applicabili anche ai suoli agricoli ed a quelli non suscettibili di classificazione edificatoria», la Consulta pervenne alla conclusione che «anche per i suoli agricoli o non edificabili sussiste l'esigenza che l'indennità si ponga «in rapporto ragionevole con il valore del bene». Essa motivò la propria decisione nel seguente modo: «Orbene, il valore tabellare così calcolato prescinde dall'area oggetto del procedimento espropriativo, ignorando ogni dato valutativo inerente ai requisiti specifici del bene. Restano così trascurate le caratteristiche di posizione del suolo, il valore intrinseco del terreno (che non si limita alle colture in esso praticate, ma consegue anche alla presenza di elementi come l'acqua, l'energia elettrica, l'esposizione), la maggiore o minore perizia nella conduzione del fondo e quant'altro può incidere sul valore venale di esso. Il criterio, dunque, ha un carattere inevitabilmente astratto che elude il «ragionevole legame» con il valore di mercato, «prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il 'serio ristoro' richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte» (sentenza n. 348 del 2007, citata, punto 5.7 del Considerato in diritto)». E pervenne alla declaratoria d'illegittimità costituzionale dei commi 2 e 3 del TU e non anche del co. 1 dell'art. 40: «Detto comma concerne l'esproprio di un'area non edificabile ma coltivata (il caso di area non coltivata è previsto dal comma 2), e stabilisce che l'indennità definitiva è determinata in base al criterio del valore agricolo, tenendo conto delle colture effettivamente praticate sul fondo e del valore dei manufatti edilizi legittimamente realizzati, anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola. La mancata previsione del valore agricolo medio e il riferimento alle colture effettivamente praticate sul fondo consentono una interpretazione della norma costituzionalmente orientata, peraltro demandata ai giudici ordinari».

Il dissenso che mi sembra opportuno sollevare è il seguente.

La Consulta si preoccupò di stigmatizzare il criterio di determinazione dell'indennità dei suoli agricoli, con particolare riferimento ai commi 2 e 3 dell'art. 40, ritenendo che l'indennità, commisurata al valore agricolo medio, non fosse agganciata al valore effettivo del suolo (agricolo), senza tener presente però che tale crite-

rio astratto (anda)va utilizzato solo in sede di offerta dell'indennità provvisoria ai sensi dell'art. 20; e senza tener al contempo presente che, in sede di stima definitiva *ex art.* 21, i tecnici (il terzo, nominato dal presidente del tribunale tra professori universitari di estimo, o tra coloro che risultano iscritti nell'albo dei periti o dei consulenti tecnici: co. 5), procedono alla redazione di una relazione estimativa del bene, la quale non ha nulla a che vedere con il valore agricolo medio, che il proprietario ha inteso abiurare, ma è espressione di una stima redatta con riferimento al valore agricolo di mercato del bene stesso: ciò che l'art. 14 della legge n. 10 del 1977 già a suo tempo aveva previsto con il richiamo alla nozione di azienda agricola³⁶; richiamo recepito dall'art. 40, co. 1, prima parte, ove si parla di "colture effettivamente praticate sul fondo...anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola". Insomma, la trama della norma, che ha inteso fondere (a freddo) legge generale n. 2359/1865 e legge speciale (ma poi generalizzata) n. 865/71, consentiva - come tuttora consente - al proprietario del suolo agricolo di accettare l'indennità provvisoria calcolata, *ex art.* 20, sulla base delle tabelle, elaborate con l'indicazione di valori medi, nella supposizione o nel convincimento che la sua area potesse avere anche un valore inferiore a tale media (con l'accettazione, l'indennità viene maggiorata del 50% e triplicata se il proprietario conduce direttamente il suolo); ma consentiva - come tuttora consente - pure al proprietario di un vigneto, ove si coltiva il Brunello da Montalcino, di non accettare l'offerta calcolata sulla scorta dell'astratto valore agricolo medio e di sollecitare la stima dei periti *ex art.* 21, ai quali conferire l'incarico di redigere una relazione di stima, di certo ben più rispondente al valore effettivo del bene. Del resto, anche in sede di opposizione all'indennità, il compito della Corte d'appello non è solo quello di accertare se l'area da espropriare rientri in una determinata regione agraria, oppure se la coltura rinvenuta in sede di redazione del verbale di consistenza sia correttamente indicata, ma anche, o soprattutto, su richiesta delle parti (pure l'espropriante può opporsi, se ritiene non corretta, alla relazione di stima degli esperti di cui all'art. 21), di quantificare l'indennità secondo il valore di mercato (in questo caso, agricolo).

Quindi, la pronuncia della Consulta si sarebbe potuta limitare a dichiarare non fondate le questioni sollevate, in quanto l'interpretazione costituzionalmente orientata del contesto normativo di per sé avrebbe consentito di pervenire alla determinazione del valore di mercato agricolo del bene da apprendere, vuoi in caso di stima dei periti, vuoi in sede di opposizione giudiziaria all'indennità.

Viceversa, ciò che è clamorosamente mancata è la pronuncia proprio sull'art. 40, co. 1, relativa all'estensione ai suoli non agricoli e non edificabili del criterio del valore agricolo, i quali hanno natura e caratteristiche completamente diverse dai suoli agricoli.

³⁶ "La commissione, entro trenta giorni dalla richiesta del presidente della giunta regionale, determina l'indennità sulla base del valore agricolo con riferimento alle colture effettivamente praticate sul fondo espropriato, anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola".

Difatti, l'ultima parte dell'art. 40 impone di escludere per tali aree non agricole e non edificabili "la possibile o l'effettiva utilizzazione diversa da quella agricola". Mentre per i proprietari dei suoli agricoli la norma, come visto, consente che il valore (in sede di stima definitiva e/o giudiziaria) debba tener "conto delle colture effettivamente praticate sul fondo...anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola", e che quindi sia possibile il ricorso alla stima del valore di mercato del terreno, viceversa, nei casi di espropri di terreni sui quali non v'è coltura, ma sono o potrebbero esser destinati legittimamente, a titolo esemplificativo, ad area di parcheggio o di smistamento merci di un'industria, oppure ancora a cortile gentilizio, il proprietario, che dalla realizzazione dell'opera pubblica e dall'esproprio subisce una diminuzione relevantissima del valore del proprio immobile, stante la lettera della norma, non potrà giammai conseguire il giusto *tantumdem*. Insomma, era questa la strada maestra che avrebbe dovuto percorrere la Consulta: dichiarare l'incostituzionalità del co. 1 dell'art. 40 del t.u. là dove per i suoli non edificabili non viene affatto valutata la perdita subita, oppure respingere la questione con una decisione di rigetto interpretativa costituzionalmente orientata. Difatti, in sede sia di offerta di indennità provvisoria, sia di relazione di stima da parte dei tecnici incaricati della determinazione dell'indennità definitiva, l'indennizzo relativo ai suoli non agricoli e non edificabili, ancorché legittimamente utilizzati per scopi diversi dalla coltivazione, rischierebbe di tradursi in una misura irrisoria o meramente simbolica. Ciò in evidente e radicale contrasto con quanto affermato nel passaggio motivazionale precedente, là dove la decisione in questione aveva pur detto che "come la sentenza n. 348 del 2007 ha posto in luce, «sia la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sia quella della Corte europea concordano nel ritenere che il punto di riferimento per determinare l'indennità di espropriazione deve essere il valore di mercato (o venale) del bene ablato». E tale punto di riferimento non può variare secondo la natura del bene, perché in tal modo verrebbe meno l'ancoraggio al dato della realtà postulato come necessario per pervenire alla determinazione di una giusta indennità".

V'è quindi un evidente contrasto, a mio avviso, all'interno della motivazione e tra questa ed il dispositivo che avrebbe dovuto condurre alla caducazione di tale disposizione.

In ultima analisi, saremmo indotti a ritenere, sulla scorta delle pronunce della Consulta, che il criterio di determinazione dell'indennità di espropriazione (nonché, di tutta evidenza, anche di quella di occupazione, che viene calcolata in base ad una percentuale sull'indennità di esproprio) tanto per i suoli edificabili quanto per quelli agricoli consiste nel valore venale del bene, come peraltro recita la nuova versione dell'art. 37 del t.u., modificato dall'art. 1, co. 1, lett. ee), n. 1), del d.lg. 27 dicembre 2002, n. 302 ("L'indennità di espropriazione di un'area edificabile è determinata nella misura pari al valore venale del bene. Quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del 25 per cento"); mentre per i suoli non edificabili (ma non agricoli) vige il criterio del valore agricolo medio *ex* art. 40, co. 1 ("Nel caso di esproprio di un'area non edifi-

cabile, l'indennità definitiva è determinata in base al criterio del valore agricolo, tenendo conto delle colture effettivamente praticate sul fondo e del valore dei manufatti edilizi legittimamente realizzati, anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola, senza valutare la possibile o l'effettiva utilizzazione diversa da quella agricola³⁷).

Fortunatamente, la giurisprudenza della Corte di Cassazione³⁷ ha posto rimedio a questa svista, dando quasi per scontato che l'art. 40, co. 1, vada interpretato in modo costituzionalmente orientato e che anche per le aree non edificabili (e non agricole) debba applicarsi il criterio del valore di mercato, pur con la limitazione (sensibile) dell'incidenza dei vincoli cd. conformativi, di cui al paragrafo che segue.

Si è esordito riferendo sopra che fu il contesto sociale, economico e soprattutto politico ad esigere nel 1865 un'indennità di esproprio commisurata al valore venale del bene nel libero commercio. Se oggi si ritiene che in Italia, come in tutto l'Occidente, vi sia un sistema di liberaldemocrazia sociale, economica e politica (quasi) generalmente condiviso, non dovrebbero più sussistere dubbi circa l'immodificabilità di questo vetusto, ma sempre attuale criterio, adottato anche da altri paesi dell'Unione europea³⁸.

Si può concludere questo primo approccio alla tematica che *in principio era* la legge 25 giugno 1865, n. 2359, e che *alla fine* tale norma ha trascorso, ancorché non indenne, più di 155 anni per essere finalmente ritenuta applicabile (salvi gli interventi di riforma economico-sociale, peraltro, finora non ancora visti, per i quali l'indennità va ridotta del 25 per cento).

2. Come sopra riferito, assodato che il criterio di determinazione dell'indennità di esproprio è quello del valore di mercato, tuttavia la giurisprudenza, soprattutto della Cassazione, prendendo spunto dalla normativa, ha “corretto” questo parametro facendo larga applicazione dell'incidenza dei vincoli conformativi che svisliscono in maniera consistente tale valore venale, di cui, oramai, dopo gli interventi della CEDU e della Corte costituzionale, non si può fare a meno.

La normativa su cui basa il proprio orientamento la Cassazione è costituita dall'art. 32 del t.u., rubricato “*Determinazione del valore del bene*”, il quale ha fatto una “scelta di campo” escludendo la volontà di affidarsi esclusivamente alla scienza dell'estimo per la determinazione dell'indennità di esproprio e introducendo, a mio avviso surrettiziamente, il regime del doppio binario che trovava fonte nell'art. 5bis del d.l. n. 333 del 1992³⁹.

³⁷ *Ex multis* Cass., 16.4.2014, n. 8873, che interpreta in modo assai estensivo la decisione della Consulta n. 181 del 2011.

³⁸ Si rinvia per un'esauriente rassegna a M.L. MADDALENA, *L'espropriazione per pubblica utilità in Europa, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: esperienze nazionali a confronto*, in *GiustAmm.it*, 2014, 6, 1 ss.

³⁹ Soluzione, questa, obbligata secondo CARINGELLA, *Commento sub art. 37*, in CARINGELLA – DE MARZO – DE NICTOLIS – MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2007, 571, secondo cui il testo

Infatti, dopo aver messo sull'avviso l'espropriante ("La riduzione di cui al comma 1 non si applica se sia stato concluso l'accordo di cessione o se esso non sia stato concluso per fatto non imputabile all'espropriato o perché a questi sia stata offerta un'indennità provvisoria che, attualizzata, risulti inferiore agli otto decimi di quella determinata in via definitiva": co. 2⁴⁰), ai commi 3 e 4 l'art. 37 statuisce come debba pervenirsi all'individuazione della natura edificabile dell'area ai fini della sua quantificazione secondo il valore venale. Dopo la precisazione operata dal co. 3: "Ai soli fini dell'applicabilità delle disposizioni della presente sezione, si considerano le possibilità legali ed effettive di edificazione, esistenti al momento dell'emanazione del decreto di esproprio o dell'accordo di cessione" e che "In ogni caso si esclude il rilievo di costruzioni realizzate abusivamente", il co. 4 prevede che "Salva la disposizione dell'articolo 32, comma 1⁴¹, non sussistono le possibilità legali di edificazione quando l'area è sottoposta ad un vincolo di inedificabilità assoluta in base alla normativa statale o regionale o alle previsioni di qualsiasi atto di programmazione o di pianificazione del territorio, ivi compresi il piano paesistico, il piano del parco, il piano di bacino, il piano regolatore generale, il programma di fabbricazione, il piano attuativo di iniziativa pubblica o privata anche per una parte limitata del territorio comunale per finalità di edilizia residenziale o di investimenti produttivi, ovvero in base ad un qualsiasi altro piano o provvedimento che abbia precluso il rilascio di atti, comunque denominati, abilitativi della realizzazione di edifici o manufatti di natura privata".

Se volessimo sottoporre ad un'esegesi questa disposizione, troveremmo alcune aporie.

Difatti, non si comprende come possano ritenersi insussistenti "le possibilità legali di edificazione quando l'area è sottoposta ad un vincolo di inedificabilità assoluta in base alla normativa statale o regionale o alle previsioni di qualsiasi atto di programmazione o di pianificazione del territorio, ivi compresi...il piano attuativo di iniziativa pubblica o privata anche per una parte limitata del territorio comunale per finalità di edilizia residenziale o di investimenti produttivi". Il piano attuativo di iniziativa privata, *id est*, nella generalità dei casi il piano di lottizzazione (come il piano particolareggiato), invero, prevede che alcune aree siano inedificabili nel senso

unico non aveva margini per innovare l'ordinamento giuridico. Egli, tuttavia, sostiene che questo criterio dicotomico sarebbe "fondato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 5/1980". Il che non risulta, come verificato nelle precedenti pagine, in cui si è sottolineato come la Consulta in quell'occasione si fosse limitata a dichiarare solo l'incongruità del criterio di cui alla legge n. 865/71 con riferimento ai suoli edificabili. La conseguenza immediata della sentenza n. 5 è consistita nella reintroduzione del valore venale del bene, sia edificabile, sia agricolo: per quest'ultimo, invero, la legge n. 865 (modificata dalla legge n. 10 del 1977), come visto sopra nel testo, faceva riferimento all'azienda agricola, da stimarsi sia pure in sede di opposizione giudiziaria.

⁴⁰ La norma, pur comprendendosene il senso, non è esempio di grande chiarezza: per la verità non si capisce come sia ipotizzabile che, una volta concluso l'accordo di cessione (quindi accettato e non retrattabile), l'indennità possa risultare inferiore a quella determinata in via definitiva.

⁴¹ Tale co. riporta la dicotomia vincoli conformativi-vincoli preordinati all'esproprio.

della non realizzabilità di edifici residenziali, commerciali, terziari, in quanto destinate ad opere di urbanizzazione primaria e secondaria; v'è, al contrario, un'edificabilità che consente al lottizzante di costruire sia tali infrastrutture, sia edifici sui suoli all'uopo destinati quali aree di sedime dei fabbricati. Insomma, in tanto è possibile lottizzare e quindi costruire edifici residenziali, terziari, commerciali da parte del privato, solo in quanto egli s'impegni a costruire opere pubbliche o d'interesse pubblico (infrastrutture); anche tali suoli interessati da queste opere sono da considerare, quindi, a tutti gli effetti edificabili per l'indispensabile complementarietà che assumono con le aree di sedime della lottizzazione o del piano particolareggiato ove verranno costruiti i manufatti, che sono edificabili nella misura in cui si realizzano le infrastrutture. Tale asserzione, che sembra scontata, non lo è per le aree destinate ad "attrezzature pubbliche di interesse generale" che il Piano Regolatore Generale colloca nelle zone F⁴²: in tanto possono esistere gli edifici nelle zone A ("agglomerati urbani che rivestono carattere storico, artistico o di particolare pregio ambientale") e nelle zone B ("parti del territorio totalmente o parzialmente edificate, diverse dalle zone A"), in quanto lo strumento urbanistico destina i suoli inseriti nelle zone F ad attrezzature funzionalizzate al vivere civile ed in particolare al benessere degli abitanti delle zone A e B.

Di questo aspetto si terrà conto nelle pagine successive.

Inoltre, non si comprende cosa abbia voluto dire il legislatore allorquando statuisce che l'area è sottoposta a vincolo di inedificabilità "in base ad un qualsiasi altro piano o provvedimento che abbia precluso il rilascio di atti, comunque denominati, abilitativi della realizzazione di edifici o manufatti di natura privata". Quali sono i provvedimenti che, nell'ambito dei piani regolatori o in quelli particolareggiati, anche d'iniziativa pubblica come i piani di edilizia residenziale o di investimenti produttivi, precludono il rilascio di atti abilitativi alla realizzazione di manufatti o edifici privati?

Bene, se volessimo per un solo momento ritenere che ci sia stata una non perfetta traduzione nel testo normativo del pensiero giurisprudenziale (in specie, della Cassazione), dovremmo comunque riconoscere che l'intenzione della norma ci riferisce qualcosa forse di superfluo, o al più che essa risenta del suo contesto, precedente alle decisioni della Consulta, che sono successive di sei anni. Superfluo, perché il suolo è edificabile (per gli scopi di edilizia residenziale, commerciale, industriale, terziario e anche, con indici assai modesti, agricola) solo se la normativa lo consente; influenzato dal contesto, giacché il momento storico nel quale è stata prodotta la norma è di gran lunga precedente alla pronuncia d'incostituzionalità dell'art. 5bis del d.l. n. 333. È di tutta evidenza - ed appare tautologica in tale ottica la lettera

⁴² La giurisprudenza del Consiglio di Stato, richiamata da TESTA, *Disciplina urbanistica*, Milano, ed. 1977, 86, non esitò a esigere che la designazione delle opere in tali aree non dovesse essere fatta in modo generico, "non potendosi ammettere che una direttiva, dalla quale discenderà l'impossibilità di utilizzare l'immobile a vantaggio del proprietario, sia da considerare legittimamente introdotta...ancorché la sua precisazione, come è ovvio, dovrà essere stabilita attraverso il piano particolareggiato".

della disposizione ora riportata - come un (non necessariamente bravo) estimatore ed un (non necessariamente bravo) giudice non possano affermare che un'area è edificabile laddove non esistano possibilità legali ed effettive di edificazione, per la ragione che soggiace a vincoli di inedificabilità assoluta imposti vuoi dalla normativa statale o regionale, vuoi dalle previsioni urbanistiche o territoriali. Ben vero, nel lontano passato la giurisprudenza della Cassazione si era attestata sul criterio *fattistico* per valutare un'area⁴³, reputando che, ancorché esistessero disposizioni normative contrarie, il valore del bene da espropriare avrebbe potuto anche prescindere dalla normativa urbanistica ed edilizia; di tal che, un suolo sito in una zona completamente edificata era *di fatto* edificabile ed avere quindi un valore commerciale elevato grazie alla sua collocazione, esposizione, giacitura ecc., pur se urbanisticamente inedificabile, ciò in quanto il mercato l'apprezzava in tali sensi⁴⁴. Sembrava, sotto certi aspetti, una medaglia apposta sul petto dei costruttori abusivi (anche se, in realtà, leggendo le motivazioni, così non era).

Però, la prescrizione normativa non vuole assumere un peso o offrire soltanto un'indicazione precettiva rivolta alle amministrazioni locali allorquando rilasciano il permesso di costruire; essa vuol dirci che, se è vero che bisogna affidarsi alla legge del mercato per accertare il valore del bene da espropriare, è anche vero che occorre tener presenti gli eventuali vincoli di inedificabilità statali, regionali o comunali che siano. Tuttavia, ciò la scienza dell'estimo lo sa bene.

A questo punto potremmo interrogarci se tale norma sia in contrasto con la giurisprudenza costituzionale e della Cassazione, che ci insegna che ciò che conta è non tanto (o meglio non solo) la destinazione urbanistica dell'area, ma soprattutto l'apprezzamento che il mercato fa del bene da valutare mediante un utilizzo *secundum ius*. Qui riprende vigore, se vogliamo, il criterio del *tertium genus*, il quale colloca quei suoli oggetto di vincoli nella categoria degli immobili non edificabili, ma che possono esser comunque sfruttati legittimamente, quali aree espositive commerciali, stand, chioschi, parcheggi, etc., ovvero quale valore complementare di un edificio esistente.

Piuttosto che operare secondo il criterio di due o tre *genera*, sarei portato a richiamare la giurisprudenza della Consulta e quella della CEDU, le quali ci dicono che occorre tener conto del valore intrinseco del bene. Su questo ci ritorneremo.

Ora, però, ritorniamo alla norma 'generale' che detta la prima linea-guida sulla determinazione dell'indennità di esproprio, ossia all'art. 32 del t.u., il cui co. 1 così recita: "Salvi gli specifici criteri previsti dalla legge, l'indennità di espropriazione è determinata sulla base delle caratteristiche del bene al momento dell'accordo di cessione o alla data dell'emanazione del decreto di esproprio, valutando l'incidenza

⁴³ Coloro che sono interessati ai riferimenti giurisprudenziali precedenti, evidentemente, all'art. 5bis, possono consultare LEONE – A. MAROTTA, con la collaborazione di CICCHELLA e PETRELLA, *L'espropriazione per pubblica utilità. Rassegna di giurisprudenza*, cit., 525 ss.

⁴⁴ Cfr. Cass., 27.1.1998, n. 774.

dei vincoli di qualsiasi natura non aventi natura espropriativa e senza considerare gli effetti del vincolo preordinato all'esproprio e quelli connessi alla realizzazione dell'eventuale opera prevista, anche nel caso di espropriazione di un diritto diverso da quello di proprietà o di imposizione di una servitù".

Questa norma afferma che, oltre agli "specifici criteri previsti dalla legge" (riterei che il legislatore abbia voluto riferirsi al valore di mercato di cui agli articoli 36 e s.), va valutata l'incidenza (in senso negativo) dei vincoli cd. conformativi - senza, però, da ciò inferirne l'inedificabilità - e va esclusa l'influenza dei vincoli cd. espropriativi, oppure di quelli che siano direttamente connessi alla realizzazione dell'opera programmata. Infatti, in quest'ultimo caso, se si dovesse dare peso al vincolo preordinato all'esproprio, si lascerebbe arbitra l'amministrazione che, per il solo fatto di disporre il potere di adottare il vincolo, sarebbe tentata dall'attenuare vistosamente il valore del bene da acquisire ed il suo correlato obbligo di corrispondere un'indennità commisurata secondo il valore di mercato.

Si apre quindi il discorso dell'incidenza dei vincoli conformativi, al fine di verificare se ed in quale misura essi sussistono sull'area da apprendere ed incidono ai fini della sua valutazione, e di distinguerli dai vincoli preordinati all'esproprio.

Discorso assai delicato e, per certi versi, arduo da affrontare⁴⁵, che ha tormentato e continua a tormentare la dottrina⁴⁶, mentre la giurisprudenza sembra oramai assestata su teoremi che non sembra intenzionata a mettere in discussione.

3. Per affrontare la tematica dei vincoli urbanistici e quelli di diversa natura è indispensabile prendere le mosse dalle notissime sentenze della Corte costituzionale n. 55 e 56 del 1968⁴⁷, cui si deve la elaborazione (e, se si vuole, la creazione) delle figure dei vincoli in questione.

A mio modesto avviso, queste decisioni sono spesso richiamate senza un'ideale riflessione sulla motivazione e sul contesto in cui esse vennero rese. È noto (ma forse tale aspetto viene sovente abbastanza trascurato) che la Consulta fu chiamata a scrutinare la legittimità della legge urbanistica n. 1150 del 1942, là dove consentiva, con l'art. 7, commi 2, 3 e 4, che i piani regolatori generali imponessero dei vincoli

⁴⁵ Mi permetto di rinviare al mio *Indennità di espropriazione: tutto risolto? Ovvero sulla (in)esistenza dei vincoli espropriativi e conformativi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 185, nel quale mi sono soffermato sulla distinzione giurisprudenziale delle due categorie dei vincoli in questione, operata dal Testo Unico. Condivide le perplessità ivi manifestate sulla distinzione operata dalla giurisprudenza della Cassazione, SCIULLO, *La distinzione tra vincoli conformativi ed espropriativi negli strumenti urbanistici*, in *Urbanistica e app.*, 2013, 429.

⁴⁶ Secondo PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 125, premesso che "il diritto urbanistico è il diritto dei vincoli", il "livello di indeterminatezza del quadro ordinamentale ha reso ovviamente più che mai incerta e complessa l'analisi della teoria dei vincoli urbanistici e della loro legittimità costituzionale" (127).

⁴⁷ Tali decisioni sono state riportate in pratica da tutte le più importanti riviste. Tra le molte v. *Giust. civ.*, 1968, II, 253, con nota di ABBAMONTE, *Motivazione e limiti dell'indennizzo per i vincoli imposti alla proprietà*; *Giur. cost.*, 1968, I, 846, con note di BON VALSASSINA, *Vincoli espropriativi e diritti all'indennizzo*; SPANIGATTI - DE VIRGILIS, *Un esperimento di opinione dissenziente alla sentenza n. 55 del 1968 della C.c.*; LOMBARDI, *Conseguenze incostituzionali dell'applicazione di testi legislativi e sentenze di accoglimento*.

a durata indeterminata sugli immobili e mentre i proprietari dei suoli edificabili potessero disporre dei loro beni in modo assai redditizio, i proprietari delle aree destinate invece ad opere pubbliche dovessero attendere a tempo indeterminato l'intervento dell'Amministrazione che ne disponesse l'acquisto. Si dimentica, sempre a mio avviso, quanto ebbe modo di rilevare, dopo qualche anno dalle pronunce, Aldo Sandulli, che, quale Presidente della Corte costituzionale, a detta di molti ne fu l'ispiratore: "I rapporti tra urbanistica, politica e diritto hanno una infelice tradizione nel nostro paese. E non senza ragione. Gli interessi coinvolti sono troppo grossi. Il pennarello dell'urbanista, guidato dalla mano sapiente dell'assessore comunale o regionale può fare di una landa una miniera d'oro e viceversa (ed è tutt'altro che vero che le scelte urbanistiche si considerano obbligate dalla tecnica). Questo spiega tante cose. Alla base di tutto sta il fatto che nella realtà concreta esiste un elemento insopprimibile: la 'rendita di posizione'. In ogni insediamento urbano vi sono e vi saranno sempre suoli che hanno un valore d'uso (e perciò di scambio) maggiore rispetto agli altri... Chi sa cosa non farebbe l'aspirante assegnatario per essere preferito, e come aumenterebbero le tentazioni dell'onorevole assessore, quando non si riuscissero a fissare criteri validi e ferrei. Comunque, non siamo ancora a questo. Gli umori dell'urbanista e dell'assessore continuano per ora a esercitarsi in sede pianificatoria, decidendo se alle utilizzazioni più ambite, e cioè al centro direzionale, al centro degli affari, all'edilizia residenziale intensiva (case a quindici e venti piani), e simili, debbono essere destinati i terreni di Tizio o di Caio, se per l'urbanizzazione occorrente (strade, parchi, scuole, mercati, impianti sportivi, ecc.), perché quell'edilizia sia civile e confortevole, debbano essere utilizzati i terreni di Caio o di Tizio. Con la conseguenza che il valore dei primi salirà alle stelle, mentre i secondi, vincolati a tale scopo e non più utilizzabili a fini edilizi da parte del proprietario, saranno espropriati, e in corrispettivo (se e quando il Comune vorrà e potrà, e forse mai) il proprietario riceverà un indennizzo, di volta in volta, vile o vilissimo. Anzi egli potrebbe addirittura subire (perché siano rese più amena la zona e confortevoli le abitazioni altrui) un vincolo 'non espropriativo', essendo obbligato a mantenere 'a verde' senza alcun corrispettivo, né oggi, né domani, il proprio terreno⁴⁸".

Ed allora, quale era il messaggio che doveva cogliersi da questo insegnamento? Che i vari Tizio e Caio, i quali non erano stati privilegiati dal *pennarello* dell'urbanista o dalla *mano sapiente* del politico di turno, dovessero essere compensati rispetto a coloro che avevano avuto il privilegio, calato dall'alto, di conseguire l'edificabilità dei loro suoli. Tuttavia, il compenso non doveva essere solo legato alla temporaneità dei vincoli (imposta, poi, dalla legge n. 1187 del 19 novembre 1968⁴⁹), ma anche dal loro indennizzo, che dovesse scoraggiare le amministrazioni comunali dopo un

⁴⁸ *Urbanistica e Costituzione*, in *Riv. giur. edilizia*, 1975, II, 211.

⁴⁹ Poi abrogata dagli artt. 9 e ss. del t.u. espropri.

periodo (stabilito in cinque anni dal legislatore del '68), ed infine dal conseguimento di un congruo valore per la perdita che essi avevano subito⁵⁰.

Senonché, la Corte di Cassazione, come di qui a poco si vedrà, dopo un primo periodo in cui esclude ogni incidenza causata dai vincoli ai fini della determinazione dell'indennità⁵¹, soprattutto negli ultimi venti anni è stata incline a non cogliere appieno il messaggio della Consulta, affermando che, in pratica, tutti i suoli compresi nelle zone F (e consimili) sono assoggettati a vincoli conformativi e, per di più, l'indennizzo che spetta ai proprietari, allorquando le amministrazioni si decidono ad espropriare i loro beni, va commisurato al valore agricolo o, al più, al valore agricolo di mercato, anche se essi sono siti nel centro cittadino e non esiste un mercato di riferimento, in quella zona, di suoli agricoli.

Tornado alla sentenza della Consulta del 1968, essa sintetizza nel seguente modo la questione con il seguente quesito: “se la mancanza di previsione, nella legge urbanistica, di un termine finale di effettiva operatività dei vincoli riconducibili nell'ambito delle disposizioni di un piano regolatore generale e, nello stesso tempo, l'operatività immediata, senza il riconoscimento di alcun compenso, dei vincoli imposti dal piano stesso - taluni ordinati al mantenimento obbligatorio dell'attuale utilizzazione privata o alla realizzazione obbligatoria di una diversa utilizzazione privata, altri ordinati a future destinazioni concrete, da realizzare attraverso interventi pubblici incerti an e quando - siano conformi all'art. 42, terzo comma, della Costituzione che condiziona l'assoggettamento a espropriazione della proprietà privata, per motivi di interesse generale, all'attribuzione di un corrispondente indennizzo”. La risposta fornita dalla Corte in sintesi si può riassumere in questi sensi⁵²: i vincoli imposti dal

⁵⁰ Come noto, i vincoli imposti dagli strumenti urbanistici preordinati all'espropriazione decadono dopo cinque anni dalla loro approvazione (art. 9 t.u. espropri n. 327/2001). Ciò significa, in teoria, che non si potrebbe dar corso ad una procedura ablativa in assenza dell'espressa previsione di Piano (art. 9 citato), cioè che occorre comunque l'adozione di un atto, sulla scorta di una specifica disposizione normativa (quale, ad es., l'edilizia scolastica) o un accordo di programma con contenuto di “vincolo”. Sicché, tanto nel caso in cui detta illegittimità non dovesse essere dedotta e rilevata in sede giurisdizionale amministrativa, quanto nell'ipotesi di procedura ablativa esperita nel corso del quinquennio di efficacia del vincolo, qualora i proprietari volessero puntare all'indennità di esproprio, la giurisprudenza sarebbe tenuta ad applicare il criterio (*fattistico*) delle “possibilità effettive di edificazione”, atteso che non è possibile accertare le possibilità legali, in quanto, per pacifico orientamento, del vincolo, in sede di determinazione dell'indennità, non deve essere tenuto conto.

⁵¹ Si veda, per tutte, Cass., 22.10.1974, n. 3015, in *Foro it.*, 1975, I, 922, con nota di BARONE. La fattispecie riguardava il vincolo di ampliamento di una caserma, previsto dal piano regolatore di Cremona, imposto al suolo poi espropriato per la realizzazione di una strada di circumvallazione.

⁵² Si tenga presente che la fattispecie sottoposta all'esame della Consulta riguardava le norme del Piano regolatore di Palermo che vincolavano talune aree, secondo quanto leggesi nella sentenza, con le seguenti destinazioni: “vincoli di zona da osservare nell'edificazione nonché l'indicazione delle aree destinate a formare spazi di uso pubblico e di quelle riservate a verde pubblico, a verde privato, a verde agricolo o ad edificazione di interesse pubblico (edilizia scolastica, conservazione di edifici storico - monumentali, eccetera)”. Detta decisione, per poter pervenire alla declaratoria d'illegittimità costituzionale, pone la seguente premessa: “Premesso che l'istituto della proprietà privata è garantito dalla Costituzione e regolato dalla legge nei modi

Piano regolatore sono di due tipi: i primi (più che vincoli sono limitazioni) sono connaturati all'essenza del bene, proibiscono o consentono, a seconda dei casi e delle valutazioni discrezionali, l'edificazione (ad es., limiti volumetrici, di superficie utilizzabile, di altezza, di distanze, ecc.); i secondi sono invece destinati alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, sicché devono avere una durata determinata; in mancanza di un termine, in favore di questi ultimi deve essere contemplato un indennizzo a causa del vincolo imposto⁵³. Sia pure implicitamente, il discorso della Consulta è coerente ed analogo, per quest'ultimo profilo, al vincolo discendente dalla dichiarazione di pubblica utilità, la quale deve contenere i quattro termini di inizio e compimento dei lavori e della procedura espropriativa, posti a garanzia del diritto del proprietario, aventi valore costituzionale⁵⁴, scaduti i quali il proprietario dispone del suo bene in modo pieno ed assoluto.

Il diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost. - questa l'opinione sempre assunta dalla Consulta - è sottoposto ad alcuni limiti in relazione alla sua propria funzione sociale. "Tra questi limiti vanno senz'altro ritenuti legittimi, prima di tutto, perché compatibili con l'anzidetto sistema, quelli che possono esser considerati connessi e connaturali a detta proprietà, in quanto hanno per scopo una disciplina dell'edilizia urbana nei suoi molteplici aspetti (inerenti all'intensità estensiva e volumetrica, alla localizzazione, al decoro e simili), quali questa Corte ha già avuto occasione di indicare con la sentenza n. 38 del 1966 emessa nella prima fase di questo giudizio. In questo senso e con questo significato, la Corte, fin dalla sentenza n. 64 del 1963, con riferimento alla legge urbanistica ed all'art. 42, secondo comma, della Costituzione, ha, appunto perciò, riconosciuta legittima costituzionalmente l'imposizione di siffatti limiti. Tra i limiti legittimi, in quanto connaturali alle anzidette esigenze (e storicamente tramandati), deve farsi rientrare anche l'assoggettamento a vincolo

di acquisto, di godimento e nei limiti, la Corte ha osservato che tale garanzia è menomata qualora singoli diritti, che all'istituto si ricollegano (naturalmente secondo il regime di appartenenza dei beni configurato dalle norme in vigore), vengano compressi o soppressi senza indennizzo, mediante atti di imposizione che, indipendentemente dalla loro forma, conducano tanto ad una traslazione totale o parziale del diritto, quanto ad uno svuotamento di rilevante entità ed incisività del suo contenuto, pur rimanendo intatta l'appartenenza del diritto e la sottoposizione a tutti gli oneri, anche fiscali, riguardanti la proprietà fondiaria. Anche tali atti vanno considerati di natura espropriativa".

⁵³ Prosegue così la sentenza: "Tali imposizioni a titolo particolare non possono mai eccedere, senza indennizzo, quella portata, al di là della quale il sacrificio imposto venga a incidere sul bene, oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale, quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico. Al di là di tale confine, essa assume carattere espropriativo".

⁵⁴ La Corte costituzionale, con sentenza 6.7.1966, n. 90, dichiarò l'incostituzionalità di una legge (regionale siciliana) perché carente della indicazione dei termini della p.u. In tale ottica v. anche la sentenza della Consulta 21.12.1985, n. 355: "la fissazione di tali termini costituisce regola indefettibile per ogni e qualsiasi procedimento espropriativo. E la necessità della fissazione di tali termini, posta già in via generale con l'art. 13 della legge 23 giugno 1865, n. 2359, è rimasta ferma anche dopo la entrata in vigore della legge n. 865 del 1971, la quale ha modificato soltanto in parte le norme precedenti sulle espropriazioni in questione ma, se ha taciuto in ordine alla fissazione di quei termini, non ha abrogato il citato art. 13 della legge del 1865". Si esprime in senso conforme la successiva 3.3.1988, n. 257.

di immodificabilità per la limitata durata (purché ragionevole) dei piani particolareggiati, di quelle aree che i piani stessi destinano al trasferimento in vista delle programmate trasformazioni o diverse utilizzazioni. E ciò in considerazione della particolare natura e funzione dei piani stessi”. E mentre non sono indennizzabili i limiti “che fissano gli indici di fabbricabilità delle singole proprietà immobiliari, anche quando tali indici possono assumere valori particolarmente bassi (come nel caso di edilizia urbana estensiva e persino rada, del tipo di costruzioni circondate da ampi e predominanti spazi verdi). Pur essendo imposte nei confronti di singoli beni, tali limitazioni sono da considerare, infatti, operate sulla base di quel carattere tradizionale e connaturale delle aree urbane, basato su quelle esigenze di ordine ed eutritmia nell’edilizia”, quelli che invece “sia in ipotesi di vincoli (con una durata illimitata) sono preordinati al successivo (ma incerto) trasferimento del bene per ragioni di interesse generale, sia in ipotesi di vincoli che, pur consentendo la conservazione della titolarità del bene, sono tuttavia destinati a operare immediatamente una definitiva incisione profonda, al di là dei limiti connaturali, sulla facoltà di utilizzabilità sussistenti al momento dell’imposizione”, vanno indennizzati.

Orbene, detto in estrema sintesi, se v’è un’area che è inserita nel centro urbano, che ha ricevuto una limitata possibilità edificatoria, ovvero non è consentita alcuna possibilità di sfruttamento edificatorio, stante il carattere proprio del bene preso in considerazione (ciò viene meglio precisato nella coeva sentenza n. 56, che riguarda vincoli non urbanistici), la limitazione o il vincolo non va indennizzato, a causa della specifica natura del bene; all’opposto, per quel vincolo che viene imposto in vista di un’apprensione del bene da parte della mano pubblica per un fine di interesse pubblico, l’amministrazione, se non dà corso alla previsione dello strumento urbanistico, al proprietario dell’area che non può utilizzarla deve corrispondere un indennizzo non potendo la stessa essere vincolata a tempo indeterminato.

È di tutta evidenza che la sentenza, avendo tra l’altro scrutinato una norma di contenuto urbanistico, aveva ed ha un’esclusiva finalità urbanistica e non un carattere di precetto espropriativo o, a maggior ragione, estimativo.

In altre parole, queste limitazioni all’uso del bene non ne determinano o influenzano il criterio se non nei limiti in cui possa apprezzare la scienza dell’estimo, che potrebbe stimare maggiormente un’area sita in zone ove esistono “indici di fabbricabilità delle singole proprietà immobiliari, anche quando tali indici possono assumere valori particolarmente bassi (come nel caso di edilizia urbana estensiva e persino rada, del tipo di costruzioni circondate da ampi e predominanti spazi verdi)”, giusto per evocare nuovamente la sentenza n. 55, rispetto ad un’area ove è prevista la realizzazione di un impianto di depurazione. Sarà la scienza dell’estimo, a mio avviso, a giudicare il valore delle aree in questione.

Non diversa opinione si rinviene nella sentenza della Consulta n. 179 del 20 maggio 1999⁵⁵, la quale statuì da un canto la meritevolezza dell'indennizzo in favore di beni determinati incisi da vincoli preordinati all'esproprio, i quali, una volta scaduto il termine quinquennale (periodo di franchigia), dovessero essere reiterati; e dall'altro la non indennizzabilità di quei vincoli che consentono comunque una redditività e uno sfruttamento dell'area direttamente o attraverso una convenzione del proprietario con l'amministrazione. I vincoli conformativi, invece, a detta di quest'ultimo arresto, sono rinvenibili, oltre per i suoli meritevoli di una peculiare protezione in quanto connotati da un valore paesistico – ambientale, anche “quando i modi ed i limiti imposti - previsti dalla legge direttamente o con il completamento attraverso un particolare procedimento amministrativo - attengano, con carattere di generalità per tutti i consociati e quindi in modo obiettivo (sentenze n. 6 del 1966 e n. 55 del 1968), ad intere categorie di beni, e per ciò interessino la generalità dei soggetti con una sottoposizione indifferenziata di essi - anche per zone territoriali - ad un particolare regime secondo le caratteristiche intrinseche del bene stesso. Non si può porre un problema di indennizzo se il vincolo, previsto in base a legge, abbia riguardo ai modi di godimento dei beni in generale o di intere categorie di beni, ovvero quando la legge stessa regoli la relazione che i beni abbiano rispetto ad altri beni o interessi pubblici preminenti. Devono di conseguenza essere considerati come normali e connaturali alla proprietà, quale risulta dal sistema vigente, i limiti non ablatori posti normalmente nei regolamenti edilizi o nella pianificazione e programmazione urbanistica e relative norme tecniche, quali i limiti di altezza, di cubatura o di superficie coperta, le distanze tra edifici, le zone di rispetto in relazione a talune opere pubbliche, i diversi indici generali di fabbricabilità ovvero i limiti e rapporti previsti per zone territoriali omogenee e simili”. In questi casi, non spetta alcun indennizzo.

Il problema, a ben vedere, lo pose proprio l'inciso “- anche per zone territoriali -”, che la Cassazione ha voluto interpretare, come vedremo nel § 5, nel senso di una generalizzata non solo e non tanto esclusione da qualsiasi indennizzo, ma anche e soprattutto esclusione del benché minimo carattere di edificabilità.

4. Il legislatore, che avrebbe dovuto prendere in considerazione la distinzione operata da queste decisioni della Consulta ai fini dei criteri di determinazione dell'indennità solo per le aree incise da vincoli preordinati all'espropriazione, scaduti e reiterati, ha impropriamente recepito ed utilizzato detta distinzione dei vincoli, che non è dicotomica, al fine di determinare il valore dell'indennità di espropriazione. Infatti, nel tradurre i principi resi dalla Consulta, il legislatore ha subito l'influenza dell'indirizzo giurisprudenziale assunto dalla Cassazione, di cui al successivo

⁵⁵ Sul peculiare carattere della sentenza n. 179 v. SCIULLO, *La distinzione*, cit., 425, in quanto la distinzione ivi rinvenibile “riceve quella configurazione, più precisa sul piano complessivo, che sarà destinata a durare negli anni come paradigma di riferimento del giudice amministrativo e di quello ordinario”.

paragrafo, redigendo gli articoli 32 e 40 del Testo Unico espropri, consentendone una lettura che ha sminuito o attenuato il valore dei suoli assoggettati a vincoli definiti conformativi.

In effetti, l'art. 32 si è limitato a offrire una linea-guida all'estimatore (dell'indennità definitiva), imponendogli di: a) tenere conto delle caratteristiche del bene al momento dell'accordo di cessione o alla data dell'emanazione del decreto di esproprio; b) valutare "l'incidenza dei vincoli di qualsiasi natura" (quindi urbanistici, paesaggistici, storici, artistici, idrogeologici, ecc.) in senso negativo sul valore del bene da espropriare; c) non tener conto dei vincoli preordinati all'espropriazione. L'art. 40, a sua volta, nel dettare disposizioni sul criterio di determinazione dell'indennità nel caso di esproprio di area non edificabile, ha fatto riferimento al criterio del valore agricolo, "tenendo conto delle colture effettivamente praticate", con esclusione della valutazione di una possibile o effettiva utilizzazione diversa da quella agricola (co. 1, così modificato dall'art. 1 del d.lg. n. 302 del 27 dicembre 2002), oppure, nel caso in cui l'area non sia coltivata, ha stabilito che il criterio fosse pur sempre quello del valore agricolo, ma commisurato al valore agricolo medio "corrispondente al tipo di coltura prevalente nella zona" (co. 2).

Una interpretazione letterale dell'art. 40, dopo l'intervento della Consulta del 2011, potrebbe consentire addirittura o imporre l'indennizzo per le aree non edificabili - ancorché sia legittimo l'uso o lo sfruttamento (attuale o potenziale) delle stesse e, quindi, aventi un significativo valore di mercato - secondo il criterio del valore agricolo, stante la presenza di vincoli statali, regionali o comunali. È di tutta evidenza che non sarebbe conforme a Costituzione una lettura di tal genere che consenta la determinazione dell'indennizzo sulla scorta del valore agricolo del tutto sganciato dal valore effettivo relativo ad un'area destinata, ad es., a parco o giardino di una villa, che ne incrementa oggettivamente, in via complementare, il valore, in una misura che, secondo la scienza dell'estimo, varia tra il 10 ed il 20% del valore del fabbricato.

5. Nella maggioranza delle decisioni non solo del Giudice di legittimità, ma anche delle Corti di merito, raramente vengono sussunti nella categoria dei vincoli espropriativi quelli imposti dagli strumenti urbanistici allo scopo di realizzare specifiche opere pubbliche o d'interesse pubblico. Largamente esse indugiano ad ascrivere nella categoria dei vincoli conformativi quei vincoli che vengono indicati e localizzati dalla zonizzazione dello strumento urbanistico su aree destinate genericamente alla costruzione di opere pubbliche. Ciò, di tutta evidenza, comporta, quale effetto significativo, sempre secondo la giurisprudenza, una sostanziale decurtazione dell'indennità di espropriazione, in contrasto palese con la *ratio* della sentenza n. 55 della Consulta, giacché in tal guisa il vincolo conformativo dequalifica in modo significativo il valore dell'area da apprendere non consentendo al proprietario di dimostrare alcuna potenzialità edificatoria né, comunque, di far stimare il bene in modo coerente al suo intrinseco valore.

La giurisprudenza della Cassazione risente in larga misura, a mio avviso, di un errore metodologico, consistente nel ritenere il vincolo conformativo come decrementativo del valore del suolo preso in considerazione, perché tende ad escluderne una valenza ai fini edificatori. Pur muovendo da un principio esatto e oramai consolidato, secondo cui il bene da espropriare va indennizzato secondo il criterio del valore venale del bene, gli arresti del giudice di legittimità muovono dal teorema secondo cui la stima va compiuta: a) per i suoli edificatori - il che sarebbe da escludere in astratto⁵⁶, in quanto questi terreni non sono espropriabili per realizzare opere pubbliche⁵⁷ - secondo il criterio dell'edificabilità; b) per i suoli agricoli - anch'essi non espropriabili, se non eccezionalmente⁵⁸, stante la specifica, contraria destinazione urbanistica - secondo il criterio dell'esercizio dell'azienda agricola; c) per tutti gli altri suoli (quindi, quelli che sono destinati dal P.R.G. a zona F, incisi, secondo la Cassazione, dal vincolo definito conformativo) in virtù di quanto sia legalmente possibile, con la "valorizzazione in base alle caratteristiche oggettive, che tengano conto di loro possibili utilizzabilità economiche, ulteriori e diverse da quelle agricole, intermedie tra le stesse e quelle edificatorie (quali parcheggi, depositi, attività sportive e ricreative, chioschi per la vendita di prodotti), consentite dalla normativa vigente e conformi agli strumenti di pianificazione urbanistica, previe le opportune autorizzazioni amministrative"⁵⁹. È quindi tornato dalla porta principale il *tertium genus*⁶⁰ buttato giù dalla finestra dell'art. 5bis (oltre che dalla prevalente contraria interpretazione della giurisprudenza della Cassazione), che distingueva i suoli in due categorie: edificabili e inedificabili.

Si potrebbe inferire dalle decisioni dei Supremi Giudici che non esiste un *primum*, un *secundum* o un *tertium genus* valutativo, ma solo l'*unico* criterio di stima, costituito dal valore venale di mercato, modulato a seconda della natura dei suoli da apprendere. Pur tuttavia, l'errore metodologico, che rischia di refluire in una violazione costituzionale, consiste nel voler distinguere, all'interno dei vincoli definiti conformativi, aree più pregiate ed aree meno pregiate in ragione vuoi del pennino del pianificatore (o del 'suggerimento' dell'amministratore) che redige la zonizzazione o disegna con metodo *lenticolare* le opere da eseguire, vuoi della normativa urba-

⁵⁶ L'edificabilità è riconosciuta solo per le aree comprese nei piani di edilizia residenziale pubblica (P.E.E.P.) e nei piani di insediamento produttivo (P.I.P.).

⁵⁷ Sulla necessità della conformità dell'opera pubblica da realizzare alla destinazione urbanistica del Piano regolatore ci si permette di rinviare a LEONE – A. MAROTTA, con la collaborazione di CICCHELLA e PETRELLA, *L'espropriazione per pubblica utilità. Rassegna di giurisprudenza*, cit., 107 ss.

⁵⁸ Ad esempio, per costruire un acquedotto di irrigazione dei fondi, oppure silos costruiti da un consorzio intercomunale per favorire l'agricoltura.

⁵⁹ In termini, Cass., 16.4.2014, n. 8873.

⁶⁰ Ne parlò Cass., 21.10.1991, n. 1133, che, pur avendo escluso la natura edificatoria del suolo (trattavasi di area espropriata per la costruzione di un cimitero), affermò che restava salva l'eventualità di un valore di mercato superiore a quello agricolo, in relazione a consentite utilizzazioni non edificatorie, quale la creazione di aree di parcheggio o la collocazione di edicole per la vendita di fiori). Ora, tale criterio è pacificamente riconosciuto: cfr. da ultimo, Cass., 13.10.2017, n. 241501; 19.7.2018, n. 19295; 20.11.2018, n. 29992.

nistica locale, là dove consente anche al privato di realizzare le opere pubbliche o di pubblica utilità direttamente o mediante convenzionamento con l'amministrazione.

Per meglio perimetrare e comprendere la problematica, si può dire che essa ha assunto una veste o meglio una proporzione di notevole rilievo con l'entrata in vigore del più volte sopra richiamato art. 5bis della legge n. 359 del 1992, confermato, sostanzialmente dall'art. 2, co. 89, della legge finanziaria (per il 2008) del 24 dicembre 2007, n. 244, emanata a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 348 del 2007. Difatti, l'art. 2, co. 89, cit., alla stessa stregua dell'art. 5bis cit., prevedeva che l'indennità di esproprio dovesse essere calcolata sulla scorta del valore venale (non più dimidiato come previsto dalla legge del 1992) in presenza di un suolo *edificabile di diritto e di fatto*; e sulla scorta del valore agricolo se l'area non è edificabile (di diritto e di fatto).

Prima che fosse emanato il Testo unico espropri dell'8 giugno 2001 (d.p.r. n. 237), la giurisprudenza della Corte di Cassazione, salvo fattispecie particolari, di cui si dirà, ha fondato le sue decisioni su questa assunta dicotomia, fornendo un'interpretazione prevalentemente assai restrittiva della disciplina, nel senso di far accordare una ridotta indennità di esproprio per le aree "conformativamente" vincolate, parametrandola al valore agricolo di mercato, se l'area è coltivata, ovvero al valore agricolo medio se il suolo non è agricolo e non si riesce a dimostrare un uso diverso comunque dalla edificabilità (nel senso della costruzione), come appena visto.

L'approdo più autorevole al quale si sono rifatte molte successive pronunce dei giudici di merito e della stessa Cassazione, precedente all'entrata in vigore del Testo unico (30 giugno 2003⁶¹), fu reso dalle Sezioni Unite con sentenza 23 aprile 2001, n. 172⁶². Tale decisione invocata e richiamata dai successivi arresti a conforto delle rispettive motivazioni, è stata, a mio modo di vedere, sovente travisata. Difatti, essa dichiarò di voler prendere le mosse dalle sentenze della Consulta n. 55 e 56 del 1968, affermando di voler lasciar fermo "in premessa il principio che, - ai fini della determinazione dell'indennizzo espropriativo e della previa qualificazione del terreno espropriato - mentre sono ininfluenti le prescrizioni ed i vincoli finalizzati alla espropriazione (come, all'inverso, i vantaggi direttamente conseguenti all'opera pubblica), come confermato anche dall'art. 5bis della l. 359/92 (che ha legato la qualità edificatoria delle aree alle rispettive 'possibilità legali ed effettive di edificazione' quali appunto (già) esistenti 'al momento della apposizione del vincolo preordinato alla espropriazione') - si deve tener conto, invece, dei vincoli 'conformativi' che - in quanto non correlati (a differenza dei primi) alla vicenda ablatoria e non espressivi, pertanto, di una attività discrezionale della P.A., ma connaturati viceversa alla proprietà in sé, per inerenza alla stessa di un regime giuridico generale o di un

⁶¹ Tale è la data indicata dall'art. 59 del t.u. in questione, in virtù delle varie leggi di proroga (da ultimo l'art. 1 del d.lg. 27 dicembre 2002, n. 302).

⁶² in *Corriere giur.*, 2001, 755, con nota di CARBONE, *La Cassazione compone i contrasti diacronici nell'evoluzione del concetto di 'area edificabile'*.

peculiare statuto urbanistico contribuiscono, per ciò, a fondare i caratteri dei suoli anche per gli aspetti valutativi (cfr. per tutte, fra le più recenti, nn. 1090, 1113, 2272, 3839-99; 1816, 3973-2000)".

Insomma, secondo le Sezioni Unite, i vincoli cd. conformativi sono quelli che non hanno a che fare con la vicenda ablatoria, e non sono espressione neppure di un potere discrezionale della P.A. Se così è, i vincoli conformativi sono tali in quanto (con effetto ricognitivo e non costitutivo; su ciò il dibattito è aperto, ma non rileva ai fini del presente discorso), sono propri e connaturati ai beni che ne ricevono pertanto il "marchio" e non possono discendere dalle indicazioni, assolutamente discrezionali, contenute nel Piano regolatore generale là dove destina le zone F ad attrezzature pubbliche.

Le Sezioni unite poi proseguirono il loro discorso argomentando nel seguente modo: "nel sistema di disciplina della legge urbanistica, articolato su tre livelli (spaziali) di pianificazione (sovracomunale - comunale - subcomunale), la suddivisione in zone (o cd. 'zonizzazione') dell'intero territorio comunale e la individuazione delle rispettive destinazioni (in via generale e diffusa per parti omogenee), contenuta nei piani di secondo livello, conferisce appunto, ai medesimi quell'effetto tipico di conformazione del territorio, incidente sulla stessa struttura e sul regime giuridico, della proprietà in ragione della sua allocazione zonale e della destinazione (generale) correlativa". Esse, infine, composero le varie teorie prospettate, stabilendo che la distinzione tra vincoli conformativi e vincoli espropriativi fosse utilmente semplificatoria delle operazioni di calcolo e di determinazione dell'indennità: "nel nuovo sistema di disciplina della stima dell'indennizzo espropriativo introdotto dall'art. 5bis l. 359/92, caratterizzato dalla rigida dicotomia (che non consente la configurabilità di un '*tertium genus*') tra 'aree edificabili' (indennizzabili in percentuale del loro valore venale) ed 'aree agricole' o 'non classificabili come edificabili' (tuttora invece indennizzabili in base a valori agricoli tabellari *ex* l. 1971 n. 865, richiamata dal co. 4 del citato art. 5bis) – un'area va ritenuta 'edificabile' quando, e per il solo fatto che, come tale, essa risulti classificata (al momento dell'apposizione del vincolo espropriativo) dagli strumenti urbanistici (nell'ambito della zonizzazione del territorio), secondo un criterio quindi, di prevalenza od autosufficienza della edificabilità legale. Mentre la cd. edificabilità 'di fatto' rileva in via suppletiva - in carenza di una regolamentazione legale dell'assetto urbanistico, per mancata adozione, ad esempio, di P.R.G. o per decadenza di vincoli di inedificabilità - ovvero, in via complementare (ed integrativa), agli effetti della determinazione del concreto valore di mercato dell'area espropriata, incidente sul calcolo dell'indennizzo⁶³". Quindi, la

⁶³ La sentenza in oggetto diede ragione alla parte privata, "secondo la quale, per la determinazione dell'indennizzo espropriativo doveva farsi riferimento alla previgente destinazione (ad espansione residenziale) del P.R.G. e non alla successiva variante che avrebbe localizzato sul proprio terreno l'opera pubblica, con sostanziale apposizione del vincolo preordinato alla espropriazione - ha effettivamente errato il giudice a quo, con l'escludere, 'in via di principio', che un vincolo siffatto potesse mai individuarsi a livello di piano, in atto antecedente e diverso da quello dichiarativo della pubblica utilità dell'opera, senza indagare nel concreto

vicenda espropriativa presuppone, come del resto è logico che sia, solo il vincolo espropriativo ed al momento storico della sua apposizione ne va accertata la natura, senza, ovviamente, che tale vincolo incida sul calcolo dell'indennizzo.

Questo arresto, come ora detto, viene sovente, quanto impropriamente, richiamato da molteplici successive decisioni, sebbene fossero nelle more intervenute le sentenze della Consulta che spazzarono via i criteri diversi da quello del valore di mercato⁶⁴, consentendo un'interpretazione anche diversa di quel contesto normativo⁶⁵.

L'attuale prevalente opinione dei giudici di Piazza Cavour sembra differire, invece, dall'arresto delle Sezioni unite del 2001⁶⁶, perché considera vincoli conformativi non solo quelli che limitano l'esercizio del diritto di proprietà modificandone la struttura, alla stessa stregua di quelli incidenti sugli immobili siti nei centri storici, o di quelli assoggettati a vincoli paesaggistici, storici, archeologici, idrogeologici, ecc., ma anche là dove lo strumento urbanistico contempli la previsione di un'opera pubblica, mediante la zonizzazione, ossia con la delimitazione delle zone F, quali "parti del territorio destinate ad attrezzature ed impianti di interesse generale" (art. 2 del d.m. 2 aprile 1968), che, *naturaliter*, sono destinate ad essere espropriate, oppure là dove tali strumenti urbanistici delimitino graficamente le aree con metodo *lenticolare*. Tuttavia, poiché anche i vincoli preordinati all'esproprio prevedono una localizzazione di un'opera pubblica e la Cassazione ha, con granitico orientamento, costantemente definito i vincoli conformativi quelli che incidono su aree qualunque sia l'intervento pubblico da attivare, da ciò consegue, secondo tale orientamento, che tutti i suoli destinati dal piano regolatore ad interventi o opere pubbliche, vuoi perché connotati da un vincolo conformativo, vuoi perché comportante un vincolo preordinato all'espropriazione, sono inedificabili⁶⁷ e quindi stimabili attribuendo loro un valore modesto.

(come viceversa avrebbe dovuto) il reale contenuto e l'effettiva portata conformativa od ablatoria della riferita prescrizione di variante".

⁶⁴ Ancorché la decisione della Consulta n. 181 del 2011 lasci molti dubbi, come sopra evidenziato.

⁶⁵ Ciò che sorprende è che, talvolta, anche nelle recenti decisioni della Cassazione si legge il richiamo dell'art. 5bis quale norma di riferimento che, oltre ad essere stata dichiarata incostituzionale, è stata espressamente abrogata dal Testo unico sin dal 2001.

⁶⁶ Il suo relatore fu M.R. Morelli, attualmente giudice costituzionale.

⁶⁷ Riassume efficacemente da ultimo questo orientamento Cass., 16.12.2019, n. 33229: "Ribadita, dunque, la piena cittadinanza nell'ordinamento della distinzione tra vincoli conformativi ed espropriativi, va osservato che, secondo la giurisprudenza di questa Corte (cfr. *funditus* Cass. n. 3620 del 2016), il vincolo ha carattere conformativo quando esso miri ad una zonizzazione dell'intero territorio comunale o di parte di esso, e quando costituisca, comunque, una limitazione legale della proprietà a carattere assoluto, direttamente incidente sul valore del bene e non suscettibile di deroghe di fatto, tale da configurare in maniera obbiettiva e rispetto alla totalità dei soggetti il regime di appartenenza di una pluralità indifferenziata di immobili che si trovino in un particolare rapporto di vicinanza o contiguità con particolari tipi di beni pubblici mentre, ove imponga solo un vincolo particolare incidente su beni determinati, in funzione della localizzazione di un'opera pubblica, lo stesso va qualificato come preordinato alla relativa espropriazione e da esso deve, dunque,

L'unica eccezione a questa severa quantificazione di un valore che potrebbe essere assai rilevante e divergente dall'apprezzamento del mercato, si rinviene nell'ipotesi di una variante allo strumento urbanistico generale, che ne modifica la destinazione da edificatoria a opera pubblica: difatti, qui il vincolo, preordinato all'espropriazione, non incide sul valore (preesistente) del bene⁶⁸.

6. Per pervenire a tale radicale soluzione la Suprema Corte ha svolto argomentazioni fondate su diversi criteri.

Il primo criterio, definibile della cd. *zonizzazione*, si rinviene in una assai risalente decisione, che così si esprime⁶⁹: “Nella determinazione del valore di mercato di un terreno, al fine della liquidazione dell'indennità di espropriazione, deve tenersi conto dell'incidenza negativa dei vincoli di destinazione che vengono fissati dagli strumenti urbanistici, nell'ambito della c.d. ‘zonizzazione’ o ‘azzonamento del territorio’ (*zoning*) del territorio comunale, e, cioè, nell'esercizio del potere di disciplinare il godimento della proprietà privata per assicurarne la funzione sociale, atteso che essi, a differenza dei vincoli preordinati alla successiva espropriazione, non si traducono in un sacrificio di tipo ablatorio del diritto dominicale su beni determinati e si sottraggono, quindi, al principio dell'indennizzabilità sancito dall'art. 42, co. 3 Costituzione”. La differenza tra zonizzazione del territorio e imposizione di vincoli espropriativi risiede, a detta di tale pronuncia, nel Piano regolatore generale, ed in particolare nell'art. 7 della legge urbanistica n. 1150 del 1942, che statuisce la ripartizione in zone dell'intero territorio comunale, con la precisazione e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona: “nell'ambito dei piani urbanistici si possono distinguere due diversi livelli di prescrizioni: quelle dirette a regolamentare l'attività edilizia dei privati in funzione delle diverse zone in cui è stato suddiviso il territorio comunale e quelle specifiche riguardanti singoli immobili interessati alla realizzazione di opere pubbliche previste nel piano e da effettuare nell'interesse della collettività. Solo queste ultime sono regolate dall'art. 2 della legge 19 novembre 1968 n. 1187, secondo cui le indicazioni di piano regolatore generale, nella parte in cui incidono su beni determinati ed assoggettano i beni stessi a vincoli preordinati all'espropriazione od a vincoli che comportino l'inedificabilità perdono ogni efficacia, qualora entro cinque anni dalla loro approvazione non siano stati

prescindersi nella qualificazione dell'area. Siffatta valutazione va compiuta, anche, quando si tratti di stabilire la natura di un vincolo d'inedificabilità, che non costituisce eccezione a tale regola”.

⁶⁸ Questa è la fattispecie affrontata dalle Sezioni unite con la richiamata sentenza n. 172 del 2001, annotata da colui che ne diventerà il primo Presidente, CARBONE, *La Cassazione compone i contrasti diacronici nell'evoluzione del concetto di area edificabile*, in *Corriere giur.*, 2001, 750.

⁶⁹ 29.11.1989, n. 5215, che non sembra abbia suscitato una particolare attenzione da parte della dottrina, ritenendola, probabilmente, in linea con i precedenti.

approvati i piani particolareggiati o i piani di lottizzazione convenzionati, a carattere ed efficacia equipollente⁷⁰.

Non deve sorprendere il fatto come questa decisione abbia rappresentato un 'pilastro' sul quale sono stati edificati molti altri pronunciamenti, anche con riferimento alla definizione dei vincoli preordinati all'espropriazione: "Rispetto ai vincoli di destinazione, propri della zonizzazione, manifestazioni della potestà conformativa e non espropriativa, proprio perché afferiscono al regime giuridico di tutti i beni compresi nella zona e quindi alla fisionomia in generale dell'assetto della proprietà privata, traducendosi in provvedimenti di carattere generale che ne delimitano la portata senza obbligo d'indennizzo - significativa in tal senso è la decisione della Corte costituzionale n. 33 del 22 giugno 1971 dichiarativa della costituzionalità dell'art. 41-septies della legge urbanistica (aggiunto in base all'art. 19 della legge 765/1967) che per le zone al di fuori dei centri abitati conforma l'edificabilità al rispetto di distanze minime del nastro stradale - del tutto diversi si presentano i vincoli espropriativi. Questi ulteriori vincoli, sia nella tradizionale accezione di fenomeni ablatori della proprietà privata, sia nella concezione più contenutistica della *Selbstminderungssubstanz* adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza 55-1968 - che equipara alle prime gli 'svuotamenti di rilevante entità ed incisività del suo contenuto, pur rimanendo intatta l'appartenenza del diritto' - sono, nell'ambito della programmazione e pianificazione urbanistica, successivi poiché corrispondono ad ulteriori vicende collegate all'emersione di nuovi e specifici interessi pubblici, variamente accertati nel senso che la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera prevista, prodromica al successivo esproprio può essere *ope legis* prevista in singole, specifiche leggi (strade, scuole, ospedali, etc.), ovvero contenuta nell'approvazione di piani particolareggiati o di altri strumenti equipollenti, ovvero espressamente precisata in appositi atti amministrativi come momento iniziale di singoli procedimenti espropriativi. L'insorgere di questi nuovi specifici interessi pubblici, collegati alla realizzazione di opere pubbliche e tutelati attraverso i vincoli espropriativi o di inedificabilità totale, - ben diversi dai vincoli di destinazione di zona - non è ascrivibile al modo d'essere della proprietà privata, così come preventivamente confermata dagli strumenti urbanistici; anzi, in questi casi, non è più possibile una convivenza tra pubblico e privato, nel senso che il privato continui a sussistere conformato al pubblico,

⁷⁰ "Come appare, ormai, evidente", prosegue la sentenza n. 5215/1989, "occorre non fare confusione tra vincoli di destinazione fissati dagli strumenti urbanistici nell'ambito della zonizzazione del territorio e vincoli espropriativi o di inedificabilità assoluta, in previsione della realizzazione di opere pubbliche, poiché i primi, e cioè i vincoli di destinazione, sono propri delle singole zone in cui è ripartito l'intero territorio comunale e come tali operano logicamente e cronologicamente a monte dei vincoli espropriativi. La zonizzazione, qualificando le diverse zone del territorio comunale e ripartendo lo stesso in zone territoriali omogenee, secondo i criteri del d.m. 2.4.1968 n. 1444, determina la formazione giuridica degli inerenti diritti dominicali e rientra quindi nell'area della riserva di legge statuita dall'art. 42, co. 2 cost. che consente al legislatore ordinario di determinare oltre i modi di acquisto e di godimento anche 'i limiti' della proprietà privata, allo scopo di garantire l'aderenza della disciplina della stessa alla funzione sociale che concorre alla sua strutturazione e ne consente la copertura costituzionale".

perché le esigenze connesse alla realizzazione di singole opere pubbliche reclamano il sacrificio del diritto di proprietà del singolo che non può essere avvocato alla collettività senza indennizzo (art. 42, co. 3 cost.).”.

Sembra, quindi, in base a tale primo orientamento⁷¹, che i vincoli conformativi, in quanto derivanti dalla *zonizzazione* del piano regolatore, possono rinvenirsi in tutte le zone, mentre quelli espropriativi ‘nascono’ dopo l’approvazione del P.R.G., in quanto sono tipici dei piani particolareggiati, oppure sono generati per l’effetto di esigenze sopravvenute (varianti, accordi di programma, etc.); in questo caso, viene anche sostenuto che “non è più possibile una convivenza tra pubblico e privato”: questo inciso potrebbe risentire del contesto socio-economico e giuridico dell’epoca (v. *infra* il § 6.3.).

A differenza dei vincoli espropriativi, che non possono influenzare (*ex art.* 32, co. 1, del t.u.) negativamente la determinazione dell’indennità⁷², dovendosi anzi espressamente escluderne la benché minima rilevanza, lo stesso discorso della non incidenza sul valore del bene non può farsi in merito alle destinazioni di zona che, concorrendo alla configurazione giuridica della proprietà privata, non comportano obbligo di indennizzo. In altre parole, non si può avanzare la richiesta di indennizzo perché il P.R.G. ha previsto una volumetria o un’altezza dei fabbricati inferiori a quella auspicata dal proprietario; oppure ancora se prevede che su un’area franosa non sia edificabile alcunché.

Tuttavia, diversamente da quanto si potesse inferire dalle sentenze costituzionali del 1968 e dalla stessa decisione delle Sezioni Unite del 2001, la Cassazione ha modificato il proprio orientamento - con un intervento esegetico che, come spesso accade, dichiara di volersi porre in continuità con gli insegnamenti precedenti - mediante la sussunzione dei vincoli conformativi nell’ambito delle procedure ablative, sebbene queste ultime siano eseguite solo sulla scorta ed in forza di un vincolo preordinato all’esproprio (articoli 9 e 10 del t.u. n. 327 del 2001) e nonostante che il vincolo conformativo, viceversa, prescindendo totalmente dalla realizzazione di un’opera pubblica e sia adottato esclusivamente per disciplinare (“*conformare*”) l’esercizio del diritto di proprietà⁷³. Del resto, non si vede come possa conformarsi la proprietà

⁷¹ Nel senso che si tratta di uno dei primi approfondimenti successivi alle sentenze n. 55 e 56 della Consulta.

⁷² “Ed infatti, ai fini della concreta determinazione dell’indennità di espropriazione di un terreno già gravato da vincolo di esproprio o di inedificabilità, imposto dallo strumento urbanistico (P.R.G. o P.d.F.) e preordinato alla successiva espropriazione, non può tenersi conto dell’incidenza negativa di tali vincoli sul valore del mercato del suolo, sia nel caso di espropriazione rivolta ad attuare la finalità di pubblico interesse considerato in sede di imposizione del vincolo, sia nel caso di espropriazione rivolta ad attuare una diversa finalità pubblica, atteso che, nell’un caso come nell’altro, il vincolo originariamente temporaneo è divenuto definitivo e permanente per effetto del provvedimento ablativo e non può di conseguenza rimanere senza indennizzo (cfr. Cass., 5.1.1985, n. 15)” (Cass., 29.11.1989, n. 5215, cit.).

⁷³ Riferisce convincentemente STELLA RICHTER, *Conformare*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 165: “Il problema più delicato dell’effetto conformativo è quello della sua distinzione dall’effetto sostanzialmente espropriativo. La categoria della prescrizione sostanzialmente espropriativa è creazione della Corte costituzionale ma la Cassazione ha tracciato una linea di confine del tutto diversa tra effetto conformativo ed effetto espropriativo,

ad una disposizione contenuta nel P.R.G. che ha un carattere meramente programmatico e non precettivo, ancorché imponga al privato di “non muover foglia”, nell’attesa che quel suolo sia espropriato dall’amministrazione.

Cionondimeno, nelle numerosissime decisioni che si sono susseguite, da vari lustri si registra costantemente la stessa motivazione descrittiva: “Rimane in tal modo confermato nella sua applicazione, il principio, solido nelle affermazioni della giurisprudenza di legittimità, per il quale il carattere conformativo dei vincoli non dipende dalla loro collocazione in una specifica categoria di strumenti urbanistici, ma soltanto dai requisiti oggettivi, per natura e struttura, dei vincoli stessi. Tanto vale nella precisazione che ricorre l’indicato carattere ove quei vincoli siano inquadrabili nella zonizzazione dell’intero territorio comunale, o di parte di esso, così da incidere su di una generalità di beni ed una pluralità indifferenziata di soggetti, nell’assoluta funzione di attribuire destinazione all’intera zona in cui i beni ricadono e in ragione delle caratteristiche intrinseche o, ancora, del rapporto, per lo più spaziale, con un’opera pubblica. Là dove, invece, il vincolo incida su beni determinati in funzione non già di una generale destinazione di zona, ma della localizzazione di un’opera pubblica, la cui realizzazione non può coesistere con la proprietà privata, esso deve essere qualificato come preordinato alla relativa espropriazione (Cass., SU., 23.04.2001, n. 173; Cass., 1.4.2005, n. 6914; Cass., 5.4.2006, n. 7892; Cass., 10.5.2013, n. 11236; C. St., Sez. IV, 30.7.2012 n. 4321). Un’area va ritenuta edificabile solo quando la stessa risulti tale classificata al momento della vicenda ablativa dagli strumenti urbanistici, con la puntualizzazione che le possibilità legali di edifi-

limitando enormemente l’ambito delle prescrizioni di natura ablatoria. La ratio sottesa alla diversa scelta è quella della prevalenza del principio di eguaglianza e non discriminazione rispetto a quella di un contenuto costituzionalmente garantito del diritto di proprietà. La Cassazione afferma infatti che si ha semplice conformazione della proprietà, compatibile quindi con una durata indefinita dell’efficacia della previsione di piano, le quante volte la stessa miri ad una zonizzazione ampia del territorio comunale, sì da incidere su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione dell’intera zona in cui i beni ricadono e in ragione delle sue caratteristiche o del rapporto (per lo più spaziale) con un’opera pubblica; per converso, se la previsione non abbia una tal generale natura, ma imponga un vincolo particolare (di vincolo ‘lenticolare’ parla, con assoluta improprietà terminologica non priva di espressività, la giurisprudenza) incidente su beni determinati, in funzione non già di una generale destinazione di zona, ma della localizzazione di un’opera pubblica, allora - e solo allora - detta previsione non sarà per la Cassazione semplicemente conformativa, ma di natura ablatoria. L’ambito della semplice conformazione ne risulta enormemente ampliato e il contrasto quindi, tra Costituzione (quale interpretata dalla Corte) e diritto vivente, macroscopico e gravemente disorientante”. Tuttavia, senza una convincente giustificazione l’A., il quale in passato aveva manifestato dissenso profondo nei confronti delle decisioni assunte dalla Consulta nel 1968, conclude che “tra le due contrapposte tesi sembra più fondata quella della Cassazione, in quanto quella della Corte costituzionale risulta ancora incentrata sulla dialettica antica tra autorità e libertà, cioè sulla esigenza di difesa dei diritti dei cittadini dalla possibile oppressione della Pubblica Amministrazione, in un’epoca in cui dovrebbe ormai essere pacifico che il problema centrale dell’azione amministrativa è piuttosto quello della uguaglianza dei suoi destinatari”. Come si avrà modo di rilevare nei paragrafi successivi, proprio un’interpretazione costituzionalmente orientata conduce a ritenere non condivisibile l’indirizzo di quest’ultimo ventennio della Suprema Corte.

cazione vanno escluse tutte le volte in cui, in base allo strumento urbanistico vigente all'epoca in cui deve compiersi la ricognizione legale, la zona sia stata concretamente vincolata ad un utilizzo meramente pubblicistico (verde pubblico, attrezzature pubbliche, viabilità ecc.). Dette classificazioni apportano infatti un vincolo di destinazione che preclude ai privati tutte quelle forme di trasformazione del suolo che sono riconducibili alla nozione tecnica di edificazione, da intendere come estrinsecazione dello *ius aedificandi* connesso al diritto di proprietà, ovvero con l'edilizia privata esprimibile dal proprietario dell'area (Cass., 6.3.2019 n. 6527; Cass., 1.2.2019, n. 3168; Cass. n. 14840 del 2013, Cass. n. 2605 del 2010, Cass. nn. 21095 e 16537 del 2009) e che sono, come tali, soggette al regime autorizzatorio previsto dalla vigente legislazione edilizia; con esclusione della natura edificatoria di un suolo che, nel relativo piano regolatore, ricada in zona destinata a servizi ospedalieri-parcheggio (Cass., 24.6.2016, n. 13172). La prerogativa dell'edificabilità non può essere riconosciuta alla destinazione urbanistica di terreni a servizi di pubblica utilità che precluda ai privati forme di trasformazione del suolo riconducibili alla nozione tecnica di edificazione; là dove prevista, essa è infatti concepita al solo fine di assicurare la fruizione pubblica degli spazi ed in tal caso l'eventuale redditività che il bene può assicurare al proprietario richiede comunque una specifica previsione di appositi strumenti convenzionali con cui al privato si conceda o si appalti l'attuazione del servizio di pubblica utilità dal quale egli possa ricavare un reddito (Cass., 23.06.2010, n. 15213, resa con riferimento alla creazione di un polo sanitario, in cui la variante al piano regolatore, nel prevedere la realizzazione della struttura ospedaliera, aveva stabilito anche la possibilità di costruire strutture residenziali per anziani, disabili, personale medico e uffici)⁷⁴.

Posto che la pubblica amministrazione non potrà giammai espropriare un terreno destinato ad edilizia residenziale privata e che non sia comunque compreso nelle zone F (il che appare fin troppo ovvio, salvo varianti, che comunque ne modifichino la previgente destinazione), la conseguenza del teorema giurisprudenziale è che l'indennità da corrispondere al proprietario dovrà commisurarsi al valore agricolo di mercato, ossia a quel valore che il proprietario riuscirà a dimostrare (sempre che riesca a dimostrarlo), con esclusione di qualsiasi plusvalenza legata alla possibile edificazione o a uno sfruttamento del suolo che sia diverso dalla mera coltivazione, ovvero ancora dal rapporto fisico esistente tra il suolo 'conformato' e quelli edificati. Quindi, niente *tertium genus*, ma solo due *genera*: quello del valore agricolo di mercato, allorquando il proprietario abbia inteso, nell'attesa della eventuale e futura ablazione, coltivare il fondo; e quello dello sfruttamento legittimo, di tipo 'intermedio' (chioschi, parcheggi, sempre se consentiti ed autorizzabili).

Codesto criterio della zonizzazione, utilizzato al fine della distinzione dicotomica dei vincoli, incontra la difficoltà pratica, che pur era già stata segnalata dalle Sezioni

⁷⁴ *Ex multis*, Cass., 12.12.2016, n. 25401; negli stessi sensi: 9.10.2017, n. 23572; 13.10.2017, n. 24150; 20.8.2018, n. 4100; 18.6.2018, n. 16084; 10.6.2020, n. 11068.

Unite nel 2001, come sopra s'è visto, consistente nell'individuazione del vincolo conformativo discendente dalla zonizzazione dell'intero territorio comunale, o di parte di esso, che incide su una generalità di beni ed una pluralità indifferenziata di soggetti, rispetto al vincolo che invece cade su beni determinati in funzione della specifica localizzazione di un'opera pubblica.

Esso altresì appare comunque di scarso rilievo pratico, in quanto generalmente non dà luogo a differenze applicative del criterio indennitario, perché i suoli che subiscono entrambi i vincoli, espropriativi o conformativi, non sono comunque edificabili. La distinzione sarebbe al più significativa solo nei casi in cui il vincolo preordinato all'esproprio sia reiterato ed il privato chieda di essere indennizzato, pur non essendo stato espropriato. In questo caso, non si deve tener conto del vincolo preordinato all'esproprio; tuttavia, poiché prima dell'apposizione di quest'ultimo sull'area grava il vincolo conformativo, l'indennità sarà pur sempre agganciata alla natura inedificabile del suolo. Difatti, questa distinzione semplificativa non è convincente in quanto, se è vero che il vincolo espropriativo viene imposto successivamente (di norma con il piano particolareggiato) sulla scorta delle previsioni del P.R.G., non dovendosi tener conto della sua incidenza in sede di stima, non si vede in quale misura debba essere apprezzato il valore dell'area, posto che prima dell'emanazione del vincolo espropriativo esisterebbe pur sempre un vincolo conformativo discendente dallo strumento urbanistico generale⁷⁵: il vincolo espropriativo, laddove rinvenuto, secondo le asserzioni giurisprudenziali esemplificative (per la verità, davvero poche), non trasforma la natura ed eleva *ex se* - implicitamente - il valore del suolo, il quale, poiché dovrà essere trasformato secondo le puntuali indicazioni dello strumento urbanistico (zona F), sarà pur sempre commisurato ad un importo modesto (agricolo o comunque non edificatorio).

Infine, sarebbe anche superfluo, sempre recependo l'indirizzo giurisprudenziale riportato, il costante richiamo all'art. 37 del t.u., dedicato alla "*Determinazione dell'indennità nel caso di esproprio di un'area edificabile*", per la semplice ragione che non è possibile, una volta localizzata dal P.R.G. un'opera pubblica, che le aree interessate, inedificabili per il vincolo conformativo, acquisiscano il carattere dell'edificabilità con l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio. Le uniche aree che sfuggono ad una modesta quantificazione dell'indennizzo e possono conseguire il valore di mercato edificatorio, secondo la giurisprudenza, sono quelle comprese nei Piani di edilizia residenziale pubblica e nei Piani di insediamento produttivi, in quanto è accertata la loro edificabilità⁷⁶.

⁷⁵ Cfr. Cass., 28.9.2016, n. 19193, secondo cui si deve tener conto, nella stima del suolo inciso da un vincolo espropriativo, della precedente destinazione (nella specie, agricola).

⁷⁶ Tuttavia, talora la giurisprudenza opera una distinzione nient'affatto convincente, tra intervento ad iniziativa di un privato ed interventi ad iniziativa pubblica: "Nel caso di espropriazione finalizzata alla realizzazione di un piano particolareggiato d'iniziativa privata volto alla creazione di una zona industriale ed artigianale d'interesse locale, qualificabile come opera privata di pubblica utilità e, pertanto, non rientrante nell'ambito dell'edilizia residenziale pubblica, convenzionata o agevolata, né in quello dei piani di insediamento produt-

6.1. Il secondo criterio adottato dalla giurisprudenza è preso a prestito dalla tecnica urbanistica e consiste nel segno grafico, denominato “lenticolare”⁷⁷, che delimita l’area interessata dall’opera pubblica: i vincoli preordinati all’espropriazione (dai quali, come detto, deve prescindersi ai fini della qualificazione dell’area, per gli effetti indennitari, con la necessità d’individuare il parametro legale in uno strumento previgente) sono indicati graficamente dallo strumento urbanistico in modo *lenticolare*: essi, pur contenuti in strumenti urbanistici di secondo livello (ad es. P.R.G.), non hanno natura generale, ma si presentano viceversa come “vincoli particolari, incidenti su beni determinati, in funzione non già di una generale destinazione di zona ma della localizzazione puntuale di un’opera pubblica”.

L’aggettivo “lenticolare” era stato adottato (ma in modo incidentale, quasi come *obiter*) per la prima volta dalle Sezioni Unite con la più volte richiamata sentenza n. 173 del 2001⁷⁸, ma viene ulteriormente elaborato da Cass., 1.4.2005, n. 6914: “la conformazione del territorio (che poco ha a che fare con le modalità di attuazione, pubbliche o private, delle destinazioni) è tale se rispecchia criteri generali e predeterminati connessi alle caratteristiche del territorio, riconducibili alla ripartizione in zone funzionali, mentre la destinazione specifica di singole aree, nel senso che nella planimetria del territorio regolato essa assume configurazione lenticolare all’interno

tivo di iniziativa pubblica, né, infine, nei programmi di riabilitazione urbana, si applica l’art. 36, comma 1, del d.p.r. n. 327 del 2001, che prevede la liquidazione dell’indennità di espropriazione in misura pari al valore venale dell’immobile, non ricorrendo le ragioni, collegate alla realizzazione di programmi di riabilitazione urbana, che giustificano la decurtazione della stessa in misura pari agli oneri di urbanizzazione ai sensi dell’art. 37, comma 1, secondo periodo, del menzionato decreto ovvero dell’art. 27, comma 5, della l. n. 166 del 2002” (Cass., 25.9.2015, n. 19077). Nonché tra intervento di edilizia residenziale pubblica in ambito PEEP ed intervento di edilizia residenziale in ambito *ex art.* 51 l. n. 865/71 (che riguarda interventi residenziali di minore portata): “Ai fini della determinazione dell’indennità di espropriazione, l’inserimento di un’area nel programma costruttivo *ex art.* 51 della l. n. 865 del 1971 non consente di ritenere la connotazione edificatoria delle relative porzioni ove destinate ad opere infrastrutturali, non essendo il programma anzidetto equiparabile al piano per l’edilizia economica e popolare (PEEP), rispetto al quale è alternativo ed autonomo, in quanto privo di carattere programmatico e conformativo nonché soggetto ad un procedimento semplificato ed accelerato d’individuazione ed acquisizione delle aree destinate a iniziative di edilizia residenziale pubblica cui far ricorso proprio qualora non possano adottarsi tempestivamente le complesse procedure previste per l’approvazione del PEEP” (Cass., 6.6.2019, n. 15413). Queste decisioni sono peraltro in contrasto con il prevalente orientamento: v. nota *infra* 135.

⁷⁷ Secondo il Vocabolario Treccani, con l’aggettivo lenticolare si intende una forma di lente o di lenticchia.

⁷⁸ Almeno è quanto offre la ricerca sul *data base de jure*. Annotano tale decisione CARBONE – NASTI, *Vincoli urbanistici speciali, conformazione della proprietà ed espropriazioni anomale: un segnale dalle Sezioni Unite*, in *Corriere giur.*, 2001, 869, ove si legge: “Si è così pervenuti al superamento della distinzione tra vincoli urbanistici e vincoli espropriativi, perché la ricordata giurisprudenza costituzionale ha posto l’accento non sulla differenza tra vincoli espropriativi e vincoli urbanistici ma, nell’ambito di questi ultimi, tra vincoli urbanistici normalmente conformativi della proprietà edilizia e vincoli urbanistici a titolo particolare su beni determinati, i quali, benché non preordinati sin dall’inizio all’espropriazione, costituiscono vincoli di ‘inedificabilità assoluta’, ovvero danno luogo ad un cospicuo svuotamento della proprietà per il ‘carattere sostanzialmente espropriativo’, che comporta uno svuotamento, di rilevante entità ed incisività, del contenuto della proprietà stessa”.

di più vaste zone urbanistiche, ha carattere espropriativo. La programmazione riconducibile ai piani regolatori generali ha generalmente carattere conformativo, anche se non può escludersi che, eccezionalmente, essi contengano anche previsioni lenticolari (Cass., S.U., 23.4.2001, n. 173)⁷⁹”.

Quindi, posto che la tecnica grafica lenticolare (non prescritta, peraltro, da alcuna normativa) non è propria dello strumento urbanistico particolareggiato, in quanto, ancorché lo strumento urbanistico generale possa contemplarlo, non è condivisibile l'assunto secondo cui la programmazione urbanistica ha generalmente carattere conformativo, mentre solo eccezionalmente genera vincoli preordinati all'esproprio con previsione della realizzazione di specifiche opere pubbliche o di pubblica utilità. Se così dovesse essere, l'innovatività delle sentenze n. 55 e 56 del 1968 della Corte costituzionale perderebbe tutta la sua significatività; così come tutte le sentenze che si sono interessate della reiterazione o rinnovo dei vincoli espropriativi, della necessità della motivazione e della previsione dell'indennità superato il periodo di franchigia quinquennale⁸⁰.

Ben vero, a parte ciò, dal postulato espresso nella decisione ora riportata si dovrebbe ritenere che discenda la seguente conseguenza. Se la maggior parte delle destinazioni urbanistiche dei suoli destinati ad interventi genericamente pubblici è da ritenersi conformativa, ogni procedura espropriativa dovrebbe previamente contemplare un piano particolareggiato con indicazione *lenticolare* che riporta uno specifico, espresso vincolo localizzativo o preordinato all'espropriazione (sulla necessità del piano particolareggiato allo scopo di realizzare un'opera pubblica la prevalente giurisprudenza amministrativa esprime dissenso⁸¹). Tale criterio giurisprudenziale di tutta evidenza accresce ulteriormente la discrezionalità dell'amministrazione locale consentendo di indennizzare con poco (se viene espropriata l'area senza l'intermediazione del piano particolareggiato e, quindi, direttamente sulla scorta della previsione generica del PRG), o con molto (se viene espropriata l'area invece in attuazione del piano particolareggiato, sempre che il previgente strumento urbanistico

⁷⁹ Sul criterio lenticolare si pone anche Cass., 28.11.2001, n. 15114, annotata da FORTE, *Vincoli urbanistici polifunzionali ed indennità d'espropriazione*, in *Corriere giur.*, 2002, 314 ss. Cfr. anche ZOSO, *Il calcolo dell'indennizzo nell'espropriazione immobiliare: l'espropriazione lenticolare*, in *Nuova giur. comm.*, 2010, 7-8, 423.

⁸⁰ Vero è che anche fattispecie “eccezionali”, cioè non molto frequenti, sono meritevoli di considerazione; pur tuttavia, sembra che l'attenzione della giurisprudenza, della dottrina e, non ultimo, del legislatore (oltre alla legge n. 1187 del 1968 anche il t.u. espropri, all'art. 39) si sia appuntata in modo particolare sull'indennizzabilità dei vincoli espropriativi. Per un'ampia rassegna della giurisprudenza della Cassazione v. CARINGELLA, *Commento all'art. 39*, in CARINGELLA – DE MARZO – DE NICTOLIS – MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, cit., 735 ss., il quale segnala la difficoltà di individuare la “differenza tra destinazioni di zona, aventi carattere conformativo, e localizzazioni, aventi natura espropriativa... essendo in alcune ipotesi assai sfumato il confine tra le due categorie” (739).

⁸¹ Si rimanda in proposito a LEONE – A. MAROTTA, con la collaborazione di CICCHELLA e PETRELLA, *L'espropriazione per pubblica utilità. Rassegna di giurisprudenza*, cit., 162 ss. ed inoltre C. St., Sez. IV, 21.3.1984, n. 152 e 23.1.1989, n. 29.

disponga previsioni più favorevoli), in quanto dal primo discenderebbe un vincolo conformativo e dal secondo un vincolo localizzativo o preordinato all'esproprio.

Sembra di comprendere che il destino indennitario, secondo i Giudici di legittimità, non risieda tanto nella natura dell'opera pubblica da realizzare, quanto dalla lettura della tavola, o meglio sia imputabile all'estro del pianificatore, se in quel momento ha usato un pennarello o un pennino che descrive segni *lenticolari* o meno. Nel primo caso (vincolo preordinato) l'indennità è parametrata a valori di mercato; nel secondo (vincolo conformativo) al valore agricolo: come si vede, anche qui l'ammontare dell'indennità (*recte*, i criteri determinativi) è legata, nel migliore dei casi, alla sorte.

6.2. L'art. 2 del d.m. 23 aprile 1968, n. 1444, rubricato "*Zone territoriali omogenee*", impone ai pianificatori incaricati dai Comuni di prevedere, nella redazione dello strumento urbanistico generale, le zone territoriali F ove sono riportate "le parti del territorio destinate ad attrezzature ed impianti di interesse generale"⁸².

In genere, la Corte di Cassazione muove costantemente dal presupposto che in tutte le zone F, ed anche nelle sue varie sottozone, non sia ammissibile l'edificazione da parte del privato. È sufficiente in proposito ricordare un'emblematica decisione,⁸³ la quale s'interessò della vertenza in cui si discuteva di un esproprio di un compendio immobiliare sito in parte in zona F1, in parte in zona F2 ed in parte in zona F3 del Piano di Fabbricazione, con edificabilità condizionata solo alle esigenze di carattere funzionale, previa approvazione, "nel caso in cui occorra", del Piano urbanistico di dettaglio.

Da qui una prima riflessione: la sentenza in esame in pratica rimise esplicitamente alla volontà della stessa amministrazione comunale la riconduzione delle aree nelle categorie dei vincoli conformativi e di quelli espropriativi, nel senso che il piano particolareggiato, qualora fosse ritenuto necessario ("nel caso in cui occorra"), darebbe luogo al vincolo preordinato all'esproprio; viceversa, se l'amministrazione non volesse dar corso ad approvare il piano particolareggiato, darebbe luogo ad un vincolo di conformazione.

Sembrerebbe, quindi, che la distinzione tra il vincolo urbanistico preordinato all'esproprio e vincolo conformativo - nonché il destino della quantificazione indennitaria - riposi sulla circostanza che quest'ultimo, a differenza del primo, contempli una destinazione genericamente individuata dal piano regolatore; mentre il vincolo preordinato discenda esclusivamente solo se previsto dal piano particolareggiato.

⁸² La 'fantasia' dei progettisti è assai viva, sicché, oltre al fatto che nell'ambito delle singole zone (A, B, C, D, E, F, di cui è composto lo strumento urbanistico) sono generalmente previste delle sottozone, è noto che questa indicazione ministeriale di divisione del territorio comunale in zone rappresenta una linea-guida di contenuto non precettivo quanto al dato nominalistico, sicché si rinvergono, sempre più spesso, nelle norme tecniche di attuazione, varie zone territoriali omogenee, che riportano lettere come G, H, I, L, e così via, che designano aree destinate ad opere pubbliche specifiche.

⁸³ Cass., 26.1.2006, n. 1626.

Tale conclusione non appare corretta, anche alla luce della formulazione dell'art. 9, co. 1, del t.u. espropri, a mente del quale "Un bene è sottoposto al vincolo preordinato all'esproprio quando diventa efficace l'atto di approvazione del piano urbanistico generale, ovvero una sua variante, che prevede la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità": di tal che sarebbe (solo) il piano regolatore generale idoneo a generare i vincoli preordinati all'esproprio e non anche, o solo, il piano particolareggiato.

6.2. Un discorso più approfondito merita il criterio di valutazione dell'area destinata ad attrezzature ed impianti di interesse generale che possono essere costruiti dal privato direttamente o a mezzo convenzione con l'ente locale (per brevità criterio definibile del "convenzionamento con il privato"), che, secondo la giurisprudenza, laddove previsto, implica l'esistenza di un vincolo conformativo, tale da indurre ad un più congruo importo dovuto a titolo di indennità di esproprio, stante la possibilità di far fruttare utilmente il suolo.

La giurisprudenza della Corte ha, invero, introdotto un ulteriore criterio connotativo del vincolo conformativo: se in base alle Norme Tecniche di Attuazione dello strumento urbanistico generale le destinazioni previste sono realizzabili solo dalla pubblica amministrazione è sempre da escludersi l'edificabilità (quindi, l'indennità di esproprio va commisurata al valore agricolo); viceversa, se è consentito che l'opera indicata dallo strumento urbanistico possa essere eseguita anche da un privato, direttamente o in base ad una convenzione, l'edificabilità del suolo va apprezzata: in questo caso l'indennizzo va commisurato allo sfruttamento che l'opera stessa di pubblico interesse consente.

Trattasi, di tutta evidenza, di un criterio che incide in maniera sensibile sull'ammontare dell'indennità, sebbene la giurisprudenza affermi che trattasi di fattispecie in cui operano vincoli urbanistici conformativi che importano una destinazione realizzabile ad iniziativa privata o promiscua pubblica – privata.

Già questa collocazione di tali suoli nell'ambito dei vincoli conformativi non convince, per la semplice ragione che, qualora il privato non intenda addivenire ad una convenzione con l'ente pubblico e quest'ultimo voglia eseguire l'intervento attraverso una procedura ablativa, potrebbe non occorrere uno specifico vincolo preordinato all'esproprio, qualora quella determinata opera sia prevista dal piano urbanistico generale (art. 9, co. 1, del t.u. n. 327).

In disparte tale obiezione, va osservato che la Cassazione, con una certa frequenza, nelle proprie decisioni richiama, a mo' di *leit motiv*, il seguente brocardo⁸⁴: "ove,

⁸⁴ 9.3.2004, n. 4732. Tale sentenza pervenne, peraltro, ad escludere che la precarietà dei manufatti, che la destinazione urbanistica autorizzerebbe (chioschi, attrezzature per il gioco), non consente l'adozione di un criterio indennitario diverso da quello basato sul valore agricolo, attesa la rigida bipartizione formulata dall'art. 5bis, che non ammette un *tertium genus* di criteri indennitari, non riuscendo peraltro a convincere la ragione della valutabilità di un terreno con il criterio del "valore agricolo medio" là dove lo strumento urbanistico consente legittimamente di realizzare manufatti, che la Suprema Corte reputò, si ignora per

la zona sia stata concretamente vincolata ad un utilizzo meramente pubblicistico, che non ne tollera la realizzazione ad iniziativa privata neppure attraverso strumenti di convenzionamento, la classificazione apporta un vincolo di destinazione che preclude ai privati tutte quelle forme di trasformazione del suolo che sono riconducibili alla nozione tecnica di edificazione e che sono, come tali, soggette al regime autorizzatorio previsto dalla vigente legislazione edilizia, con la conseguenza che l'area va qualificata come non edificabile; ove, invece, il vincolo posto dalla classificazione introduca una destinazione realizzabile anche ad iniziativa privata, o promiscua pubblico privata, che non comporta, cioè, interventi (o successive espropriazioni) ad esclusiva iniziativa pubblica e, quindi, attuabili anche dal soggetto privato (non importa se direttamente ovvero in seguito ad accordi di natura complessa), detto vincolo non è idoneo ad escludere la vocazione edificatoria del suolo (Cass., 1.8.2003, n. 11729)".

In disparte le superiori considerazioni di ordine generale, va qui registrata l'assoluta incongruenza di affidare nuovamente - anche in questo momento, dopo l'iniziale scelta urbanistica - al potere discrezionale dell'amministrazione comunale la possibilità di assicurare un indennizzo più o meno consistente (cioè sulla base del valore edificatorio o del valore agricolo) il suolo destinato a servizi pubblici a seconda che la stessa amministrazione, nelle norme tecniche di attuazione, abbia o meno previsto che un'opera pubblica o d'interesse pubblico sia suscettibile di realizzazione da parte del privato, con convenzione o meno, ovvero se debba essere esclusivamente costruita e gestita dalla mano pubblica. Insomma, non conterebbe tanto la natura dell'opera, quanto lo strumento della sua realizzazione ed il soggetto che la realizza.

L'orientamento ora riportato subisce un ulteriore affinamento, nel senso che sembra non tanto decisiva la possibilità che le opere previste dal Piano urbanistico possano essere realizzate anche dal privato, direttamente o previa convenzione con l'amministrazione, quanto diventi dirimente la circostanza della possibile edificazione *privata* per uno scopo *privato*. Difatti, a fondamento di questo convincimento, la Suprema Corte⁸⁵ affermò che "l'orientamento largamente maggioritario della giurisprudenza di legittimità, incline, già prima dell'entrata in vigore dell'art. 5bis, a identificare l'edificabilità, come estrinsecazione dello *ius aedificandi* connesso al diritto di proprietà, con l'edilizia privata esprimibile dal proprietario dell'area (Cass., 13.6.1983, n. 4048; 12.11.1991, n. 12035), conserva validità dopo l'entrata in vigore dell'art. 5 bis l. 359/92, smontando la pretesa acquisizione della natura fabbricativa per effetto di interventi unicamente finalizzati alla realizzazione dello scopo pubblico per cui si rende necessario l'esproprio (Cass., 25.6.1999, n. 6576; 29.5.2001, n. 7258; 21.9.2001, n. 11932; 25.6.2003, n. 10073; 1.8.2003, n. 11729): soluzione che appare di diretta derivazione normativa, desumibile dall'im-

quale ragione, "precari" (il chiosco o le attrezzature vanno autorizzati con permesso di costruire se infissi al suolo: C. St., Sez. V, 24.2.2003, n. 986).

⁸⁵ 8.9.2004, n. 18068. Negli stessi perfetti termini, Cass., 27.5.2005, n.11322 e 13.9.2007, n. 19171.

pianto, tuttora vigente, della fondamentale legge sulle espropriazioni (artt. 42 e 43, l. 25.6.1865 n. 2359), per cui non deve tenersi conto *in melius* degli incrementi connessi all'esecuzione dell'opera di pubblica utilità o derivanti dalla previsione dell'esecuzione stessa (Cass., 15.1.2000, n. 425)".

Per la verità, anche questa argomentazione lascia fortemente perplessi. Non si comprende, innanzi tutto, che tipo di rilevanza e di connessione possano avere, da un canto, i richiamati articoli 42 (che esclude di dover considerare, ai fini della determinazione dell'indennità, l'aumento di valore che l'area espropriata consegue dalla realizzazione dell'opera pubblica) e 43 della legge 2359 del 1865 (che esclude dal calcolo dell'indennità le migliorie eseguite un anno prima della dichiarazione di pubblica utilità allo scopo evidente di ottenere un maggiore importo indennitario), con la circostanza che un edificio scolastico o uno spazio attrezzato possano avere un carattere "edilizio", tale da far riconoscere l'edificabilità di una zona. In altre parole, se è prevista la realizzazione di una particolare opera pubblica, quale ad esempio, una scuola, significa che la zona (intesa in senso ampio) è urbana (o comunque urbanizzata), non essendo ipotizzabile la costruzione in una zona non agevolmente raggiungibile; se, invece, l'opera dovesse collocarsi in un'area lontana dal centro urbano (ad es. un depuratore, che va costruito in zone non prossime alle aree residenziali) allora, di certo, non può riconoscersi il carattere dell'edificabilità, posto che non è immaginabile realizzare un tale impianto in un'area urbana. Né che il valore del suolo appreso possa essere incrementato per la presenza della scuola, stante il contesto urbano nel quale essa va ad inserirsi.

In secondo luogo, a prescindere che il concetto di *interesse pubblico* permea in senso lato anche la realizzazione di costruzioni private (e, in genere, di tutto quanto previsto dallo strumento urbanistico, proprio in virtù della funzione sociale della proprietà – anche - urbana *ex* art. 42, c. 2, Cost.), non v'è chi non veda come molte infrastrutture d'interesse pubblico possono essere (e, in concreto, sono) costruite e gestite da privati: e ciò ancor prima che il principio di sussidiarietà fosse consacrato dalla nostra Carta costituzionale (art. 118, co. 4).

In tale contesto si collocò la decisione della Cassazione 26 gennaio 2006, n. 1626, la quale, dopo aver ribadito il dato già affermato in passato, secondo cui "in linea di principio i suoli inseriti nella zona F, comprendente secondo la previsione del d.m. 2 aprile 1968 (art. 2) 'le parti del territorio destinate ad attrezzature ed impianti di interesse generale', sono normalmente da considerare non edificabili e, di conseguenza, indennizzabili in relazione al loro valore agricolo. Una conferma, al riguardo si trae dall'art. 7 di detto d.m. che, a differenza delle altre zone, non prevede per la zona F limiti di densità edilizia", volle affermare il seguente principio: ancorché "in via eccezionale anche la zona F, qualora sia consentita la costruzione di parcheggi ed infrastrutture, può considerarsi edificabile, non identificandosi né esaurendosi l'edificabilità in quella residenziale abitativa ma ricomprendendo tutte quelle forme di trasformazione del suolo riconducibili alla nozione tecnica di edificazione (per tutte S.U. n. 172/2001). Ma a tal fine è necessario che la zona non sia

stata concretamente vincolata ad un utilizzo meramente pubblicistico e quindi non precluso all'iniziativa privata. Qualora infatti sussista un tale vincolo di destinazione che non tollera la realizzazione ad iniziativa privata, neppure attraverso apposite convenzioni, devono ritenersi precluse ai privati tutte quelle forme di trasformazione del suolo riconducibili, come si è osservato, alla nozione tecnica di edificazione. Viceversa, ove il vincolo posto dalla classificazione introduca una destinazione realizzabile anche ad iniziativa privata o promiscua (pubblico-privata), non può essere esclusa l'edificabilità del suolo nell'accezione più ampia sopra richiamata, purché non si tratti di manufatti precari, quali chioschi ed attrezzature per giochi". Da qui la conclusione: destinazione esclusivamente pubblicistica=indennità agricola; destinazione o utilizzo anche privatistico=indennità piena, ancorché l'opera realizzata su aree contermini abbia le medesime caratteristiche.

Questa ulteriore argomentazione, che si rinviene in molte, successive decisioni⁸⁶, non convince.

La Corte volle asserire che la zona F non è in genere edificabile da parte del privato, in quanto il d.m. del 1968 non prevede, a differenza di altre zone, limiti di densità edilizia. Ciò non risponde al vero, in quanto esistono anche altre zone per le quali lo strumento urbanistico non detta limiti di densità edilizia ma rapporti di superficie disponibile/superficie coperta (es. nelle zone industriali). Inoltre, non convince anche l'ulteriore passaggio motivazionale secondo cui l'edificazione privata non comprende la realizzazione di opere precarie, quali chioschi ed attrezzature per giochi. La precarietà delle costruzioni non pare prerogativa dei chioschi e delle attrezzature per giochi (privati o pubblici che siano), tutt'altro. Non si comprende, difatti, perché l'indennizzabilità dell'area secondo il criterio del valore venale (all'epoca ancora dimidiato) di un'area edificabile debba recedere nell'ipotesi in cui lo strumento urbanistico pur ne consenta lo sfruttamento attraverso la realizzazione di chioschi o attrezzature per giochi da parte di privati, mentre un'edicola infissa al suolo (con cemento *et similia*) sarebbe capace di trasformare il carattere e la natura dell'area in zona edificabile e di conseguenza il suolo espropriato indennizzabile con un valore ben più elevato. Infine, appare ancor più strano come possa essere negata l'edificabilità da parte del privato (con la correlata, molto più favorevole indennità in caso di esproprio) se l'uso, al quale sarebbe destinata un'opera (ad es., un impianto sportivo), fosse pubblico⁸⁷. In altre parole, secondo questo orientamento, se lo strumento urbanistico prevede che il privato possa trasformare il suolo di sua pro-

⁸⁶ V., tra le altre, Cass., 14.8.2006, n. 3134; 4.3.2009, n. 5243.

⁸⁷ La direttiva fornita al giudice di rinvio fu la seguente: la Corte d'appello, "nell'uniformarsi ai principi esposti, dovrà accertare se in alcune od in tutte le zone (F1, F2 ed F3) in cui sono inseriti i due appezzamenti siano realizzabili, anche ad opera di privati, infrastrutture non precarie e non vincolate ad un uso esclusivamente pubblicistico, riconoscendo in tal caso la loro edificabilità ed effettuando comunque la valutazione commerciale sulla base di un più modesto livello di apprezzamento rispetto alla edificabilità residenziale abitativa". Se non che, la domanda che ci si pone è: il Piano regolatore non può prevedere che in zona F possono realizzarsi, ad esempio, parcheggi o impianti sportivi con strutture fisse e con un utilizzo non esclu-

prietà, direttamente oppure sulla scorta di una convenzione con l'amministrazione comunale (che disciplini prezzo-orario, modalità di gestione, ecc.) e realizzare dei campi da tennis, l'opera sarebbe pur sempre destinata ad uso pubblico e l'area sarebbe da reputare edificabile; all'opposto, qualora le medesime opere siano realizzate dall'amministrazione, l'area perderebbe la natura di edificabilità (anche se l'opera dovesse essere gestita successivamente da un privato?).

V'è, tuttavia, un recente indirizzo che si sta facendo strada, che tenderebbe a sterilizzare il criterio del convenzionamento, o meglio del convenzionamento "astratto".

Difatti, non sarebbe sufficiente la previsione della norma sulla possibile edificazione diretta o convenzionata, ma occorrerebbe l'effettiva stipula della convenzione. Posto che "l'assegnazione di certi spazi a 'standards' all'interno di una determinata zona omogenea può incidere sull'accertamento del valore di un fondo incluso nella stessa, quale elemento di valutazione delle concrete possibilità di sfruttamento edilizio dell'immobile, ma non consente di affermare la vocazione edificatoria in contrasto con la destinazione risultante dalla sua classificazione urbanistica (Cass., 6.7.2012, n. 11408; Cass., 15.7.2011, n. 15682)" e che secondo le previsioni del piano regolatore le aree oggetto di procedura ablativa rientravano "per lo più in aree ad edificazione speciale per standard (e) vengono ulteriormente classificate come destinate: a) ad aree per il verde pubblico e lo sport; b) ad aree per sedi stradali e piazze e spazi pubblici ad esse accessorie; c) in linea di arretramento e fasce di rispetto stradale", va tenuto presente, prosegue la decisione, che "il regime di convenzionamento tra Amministrazione e privato, a cui si accompagna la preventiva cessione gratuita del terreno alla prima con successiva concessione al privato del diritto di superficie finalizzato a consentire la realizzazione di opere nel sottosuolo, rimarca dell'intera operazione la finalità pubblica, evidenziando come nel nuovo assetto del territorio l'attività edificatoria del privato nel sottosuolo, insieme a quella destinata ad operare in superficie, resti subordinata alla preventiva valutazione del Comune di darvi attuazione determinandosi alla conclusione dell'accordo". Pertanto, "la mancata conclusione della convenzione indicata e l'insussistenza di ogni preliminare determinazione della p.A. - destinata a sostenere che al momento dell'apposizione del vincolo ... l'intervento del privato avesse acquisito, per specifici passaggi procedurali, il necessario tratto di concretezza - esclude ogni effettiva possibilità per i ricorrenti di mettere in atto unilateralmente una legittima iniziativa edificatoria sulle aree ablate"⁸⁸.

Insomma, affinché il terreno acquisti "le possibilità legali ed effettive di edificazione" di cui al co. 3 dell'art. 37 del t.u., non è sufficiente la previsione urbanistica

sivamente privatistico, bensì aperto alla collettività (dietro, evidentemente, il pagamento di un corrispettivo da parte degli utenti)?

⁸⁸ Cass., 23.9.2019, n. 23596, la quale, pur tuttavia, cassa la sentenza impugnata per omessa valutazione dell'utilizzazione intermedia del bene e sulla sua valorizzazione per la quantificazione dell'indennità di esproprio.

della possibile convenzione che ne consenta l'edificazione, ma occorre anche il passaggio successivo della stipula della convenzione, che, ovviamente, è subordinata alla discrezionalità dell'amministrazione locale.

6.3.1. Questo postulato, come detto, viene ribadito da numerose decisioni, le quali fanno dipendere l'edificabilità dell'area dalla previsione, contenuta nello strumento urbanistico, del possibile sfruttamento del suolo da parte del privato direttamente o a mezzo convenzionamento con l'ente pubblico locale: ciò soprattutto nelle fattispecie in cui la destinazione della zona sia a verde pubblico attrezzato, a parco giochi e impianti sportivi, e simili. Fu statuito, infatti, che, in mancanza di una realizzabilità da parte dell'iniziativa privata attraverso strumenti di convenzionamento, poiché l'utilizzo deve essere esclusivamente pubblicistico, l'indennità va ancorata al valore agricolo.⁸⁹ Secondo quest'ultima decisione una diversa opinione "comporterebbe il riconoscimento di un *tertium genus*, tra aree edificabili e non edificabili, contrario alla logica del dettato dell'art. 5bis della legge n. 359 del 1992, laddove l'edificabilità va identificata con l'edilizia privata esprimibile dal proprietario dell'area, non già con gli interventi unicamente finalizzati alla realizzazione dello scopo pubblicistico (Cass. 5106/2004, cit.)". Pertanto, in disparte l'oramai accolto *tertium genus*, che dovrebbe far rimeditare il teorema così esposto, sembra di comprendere che non conti tanto la normativa del piano regolatore, quanto il fatto che le opere in questione (tutte connesse allo sport) debbano per "destinazione" (ossia, con una frase inserita nelle norme tecniche di attuazione) essere realizzate dalla mano pubblica. Difatti, sempre secondo la decisione appena riportata, "interventi del genere finiscono per apparire, di necessità, prerogativa dell'ente pubblico in ragione dello stesso utilizzo, meramente pubblicistico appunto, cui l'area medesima è stata concretamente destinata e che non ne tollera la realizzazione ad iniziativa privata, neppure attraverso strumenti di convenzionamento".

Questo orientamento complessivo della Cassazione non è condivisibile né in astratto, né in concreto. Se dovesse valere in astratto, apparirebbe come un *absurdum*, in quanto esprimerebbe un concetto del diritto di proprietà assai singolare giacché si negherebbe al privato la possibilità di costruire un'opera di interesse pubblico, quale, nella specie, un complesso o un singolo impianto sportivo (ovviamente in conformità alle previsioni urbanistiche), destinato alla collettività. Se dovesse valere in concreto, si profilerebbe una palese disparità di trattamento, là dove un'amministrazione consente - come visto da talune sentenze - la costruzione di impianti o complessi sportivi direttamente o previa convenzione da parte del privato ed un'altra che invece non lo consente; oppure ancora, nell'ambito dello stesso strumento urbanistico, là dove per alcune aree al privato viene "graziosamente" accordata la

⁸⁹ Cass., 2412.2004, n. 23973. Principio già rinvenibile, per le zone a verde sportivo o verde pubblico attrezzato e per le attività sportive, nelle seguenti decisioni: Cass., 16.5.1998, n. 4921; 15.3.1999, n. 2272; 29.5.2001, n. 7258; 21.9.2001, n. 11932; 9.3.2004, n. 4732; 10.4.2018, n. 8762.

possibilità di sfruttamento edilizio del suolo con la costruzione di una piscina di uso pubblico, mentre ad altro proprietario, non nelle grazie della stessa amministrazione, tale possibilità viene negata, pur ricevendo la stessa destinazione urbanistica. Ed inoltre, qualora l'amministrazione conseguiva un cospicuo finanziamento per costruire complessi sportivi nel suo territorio, e sia tenuta ad espropriare i suoli destinati dal P.R.G. ad aree verdi sportive o aree attrezzate ad impianti sportivi, nell'un caso sarà tenuta ad indennizzare il proprietario secondo il cospicuo valore di mercato, mentre nell'altro corrisponderà un'indennità pari al valore sì di mercato ma soltanto agricolo!

Insomma, un'uguale destinazione dovuta ad un vincolo conformativo impressa su due aree, che, a seconda se l'opera possa essere realizzata dal privato (direttamente o a mezzo convenzione) o dalla pubblica amministrazione, riceve un trattamento indennitario diverso. Sarebbe sufficiente inserire una "parolina" nelle Norme tecniche di attuazione del P.R.G. per cambiare il destino dell'area e, quindi, del suo proprietario.

Da quanto rappresentato, sembrerebbe che, per poter conseguire un'indennità più congrua, sia sufficiente che il proprietario di suoli esclusi dall'edificabilità residenziale, terziaria, commerciale ed industriale, una volta che ha subito la destinazione a standards o comunque sia compreso in una zona F, sia "accontentato" con la possibilità di sfruttarli direttamente o (il che accade molto più frequentemente) a mezzo convenzioni. In questo caso, qualora egli dovesse incappare in una procedura espropriativa, conseguirebbe l'indennità commisurata sulla scorta del "*tertium genus*", ovvero delle cd. destinazioni intermedie.

A questo punto si potrebbe sollevare una obiezione: se la Norma tecnica di attuazione non prevede che la destinazione di verde sportivo (come di qualsiasi altra opera pubblica) possa essere realizzata da un intervento del privato, convenzionato o meno, ovvero addirittura lo esclude, contemplando solo l'intervento da parte dell'amministrazione locale, la quale, nelle sue scelte ampiamente discrezionali, è intenzionata a eseguire direttamente l'intervento, cosa può fare il giudice dell'indennità?

L'obiezione è seria, ma non insormontabile. Poiché in astratto la gestione di un impianto sportivo o di altra opera pubblica può arrecare concreti vantaggi al titolare, non si vede per quale ragione, in questa ipotesi, l'incidenza suolo sulla complessiva operazione debba essere valutata in modo insignificante; e ciò in dipendenza dell'attore, se pubblico o privato, che conduce l'operazione. Senza considerare poi il fatto che gli impianti sportivi, dovendo essere gestiti con criteri imprenditoriali, sono dati in concessione a privati, i quali traggono utili non indifferenti.

Occorre, a mio avviso, un radicale cambiamento di mentalità che muova dal presupposto che lo scopo pubblico ben può essere conseguito dal privato, anche attraverso gli strumenti che alleggeriscono la finanza locale, tormentata da esposizioni debitorie spaventose, le quali comunque incidono sul bilancio complessivo dello Stato, e che, se si attribuisce la natura edificatoria al suolo in ragione della realizza-

bilità dell'intervento da parte del privato e la si esclude, al contrario, quando (si ritiene che) la p.a. sia la sola che possa eseguire l'intervento stesso, si perviene ad un criterio non previsto da alcuna norma, che si concretizza in una asserzione tautologica, in quanto impone di considerare l'indennità "agricola" se l'opera è pubblica (ancorché sia gestita da un privato), "edificabile" se l'opera è privata. Cioè un criterio dicotomico soggettivo legato alla persona che esegue l'intervento (ente pubblico - ente privato) non fondato né sulla natura e sulle caratteristiche del suolo (edificabile - non edificabile) sul quale si intende eseguire l'intervento, né tanto meno sulle caratteristiche dell'opera.

Alla sentenza ora analizzata, che è un po' la capostipite anche delle successive, sfuggì la considerazione che la concreta destinazione prevista dalla fattispecie di causa, rappresentata da una rimessa degli autoveicoli del pubblico servizio di trasporto, avrebbe ben potuto essere costruita da un privato concessionario dell'amministrazione incaricato di gestire il servizio pubblico, se non da una cooperativa di tassisti, i quali pure svolgono un servizio pubblico. Accanto al fatto che l'intervento previsto dal piano non è finalizzato unicamente alla realizzazione di una specifica opera pubblica, non va trascurato che il concessionario (o la cooperativa di tassisti) con la costruzione dell'autorimessa consegue, di certo, un'utilità ovvero un lucro, che potrebbe far valere in ogni momento della sua attività (a fini finanziari, di bilancio, di mutui, ecc.), differentemente dal proprietario dell'area espropriata, il quale ricaverebbe un'indennità non correlata all'effettivo valore del bene oramai perduto e trasformato⁹⁰.

Il discorso sin qui condotto sugli impianti sportivi, come per la maggior parte delle attrezzature pubbliche, è di tale persuasione che, in un sistema di democrazia liberale, non dovrebbe essere messo in discussione. Un suolo va apprezzato per le sue caratteristiche obiettive e per la sua utilizzabilità: se ha una destinazione economicamente sfruttabile che consente la gestione di impianti sportivi, un imprenditore sarebbe ben lieto di investire, in un contesto favorevole, mentre, all'opposto, potrebbe ritenere non vantaggiosa la costruzione di case, uffici o negozi, per le contingenti o future condizioni del momento storico e socio-economico.

Questo discorso non va limitato alle aree destinate a verde sportivo o consimili, ma va allargato anche ad altre destinazioni analoghe o addirittura diverse.

Difatti, alcune accorte amministrazioni comunali inseriscono nelle norme tecniche di attuazione dei piani regolatori, a titolo esemplificativo, la facoltà per il proprietario dell'area destinata a parco cittadino o di quartiere di realizzare l'intervento

⁹⁰ Se il concessionario si trova ad essere proprietario di un'area destinata ad autorimessa, che valore deve dare ad essa nel momento in cui l'inserisce tra i suoi beni nel bilancio? Indicare un importo in luogo di un altro potrebbe comportare anche un reato (false comunicazioni sociali)? Non va trascurato, infine, che la destinazione era stata impressa, nella specie, in virtù di una variante *ad hoc* allo strumento urbanistico, che sembrava finalizzata proprio alla realizzazione di quella specifica opera pubblica, con valenza di piano particolareggiato (di qui il vincolo avrebbe dovuto essere considerato, anche per tale profilo, "preordinato all'esproprio", e pertanto non valutabile ai fini indennitari).

“*in cambio*” della fruizione pubblica dell’area a verde oppure della sua cessione, consentendogli, direttamente o a mezzo convenzione, di costruire edifici, sia pure con ridotte volumetrie, destinati ad esercizi commerciali consoni all’opera prevista (es., negozi per giochi per bimbi, chioschi per bibite, edicole per quotidiani e settimanali, ecc.). In tal guisa, si raggiunge un duplice obiettivo: l’ente locale consegue l’opera pubblica programmata ed il privato la proprietà di edifici, sia pure di modeste dimensioni, che gli consentono di sfruttare al meglio il suo bene. Per quanto attiene al problema della quantificazione dell’indennità per il suolo ceduto all’amministrazione, non v’è dubbio che nella specie trattasi di suolo edificabile, anche se con indici volumetrici assai ridotti.

Altro capitolo riguarda l’edilizia scolastica.

Per le opere di edilizia scolastica la giurisprudenza esclude in maniera assoluta il convenzionamento pubblico - privato. È significativa, in proposito, la decisione resa in data 10 luglio 2007, n. 15389, costantemente richiamata da numerose decisioni successive, con la quale i supremi Giudici hanno avuto modo di affermare che l’edilizia scolastica costituisce una tipica, esclusiva espressione dell’esercizio di potestà pubblica, ancorché la Costituzione, all’art. 32, commi 3 e 4, consenta e garantisca il diritto ai privati di istituire scuole ed istituti di istruzione.

Questa decisione, come le altre assunte dalla Cassazione (come si vedrà *infra*), lascia non poco perplessi per tutta una serie di considerazioni.

Innanzitutto, la destinazione urbanistica, della fattispecie oggetto della vertenza ora richiamata, rinvenibile nelle norme tecniche di attuazione era, come sovente accade, assai articolata: “attrezzature e servizi pubblici, ... quali ... attrezzature scolastiche, attrezzature sociali, culturali e ricreative, attrezzature sanitarie, attrezzature annonarie, uffici pubblici, chiese, attrezzature ... trasporti, alberghi ed attrezzature di ristorazione. Si tratta, come si vede,” - precisò la Corte - “di destinazioni fra loro molto diverse, alcune di tipo marcatamente pubblicistico - come quelle a edilizia scolastica..., ad attrezzature sanitarie o annonarie, ad uffici pubblici - altre non precluse all’iniziativa privata”. Se non che, poiché in concreto l’amministrazione aveva occupato l’area per la realizzazione di un edificio scolastico per geometri il vincolo (conformativo, a detta della sentenza) di destinazione comprendeva “anche le aree destinate ad attrezzature ed impianti d’interesse generale - e quindi ad uso pubblicistico”. In altre parole, la compresenza di una pluralità di destinazioni di impianti, sia pubblici che privati, avrebbe dovuto importare una valutazione differenziata. Nella specie, la Corte - la vertenza riguardava la richiesta di risarcimento del danno per occupazione illegittima, ma il criterio era all’epoca equiparato a quello dell’indennità di esproprio - impose alla Corte d’appello, in sede di rinvio, di rideterminare l’indennità secondo il valore agricolo di mercato, sebbene - quest’aspetto è, a mio modesto avviso, davvero singolare - esistesse un ampio, complesso ed articolato ventaglio di opere da poter eseguire sulla scorta della generica destinazione urbanistica.

Quindi, sebbene vi fosse un vincolo di piano di destinazione generico ed ampio, che consentisse opere di interesse sia pubblico che privato, il controvalore avrebbe

dovuto determinarsi in ragione del successivo vincolo imposto dall'amministrazione con l'approvazione del progetto. Secondo il pensiero della Corte, il suolo cambia natura non per effetto della destinazione (ampia) del piano regolatore, ma in virtù del concreto vincolo che l'amministrazione, in un successivo momento, impone escludendo altre destinazioni di carattere certamente privato che pure sarebbe stato possibile attuare (attrezzature sociali, culturali e ricreative, attrezzature sanitarie, chiese, attrezzature trasporti, alberghi ed attrezzature di ristorazione) secondo quanto lo strumento urbanistico generale aveva, sia pur genericamente, previsto. Vincolo che, essendo espropriativo, non avrebbe dovuto influire sul valore del bene. Inoltre, pur richiamando il principio costituzionale della "piena libertà di orientamento culturale e di indirizzo pedagogico-didattico, in armonia con la libertà d'insegnamento garantita dalla Costituzione (art. 33)", la sentenza riferì come non fosse "in alcun modo concepibile l'iniziativa del proprietario che, all'interno di una zona pur destinata dallo strumento urbanistico ad utilizzazioni pubblicistiche," (alberghi ed attrezzature di ristorazione?) "assuma l'iniziativa di realizzare un edificio con il proposito di adibirlo a scuola lui medesimo, o di locarlo agli enti pubblici competenti in materia di istruzione".

L'assunto, a mio avviso, non risponde a verità, tant'è che molti strumenti urbanistici locali prendono atto che taluni edifici privati sono destinati da tempo a scuole pubbliche, ma non per questo la natura privata del bene muta. In disparte tale constatazione, ci si chiede come possa legittimamente tradursi in un'iniziativa concreta l'intenzione di un istituto scolastico privato di voler legittimamente costruire un edificio per le sue finalità (oggi il discorso è allargato anche alle università) in modo conforme alla disciplina urbanistica, se non individuando un'area destinata dal piano regolatore generale all'istruzione. In altre parole, lo strumento urbanistico non deve limitarsi a prevedere la localizzazione solo di istituti *pubblici* di istruzione, ma di istituti di istruzione *tout court*, in modo da consentire l'esercizio, all'iniziativa privata, dei diritti contemplati dall'art. 32, commi 3 e 4, della Costituzione. In mancanza di tale localizzazione, non si vede come possano gli enti privati svolgere il servizio d'interesse pubblico e impartire l'insegnamento⁹¹.

⁹¹ Un ulteriore passaggio non convincente della richiamata sentenza è rilevabile là dove volle soffermarsi sul vincolo, asserendo che solo l'amministrazione pubblica avrebbe potuto realizzare l'edificio scolastico e non anche un operatore privato: "la destinazione di aree a edilizia scolastica, nell'ambito della pianificazione urbanistica comunale, ha l'effetto di configurare un tipico vincolo conformativo, trattandosi di servizio che trascende le necessità di zone circoscritte, ed è concepibile solo nella complessiva sistemazione del territorio". Di qui la distinzione che affiora, non si sa se consapevolmente, nella mente del Supremo Giudice: quando l'opera pubblica interessa tutta la collettività il vincolo è conformativo (*id est*, l'area è inedificabile); viceversa, se l'opera coinvolge gli interessi del quartiere e le zone circoscritte, il vincolo è preordinato all'esproprio (*id est*, è edificabile). In altre parole, il vincolo conformativo servirebbe per conseguire un servizio che trascende le necessità di zone circoscritte, mentre il vincolo espropriativo riguarderebbe solo il quartiere in cui sono inserite le aree. La distinzione si fonderebbe, quindi, su elementi nuovi, assolutamente diversi da quelli sinora presi in considerazione e francamente del tutto astrusi: sarebbe la fruibilità, maggiore o

Sulla stessa lunghezza d'onda si pongono molte altre decisioni della Suprema Corte, dalla quasi coeva 12 luglio 2007, n. 15616⁹² sino alla più recente 30 luglio 2020, n. 16303, per la quale “la destinazione di aree a edilizia scolastica, nella cui nozione devono ricomprendersi tutte le opere e attrezzature che hanno la funzione di integrare il complesso scolastico, nell’ambito della pianificazione urbanistica comunale, ne esclude la vocazione edificatoria, avendo l’effetto di configurare un tipico vincolo conformativo, come destinazione ad un servizio che trascende le necessità di zone circoscritte ed è concepibile solo nella complessiva sistemazione del territorio, nel quadro di una ripartizione in base a criteri generali ed astratti; che l’edificabilità delle predette aree non può essere riconosciuta neppure sotto il profilo di una realizzabilità della destinazione ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, giacché l’edilizia scolastica è riconducibile ad un servizio strettamente pubblicistico, connesso al perseguimento di un fine proprio ed istituzionale dello Stato, su cui non interferisce la parità assicurata all’insegnamento privato (cfr. Cass., Sez. I, 16.3.2016, n. 5247; 9.8.2012, n. 14347)”⁹³.

Questo solido filone giurisprudenziale non tiene infine conto che la cronica carenza finanziaria degli enti pubblici territoriali soprattutto negli ultimi tempi ha favorito la costruzione di opere pubbliche attraverso *partnership* pubblico-privato⁹⁴ del più vario genere: si va dalla costruzione di cimiteri (che l’imprenditore privato si impegna a realizzare, previa convenzione con l’ente locale, individuando i prezzi per i singoli servizi), a quella degli ospedali⁹⁵.

minore, da parte della collettività che determina il destino indennitario. Per un asilo di quartiere il vincolo sarebbe conformativo?

⁹² La quale ribadisce che non sono configurabili “iniziative sostitutive del proprietario che, all’interno di una zona pur destinata dallo strumento urbanistico ad utilizzazioni pubblicistiche, assuma quella di realizzare un edificio con il proposito di adibirlo a scuola lui medesimo, o di locarlo agli enti pubblici competenti in materia di istruzione (Cass. 24585/2006; 1626/2006; 23316/2005; 23978/2004; 12966/2004)”.

⁹³ Anche la sentenza 16.12.2019, n. 33229, si pone sulla stessa lunghezza d’onda: “A tal riguardo, va ribadito il principio, che si è ormai consolidato nella giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 15389 del 2007; n. 15616 del 2007; 12862 del 2010; n. 8231 del 2012; n. 14347 del 2012; S.U. n. 3660 del 2014), secondo cui la destinazione di aree ad edilizia scolastica configura un tipico vincolo conformativo - in quanto trascende le necessità di zone circoscritte, ed è concepibile solo nella complessiva sistemazione del territorio, nel quadro della ripartizione zonale in base a criteri generali ed astratti -, e, come già affermato nell’impugnata sentenza, determina il carattere di non edificabilità delle relative aree, neppure sotto il profilo di una realizzabilità della destinazione ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, giacché l’edilizia scolastica è riconducibile ad un servizio strettamente pubblicistico, connesso al perseguimento di un fine proprio ed istituzionale dello Stato, su cui non interferisce la parità assicurata all’insegnamento privato”.

⁹⁴ La finanza di progetto distingue i progetti in opere *calde* o *fredde* a seconda della maggiore o minore redditività. Sul punto, per tutti, v. TAGLIANETTI, *Il partenariato pubblico - privato ed il rischio operativo*, Quaderni Diritto e processo amministrativo, Napoli, 2014.

⁹⁵ Un esempio è dato dal più grande ospedale costruito in questi ultimi anni nel Mezzogiorno: il cd. Ospedale del mare, a Napoli, inizialmente affidato con il *project financing*. L’aggiudicataria conseguì l’aggiudicazione della gara di progettazione e costruzione del complesso, oltre alla gestione (per 25 anni) dei servizi ospedalieri di pertinenza non sanitaria, dalle cucine all’albergo, alla lavanderia e fino alla manutenzione. Poi,

Lo stesso discorso vale, infatti, anche per altre opere e destinazioni. A questo proposito, in un recente arresto⁹⁶, dopo aver riaffermato il principio oramai consolidato, secondo cui “Rimane in tal modo confermato nella sua applicazione il principio, solido nelle affermazioni della giurisprudenza di legittimità, per il quale il carattere conformativo dei vincoli non dipende dalla loro collocazione in una specifica categoria di strumenti urbanistici, ma soltanto dai requisiti oggettivi, per natura e struttura, dei vincoli stessi” e richiamato il criterio della zonizzazione, nonché l’assunto che “le possibilità legali di edificazione vanno escluse tutte le volte in cui, in base allo strumento urbanistico vigente all’epoca in cui deve compiersi la ricognizione legale, la zona sia stata concretamente vincolata ad un utilizzo meramente pubblicistico (verde pubblico, attrezzature pubbliche, viabilità ecc.)” in virtù di “un vincolo di destinazione che preclude ai privati tutte quelle forme di trasformazione del suolo che sono riconducibili alla nozione tecnica di edificazione, da intendere come estrinsecazione dello ius aedificandi connesso al diritto di proprietà, ovvero con l’edilizia privata esprimibile dal proprietario dell’area”, la decisione in esame escluse la natura edificatoria di “un suolo che, nel relativo piano regolatore, ricada in zona destinata a servizi ospedalieri-parcheggio (Cass., 24.6.2016, n. 13172)”. Difatti, “la prerogativa dell’edificabilità non può essere riconosciuta alla destinazione urbanistica di terreni a servizi di pubblica utilità che precluda ai privati forme di trasformazione del suolo riconducibili alla nozione tecnica di edificazione; là dove prevista, essa è infatti concepita al solo fine di assicurare la fruizione pubblica degli spazi ed in tal caso l’eventuale redditività che il bene può assicurare al proprietario richiede comunque una specifica previsione di appositi strumenti convenzionali con cui al privato si conceda o si appalti l’attuazione del servizio di pubblica utilità dal quale egli possa ricavare un reddito (Cass. 23.6.2010, n. 15213, resa con riferimento alla creazione di un polo sanitario, in cui la variante al piano regolatore, nel prevedere la realizzazione della struttura ospedaliera, aveva stabilito anche la possibilità di costruire strutture residenziali per anziani, disabili, personale medico e uffici)”.

Anche in questa circostanza ci si chiede in quale modo un imprenditore privato possa scegliere, in uno strumento urbanistico generale, un’area dove costruire una clinica, se non in una zona dove sono previsti interventi pubblici o di interesse pubblico (l’art. 1 del t.u. del 2001 “disciplina l’espropriazione, anche a favore di privati, dei beni immobili o di diritti relativi ad immobili per l’esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità”) per strutture sanitarie, come cliniche, laboratori di analisi, ecc., e, attivando una procedura espropriativa, quale criterio debba adottare per corrispondere l’indennità agli aventi diritto, cioè secondo il valore di mercato agricolo o edificatorio.

per ragioni che hanno coinvolto l’impresa che se ne era assunto l’onere, il rapporto fu “convertito” in appalto della sola costruzione.

⁹⁶ Cass., 10.6.2020, n. 11068.

La tematica del *project financing* è stata sottoposta all'esame della Suprema Corte, la quale, anche di recente, ha escluso che potesse avere rilevanza sull'incidenza dei vincoli di piano e sull'indennità di esproprio. Infatti, Cass., 10.6.2020, n. 11068, ha di recente negato che "l'attività di 'Progetto a finanza' integri la nozione tecnica di edificazione da intendere come estrinsecazione dello *ius aedificandi* connesso al diritto di proprietà ovvero con l'edilizia privata esprimibile dal proprietario dell'area". Tale asserzione è stata resa sebbene nella fattispecie presa in esame la norma tecnica di attuazione del P.R.G. consentisse la realizzazione di strutture ospedaliere da parte di soggetti privati sia pure in convenzione con l'ASL. Ciò in quanto il *project financing* convenzionato⁹⁷ "involge, infatti, esclusivamente le modalità di esecuzione dell'intervento pubblico nell'ambito delle disposizioni normative vigenti e non interferisce con la natura del vincolo preesistente e con le possibilità legali di edificazione che competevano al privato sull'area interessata per una connotazione squisitamente urbanistica che è l'unica a rilevare nella prospettiva della qualificazione della natura del suolo quale criterio di determinazione dell'indennità di esproprio (Cass., 13.3.2019, n. 7193, par. 2.16. che richiama, Cass., 1.4.2005, n. 6914 nella ivi affermata irrilevanza al fine indicato, delle modalità di attuazione, pubbliche o private, delle destinazioni fissate da Corte costituzionale n. 179 del 1999 nella diversa in materia di reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio o aventi natura espropriativa)".

A tale affermazione potrebbe obiettarsi il rilievo che il *project financing* non è solo una mera modalità di esecuzione dell'intervento pubblico, ma anche (e soprattutto) un modo di gestione dell'opera pubblica, che comprende l'affidamento del servizio di manutenzione, e di capacità dell'intervento per consentirne la produttività.

In conclusione, secondo l'anzidetta pronuncia, dovendo "trovare applicazione la normativa specifica dettata per la determinazione del valore venale del bene nelle espropriazioni per pubblica utilità, nonché per la determinazione dell'indennità di espropriazione per le aree edificabili e non edificabili, introdotta dalla l. n. 359 del 1992, art. 5bis e quindi recepita dal d.p.r. n. 327 del 2001, artt. 32 e 37" e dovendo restare "estranea la contrapposizione tra vincoli espropriativi e conformativi ... l'accertamento trova soluzione nell'applicazione dell'art. 37, comma 4, secondo il quale, nella premessa ininfluenza dei vincoli espropriativi, non vi sono le possibilità legali di edificazione quando l'area è sottoposta ad un vincolo di inedificabilità assoluta in base a previsioni contenute nella normativa statale o regionale o alle previsioni di qualsiasi atto di programmazione o di pianificazione del territorio, ivi compresi il piano regolatore generale, o ancora in base ad un qualsiasi altro piano o

⁹⁷ Questo *project financing* viene definito dalla sentenza in esame quale "metodo complesso di finanziamento di progetti economicamente validi, tramite il quale si combinano opportunamente risorse, impegni e garanzie delle parti e per il quale si assiste ad un'operazione di finanziamento di una specifica iniziativa economica in cui il finanziatore, ai fini del suo intervento, considera fin dall'inizio il flusso di cassa previsto dalla gestione della iniziativa realizzata come la sorgente primaria dei fondi che consentirà il servizio del debito, non rileva all'indicato fine".

provvedimento che abbia precluso il rilascio di atti, comunque denominati, abilitativi della realizzazione di edifici o manufatti di natura privata, il tutto in attuazione del primato dell'edificabilità legale (Cass. 24.2.2016 n. 3620, p. 53)".

In tal guisa, l'operazione finanziaria condotta con il *project financing* sarebbe oltremodo lucrosa, in quanto l'incidenza suolo graverebbe in misura assai limitata sull'intero *budget* che l'imprenditore prevede di impiegare.

La sensazione che si ricava dalla lettura e dall'esame della giurisprudenza di quest'ultimo ventennio è che la Cassazione, nel mutar rotta rispetto alle coordinate offerte dalla Consulta e nell'operare la distinzione tra i vincoli conformativi e vincoli espropriativi, abbia voluto ampliare notevolmente la prima categoria, rendendo conformativi la maggior parte dei vincoli espropriativi. Forse, la preoccupazione, che non sarebbe di stretta competenza del Giudice di legittimità, è stata quella di evitare che tutti i proprietari di suoli compresi nelle zone F degli strumenti urbanistici, ed assoggettati, quindi, a vincoli di destinazione ad opere pubbliche, potessero richiedere, dopo il periodo del quinquennio di franchigia⁹⁸, il pagamento degli indennizzi. La collocazione dei vincoli espropriativi nella categoria dei vincoli conformativi ha in concreto evitato questa forte esposizione economica da parte degli enti locali; i vincoli preordinati all'espropriazione sarebbero, come sono, emersi solo in pochissime fattispecie per effetto di una variante al P.R.G., di un accordo di programma o ancora di una conferenza di servizi, ed in tal caso i proprietari avrebbero potuto avanzare richieste indennitarie: il che accade, di tutta evidenza, assai raramente, atteso che tali strumenti di semplificazione vengono attivati in presenza di un finanziamento che consente di realizzare in tempi rapidi l'opera pubblica e di corrispondere quindi anche le indennità agli aventi diritto.

7. Altro discorso peculiare, per non dire paradossale, riguarda le aree destinate alla viabilità.

Infatti, nella stessa ottica delle altre opere pubbliche, sia pure con diversa motivazione, si pose la Suprema Corte allorquando affermò, con sentenza 25 settembre 2007, n. 19924⁹⁹, che "l'indicazione delle opere di viabilità nel piano regolatore generale (art. 7, comma 2 n. 1, l. 17 agosto 1942 n. 1150), pur comportando un vincolo di inedificabilità delle parti del territorio interessate, con le relative conseguenze nella scelta del criterio di determinazione dell'indennità di esproprio ... basato sulla edificabilità o meno dei suoli, non concreta un vincolo preordinato ad esproprio, a meno che tale destinazione non sia assimilabile all'indicazione delle reti stradali all'interno e a servizio delle singole zone (art. 13, l. n. 1150 del 1942), di

⁹⁸ È diffusa opinione dottrinarica che il termine quinquennale sia troppo esiguo e che debba essere portato ad almeno un decennio.

⁹⁹ La Corte, sebbene qualche mese prima avesse rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5bis della legge n. 359 del 1992, giudicò conforme a Costituzione e alla CEDU detta norma. La Consulta appena un mese dopo la data di pubblicazione di questa decisione (10.7.2007) dichiarerà illegittimo l'art. 5bis.

regola rimesse allo strumento di attuazione, e come tale, riconducibile a vincoli imposti a titolo particolare, di carattere espropriativo, in funzione non già di una generale destinazione di zona, ma della localizzazione lenticolare di un'opera pubblica, incidente su specifici beni"¹⁰⁰. La Cassazione, nel confermare la sentenza di merito, in questa occasione esclude la natura espropriativa del vincolo trattandosi di previsioni nel P.R.G. di interventi di grande viabilità interessanti buona parte del territorio comunale, ed asserì che si fosse in presenza di una limitazione di ordine generale ricadente su una pluralità indistinta di beni e per una finalità di interesse pubblico trascendente i singoli interessi dei proprietari delle aree. Ciò avrebbe, quindi, comportato che l'indennità spettante ai proprietari espropriati andava commisurata al valore agricolo.

Più sopra si è riferito che i proprietari di aree sono da dividere in due categorie: i "*fortunati*", che ricevono un beneficio (inaspettato?) dalla disciplina introdotta dallo strumento urbanistico; e gli "*sfortunati*", che non ricevono alcunché; anzi, in quanto destinatari di vincoli, si ritengono perseguitati dall'amministrazione (oppure, non troppo *amici* degli amministratori). Ora, la categoria degli "*sfortunati*", per effetto di tale indirizzo, si distingue ulteriormente in: a) proprietari che non riescono a recuperare assolutamente nulla (vincoli via via prorogati e rinnovati¹⁰¹; vincoli che danno luogo ad aree cd. bianche; vincoli comunque di inedificabilità per destinazione generica ad opere ed interventi pubblici, ecc.); b) proprietari che riescono a 'spuntare' una norma che consenta il convenzionamento con l'ente locale (ma, attenzione, devono dar corso quanto prima alla previsione!); c) proprietari di aree ove viene realizzata un'opera pubblica che interessa tutta la cittadinanza: in questo caso, l'indennizzo è parametrato al valore agricolo; d) proprietari di aree sulle quali viene realizzata un'opera pubblica che interessa solo un quartiere, espropriati di regola attraverso un piano particolareggiato, ed a seguito di un vincolo che, secondo la giurisprudenza, è definito preordinato all'esproprio, ai quali spetta invece un indennizzo parametrato al valore venale (costoro possono anche conseguire un ulteriore indennizzo nel caso di vincolo reiterato).

Per le strade assume rilevanza non la natura dell'opera (pur sempre di strada si tratta), ma solo la sua dimensione.

In una vicenda in cui la destinazione urbanistica era di strada e centro di culto, la Corte¹⁰², dopo aver ritenuto il vincolo conformativo e non espropriativo, volle precisare che non vanno prese in considerazione la natura e la struttura che comporta l'edificazione delle opere pubbliche programmate al fine di valutare l'edificabilità

¹⁰⁰ I diretti precedenti di questa sentenza sono: Cass., 25.2.2004, n. 3740; 19.5.2006, n. 11848; 29.9.2006, n. 21160.

¹⁰¹ Vero è che dopo la scadenza del vincolo preordinato all'esproprio i proprietari possono adire il giudice amministrativo per contestare il silenzio significativo dell'ente locale che non adotta provvedimenti con una nuova destinazione; ma trattasi di procedura che quasi sempre dà luogo ad una nomina di un commissario ad acta, il quale vincola nuovamente l'area, caso mai con una motivazione più articolata.

¹⁰² 10.11.2008, n. 26908.

o meno di un suolo, in quanto tutte le aree espropriande, per il solo fatto di essere destinate ad un'opera pubblica, sono necessariamente edificabili, dovendosi invece spostare l'attenzione sull'edificabilità legale, quale modello prescelto dall'art. 5bis della legge n. 359 del 1992 (peraltro non in vigore al momento della pronunzia, per effetto della nota declaratoria di incostituzionalità del 24 ottobre 2007): "Da qui la ripetuta affermazione di questa Corte che non può essere classificata come 'edificabile' un'area che gli strumenti urbanistici non preordinati all'espropriazione assoggettino a vincolo di inedificabilità o alla quale attribuiscano destinazione agricola, perché in entrambi i casi alla stessa vengono precluse le possibilità legali di edificazione; e gli indennizzi per l'espropriazione o l'occupazione acquisitiva, o ancora per quella temporanea e d'urgenza devono essere determinati nel primo e nel terzo caso secondo il criterio agricolo tabellare di cui alla l. n. 865 del 1971, art. 16 e segg.¹⁰³... E, per converso, ove il piano regolatore o il programma di fabbricazione, o altri strumenti equivalenti, prevedano l'edificabilità della zona in cui è ubicato l'immobile, dichiarandola espressamente edificabile, regolandone la densità edilizia, consentendo la presentazione di piani di lottizzazione, ecc., siffatta destinazione legale è sufficiente ad imprimere allo stesso detta qualità; la quale non richiede, perché rilevi giuridicamente, di essere volta a volta confermata da ulteriori indagini sulle sue caratteristiche materiali, essendo state queste già preventivamente apprezzate in un certo modo nella fase di elaborazione dello strumento urbanistico e tradotte nelle conseguenti prescrizioni che le rispecchiano". Inoltre, occorre accertare se le aree ricadono "in zone destinate dallo strumento urbanistico del tempo a forme di trasformazione del suolo riconducibili alla nozione tecnica di edificazione privata. Ovvero per converso, in zone integralmente vincolate a servizi di pubblica utilità (verde pubblico, attrezzature pubbliche, edifici pubblici ecc.), preclusiva ai privati di forme di edificazione; che anche se prevista, è concepita al solo fine di assicurare la fruizione pubblica degli spazi suddetti (Cass. 15616/2007; 15389/2007; 13185/2006; 3146/2005; 10343/2005)".

Ora, appare, a mio modo di vedere, singolare ritenere che la costruzione di un edificio religioso, ancorché di pubblica utilità, non sia riconducibile e, quindi, non rientri nella nozione di "edificazione privata", solo perché oggetto di fruizione pubblica, posto che tanto l'amministrazione quanto i privati possono realizzare un edificio di culto. Pertanto, la conseguenza di tale assunto è che se la Chiesa Cattolica o un gruppo di fedeli musulmani decide di richiedere all'amministrazione comunale

¹⁰³ Mentre, prosegue la sentenza, varia il criterio di quantificazione "nell'ipotesi di occupazione appropriativa consentendo al proprietario di dimostrare, avuto riguardo alle obiettive ed intrinseche caratteristiche ed attitudini del fondo, in relazione alle utilizzazioni consentite dagli strumenti di pianificazione del territorio, che il valore agricolo del terreno, all'interno della categoria suoli inedificabili, sia mutato in conseguenza di una diversa destinazione del bene ugualmente compatibile con la sua ormai accertata inedificabilità, e che, di conseguenza, esso, in quanto suscettibile di sfruttamento ulteriore e diverso da quello agricolo, abbia un'effettiva valutazione di mercato che rispecchi siffatte possibilità di utilizzazione intermedia tra quella agricola e quella edificatoria".

un'area per costruire un edificio di culto (*ex art. 19 Cost.*), l'indennità di espropriazione sarà pari al valore agricolo.¹⁰⁴ Del resto, l'art. 36 del T.T. espropri statuisce che "se l'espropriazione è finalizzata alla realizzazione di opere private di pubblica utilità...l'indennità di esproprio è determinata nella misura corrispondente al valore venale del bene".

Ma le maggiori perplessità emergono dalla constatazione che "eguale regola doveva valere per la strada di piano che se rientrante in zona destinata da detto strumento urbanistico a recepire le opere di viabilità di cui alla legge n. 1150 del 1942, art. 7, comportava l'inedificabilità delle parti del territorio interessate, costituendo, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, una limitazione di ordine generale ricadente su una pluralità indistinta di beni per una finalità di interesse pubblico trascendente i singoli interessi dei proprietari delle aree: e perciò avente natura conformativa, non soggetta a decadenza (Cass. 19924/2007; 13917/2007; 8218/2007; 13199/2006; 11848/2006; 7892/2006; 3386/2004; 296/2002; 15519/2001). Mentre ove si trattava dell'indicazione di una strada all'interno ed a servizio di singole zone edificabili, legge n. 1150 del 1942, *ex art. 13*, di regola rimessa allo strumento di attuazione, detta previsione concretava un vincolo imposto a titolo particolare, di carattere espropriativo, in funzione non già di una generale destinazione della zona (già compiuta dal P.R.G.), ma della localizzazione lenticolare di un'opera pubblica, incidente su specifici beni, di detto vincolo non doveva tenersi conto ai fini del calcolo delle indennità. E solo se la zona comprendente la strada era destinata all'edificazione, il terreno poteva essere valutato quale area avente natura edificatoria (Cass. 19501/2005; 24837/2005; 2613/2006; 20408/2006)"¹⁰⁵.

Ben vero, non si vede come la previsione di una strada possa ricadere su "una pluralità indistinta di beni", allorquando le aree prescelte non sono indistinte, ma sono facilmente rilevabili dalle tavole di piano. Per la verità, a tutto voler concedere¹⁰⁶, una *pluralità indistinta di beni* viene in rilievo laddove il vincolo concerne tutti gli immobili compresi nello strumento urbanistico nell'ambito della zona edificata del centro storico (classica fattispecie di vincolo conformativo), oppure allorquando viene imposto un vincolo paesistico (peraltro, solo di assoluta inedificabilità, in quanto in presenza di un vincolo di relativa edificabilità è pur sempre consentito sfruttare, sia pure con particolari limitazioni, le potenzialità edificatorie).

Ulteriori ragioni di perplessità sorgono nel passaggio sopra riportato, nel punto in cui la decisione in esame ritenne che altro discorso sarebbe stato se l'area da espropriare fosse stata destinata a strada all'interno ed a servizio di singole zone edificabili: trattandosi di vincolo espropriativo, "incidente su specifici beni, di detto vincolo

¹⁰⁴ Ciò, peraltro, in contrasto con l'art. 36 del t.u. espropri sul criterio di determinazione dell'indennità in caso di procedure ablativo disposte in favore di privati.

¹⁰⁵ 10.11.2008, n. 26908.

¹⁰⁶ Con i metodi informatici ed un catasto efficiente sono individuabili tanto le particelle quanto i relativi proprietari.

non doveva tenersi conto ai fini dell'indennità" (che dovrebbe, in questo caso, essere determinata secondo il valore venale).

Le domande che sorgono spontanee sono le seguenti: com'è possibile distinguere una strada a servizio di singole zone edificate (o edificabili) rispetto a quella il cui tracciato ricade su una *pluralità indistinta di beni*? Inoltre, com'è possibile distinguere la finalità di interesse pubblico, che trascende i singoli interessi dei proprietari delle aree, dallo scopo, sempre pubblico, concernente una localizzazione a servizio di singole zone?¹⁰⁷ In altre parole, esistono sia strade di quartiere, inserite nelle zone B del Piano urbanistico generale, in cui le costruzioni già esistono, sia strade che servono per consentire alle zone di espansione (zone C) o alle zone industriali e commerciali (zone D), che sono edificabili, di svilupparsi, sia strade che hanno lo scopo di collegare due o più quartieri. Secondo gli arresti giurisprudenziali, con l'ultimo esempio riportato, i suoli occorrenti per la costruzione di strade di grande comunicazione, in forza del vincolo, poiché sono destinate a collegare zone destinate all'edificazione, non dovrebbero ricevere un indennizzo pari al valore di mercato, nonostante quelle aree edificabili (zone C e D) riceveranno un oggettivo e assai cospicuo vantaggio a causa della costruzione di quell'arteria; a differenza di quella strada (o di quell'ampliamento di strada) che è interna ad una zona già edificata, per la cui realizzazione la procedura di esproprio consentirà un indennizzo pari al valore di mercato, quale area edificabile, quantunque non possa considerarsi edificabile tale suolo a causa della saturazione della volumetria della zona edificata¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Ciò non involge questioni di fatto precluse al Giudice di legittimità?

¹⁰⁸ Sulla stessa lunghezza d'onda si pone la recente Cass., 9.10.2019, n. 25378: "l'indicazione delle opere di viabilità nello strumento urbanistico generale, pur comportando l'inedificabilità delle parti di territorio interessate, non concreta un vincolo preordinato all'esproprio, in quanto, pur preludendo a una possibile acquisizione pubblica dei suoli necessari, resta normalmente estranea alla vicenda espropriativa, nel senso che il vincolo previsto dal piano influisce sulle caratteristiche legali di edificabilità dei suoli, e quindi sul contenuto del diritto di proprietà, in ragione della funzione stessa dello strumento urbanistico, consistente nell'operare scelte programmatiche di massima (cfr. tra le più recenti, Cass., Sez. I, 12.5.2017, n. 11913; 28.9.2016, n. 19204; 30.6.2016, n. 13425)...". È in quest'ottica che, con particolare riguardo alle opere di viabilità, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente distinto tra la rete delle principali vie di comunicazione, la cui definizione è rimessa dalla l. n. 1150 del 1942, art. 7, comma 2, n. 1 agli strumenti urbanistici di secondo livello, nell'ambito della c.d. zonizzazione del territorio comunale, avente effetto conformativo dei diritti di proprietà, e le reti stradali poste a servizio di singole zone, la cui indicazione è demandata dall'art. 13 della medesima legge agli strumenti urbanistici di attuazione, non escludendo la possibilità che queste ultime possano trovare in concreto collocazione anche nel piano regolatore generale, ma individuandone l'elemento distintivo nella funzionalità alle esigenze di mobilità delle zone cui specificamente accedono, e delle quali condividono il regime urbanistico, distinguendosi dalle altre aree della medesima zona proprio per il vincolo particolare ad esse apposto. Tale non è il caso della strada per la cui realizzazione è stata disposta l'espropriazione del fondo dell'attrice, la quale, pur confinando con aree destinate dal Piano regolatore all'edificazione, non è posta specificamente a servizio delle stesse, ma costituisce, come accertato dalla sentenza impugnata, un'arteria di comunicazione tra Comuni diversi (non a caso è qualificata come strada provinciale), la cui previsione ha trovato la sua sede appropriata nel Piano regolatore generale, che ne ha fatto oggetto di un'apposita zona, avente una destinazione specifica diversa da quella delle zone limitrofe. In quanto avente carattere generale, è proprio la predetta previsione a giustificare l'affermazione

Insomma, stiamo parlando di due suoli, entrambi destinati ad essere destinati alla realizzazione della stessa tipologia di opera (strada), i cui proprietari sono destinati a ricevere indennità diversificate, in quanto per una il valore del suolo è pari al valore di mercato di un'area fabbricabile, mentre per l'altra il valore è meramente agricolo, ovvero commisurata ad un valore da *tertium genus*,¹⁰⁹ sempre che il proprietario sia abile a dimostrarlo e a farlo apprezzare dal giudice dell'opposizione, e che non sia espressamente vietato dalle norme tecniche di attuazione dello strumento urbanistico generale.

La disparità di trattamento è lampante.

8. Il lettore che pazientemente ha letto le superiori riflessioni si chiederà cosa c'entri il titolo, che l'autore ha scelto per il presente lavoro, che richiama l'apologo di Menenio Agrippa, con l'argomento.

L'autore deve confessare che un lontano ricordo degli studi liceali gli affiora alla mente ogni qual volta si imbatte in sentenze che trattano le vertenze in materia di indennità di espropriazione e di vincoli urbanistici. È noto che in occasione delle ricorrenti lotte, in età repubblicana, che agitavano nell'antica Roma i patrizi ed i plebei, questi ultimi decisero di abbandonare le proprie attività e di ritirarsi sul colle Aventino. Il console Menenio Agrippa li convinse a far ritorno alle loro occupazioni raccontando il seguente apologo: un giorno tutti gli organi (plebei) si ribellano allo stomaco (i patrizi), che da costoro veniva nutrito, senza ricevere in cambio apparentemente nulla; se non che, ciò comportò un indebolimento di tutto il corpo. A seguito di tale ribellione, però, nella consapevolezza che tale comportamento avrebbe comportato il disfacimento del corpo, stomaco e membra raggiunsero un'e-qua intesa: lo stomaco sarebbe stato nutrito e le altre membra ne avrebbero tratto giovamento¹¹⁰.

Mito o realtà storica, sta di fatto che non v'è alcun dubbio che tutte le aree che compongono il territorio di un comune hanno uguale importanza, e che non è ipo-

del carattere conformativo del vincolo apposto al fondo espropriato, rispetto al quale la dichiarazione di pubblica utilità, avvenuta mediante l'approvazione del progetto esecutivo dell'opera pubblica, si configura come uno strumento meramente attuativo”.

¹⁰⁹ Cfr., da ultimo, Cass., 9.10.2019, n. 25378: “L'esclusività del riferimento alla classificazione urbanistica non comporta peraltro alcun sacrificio a carico dei proprietari dei fondi sottoposti a vincolo d'inedificabilità, ai quali non è preclusa la possibilità di dimostrare, in sede di opposizione alla stima, che il fondo presenta possibilità di sfruttamento ulteriori e diverse rispetto a quella agricola, pur senza raggiungere il livello dell'edificatorietà, ed ottenere quindi il riconoscimento di un valore di mercato tale da rispecchiare possibilità di utilizzazione intermedie tra quella agricola e quella edificatoria (ad esempio, parcheggi, depositi, attività sportive e ricreative, chioschi per la vendita di prodotti), ovviamente a condizione che tali possibilità siano assentite dalla normativa vigente (cfr. Cass., Sez. I, 6.3.2019, n. 6527; 19.7.2018, n. 19295; 16.5.2014, n. 10785)”.

¹¹⁰ Tito Livio ci ricorda che i plebei, dopo l'intervento di Menenio Agrippa, furono rappresentati dal tribuno della plebe, che ebbe un notevole ruolo nella successiva storia romana: “*Sic senatus et populus quasi unum corpus discordia pereunt concordia valent*”.

tizzabile che le une siano da reputare privilegiate rispetto alle altre. Con ciò non si intende proporre discorsi di contenuto rivoluzionario (del tipo, esproprio generalizzato di tutte le aree, molto in voga negli anni '70 del secolo scorso) e, men che meno, una norma *de jure condendo*, anche se uno strumento normativo di carattere perequativo riuscirebbe ad attenuare fortemente le discriminazioni che la pianificazione e la conseguente zonizzazione arrecano ai proprietari dei suoli non privilegiati¹¹¹.

La soluzione che s'intende proporre, che si atteggia in netto contrasto con la oramai (quasi) ventennale uniforme giurisprudenza della Cassazione radicata sulla distinzione tra vincoli preordinati all'esproprio, da non tener presenti ai fini del calcolo dell'indennizzo, e vincoli conformativi, che impongono un criterio indennitario agganciato al valore agricolo o, per ben che venga, al valore legato alla realizzabilità di manufatti di modesto valore economico, si radica sulle più volte richiamate sentenze della Consulta del 1968, le quali si preoccuparono però della necessità di assicurare (anche) ai proprietari dei suoli, che lo strumento urbanistico destina ad opere pubbliche o di interesse pubblico, una redditività proprio perché site nella città.

Occorre prendere le mosse dalla pronuncia n. 55 anche per un'ulteriore, obiettiva considerazione, che sovente viene trascurata. Le città sono organismi viventi (di qui l'apologo agrippiano); sicché non può non condividersi l'attualità del pensiero di uno dei maggiori studiosi del fenomeno urbano, secondo cui l'urbanistica non è altro che "lo studio generale delle condizioni, delle manifestazioni e delle necessità di vita e di sviluppo delle città", affinché si possa avere "una vita urbana che sia a un tempo bella, sana, comoda ed economica. Tale fine pratico è raggiunto mediante il piano regolatore sostenuto da regolamenti, da leggi e da organizzazioni amministrative". In altre parole, "la città si può considerare un essere vivente in continua tra-

¹¹¹ Sul punto si rinvia all'esautivo lavoro di GAROFOLI, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa, ne I quaderni della Fondazione italiana del notariato, e-library*: "la cessione perequativa è alternativa all'espropriazione perché non prevede l'apposizione di un vincolo preespropriativo sulle aree destinate ai servizi pubblici ma prevede che tutti i proprietari, sia quelli che possono edificare sulle loro aree sia quelli i cui immobili dovranno realizzare la città pubblica, partecipino alla realizzazione delle infrastrutture pubbliche attraverso l'equa e uniforme distribuzione di diritti edificatori indipendentemente dalla localizzazione delle aree per attrezzature pubbliche e dei relativi obblighi nei confronti del comune". Su tale fattispecie v., altresì, QUAGLIA, *Pianificazione urbanistica e perequazione*, Torino, 2000; PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli, 2003; POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica. Magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, II, 3 e ss.; STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, ivi, 2005, II, 169 e ss.; PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005; GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, II, 3 ss.; DI LEO, *Il Piano regolatore generale*, in CARINGELLA – DE LUCA, *Manuale dell'edilizia e dell'urbanistica*, Roma, 2017, 103.

sformazione, sottomesso a influenze che è facole studiare isolatamente, ossia analizzare, ma che agiscono in massa, ossia per sintesi”¹¹².

Se la città è un essere vivente, vuol dire che tutti i suoi organi sono importanti e decisivi per la vita ed il benessere dei suoi abitanti. Il corpo della città è composto dalle arterie e dalle vene, che costituiscono la “rete delle principali vie di comunicazione stradali, ferroviarie e navigabili e dei relativi impianti”; dall’ossatura, rappresentata dagli edifici residenziali, pubblici e privati, direzionali, terziari, commerciali, industriali, esistenti e programmati; dagli organi, costituiti dalle attrezzature pubbliche e private, esistenti e programmate. Insomma, non è ipotizzabile un edificio privato ed uno pubblico senza le strade, pubbliche e private, le attrezzature, pubbliche e private, senza quelle che si definiscono opere di urbanizzazione primaria (art. 4 della legge 29 settembre 1964, n. 847) e secondaria (art. 44 della legge 22 ottobre 1971, n. 865). Del resto, allorché si redige uno strumento urbanistico, i pianificatori sono tenuti a calcolare i cd. standard (articoli 3 e 4 del d.m. 2 aprile 1968), che vanno quantificati in termini di metri quadrati per abitante, “insediato e da insediare”, ossia la dotazione minima inderogabile “per spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggio”. Tutti i suoli compresi nel piano regolatore, quindi, concorrono alla formazione degli spazi pubblici e di interesse pubblico ed alla realizzazione delle opere, tanto pubbliche, quanto private; quindi, tutti i proprietari di aree sono tenuti a concorrere alla realizzazione di detti standard.

Le principali funzioni della vita cittadina sono la residenza, il lavoro, l’educazione e lo svago.¹¹³ Ebbene, posto che tutti gli organi di un essere umano sono importanti, anche quelli ritenuti, a torto, meno significativi o nobili (appendice, tonsille), non si vede per quale ragione alcuni organi di un essere vivente, come la città, debbano contare o valere di meno rispetto ad altri, di cui non si trovano affatto in posizione ancillare e secondaria, ma integrativa e complementare: le aree già edificate e quelle di cui si prevede l’edificazione non possono assolvere alla loro funzione se non sono intimamente correlate alle aree sulle quali si prevede la destinazione ad attrezzature ed impianti di interesse generale. Non possono le prime vivere senza le altre, e viceversa.

A questo punto, una tal tesi si sentirebbe profferire le seguenti obiezioni:

a) se si volesse recepire il criterio dell’indennizzabilità sganciata dal valore agricolo anche per i suoli destinati ad attrezzature ed impianti di interesse generale, quale sarebbe il criterio da adottare?

b) se si parte dal presupposto che un suolo vale l’altro, in quale modo tale assunto riesce a superare la previsione del diritto positivo sulla distinzione tra i vincoli preordinati all’espropriazione e quelli conformativi?

¹¹² PICCINATO, *Urbanistica*, in *Enc. It. Treccani*, 1937, rist. 1949, XXXIV, 768. Luigi Piccinato, oltre ad essere stato autore di numerosi piani regolatori di città italiane e straniere, come noto, è stato uno degli autori della legge urbanistica del 1942, tuttora in larga misura vigente.

¹¹³ QUARONI, *Piano regolatore*, in *Enc. it. Treccani*, II, Appendice, Roma, 1949, 539. V. altresì, L. MAZZAROLLI, *Piano regolatore generale*, in *Digesto pubbl.*, XI, Torino, 1966, 211.

a) In merito al primo quesito, la risposta dovrebbe essere scontata: secondo il valore venale del bene nel libero commercio, sganciando la stima dall'astratto valore agricolo (medio o di mercato che sia). Come sopra s'è cercato di dimostrare, tutti i suoli urbani (stiamo parlando, all'evidenza, di quelli ineditati) svolgono una determinata funzione: i "meno fortunati" nella scelta pianificatoria rientrano in un contesto più ampio nel quale si integrano perfettamente con quelli "più fortunati" (nonché con i fabbricati che nel frattempo sono stati realizzati). Uno spunto potrebbe essere tratto da quell'orientamento giurisprudenziale, che, prevalentemente riferito ai piani di edilizia residenziale pubblica ed ai piani di investimento produttivi, parla di "potenzialità media edificatoria del comprensorio"¹¹⁴. Invero, questo indirizzo prescinde dalla distinzione tra vincoli conformativi e vincoli preordinati all'espropriazione e sposa il criterio del valore venale (nelle prime decisioni dimidiato per effetto dell'art. 5bis) svolgendo il seguente ragionamento: "l'edificabilità del fondo deve necessariamente essere commisurata ad indici 'medi' di fabbricabilità riferiti (o riferibili) all'intera zona omogenea, al lordo dei terreni da destinarsi a spazi liberi o, comunque, non suscettibili di edificazione per il privato, nel senso che, ove non si ritenga di stimare il terreno ricorrendo a criteri comparativi basati sul valore di aree omogenee, l'adozione del metodo analitico-ricostruttivo comporta che l'accertamento dei volumi realizzabili sull'area non possa basarsi sull'indice fondiario di edificabilità (che è riferito alle singole aree specificamente destinate all'edificazione privata) e che, invece, postulando l'esercizio concreto dello *ius aedificandi* che l'area sia urbanizzata e che si tenga conto dell'incidenza degli spazi all'uopo riservati ad infrastrutture e servizi a carattere generale, si debba prescindere come dal fatto che l'area sia (eventualmente) destinata ad usi che non comportano specifica realizzazione di opere edilizie (verde pubblico, viabilità, parcheggi) non potendo l'edificabilità essere vanificata dalla utilizzabilità non strettamente residenziale, così dalla maggiore o minore fabbricabilità che il fondo venga a godere o subire per effetto delle disposizioni di piano attinenti alla collocazione sui singoli fondi di specifiche edificazioni ovvero servizi ed infrastrutture, di guisa che tutti i terreni espropriati in uno stesso ambito zonale vengano a percepire la stessa indennità, calcolata su una valutazione del fondo da formulare sulla potenzialità edificatoria 'media' di tutto il comprensorio, ovvero dietro applicazione di un indice di fabbricabilità (territoriale) che sia frutto del rapporto tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e spazi liberi o, comunque, non suscettibili di edificazione per il privato". Vero è che, come ora riferito, le decisioni prese in esame si riferiscono ai piani particolareggiati di edilizia residenziale pubblica ed ai piani di insediamento produttivi, nei quali si rinviene un indice di fabbricabilità territoriale, che si "spalma" su tutti i suoli presi in considera-

¹¹⁴ Cass., 29.11.2006, n. 25363: a conforto dell'argomentazione essa richiama Cass., S.U., 21.3.2001, n. 125; nonché Cass., 6.12.2002, n. 17348; 3.6.2004, n. 10555; 21.1.2005, n. 1336; 12.4.2006, n. 8525; 16.5.2006, n. 11477; 16.6.2006, n. 13958. Le più recenti decisioni su questa linea sono 14.10.2019, n. 25851 e 9.1.2020, n. 213.

zione, quindi, anche quelli sui quali non sono previsti edifici che svolgono un'importante funzione complementare; però è altresì innegabile che esistono suoli adiacenti o nelle prossimità degli edifici pubblici e privati esistenti, ancorché non inseriti nei piani particolareggiati, di iniziativa pubblica e privata, che sono destinati a svolgere la medesima funzione complementare, che incrementa il valore di detti edifici¹¹⁵.

b) In merito al secondo quesito, in disparte la considerazione che le norme, che contemplano i vincoli, non ne correlano gli effetti ai fini della quantificazione dell'indennità di espropriazione, si può agevolmente rispondere evocando la lettera e la *ratio* delle sentenze della Corte costituzionale del 1968. I vincoli che lo strumento urbanistico contiene sono sia quelli "temporanei (ma di durata illimitata), preordinati al successivo (ma incerto) trasferimento del bene per ragioni di interesse generale", sia quelli che, "pur consentendo la conservazione della titolarità del bene, sono tuttavia destinati a operare immediatamente una definitiva incisione profonda, al di là del limiti connaturali, sulla facoltà di utilizzabilità sussistenti al momento dell'imposizione...senza la previsione di indennizzo, ed anzi...con una previsione del contrario (art. 40), tanto nel caso di vincoli di durata, predisposti in correlazione a trasferimenti di proprietà differiti (ma incerti an e quando), quanto nel caso di vincoli immediatamente definitivi inerenti a proprietà non destinate a esser trasferite"; sicché tali vincoli sono illegittimi per carenza della previsione legislativa dell'indennizzo, anche ed "in special modo con riguardo all'ipotesi di vincoli temporanei preordinati a successivi trasferimenti di proprietà".

In tale ottica, i vincoli, cui faceva riferimento la Consulta, sono quelli poi definiti conformativi¹¹⁶, incidenti su aree ed immobili vuoi se compresi in zona intensiva o meno intensiva, od estensiva, o addirittura rada", vuoi se esterni a tali zone, le cui aree sono destinate ad essere trasformate da opere pubbliche o d'interesse pubblico. Essi diventano preordinati ad espropriazione solo nel momento in cui l'amministrazione decide (e, quindi, ha la provvista finanziaria) di acquisire i suoli per realizzare l'opera. Pertanto, a mio avviso, non c'è una contrapposizione tra i vincoli, ma solo una successione cronologica. Difatti, mentre i vincoli conformativi sono presenti in tutte le aree del Piano generale (quindi, in tutte le zone), quelli espropriativi emergono solo al momento dell'attivazione di una procedura ablativa.

In tale logica, il principio affermato a più riprese dalla Corte costituzionale del "massimo sforzo" che lo Stato può affrontare nella quantificazione e corresponsione dell'indennità di espropriazione al proprietario sacrificato oggi andrebbe coniugato

¹¹⁵ È di particolare interesse Cass., 14.10.2019, n. 25851, che invoca il criterio della *potenzialità media edificatoria del comprensorio* riferendosi ad una procedura espropriativa con la quale era stata realizzata un'area attrezzata per la protezione civile (che prescinde da un piano di edilizia residenziale pubblica).

¹¹⁶ I giudizi, che furono proposti e videro l'intervento della Consulta, riguardavano "vincoli di zona da osservare nell'edificazione nonché l'indicazione delle aree destinate a formare spazi di uso pubblico e di quelle riservate a verde pubblico, a verde privato, a verde agricolo o ad edificazione di interesse pubblico (edilizia scolastica, conservazione di edifici storico - monumentali)".

e letto in modo diverso per un triplice ordine di considerazioni, a meno che non si voglia perpetuare una disparità di trattamento che scaturisce dalla maggior parte delle sentenze della Cassazione di quest'ultimo ventennio:

- 1) innanzi tutto, perché non si vede per quale ragione il dovere di solidarietà, declamato dall'art. 3 della Costituzione, debba essere imposto solo in modo unilaterale, nei confronti di colui che è costretto a subire un'ablazione forzata della sua proprietà, e non anche da parte della collettività (soprattutto di coloro che sono stati beneficiati dal disegno del pianificatore), che, proprio in ragione del sacrificio imposto al proprietario espropriato ripagato con un indennizzo, ottiene un arricchimento diretto o indiretto del patrimonio immobiliare, esistente e/o futuro;
- 2) con l'entrata in vigore delle norme che impongono a coloro che conseguono il provvedimento abilitativo alla costruzione (prima concessione edilizia *ex lege* n. 10 del 1977, oggi permesso di costruire *ex d.p.r.* n. 380 del 2001), alla pubblica amministrazione vanno corrisposti gli oneri di urbanizzazione. Ben vero, è opinione generalmente condivisa che la *ratio* sottesa al pagamento di tali oneri consista nella necessità che l'ente locale sia in un certo qual senso "rimborsato" delle opere di urbanizzazione che ha dovuto oppure che dovrà realizzare per dotare di nuove infrastrutture l'area¹¹⁷. Ebbene, non v'è chi non veda come nel costo sostenuto o da sostenere per costruire le infrastrutture vi sia anche quello per acquisire le aree sottostanti;
- 3) l'indennità di espropriazione "sconta" anche il pagamento di un'imposta, prevista dall'art. 11, co. 5, della legge 30 dicembre 1991 n. 413, pari al 20% dell'importo corrisposto. Attraverso questo strumento, il proprietario dell'area espropriata contribuisce ulteriormente a raggiungere l'obiettivo solidaristico. Vero è che questa imposta è incassata dallo Stato a titolo di plusvalenza, ma non si vede perché non debba essere riversata sul territorio al quale afferisce.

Il problema della "incidenza suolo" sulla realizzazione delle opere pubbliche o d'interesse pubblico si può dire sia stato sempre centrale nella politica legislativa. Non va dimenticato che, a causa delle ristrettezze economico-finanziarie dello Stato, fu introdotto il più volte richiamato art. 5bis della legge n. 359 del 1992. Peraltro, anche il legislatore del 1865 cercò di introdurre un meccanismo che imponesse a coloro che acquisiscono un plusvalore dei beni confinanti con le opere pubbliche il pagamento di un "contributo"¹¹⁸. Una legge tuttora vigente, ma non saprei dire se

¹¹⁷ V. in particolare, ASSINI – MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2007, 811, ove vengono riportate le teorie sulla natura giuridica del contributo.

¹¹⁸ La legge generale n. 2359 del 1865, benché fosse il prodotto del contesto socio-politico del Parlamento che l'emanò, come innanzi rimarcato, dedicò al tema l'intero Capo IV (articoli da 77 a 82), assai poco noto e ancor meno praticato, in virtù del quale venne previsto l'obbligo per i proprietari confinanti o contigui all'opera dichiarata di pubblica utilità di contribuire all'esecuzione in ragione del maggior valore acquistato

effettivamente applicata, prevede un contributo di miglioria per i fabbricati che beneficino della costruzione delle metropolitane¹¹⁹.

Ed anche la dottrina ha proposto soluzioni fondate sulla equità e la ragionevolezza¹²⁰. Tuttavia, il fatto che non vi sia una disposizione normativa che consenta il pieno “recupero” delle spese occorse per la costruzione di opere pubbliche, non significa che il proprietario assoggettato alla procedura espropriativa del proprio bene debba essere sacrificato senza il riconoscimento di una congrua indennità.

A ciò aggiungasi un'ulteriore riflessione. Un altro modo diffuso di realizzazione di opere pubbliche¹²¹ è rappresentato, come noto, dalla lottizzazione edilizia di cui all'art. 28 della legge urbanistica n. 1150 del 1942, secondo cui il lottizzante, in virtù ed in forza della convenzione che stipula con l'ente locale, s'impegna a costruire, oltre agli edifici residenziali o terziari, opere pubbliche o di pubblico interesse¹²²

dalle loro proprietà. Si riporta l'art. 77, abrogato insieme a tutta la legge: “Qualora in una legge che dichiara un'opera di pubblica utilità sia imposto ai proprietari di beni confinanti o contigui alla medesima l'obbligo di contribuire all'esecuzione in ragione del maggior valore che vengono ad acquistare le loro proprietà, e non siano nella stessa legge indicate la misura del contributo e le norme da seguirsi per esigerlo, debbono osservarsi le disposizioni seguenti”.

¹¹⁹ V. art. 7 della legge 29 dicembre 1969, n. 1042: “I contributi di miglioria applicati in dipendenza dell'esecuzione delle opere dovranno essere interamente destinati all'ammortamento dei mutui e dei prestiti obbligazionari contratti, derogando, per quanto concerne la quota di spettanza dello Stato, a quanto disposto dal regio decreto-legge 28 novembre 1938, n. 2000, convertito nella legge 2 giugno 1939, n. 739, e successive modificazioni ed integrazioni”.

¹²⁰ SANDULLI, *Urbanistica e finanza locale*, in *Riv. giur. edilizia*, 1962, II, 151 ora anche in *Scritti giuridici*, VI, Napoli, 1990, 23, così affermava: “non è giusto che degli aumenti di valore degli immobili urbani, che risalgono a merito dell'intera collettività civica, tragga beneficio, parassitariamente, soltanto la proprietà immobiliare. Giustizia esige che invece questa sia chiamata, a sua volta, a contribuire adeguatamente - e cioè in proporzione degli acquisiti incrementi di valore - alle spese per il miglioramento della città e dei suoi servizi. Ed esige inoltre che (come già vien praticato in altri Paesi di antica civiltà) gli introiti in tal modo conseguiti vengano dall'amministrazione civica impiegati, prima di tutto, per indennizzare adeguatamente i proprietari di aree urbane sacrificate in funzione del progresso della collettività. È questa, tra l'altro, la via più idonea per eliminare, a un tempo, la causa e gli effetti di quella specie di legge della foresta, che oggi contraddistingue la fase preparatoria della pianificazione urbanistica... Sarebbe perciò il caso di studiare la possibilità di introdurre un'imposta comunale, la quale colpisca in misura conveniente (per es. 25%), ed eventualmente progressiva, gli incrementi di valore di tutte le aree urbane (edificate e da edificare), accertando tali incrementi periodicamente (p. es., di decennio in decennio), ma distribuendo corrispondentemente nel tempo (nel decennio successivo, a rate annuali) il tributo destinato a colpire gli anzidetti incrementi) sì da non ferire irrimediabilmente i patrimoni). Si tratterebbe di un'imposta patrimoniale, ma dai caratteri attenuati, destinata ad aggiungersi all'imposta statale sul reddito immobiliare”. Quale forza politica oggi sarebbe capace di introdurre una nuova imposta (peraltro patrimoniale)? Ma non v'è dubbio che il principio solidaristico formulato è esattissimo.

¹²¹ Sul punto si rinvia per tutti a PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 246, e ASSINI – MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 547.

¹²² Il co. 5 dell'art. 28 così recita: “L'autorizzazione comunale è subordinata alla stipula di una convenzione, da trascriversi a cura del proprietario, che preveda: 1) la cessione gratuita entro termini prestabiliti delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria, precisate dall'articolo 4 della legge 29 settembre 1964, n. 847, nonché la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria nei limiti di

da trasferire gratuitamente al patrimonio comunale (in particolare, tutte le opere di urbanizzazione primaria, mentre una parte delle opere di urbanizzazione secondaria restano di sua proprietà). Ebbene, in questo caso, il costo dell'area occorso per la costruzione delle opere pubbliche e di pubblica utilità trasferite all'ente locale viene considerato e valutato integralmente secondo il suo valore pieno, senza alcuna decurtazione: il lottizzante riceve un beneficio pieno e non ridotto o attenuato dal minor valore delle aree appostato nel piano economico che egli presenta all'amministrazione comunale per conseguire l'autorizzazione alla redazione al piano di lottizzazione; e quanto più elevato è il valore stimato delle aree necessarie per realizzare le opere pubbliche della lottizzazione, tanto maggiore sarà la volumetria di cui egli potrà giovare e tanto minore sarà il contributo ex art. 16 del t.u. edilizia. Sia l'opera pubblica costruita dalla mano pubblica, che quella realizzata dal privato lottizzante hanno la stessa natura e perseguono lo stesso obiettivo; tuttavia, non si vede per quale ragione esse debbano subire un trattamento valutativo così differente.

Insomma, a mio modo di vedere, tutte le opere pubbliche ovunque realizzate sul territorio comunale devono avere lo stesso costo di incidenza suolo (ovviamente rapportato al comprensorio nel quale sono collocate), vuoi per la loro costruzione, vuoi per l'acquisizione dei suoli ove troveranno collocazione. Ciò comporta che la distinzione tra suoli edificabili e suoli non edificabili è meramente effimera, perché tutti sono tesi alla soddisfazione delle esigenze della collettività. Poiché è irragionevole e poco giustificabile che un suolo sito in una zona densamente edificata (ad es., in una zona B) possa essere reputato e valutato non edificabile (ancorché sia destinato a giardino o parco privato, che conferisce un notevole valore complementare al fabbricato), è altrettanto irragionevole e poco giustificabile che un suolo sito in una zona semintensiva, di nuova edificazione (zona C), sol perché destinato a vedersi investito dalla costruzione di una scuola, debba essere valutato non edificabile e, quindi, indennizzato sulla base di un valore agricolo, là dove il proprietario non riesca a dimostrare un valore intermedio tra l'edificabile e il non edificabile, oppure perché non v'è una norma di P.R.G. che consenta la realizzazione di un'opera d'interesse pubblico sulla base di una convenzione con l'ente locale. Se un suolo ricade in un contesto edilizio che consente ad un privato di costruire edilizia residenziale a mezzo lottizzazione (quindi, conseguendo un incremento di valore notevole della sua proprietà), non si vede per quale ragione la costruzione di un edificio scolastico, di una stazione della linea metropolitana o di un parco urbano da parte dell'ente locale, che aumenta sensibilmente l'appetibilità degli edifici della lottizzazione, debba comportare un sacrificio ingente al proprietario delle aree occorse per costruire

cui al successivo n. 2; 2) l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; la quota è determinata in proporzione all'entità e alle caratteristiche degli insediamenti delle lottizzazioni". Sul punto, v. per tutti PAGLIARI, *op. ult. cit.*, 248.

tali opere pubbliche sol perché egli non è abilitato a costruire scuole o metropolitane.

La necessità “del complessivo disegno urbanistico definito dallo strumento urbanistico generale..., al cui soddisfacimento sono essenziali, in pari misura, tanto le previsioni zonizzative, quanto quelle localizzative e comunque quelle determinanti l'inedificabilità assoluta o la preordinazione all'espropriazione”, genera una palese “disparità di trattamento e irrazionalità della differenziazione della disciplina di situazioni giuridiche identiche”¹²³. L'orientamento giurisprudenziale sopra riportato non fa altro che enfatizzare tale disparità, sebbene tutti i suoli partecipino alla definizione dell'assetto urbanistico, tutti sono parimenti indispensabili e inscindibilmente funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico generale al corretto uso del territorio. In questa guisa tutte le membra del corpo lavorano per lo stomaco.

“In un sistema tanto sperequato, e perciò incivile, nel quale è sostanzialmente il potere a decidere capricciosamente dell'impennata o dell'inabissamento dei valori dei suoli urbani, era naturale che la speculazione privata si sposasse alla disonestà partitica. Non è un mistero che le scelte urbanistiche sono state pascolo aperto alla corruzione, al finanziamento dei partiti, al favoritismo e alla persecuzione”.

Sembrano parole scritte oggi, ma sono state vergate quarantacinque anni or sono da Aldo Sandulli¹²⁴, di cui non ha fatto tesoro il legislatore. E non è parso coraggioso o, quanto meno, innovatore il Giudice della legittimità, il quale, pur volendo meritoriamente evitare che i proprietari sottoposti a procedura espropriativa lucrassero sull'indennità da conseguire e, quindi, cogliere l'occasione della procedura espropriativa per incrementare il loro patrimonio, caso mai sino a quel momento inattivo, ha consentito che la sperequazione denunciata dalla più autorevole dottrina rimanesse inalterata.

¹²³ PAGLIARI, *op. ult. cit.*, 161.

¹²⁴ *Urbanistica e Costituzione*, cit.

Donazione e liberalità: un tentativo di lettura sistematizzante

di Rosario Franco*

Abstract. The comparison between the donation (contract of) and the (various structural models underlying) the non-donation liberality has always been the subject of debate in the doctrine. However, the main criteria that outlined the possible conceptual and legal distinction between the two hypotheses are contested both for the essentiality and necessity (cumulative or alternative) of the *animus donandi* and enrichment requirements (respectively, cause and effect of the contract) and the semantic-legal uncertainty of the term *liberality* that identify the causal element of the *act* referring either in the spirit of the donor or in the legal and economic effects.

The research aims to analyze the various criteria and to reconstruct the difference between donation and liberality on opposite pairs “cost/gratuitousness” and “correspondence/non-correspondence”.

SOMMARIO: 1. *La donazione e le liberalità: il problema.* – 2. *I possibili elementi qualificatori della donazione.* – 3. *L’animus donandi quale causa della donazione: critica.* – 4. ... *Segue: l’animus donandi ed suo processo di oggettivazione.* – 5. ... *Segue: l’animus donandi e la consapevolezza dell’accordo.* – 6. *L’arricchimento quale causa della donazione: natura giuridica e natura economica.* – 7. ... *Segue: le diverse ricostruzioni dell’arricchimento: critica.* – 8. *La sistemazione delle coppie concettuali: onerosità/gratuità e corrispettività/non corrispettività: la residualità funzionale della donazione.* – 9. *I contratti gratuiti: profili di distinzione dalla donazione e tipologia delle prestazioni.* – 10. *Alcune figure ancora controverse: a) la donazione modale; b) la donazione mista; c) le liberalità non donative o donazioni indirette (art. 809).* – 11. *Conclusioni.*

1. Ormai da lungo tempo gli interpreti si cimentano nel tentativo di giungere ad una razionale sistemazione della materia delle donazioni e delle liberalità diverse (da esse), almeno a rimanere nella prospettiva indicata dal legislatore del '42 che pure, come s'è notato, non è la sola possibile; per l'effetto l'evocata sistemazione continua a rimanere un problema di diritto positivo che però ne interseca (almeno) un altro di cultura giuridica e logica tassonomica, lasciando sullo sfondo le ricorrenti componenti etiche, sociologiche, filosofiche e religiose che pure costantemente il tema del *dono* finiscono per intercettare. E tuttavia – con il che immediatamente si compie una precisa scelta ridimensionativa del presente contributo che non si occuperà delle vicende della solidarietà, delle questioni etiche e super-etiche, delle prestazioni di volontariato e delle cc.dd. donazioni di organi¹, ecc. – l'analisi delle due principa-

* Notaio. Professore a contratto di diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Catanzaro “Magna Graecia”; abilitazione a professore di seconda fascia di diritto privato.

¹ Sulle quali, per una prima informazione, i vari contributi contenuti in *Il principio di gratuità*, a cura di A. Galasso e S. Mazzaresse, Milano, 2008, p. 225 ss.

li disposizioni normative (artt. 769 e 809) parrebbe offrire un problema di natura eminentemente tecnica, consegnando all'interprete un'attività di raffronto formale tra i requisiti della donazione e quelli delle liberalità che (per la presenza di altri elementi e/o per l'assenza di quelli indicati per la prima) da essa si differenziano, in un confronto che, mettendo in relazione le due figure, ne lasci emergere i reciproci profili individuativi e le rispettive le coordinate specificative.

Senonché, sia la problematica rappresentazione del valore² sintetizzato in ciascuna delle due espressioni 'donazione' e 'liberalità non donative', sia l'eterogeneità dei dati e dei problemi che astrattamente potrebbero essere attratti nell'elaborazione delle relative categorie³, sia, ancora, l'incertezza degli elementi costitutivi⁴ della donazione e la tendenziale disomogeneità delle figure possibilmente riconducibili alle liberalità atipiche riducono sensibilmente la capacità assertiva della precedente affermazione.

La questione evidentemente non obbedisce a mere esigenze classificatorie, giacché concetti e categorie⁵ giuridiche non costituiscono elementi descrittivi della realtà, bensì la risultanza dell'opera di organizzazione (e perciò stesso di *valutazione* e di qualificazione) di una serie di dati (non soltanto di natura legislativa/formale), finalizzata alla soddisfazione di un interesse conoscitivo⁶. E la diversità di questo interesse è idonea a reagire sui risultati conseguibili: di guisa che, una stessa serie di dati

² Nel significato assunto dal termine, nell'ambito della dialettica fatto/valore che ha accompagnato gli studi sull'atto negoziale, come espressione di autonomia privata (per un rinvio, puramente sintetico, B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, spec. p. 46 e ss. e 62 e ss.; più di recente, si veda la ricostruzione di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, p. 31 e ss.), sì come, per altro verso, la concezione sulla «validità assiologica» del diritto (OPOCHER, voce *Valore (fil. dir.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 111 e ss.).

³ Ad esempio, rimane aperta la discussione in margine alla riconducibilità della donazione mista alla categoria delle donazioni indirette o a quella delle donazioni dirette, con il conseguente rilevante problema applicativo della forma che il relativo contratto dovrà rivestire (sulla questione si tornerà brevemente in seguito).

⁴ Incertezza che non parrebbe assistere la giurisprudenza della Cassazione come di recente ribadito dalla pronuncia a sezioni unite del 15 marzo 2016, n. 5068, assunta agli onori della cronaca per l'esito cui giunge, vale a dire la declamazione della nullità della donazione di cosa altrui. *Melius*: della donazione della quota *ideale* su un singolo bene facente parte di una più ampia comunione ereditaria: «[e]lementi costitutivi della donazione sono, quindi, l'arricchimento del terzo con correlativo depauperamento del donante e lo spirito di liberalità, il c.d. animus donandi, che connota il depauperamento del donante e l'arricchimento del donatario e che, nella giurisprudenza di questa Corte, va ravvisato "nella consapevolezza dell'uno di attribuire all'altro un vantaggio patrimoniale in assenza di qualsivoglia costrizione, giuridica o morale" (Cass. n. 8018 del 2012; Cass. n. 12325 del 1998; Cass. n. 1411 del 1997; Cass. n. 3621 del 1980)».

⁵ Qui i due termini sono adoperati con una tendenziale assimilazione. Ma negli studi filosofici, ed in particolare in quelli di filosofia del linguaggio, le due nozioni sono tra esse nettamente distinte: una prima informazione in LALUMERA, *Cosa sono i concetti*, Roma-Bari, 2009, p. 3 ss.

⁶ «La funzione dei concetti è di permetterci di cogliere, di controllare, di identificare i lineamenti essenziali e formali del reale, di metterci in grado di renderci conto di ciò che è il contenuto della realtà, il suo principio intrinseco»: TRENTIN, *La crisi del diritto e dello stato*, a cura di Gangemi, Roma, 2006, p. 168. In proposito inevitabile la lettura dei saggi raccolti in CALOGERO-CESARINI SFORZA-JEMOLO-PUGLIATTI, *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di Irti, Milano, 2004, *passim*; V. PANUCCIO, *I concetti e principi nella scienza del di-*

può essere organizzata in modo da dar luogo ad una pluralità di costruzioni, tutte diverse ma altrettanto legittime in ragione della eterogeneità dell'interesse scientifico-conoscitivo che motiva l'impegno alla costruzione di quei concetti e di quelle categorie⁷.

È, dunque, in questa prefigurata prospettiva che trova ragione e funzione la necessità di un'adeguata e razionale (sia pur non rigida) individuazione delle evocate figure, al fine di isolare il problema che si intende risolvere con il ricorso alla tassonomia tra donazione e liberalità atipiche e, nell'ambito di queste ultime, di un'ulteriore possibile distinzione tra quelle negoziali e quelle non negoziali, al fine di discriminare l'applicazione delle corrispondenti disposizioni normative che della categoria costituiscono la disciplina. E cioè se, sulla base delle disposizioni normative nelle quali il fenomeno delle liberalità è richiamato o è presupposto (ad es., artt. 769, 770, 809), siano ricavabili le rispettive categorie declinate in termini generali, che possano costituire l'antecedente logico-dogmatico dell'operatività di differenti discipline, pure assimilate dal comune fine liberale. D'altra parte, l'operazione logica sottesa all'interrogativo inerente alla riconduzione di una concreta figura giuridica ad una data (e precostituita) categoria (sia pure non individuata *sub specie aeternitatis*, ma storicamente mutevole in ragione del modificarsi dei referenti normativi alla cui stregua è elaborata) non costituisce soltanto l'indubbio portato di un'esigenza dogmatica (che pure rappresenta una componente necessaria per l'attività del giurista, sebbene in una dimensione che la riaggiorni alla post-modernità⁸) o l'esito di una meccanica vicenda sussuntiva, ma implica – necessariamente – la costante verifica, in concreto, dell'interesse in vista della cui tutela o realizzazione è preposta la costruzione di quella categoria⁹.

ritto, in ID., *Saggi di metodologia giuridica*, Milano, 1995, p. 3 ss., nonché, l'opera essenziale di PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, 1990, p. 9 ss. 275 ss.

⁷ SMITH-MEDIN, *Categories and concepts*, Harvard University press, Cambridge, 1981, p. 1: «senza concetti, la vita mentale sarebbe caotica. Se percepissimo ciascuna entità come unica, saremmo sopraffatti dalla effettiva diversità di ciò di cui facciamo esperienza, e non riusciremmo a ricordarne altro che una minima parte. E se ci fosse bisogno di un nome diverso per ogni entità individuale, la nostra lingua sarebbe tremendamente complessa, e la comunicazione praticamente impossibile».

⁸ Per tutti MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. *Saggi*, Milano, 1996, p. 1 ss., 25 ss., 67 ss.; V. SCALISI, *Dalla Scuola di Messina un contributo per l'Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 23 ss.; IRTI, *Sulla "positività ermeneutica" (per Vincenzo Scalisi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 923 ss.; e, di recente, il denso volume *Ermeneutica e positività del diritto. Studi per Giuseppe Zaccaria*, Roma, 2019, *passim*.

⁹ Così, in tema di liberalità, CARNEVALI, voce *Liberalità (atti di)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 215: una categoria delle liberalità «in tanto ha ragion d'essere, in quanto, riconosciuta a un determinato atto la natura (anche occasionale o indiretta) di liberalità lo si assoggetti di conseguenza alla relativa disciplina»; maggiore problematicità in CHECCHINI, voce *Liberalità*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 3, il quale, pur convenendo sulle «esigenze funzionali» che manifestano l'utilità di una categoria che agglutina «una serie eterogenea di atti» per lasciarne derivare l'individuazione di una comune disciplina, evidenzia come non si possa «dimenticare che esistono taluni atti pure di liberalità [...] ai quali certamente non si applica siffatta disciplina in tutto o in parte (cfr., ad es., gli artt. 805, 809 2° co., 742 c.c.)».

E così nell'ampliarsi del dibattito si è giunti a ridiscutere la stessa nomenclatura tradizionalmente adoperata per l'intendersi nel confronto, al punto che: *a)* il contratto di donazione è stato *risemantizzato*¹⁰ senza i due elementi che si assumevano come essenziali: lo spirito di liberalità (del donante) e l'arricchimento (del donatario), per accreditarne un significato che sarebbe trascorso dalla forma quale *surrogato* della causa (*melius*: di un elemento causale sostanzialmente inafferrabile) all'interesse non patrimoniale del donante fino alla residuale 'non corrispettività'; *b)* la formula 'donazioni indirette' è stata oggetto di notevoli tensioni fino a screditarne l'avvicinamento alla categoria, che pure si premurava di evocare (vale a dire quella del negozio indiretto), per riproporla nella versione più moderna delle liberalità 'indirette', 'atipiche', 'diverse dalla donazione'; *c)* i concetti di onerosità, gratuità, corrispettività, liberalità sono stati ripensati e ricollocati dogmaticamente nel sistema, pur continuando a persistere perplessità di fondo in merito alla significatività giuridica che ognuno di essi è idoneo ad esprimere.

Il dibattito, dunque, ha via via perso le fondamentali coordinate di riferimento, là dove anche la categoria della donazione formale di cui all'art. 769 c.c., che pure faceva da sponda alla ri-definizione di quelle liberalità ulteriori (che in termini di 'donazione' non potevano essere qualificate) nel ridisegnare l'ambito di incidenza di queste per sottrazione da quella, ha subito notevoli tensioni delegittimanti in margine agli stessi elementi (che per lungo tempo si è preteso di indicare come) identificativi del relativo tipo contrattuale¹¹, nell'incerto¹² basculamento della liberalità tra *atto* (in termini di struttura) e (il suo) *risultato*, tra *struttura* (e, dunque, la causa

¹⁰ È espressione di BELVEDERE, *Il legislatore naïf e i suoi faux amis*, in BELVEDERE, *Scritti giuridici*, I, *Linguaggio e metodo giuridico*, Padova, 2016, p. 536

¹¹ Ma cfr., F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma (Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*, Padova, 1992, p. 53 ss., per il quale la donazione non costituisce un tipo contrattuale; essa rappresenta, piuttosto, un «*modello di atto*»: «non siamo in presenza di un tipo negoziale configurato attraverso un più o meno dettagliato contenuto delle prestazioni dedotte in contratto, ma di una fattispecie "a schema aperto" (nonché a contenuto variabile), individuata mercé un unico connotato caratterizzante», vale a dire «l'arricchimento di una parte per la diretta attribuzione liberale dell'altra», sì che si è in presenza di «un modello "definitorio" e non "tipologico"».

¹² Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 138 ss.; GATT, *L'animus donandi tra dogma e diritto positivo nella teoria della liberalità*, in *Le liberalità alle soglie del terzo millennio*, a cura di Gu. Biscontini e B. Marucci, Napoli, 2003, cit., p. 9 s. la quale evidenzia «l'indipendenza del "risultato di liberalità" (art. 809 c.c.) dallo "spirito di liberalità" (art. 769 c.c.)» con il che, la liberalità, con riferimento ai contatti a causa non donativa, potrà rilevare soltanto in termini effettuali; diversamente CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, p. 14 che prova a ridimensionare la duplicità della natura della liberalità ricomponendole nell'atto «compiuto "per spirito di liberalità" e che produce un effetto (o risultato) di liberalità, ossia, come risulta dall'art. 769, un arricchimento del destinatario dell'atto». Cfr., altresì, CARNEVALI, *Le donazioni*², in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 6, Torino, 1997, p. 485 ss.; lo si rilevava anche in FRANCO, *Prospettive ermeneutiche e razionalità sistematica nella riducibilità delle liberalità non donative*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 951 ss., spec., 961 s.

giuridica) e produzione dell'*effetto* (l'arricchimento), oltre al riferimento alle prestazioni che avrebbero dovuto contribuire a connotarla tipologicamente¹³.

Evidenziandosi alcune singolarità¹⁴: *i*) la predicazione (*liberalità*) richiamata per specificare un intento *soggettivo* (*melius*: lo *spirito*, e, dunque, quell'elemento più recondito della volontà del disponente) e che dovrebbe connotare il profilo funzionale-oggettivo di un contratto, sottolinea, di contro, un'evidente 'sbandata' volontaristica verso un ormai superato soggettivismo (della causa, e del negozio giuridico in generale, con le antiche concezioni che la pongono a fondamento dell'obbligazione¹⁵ in luogo del più sicuro convincimento che l'individua a *ragione* dell'operazione giuridico-economica); *ii*) il richiamo all'*effetto* dell'arricchimento coinvolto nella definizione giuridica del tipo donativo¹⁶ e senza alcuna relazione con il contenuto del contratto (quale sintesi delle prestazioni essenziali¹⁷). Con le curiosità che trovano conferma nel confronto con il più noto dei contratti corrispettivi, la compravendita, per la cui definizione il legislatore e l'interprete non sentono di dover riferirsi ora all'*intento* del venditore o dell'acquirente tra essi condiviso, ora ai *risultati economici* che è idonea a provocare, e, quindi, alla perdita e all'acquisto del diritto oggetto del trasferimento, là dove il migliore pensiero aveva, ormai definitivamente, chiarito che il trasferimento è l'*effetto unitario, unico ed inscindibile* del negozio traslativo ad efficacia reale, individuandosi in 'acquisto' e 'perdita' del diritto (soltanto) conseguenze economiche (*id est*: effetti dell'effetto) del trasferimento, apprese nella fase statica di *vicende* effettuali già esauritesi.

¹³ In proposito le compiute ed ampie indagini di CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 195 ss.; GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002, pp. 59-73; e, già convincentemente, CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 254 ss., spec., 311 ss.

¹⁴ CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, V, Torino, 2005, p. 6.

¹⁵ Per tutti, l'analisi rimane quella di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 105 ss.; con vigore lo ribadisce ARGIROFFI, *Il formalismo e la donazione*, in *Il principio di gratuità*, cit., p. 133.

¹⁶ Lo rilevano CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, V, Torino, 2005, p. 6: «[r]ispetto al modo consueto di definire il tipo di contratto, quello seguito per la donazione sembra, almeno ad un primo esame, alquanto diverso. L'art. 769 non si limita, infatti, a richiamare prestazioni, quali sono il trasferimento di diritti o i comportamenti dedotti in obbligazioni ("disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione"), ma attribuisce rilievo a connotazioni che non appaiono qualificabili come "prestazioni"; CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 15: «la definizione legislativa introduce, invece, uno scarto rispetto alla più consolidata tecnica delimitativa del tipo legale [...] eccentrico risulta il riferimento a un elemento soggettivo, lo "spirito di liberalità" e [...] poco consueto si rivela il riferimento a quello che a tutta prima appare come un effetto "economico" del contratto: l'"arricchimento" del donatario».

¹⁷ AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in *Atti del Convegno "Liberalità non donative e attività notarile"*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2008, p. 13.

2. Un contratto (quello di donazione) che – incassata una (sopravvenuta¹⁸) unanimità di opinioni sulla sua struttura, per l'appunto contrattuale¹⁹ e superati formalmente i requisiti della attualità e della irrevocabilità²⁰ dell'attribuzione – ha generato e continua a generare notevoli dibattiti intorno alle sue stesse coordinate identificative, non rinvenendo, gli interpreti, alcuna comunità di senso (finanche) sugli (stessi) elementi che la formula legislativa indica per l'individuazione del concetto positivo-giuridico di donazione²¹. Sostanzialmente accertando che l'operazione (in ultima analisi, pur sempre *economica*, con essa posta in essere) origina (almeno formalmente²²) e resta, per così dire, nella sua *minima unità effettuale*, concretamente un'operazione unilaterale²³.

Ed invero, per un verso, si discute vivacemente sugli stessi significati giuridici da convenire allo spirito di liberalità, all'arricchimento e alla tipologia delle prestazioni, con particolare riferimento alle obbligazioni di fare, e, per l'altro, si dibatte sulla loro reciproca o esclusiva incidenza nella configurabilità della donazione, ora esaurendosi questa nell'*animus donandi* (o nello spirito di liberalità²⁴), ora esprimendosi nel

¹⁸ Sono, nondimeno, ancora presenti nella mente dell'interprete le vivaci discussioni tra S. PEROZZI, *Intorno al concetto di donazione*, in *Arch. giur.*, 1897, vol. 58, p. 316 ss. e ASCOLI, *Tratt. delle donazioni*, Firenze, 1898, p. 38 ss. e, per una sintesi, TORRENTE, *La donazione*², aggiornata da Carnevali e Mora, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2006, p. 176 ss. ed ivi note di ulteriori riferimenti, nonché, problematicamente, G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, in ID., *Dall'economia della bontà all'economia del dolore. Saggi di diritto civile*, Padova, 2005, p. 25 ss., 45 ss., 51 ss., il quale, significativamente, rileva che «la donazione esprime pur sempre una operazione unilaterale dal punto di vista economico» per quanto il legislatore ne abbia configurato una struttura contrattuale e che «la donazione è sì un contratto, ma è un contratto strutturalmente *sui generis*».

¹⁹ Natura, peraltro, che risultava ancora incerta fino ai momenti anteriori all'entrata in vigore del codice del '42 se, invero, nel progetto preliminare l'accettazione era strumentale alla produzione degli effetti della donazione («La donazione produce i suoi effetti con la donazione»), incidendo, dunque, sul profilo effettuale del contratto, similmente ad una *condicio iuris*, là dove nel progetto definitivo, con maggior attenzione, si collocava l'accettazione sul piano della struttura della fattispecie («La donazione si perfeziona con l'accettazione»), rendendo certo che, al pari di ogni altra ipotesi contrattuale, l'accettazione è essenziale alla stessa conclusione del contratto, non trattandosi, pertanto, di un atto che fosse già strutturalmente perfetto e rispetto al quale l'accettazione si sarebbe limitata a rimuovere l'impedimento alla sua efficacia.

²⁰ Sui quali, per un primo contatto, sia consentito rinviare a FRANCO, *La donazione con riserva di disporre: ripensamento dei dogmi e concretezza degli interessi*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 595 ss.; nonché, AMENTA, *La donazione e la sua struttura contrattuale*, Torino, 2002, p. 46 ss., 51 ss., 78 ss.

²¹ Insiste sul punto BRONDI, voce *Donazione (diritto civile)*, in *Nss. D. I.*, VI, Torino, 1960, p. 234, nel senso che la scienza giuridica non debba ricercare un concetto astorico, preconstituito e sempre valido di donazione, ma deve limitarsi – puntualmente – a ricostruirne le coordinate entro le quali il legislatore ha inteso positivamente compendiare quel concetto.

²² E così prescindendo dai possibili retroterra culturali, etici, morali e sociologici che sono a fondamento dell'induzione di un soggetto a compiere una donazione.

²³ Con forza G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 50 ss.

²⁴ MANZINI, «*Spirito di liberalità*» e controllo sull'esistenza della «causa donandi», in *Contr. impr.*, 1985, p. 419 ss..

senso della necessaria (ma ancora una volta esclusiva) rilevazione dell'arricchimento quale suo elemento essenziale²⁵, ora, ancora, richiedendoli entrambi, variamente modulandoli in combinazione tra essi; infine, escludendosi dal tipo donativo le obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di fare. Sì che se per lo spirito di liberalità si è trascorsi dall'individuazione in esso (sì come riformulato²⁶ in termini di 'intento liberale') dell'elemento compendiantе la causa della donazione fino a giungersi a considerarlo, al contrario, una «superfetazione»²⁷, una formula superflua²⁸ o priva di significato²⁹, analoga sorte ha ricevuto l'elemento dell'arricchimento per il quale ora si è convenuto di collocarlo tra la causa³⁰ e/o l'oggetto³¹ del contratto, come tale essenziale alla donazione, ora si è deciso di ridimensionarlo del tutto, ritenendolo inconferente (vieppiù se inteso nella sua accezione economica) per la selezione giuridico-positiva del tipo donativo³².

Complicazioni che si accrescono in ragione dello stesso dato positivo, dal quale emerge un concetto di liberalità (in senso ampio, capace di includere la donazione e gli altri atti 'diversi da' essa) che risulta scarico di una sua propria capacità definitoria se è vero, come accennato, che esso viene evocato sia per qualificare lo *spirito* del donante, sia per selezionare la *causa* del contratto (e, dunque, identificare l'*atto di donazione*), sia, ancora, per specificare il *risultato* che da atti *diversi dalla donazione* potrà essere prodotto (art. 809 c.c.).

Ancora: la liberalità viene intesa ora in senso *estensivo*³³, per ricomprendere anche atti che donazioni non sono (*melius*: che non costituiscono donazione, ai sensi dell'art. 770, comma 2, c.c.), quali le liberalità compiute in conformità agli usi o in occasione di servizi resi, ora in senso *intensivo*, qualificando formalmente donazione anche «la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione» (art. 770, comma 1). Dunque, una (possibile) categoria qualificata dallo spirito di *liberalità* (e, quindi, in ragione della causa) che

²⁵ Per tutti, TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 221 ss.

²⁶ OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 76 ss.; criticamente, BALBI, *Liberalità e donazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 155 ss., spec., p. 160 ss.

²⁷ BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1961, p. 98 e 101, nonché p. 67 ss., 94 ss., ove si ribadisce che «fare una donazione è del tutto equivalente a fare un'attribuzione gratuita per spirito di liberalità» e che «donare per spirito di liberalità significa ripetere il medesimo concetto: è come dire donare con la volontà di donare».

²⁸ BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso-F. Santoro Passarelli, Milano, 1964, p. 15.

²⁹ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 236.

³⁰ TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 221: «[c]ausa della donazione è [... l']arricchimento».

³¹ BIONDI, *Donazione*, cit., p. 243; CASULLI, voce *Donazione* (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 976 individua nel *trasferimento* di un diritto (su di un bene mobile o immobile) ovvero nell'assunzione di un'obbligazione verso il donatario l'oggetto della donazione.

³² Ma per una decisa rivalutazione dell'intento del donante, D'ETTORE, *Liberalità, principio di gratuità ed esecuzione della promessa gratuita ed informale*, in *Le liberalità alle soglie del terzo millennio*, cit., p. 35 ss.

³³ Per le definizioni estensive e intensive, BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 161 ss.

si contrappone alla categoria descrittiva ed ineffabile (e del tutto indeterminata) degli *atti diversi dalla donazione*, che s'agglutinerebbero in ragione di un *effetto*, peraltro puramente economico (e non giuridico)³⁴.

Concetto, quello di liberalità, che, pertanto, verrebbe adoperato con una non condivisibile duplicazione di metodo se, per un verso, è eletto a specificare l'elemento funzionale di qualificazione del (contr)atto e, per l'altro, è adottato alla stregua di un unificante profilo effettuale per una serie diversa di ipotesi (probabilmente non soltanto) negoziali e con una pluralità di strutture.

Se, in una certa prospettiva, si è convenuto che «il rapporto tra (atti di) liberalità e donazione si configura nei termini di *genus* (liberalità) e *species* (donazione)»³⁵, sì che «il negozio gratuito è il genere, la liberalità è una specie del negozio gratuito, il contratto di donazione è la principale liberalità»³⁶, da altro approccio, contestando la divisata relazione, si è evidenziato come «la donazione [...] non sempre si prospetta come contratto gratuito»³⁷ e, dunque, liberale³⁸, verificando come potrebbe realizzarsi una liberalità anche mediante la conclusione di un negozio oneroso³⁹ (nel qualificare la 'liberalità' quale *effetto*). Favorendo, infine, un'altra duplicazione della formula delle liberalità non donative che ora starebbe ad individuare quelle di cui all'art. 770, comma 2, ora quelle, nel significato decisamente più diffuso, di cui all'art. 809.

Sì che, lasciandosi definitivamente alle spalle quei pretesi caratteri che avrebbero dovuto assistere la donazione nel codice del 1865 – *attualità* dello spoglio e *irrevocabilità* del vincolo negoziale⁴⁰ –, successivamente il dibattito si è attestato sull'indi-

³⁴ Per tutti CARNEVALI, *Liberalità*, cit., p. 215 s.; in senso critico AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 15 s.

³⁵ TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 13.

³⁶ BALBI, *Liberalità e donazione*, cit., p. 177; del tutto aderente, TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 12; per BIONDI, *Donazione*, cit., p. 235: «[g]li atti a titolo gratuito sono una categoria più ampia degli atti di donazione ... la donazione è compresa in questa categoria, ma non tutti gli atti gratuiti sono donazioni», potendosi, nondimeno aggiungere, che, al contrario, neppure tutte le donazioni sono atti gratuiti.

³⁷ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 54; e già BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 235.

³⁸ Ma nel senso della coincidenza della donazione con la liberalità CASULLI, *Donazione*, cit., p. 967 il quale aggiunge che «per universale consenso» la donazione «rientra nella categoria dei negozi a titolo gratuito»; lo ribadisce anche CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 14, per la quale sarebbe «frutto di una visione parziale l'affermazione per la quale [...] la donazione non sarebbe "atto di liberalità"». In replica a tale ultima ricostruzione – rispetto alla quale l'A. ha modo di aggiungere che «l'atto di liberalità e spirito di liberalità sono l'uno la realizzazione dell'altro» per cui (richiamandosi a OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 78 s.) «non si può parlare di liberalità compiuta senza spirito di liberalità: la contraddizione non lo consente» – si può osservare che in tale prospettiva resta aperto il problema della donazione modale che rimane, appunto, donazione, integrando, dunque, lo spirito di liberalità, ma non attua una liberalità (salvo a non aderire, come per vero fa l'A., ad una nozione di arricchimento scarsamente convincente, come in seguito si verificherà).

³⁹ CHECCHINI, *Liberalità*, cit., p. 1.

⁴⁰ FRANCO, *La donazione con riserva di disporre: ripensamento dei dogmi e concretezza degli interessi*, cit., p. 609 ss.

viduazione dei caratteri essenziali per la qualificazione di un regolamento di interessi come donazione. Per quanto, nelle più accreditate e moderne analisi, dopo averla approfonditamente e puntualmente investigata, l'esito ultimo sembra non consentire di andare oltre la sensazione dello smarrimento⁴¹ che riconduce a quell'immagine, fortemente evocativa, che il premio nobel Eugenio Montale, con penna magistrale, individuava nell'«osso di seppia», lasciando intuire come, probabilmente, in termini giuridici, essa si mostri recalcitrante ad ogni tentativo definitorio, almeno se ricercato *in positivo*.

3. I principali elementi che si assumono *variamente* essenziali alla donazione sono: a) lo spirito di liberalità (nella formulazione legislativa) o l'intento liberale⁴² o *animus donandi*⁴³ (nella prevalente assunzione dottrinale), questi ultimi non sempre adoperati come sinonimi e talvolta declinati ancora diversamente, ma al primo sostanzialmente raccordandosi; b) l'arricchimento, tra sua comprensione oggettiva e sua significazione soggettiva; c) la configurazione tipologica delle prestazioni⁴⁴.

Assai numerose sono le elaborazioni dottrinali, che talvolta trovano conferme nella giurisprudenza, in riferimento all'elemento cd. soggettivo della donazione, diversamente convenendosi ora sulla sua necessaria presenza oggettiva ed oggettivata⁴⁵, ora sul significato propriamente giuridico che assume nella concettualizzazione positiva della donazione⁴⁶, anche con riguardo all'eliminazione, con la codificazione del '42, di ogni riferimento alla *spontaneità* del 'gesto' donatorio.

Lo spirito di liberalità si compendierebbe nel «mero intento [conosciuto e condiviso dal donatario] di porre spontaneamente in essere, per soddisfare un interesse non patrimoniale del donante, un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo a vantaggio del donatario»⁴⁷: elemento che, in questa prospettiva, oltrepassa il significato di intento di beneficiare o di arricchire l'altra parte ovvero l'assunzione che finisce per identificarlo nel motivo⁴⁸ che induce il donante a disporre (e che, singolar-

⁴¹ Lo si rilevava anche in altra sede: FRANCO, *Prospettive ermeneutiche e razionalità sistematica nella riducibilità delle liberalità non donative*, cit., p. 951 ss.

⁴² OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 76 ss.

⁴³ TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 221 ss. il quale nell'*animus* individua il profilo soggettivo della causa che nell'arricchimento ripone il suo profilo oggettivo.

⁴⁴ Per l'analisi della 'definizione' di donazione: CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 1 ss.; CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, cit., p. 14; V. BARBA, *Commento all'art. 769*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle donazioni (artt. 769-809)*, a cura di Bonilini, Torino, 2014, p. 33 ss.

⁴⁵ Per tutti, CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 291 ss.

⁴⁶ Particolarmente feconda la trattazione di CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 265 ss., 273 ss.

⁴⁷ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 22; aderisce CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 495: «è l'accordo sul compimento di una prestazione senza corrispettivo»; ID., voce *Donazione, I*, *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 2, i quali riprendono la nota proposta ricostruttiva di CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 262 ss.

⁴⁸ F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 135; ma *contra*, PALAZZO, *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 2000, p. 9.

mente, finirebbe per divenire, contraddittoriamente, elemento qualificatorio del contratto donativo), ed assume il significato proprio di «mancanza di vincoli, *anche non giuridici*, a concludere il contratto»⁴⁹ per proporsi quale «elemento costitutivo del contratto di donazione al pari dell'arricchimento»⁵⁰.

Un'«assenza di costrizioni» che si rivela, tuttavia, inidonea a specificare il tratto essenziale della donazione⁵¹. Non solo (e non tanto) perché non meglio identificativa della natura (giuridica o altra) di quella situazione di «assenza» collocata in un momento antecedente al contratto – e che, nelle linee investigative odierne, parrebbe evocare quel concetto di *libertà contrattuale* sempre più filtrata dalla purezza teorica dell'impostazione tradizionale alla vischiosità della più convincente rielaborazione post-moderna – quanto in ragione dell'intrinseca *scarsa vocazione* a costituirne il *quid* qualificante là dove messa a cimento con la situazione che si colloca a monte della conclusione di un qualsiasi altro comune contratto. Spirito di liberalità che, in altre indagini, si è ritenuto di individuare nell'intento di arricchire⁵² o (ma non sempre in termini sinonimici⁵³) in quello di effettuare un'attribuzione patrimoniale gratuita o senza corrispettivo⁵⁴ passando per quelle⁵⁵ che ne compiono una totale svalutazione lasciandolo coincidere con la *mera* 'volontà di donare'⁵⁶, per finire con le

⁴⁹ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 14, solo l'enfasi è aggiunta, in quanto nell'assenza di vincoli, anche non giuridici, l'autore individua il profilo di distinzione della sua ricostruzione rispetto a quella più nota e comune di mancanza di costrizioni, ricostruendo la specificità della propria opinione argomentando argutamente ex art. 770, comma 2. Con essa si distingue, altresì, la donazione dalla liberalità d'uso: quest'ultima, invero, si svolgerebbe in ambiti connotati da una certa vincolatività, sia pure non giuridicamente rilevante; ma significativamente già BIONDI, *Le donazioni*, p. 83. In senso parzialmente critico, CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 23 ss.

⁵⁰ PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 8.

⁵¹ Bene, Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 141 ss.

⁵² VECCHIO, *Le liberalità atipiche*, Torino, 2006, p. 15.

⁵³ Cfr., infatti, D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale. Profili di rilevanza donativa delle obbligazioni di fare gratuite*, Padova, 1996, p. 24, 58 s., il quale sulla distinzione tra i riferimenti indicati nel testo fonda la distinzione tra liberalità e gratuità: la prima connotata dall'intento di arricchire; la seconda dall'intento di porre in essere una attribuzione senza corrispettivo; ma in termini critici e per l'assimilazione delle due locuzioni, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 12 ed ivi nota 37.

⁵⁴ BALBI, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942, p. 70 ss. per come riportato da BIONDI, *Donazione*, cit., p. 236 ed ivi nota 5, sebbene, in verità, l'autore citato tende a ridimensionare ogni rilievo, nella caratterizzazione della donazione, all'*animus donandi*, come, invero, riporta, Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 141 ed ivi nota 426 ove si indicano a sostegno della medesima tesi sia Balbi sia Biondi.

⁵⁵ BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 98 e 101; ID, *Donazione*, cit., p. 236 s.; BALBI, *La donazione*, cit., p. 15 ss.; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 236 ss.; Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 138 ss.

⁵⁶ BALBI, *Liberalità e donazione*, cit., p. 159 s.; BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 101: «l'*animus donandi* non è necessario nella donazione in quanto si identifica con la volontà di donare»; ma in termini critici, prima OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 77 e poi CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 258 ss.

posizioni che ne ripropongono, nell'accezione dell'interesse non patrimoniale del donante⁵⁷, una rimeditata riconsiderazione in termini funzionali⁵⁸.

Si è al cospetto di una tale costellazione di tesi e rielaborazioni che – via via nel tempo⁵⁹ aumentate e tra esse confondendosi⁶⁰, con ricostruzioni e opinioni reciprocamente imputate dagli interpreti ai rispettivi contraddittori⁶¹ – pongono l'interprete di fronte ad un problema la cui soluzione pare assai complessa da rinvenire prima e da sistematizzare poi, là dove non s'incappi in non rilevate incomprensioni. È,

⁵⁷ È la nota ricostruzione di CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 262 ss., spec., p. 283 ss., riproposta, sinteticamente, in ID., *Liberalità*, cit., p. 4, il quale ritiene l'*animus donandi* «[e]lemento insopprimibile nella nozione di liberalità» e che «consiste ... nell'intento consapevole di effettuare una disposizione di carattere patrimoniale a vantaggio di altri (art. 769 c.c.: disposizione di un diritto o assunzione di un obbligo) per soddisfare un interesse non patrimoniale del *tradens*».

⁵⁸ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 10 ss., 47 ss., 54 ss.; CHECCHINI, *Liberalità*, cit., p. 5; aderiscono AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 16; V. BARBA, *Commento all'art. 769*, cit., p. 68 ss.; ma, in termini critici, per ora, salvo successivi riferimenti, D'ETTORE, *Gratuità liberalità e scambio*, in *Le successioni e le donazioni*, I, in *Successioni, donazioni, beni*, II, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno e coordinato da Zoppini, Milano, 2009, p. 497 ss., il quale si richiama a MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità, solidarietà. Contributo allo studio delle prestazioni non onerose*, Milano, 1998, p. 68 ss.

⁵⁹ A partire, per non andare troppo indietro nel tempo, dalle polemiche tra Ascoli e Savigny (vertente sulla necessità o meno, per la configurazione della donazione, della produzione dell'*arricchimento*) e tra il primo e Venezian (riguardante la necessità, per la qualificazione di un contratto in termini di donazione, della verifica dell'*animus donandi*): per entrambe, cfr., ASCOLI, *Tratt. delle donazioni*, cit., p. 135 ss. per il dibattito con VON SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, trad. it., di Scialoja, IV, Torino, 1886-1898. §§ 145 ss., 152 e p. 146 ss. per la polemica con VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, Napoli, 1895, p. 471, nota 1.

⁶⁰ Cfr., ad es., AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 12 ed ivi nota 12 che riporta BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 236 come dottrina a sostegno della svalutazione dell'elemento dell'*animus donandi* e Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 141 ed ivi nota 427 che lo indica, al contrario, tra i sostenitori di una rivalutazione dello spirito di liberalità (indicando, del riferito autore, il medesimo contributo, p. 244 ss.; in questo medesimo ultimo senso riporta l'opinione di Bessone, altresì, CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 259 ed ivi nota 19). Come, altresì, se non ci s'inganna, parrebbe accadere a G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 71 ed ivi nota 183 nel riportare l'opinione di D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, cit., p. 107 ss., là dove avvicina (almeno in parte) la sottesa ispirazione del riferito autore all'impostazione di CHECCHINI, *Liberalità*, cit., p. 4 s., mentre il medesimo D'ETTORE in *Gratuità, liberalità e scambio*, cit., p. 497 ss., prende decisamente le distanze dall'opinione di quest'ultimo. Ovvero, infine, come parrebbe accadere a quest'ultimo (D'ETTORE, *Liberalità e scambio. La donazione mista*, in *Tratt. della donazione*, diretto da Bonilini, Torino, 2001, p. 149 ss., spec., 196 ss.) là dove imputa al suo (prescelto) interlocutore (Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 148, 187-189, 189-190) una ricostruzione esasperatamente oggettiva che, per vero, quest'ultimo autore, se non ci s'inganna, non pare proporre (né pare abbia proposto) nella sua opera (come peraltro lo stesso D'ETTORE pare riconoscere, p. 199).

⁶¹ Cfr., con consueta lucidità, G.B. FERRI, *La volontà privata e la teoria del negozio giuridico* (già in *Dir. giur.*, 1997), ora entrambi in ID., *Il potere e la parola e altro scritti di diritto civile*, Padova, 2008, p. 339 ss. ove si rileva che «le ricostruzioni degli orientamenti della *Willenstheorie*, proposte dalla *Eklärungsstheorie*, se, a prima vista, possono anche risultare appaganti, ad una più pacata riflessione, appaiono, al di là della bizantina eleganza che a volte le caratterizza, tendenzialmente pretestuose e quasi sempre infondate» (p. 342).

invero, capitato di registrare che allorché si sia sostenuto che «l'*animus donandi* o spirito di liberalità [...] si identifica con la [mera] volontà di donare [senza in nulla specificarne la qualificazione, e divenendo quindi] un duplicato, una superfetazione di questa»⁶² al punto da giudicare «non [...] sostenibile che un elemento soggettivo, quale è indubbiamente lo spirito di liberalità, possa identificarsi con un elemento oggettivo quale è la causa»⁶³ si sia poi anche affermato che «la causa della donazione si identifica con gli stessi elementi costitutivi di essa, che sono appunto l'arricchimento e l'*animus donandi*»⁶⁴; ed è pure capitato, più recentemente, di constatare che l'affermazione in margine alla sufficienza del «riferimento allo spirito di liberalità»⁶⁵ a compendiare la causa della donazione senza il «necessario [ulteriore] riferimento all'arricchimento», fosse stata, qualche pagina prima, preceduta da un'altra affermazione nella quale si sosteneva che «la causa della donazione [non avrebbe potuto esaurirsi soltanto] nello spirito di liberalità. Il quale ne rappresenta un profilo determinante, ma non esclusivo, perché il concetto di causa [è] tendenzialmente più ampio e ricomprendente anche il profilo dell'arricchimento», sì da rimanere vittima di quello stesso «ondivagare concettuale dello spirito di liberalità» che pure s'era puntualmente stigmatizzato.

Orbene, già l'evidenziata «discordanza interpretativa sul ruolo svolto dall'*animus donandi* [avrebbe dovuto] indurre ad una maggiore cautela nell'ammettere la sicura rilevanza di tale nozione»⁶⁶. Si sarebbe dovuto rilevare – nel sublimare il dibattito tra volontaristi e dichiarativisti⁶⁷ – che quell'*oggettivazione* e *condivisione* dello spirito di liberalità, dell'intento liberale, dell'intenzione di arricchire, dell'interesse non patrimoniale del donante, di recente con forza rivendicate, in scia al *processo di oggettiva-*

⁶² BIONDI, *Donazione*, cit., p. 236 s.; in senso critico, OPPO, *In tema di liberalità e di donazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 482 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 367 s.; CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 258 s., il quale rileva come «altro è volere gli effetti del negozio altro è la ragione per cui l'effetto o il risultato è voluto»; ma già così OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 77 ed ivi nota 1.

⁶³ BIONDI, *Donazione*, cit., p. 236, il quale poi aggiunge che «lo spirito di liberalità non può coincidere con la causa, giacché mentre lo spirito di liberalità è elemento riferibile solo al donante, la causa, come requisito del contratto, è elemento obbiettivo, comune ai contraenti; le parti d'accordo intendono raggiungere quel determinato intento».

⁶⁴ BIONDI, *Donazione*, cit., p. 245.

⁶⁵ V. BARBA, *Commento all'art. 769*, cit., p. 84, anche per i successivi tre virgolettati (pp. 84, 77, 75).

⁶⁶ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 140. Di contro, per AMADIO, *Onerosità, gratuità corrispettività: il ruolo degli elementi accidentali*, in *Il Contratto*, a cura di A. Federico e G. Perlingieri, Napoli, 2019, p. 413 si sarebbe giunti ad «un approdo definitivo» in margine all'individuazione dell'essenza dello spirito di liberalità, lasciandolo «coincide[re] con l'interesse non patrimoniale del donante» (corsivo originale).

⁶⁷ Cfr., G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 48 s. Se ne era già ricordata la significatività – sia pure nell'ambito di una diversa indagine che, nelle trame dell'*animus* (li *novandi*, qui *donandi*), rinviene significativi punti di coincidenza con le presenti riflessioni – in FRANCO, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della causa della donazione*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 384 ss., spec., p. 390 ed ivi nota 28.

zione del contratto⁶⁸, non erano state, in verità, mai contestate, né rinnegate neanche da quelle opinioni⁶⁹ che pure nell'*animus donandi* avevano creduto di poter individuare se non l'elemento esclusivo di caratterizzazione funzionale della donazione⁷⁰, almeno il suo profilo soggettivo (da coniugarsi con quello oggettivo dell'arricchimento⁷¹). Anch'esse, invero – *ça va sans dire* –, si premuravano di precisare che l'*animus* non doveva rimanere ristretto nell'intima volontà del donante, ma avrebbe dovuto essere «un animo giustificato da un *quid facti* che ne costituisce il fondamento obiettivo»⁷²; che «il consenso dei contraenti [doveva essere] diretto ad uno scopo di pura beneficenza»⁷³; ovvero che «l'intenzione di aumentare il patrimonio del ricevente [deve essere da questo] accettata come fatta con questa intenzione»⁷⁴. Lo spirito di

⁶⁸ Sul punto P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 219 ss. e, in termini critici, la magistrale pagina di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 200 ss. ed ivi, a p. 206 le note 218 e 234.

Insistono, invece, in senso favorevole, sul processo di oggettivazione dello scambio, R. LANZILLO-AN. RICCIO, *Rescissione del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, continuato da Galgano, Bologna-Roma, 2005, p. 201 ss., da un lato rilevando che il «dogma dell'intangibilità del contratto è fortemente in crisi» e, dall'altro, affermando che il principio di piena rilevanza dello squilibrio fra le prestazioni contrattuali è ormai decisamente acquisito al nostro ordinamento.

⁶⁹ Che pure dalla formulazione della *Relazione a S.M. il Re Imperatore* del Ministro Guardasigilli (D. Grandi), in *Il Codice civile. Libro delle successioni e donazioni*, I ed., Roma, 1939, p. 90, n. 144 (relazione che accompagna il progetto attuale del codice civile) nella si pone in rilievo «l'elemento soggettivo dello spirito di liberalità, e cioè la coscienza di conferire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi costretti (*animus donandi*) ...».

⁷⁰ Così A. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1942, p. 16 ss.; CASULLI, *Donazione*, cit., p. 970 ss., spec., 972 s.: «L'*animus donandi* ... è requisito essenziale della donazione sia diretta che indiretta», anche se poco prima non si era mancato di affermare che, nondimeno, nella donazione contrattuale tale elemento «è talmente connaturato col contratto ... che [non si ha] nessun bisogno di dare volta per volta la dimostrazione concreta della sua presenza»; più di recente CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 494 s., scrive che «lo spirito di liberalità rappresenta lo scopo tipico e costante che muove il donante, a prescindere dai contingenti e particolari motivi che possono di volta in volta occasionare la donazione, rappresenta cioè lo scopo-mezzo: quello di effettuare un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo e – occorre aggiungere – *nullo iure cogente*, cioè senza esservi giuridicamente costretti... è l'intento comune di porre in essere un regolamento di interessi che comporti un'attribuzione senza corrispettivo a favore del donatario, è l'accordo sul compimento di una prestazione senza corrispettivo».

⁷¹ ASCOLI, *Tratt. delle donazioni*, cit., p. 78 ss.; al quale si rimanda (p. 146 ss.) anche per la polemica con VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., p. 471, nota 1; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 221 s.

⁷² ASCOLI, *Tratt. delle donazioni*, cit., p. 79; non sembra accorgersene, AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 18 là dove si afferma che la ricostruzione (ri)proposta dell'interesse non patrimoniale del donante *obiettivo* e *obiettivato* in ciò riesca a rinvenire il suo *proprium* nonché il suo *discremen* dalle precedenti impostazioni che (a suo dire) avrebbero fatto dell'*animus donandi* o dello spirito di liberalità soltanto «uno stato interiore» dell'animo del donante, «finendo così per dissolverlo nel profilo volitivo dell'atto o, al più, a confinarlo nella sfera dei motivi: negandone, cioè, nell'un caso l'autonomia, nell'altro il rilievo». In condivisibile replica, G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 101 s. ed ivi nota 279.

⁷³ ASCOLI, *Tratt. delle donazioni*, cit., p. 153.

⁷⁴ WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. it., a cura di Fadda e Bensa), II, 2, Torino, 1904, p. 7 s.

liberalità, allora, proprio in quanto manifestazione della causa negoziale, non avrebbe potuto rimanere oscurato nella secca della regione dei motivi per essere, invece, «coscientemente e liberamente voluto dal donante e condiviso dal donatario»⁷⁵.

E ciò in un'area d'investigazione in cui la possibile (se non necessaria) rivalutazione dei motivi che trascorrono (dal piano della *tendenziale* irrilevanza) a quello (*essenziale*) della causa (fino alla *qualificazione* del contratto) ha contribuito ad *inquinare* dogmaticamente l'individuazione di questa, prefigurando una (sia pure non auspicata⁷⁶) sovrapposizione tra causa e motivi⁷⁷ – non più separati da una plastica, quanto astratta, distinzione, ma riavvicinati da una pervasiva (e ormai comunemente accettata) prospettiva metodologica che pone a fondamento della prima la concretezza degli interessi⁷⁸ –. Per l'effetto, anche l'annunciato compiersi della «parabola teorica dedicata all'intento liberale, che dalla figura dell'*animus donandi* (come atteggiamento della volontà), attraverso lo spirito di liberalità (pensato come motivo dell'atto) conduce infine all'interesse a donare»⁷⁹ (inteso quale causa della liberalità in genere) avrebbe finito per rilevarsi più suggestivamente rappresentato che non anche effettivamente verificato. Se è vero che, alla stregua di quanto ora riferito, l'evocata evoluzione oggettivante dell'*animus donandi* non avrebbe neppure mai dovuto svolgersi se si fosse proficuamente acquisito che, per un verso, del preteso esito (oggettivante) era già evidentemente intriso il punto di partenza di ogni più antico studio in margine alla concettualizzazione dello spirito di liberalità (giammai lasciato nell'intimo della coscienza, bensì sempre assorto a comune riferimento dei contraenti) e, per l'altro, che l'interesse del donante non avrebbe mai potuto giungere fino a *tradire* la sua stessa origine soggettiva, convertendosi mercé un surrettizio quanto innaturale processo di oggettivazione contrattuale.

4. In altri termini, giammai è risultato che alcuno tra i richiamati autori, che pure nell'*animus donandi* hanno ritenuto di individuare la causa o l'elemento selettivo

⁷⁵ CASULLI, *Donazione*, cit., p. 971.

⁷⁶ JEMOLO, *Lo "spirito di liberalità"*, cit., p. 975 s.: «nella definizione del nostro codice che vuole che il contratto di donazione sia concluso per spirito di liberalità del donante, la confusione tra causa e motivo appare più insidiosa che mai», auspicando di «usare il termine "spirito" in un significato diverso da quello in cui costantemente lo adoperiamo, per ammettere che esso possa equivalere a scopo tipico e costante di un negozio».

⁷⁷ Per un'approfondita analisi, ALPA, *Atto di liberalità e motivi dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 354 ss.; magistralmente, G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 69 ss.; spunti anche in CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, cit., p. 23 s.

⁷⁸ Per tutti, G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 124: «ogni regola negoziale è espressione oggettivata di specifiche finalità soggettive. La regola negoziale non vale, dunque, soltanto in funzione della sua oggettività, ma anche per quelle finalità soggettive di cui essa è portatrice e che in essa debbono oggettivarsi [finendo per svolgere un] ruolo di raccordo e di amalgama [...] la causa rappresenta il momento d'insieme dell'intera regolamentazione negoziale; il momento attraverso cui la regolamentazione negoziale palesa nella sua interezza (o, se si vuole, nel suo significato concreto e nella sua reale portata) l'assetto di interessi in essa diviso».

⁷⁹ AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 16; V. BARBA, *Commento all'art. 769*, cit., p. 69, 72, 75.

della specificità tipologica, abbiano mai pensato di sostenere che lo spirito di liberalità fosse (o fosse destinato a rimanere) un mero moto interiore dell'animo del donante, non rivelato, non dichiarato contrattualmente, non oggettivato nel suo contenuto, né, ancora, che esso non avrebbe dovuto essere condiviso (in quanto reso oggetto di dichiarazione) dal donatario nel regolamento negoziale⁸⁰. Orbene, è la stessa logica della contrattualità (almeno *a monte* ed a livello definitorio, e salvo verifiche *a valle* della possibile non coincidenza concreta tra interessi che hanno condotto alla contrattazione ed interessi recepiti e modulati nella medesima⁸¹) che impone una coesistente convergenza di interessi delle due parti (l'accordo, giustappunto) sul *senso* (giuridico-economico) del regolamento negoziale, sì che ribadirlo specificamente (soltanto ed in toni qualificatori) per la donazione (con una postulata e rigenerante *vocazione selettiva*) non pare davvero lasciar conseguire alcuna significativa conquista, né tampoco consentire all'interesse non patrimoniale del donante, all'intento di arricchire il beneficiario o all'intento liberale di «trascende[re, nel processo oggettivante,] la sfera dei motivi individuali per caratterizzare la causa concreta dell'operazione negoziale»⁸².

Invero, che una volontà (: intento o spirito di liberalità, che dir si voglia) «non possa rivelare giuridicamente (ma anche socialmente) se non assume una qualche forma, appunto socialmente percepibile [...], nessuno l'ha mai negato. E nessuno [...] ha mai sostenuto che si possono creare regole con una volontà occulta e tanto meno con il solo pensiero»⁸³, confermandosi, da altra posizione, che «il consociato

⁸⁰ Sul punto, in termini definitivi, G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 71.

⁸¹ E che, con nomenclatura rigorosa, si potrebbe esprimere con la formula della 'convenienza degli effetti al fatto' e che, in termini assai meno incisivi, è stata indicata come distinzione tra intento/effetto empirico ed intento/effetto giuridico.

⁸² Così, invece, ritiene AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 16 che insiste sull'oggettivazione nell'accordo del divisato interesse non patrimoniale del donante. Ma, nel senso del testo, Gu. BISCONTINI, *Onerosità, correttezza e qualificazione dei contratti*, cit., p. 189-190; G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 69 ss.

⁸³ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 49, 34 ed ivi nota 54, richiamandosi a quanto già magistralmente rilevato da BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1960, p. 57, 141 ss.; ma in termini vigorosamente critici verso un'accezione in termini psicologistici dello spirito di liberalità, altrettanto autorevolmente, JEMOLO, *Lo «spirito di liberalità»*, cit., p. 973 ss. In proposito, per i termini generali della questione, restano classiche le pagine di SCHLESINGER, voce *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, p. 371 ss.; A. FALZEA, voce *Manifestazione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 442 ss.; V. SCALISI, voce *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano 1975, p. 476 ss.; cfr., altresì, CASTIGLIA, voce *Dichiarazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 2; ID., voce *Manifestazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXII, p. 3 s.; e, ancora, con una distanza non così incolmabile, le opinioni di V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 283 ss.; GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 778 ss., spec., 792 s.

non può creare regole con il pensiero»⁸⁴ perché ciò non emarginerebbe altro che «una sciocchezza bella e buona». Si potrà allora acquisire che quelle più recenti precisazioni⁸⁵ – che rivalutano l'intuizione originaria sottesa alla (ormai diffusa) formula della soddisfazione dell'interesse non patrimoniale del donante⁸⁶ quale insostituibile elemento di selezione funzionale della donazione e/o delle liberalità, basculante, nell'originaria intuizione, tra l'oggetto⁸⁷ e la causa del contratto⁸⁸ – non siano riuscite ad esprimere una significativa ed apprezzabile novità qualificatoria (in termini ricostruttivi e sistematici) che pure si era creduto di aver conseguito, individuando nell'oggettività, nella *condivisione* e nella *comune programmazione* il profilato e fondamentale tratto di distinzione e, dunque, di autonoma rilevanza *funzionale* di quell'elemento che (per come da esse inteso) si sarebbe diversamente rivelato un mero ed interno *animus donandi*, un'intima intenzione del donante, un moto psicologico destinato a divenire mero motivo, una volontà «relegata nelle segrete ragioni dell'animo del disponente»⁸⁹, priva di rilevanza giuridica.

⁸⁴ SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, Torino, I, 1987, p. 518, anche per il successivo virgolettato.

⁸⁵ CHECCHINI, *Liberalità*, cit., p. 4 s.; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 19; AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 16; da ultimo si richiama al processo di «oggettivazione del concetto» di spirito di liberalità, V. BARBA, *Commento all'art. 769*, cit., p. 69, 77, 84 s.

⁸⁶ CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 262 ss.; MANZINI, «*Spirito di liberalità*» e controllo sull'esistenza della «causa donandi», cit., p. 419 ss.; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 19; GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale, ai limiti della donazione*, Milano, 2002, p. 149 s. Ma in termini critici, Gu. BISCONTINI, *Onerosità, correttezza e qualificazione dei contratti*, cit., p. 146 ss.; G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 99 ss.; D'ETTORE in *Gratuità, liberalità e scambio*, cit., p. 497 ss.; ID., *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, cit., p. 64 ss.

⁸⁷ Così, inizialmente CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 300 ove si nega che «lo spirito di liberalità costituisca la causa della donazione» sebbene qualche riga precedente si fosse sostenuto che «l'interesse che giustifica [...] la sanzione giuridica del negozio e caratterizza lo schema causale è di natura "non patrimoniale"» e che «lo spirito di liberalità [serve] ad illuminare la causa della donazione», sostenendosi, altresì, che l'interesse non patrimoniale del donante è «un elemento che integra e caratterizza l'oggetto del contratto» (che, tuttavia, la dottrina in esame, a differenza dell'orientamento prevalente, individua come «interesse di cui si cerca il soddisfacimento nel contratto stesso»); successivamente, dopo una prima conferma in ID., *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, p. 215-216, il medesimo autore pare convergere sulla causa della liberalità in ID., *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 229 ss., spec., 246 ss., sebbene a qualificare un contratto come donazione si indichi non soltanto lo spirito di liberalità e, dunque, l'interesse non patrimoniale del donante, bensì anche la tipizzazione delle prestazioni che attengono alla struttura del regolamento di interessi predisposto dalle parti; ID., *Liberalità*, cit., p. 5; sul quale la critica di Gu. BISCONTINI, *Onerosità, correttezza e qualificazione dei contratti*, cit., p. 150 s.; ID., *Introduzione*, in *Le liberalità alle soglie del terzo millennio*, cit., p. 6 e di G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 99 ss.

⁸⁸ Pone l'interesse liberale a fondamento causale dell'intera ampia categoria delle liberalità, OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 76 ss.; CASULLI, *Donazione*, cit., p. 990 s.; individuano nell'interesse non patrimoniale del disponente la causa delle liberalità (donative e non donative), AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 16 ss.; MANZINI, «*Spirito di liberalità*» e controllo sull'esistenza della «causa donandi», cit., 419 ss.

⁸⁹ V. BARBA, *Commento all'art. 769*, cit., p. 77.

Senonché, recuperandosi strutturalmente (e *positivamente*, senza più incertezze) la donazione alla contrattualità, riesce difficile comprendere fino in fondo⁹⁰ il senso racchiuso nella locuzione «accordo sulla liberalità»⁹¹ ovvero nei diversi richiami alla *comunanza* dell'intento, alla *condivisione* del medesimo, alla prospettazione e ad un accordo su di esso, alla necessità della sua *oggettività* e *oggettivizzazione* nel regolamento di interessi. Se, invero, si volesse significare la necessità di una *consapevolezza*⁹² (espressa e manifestata) dell'interesse *liberale* del donante da parte del donatario, di un'esplicita manifestazione dell'accordo contrattuale idoneo a recepire la donazione, o, ancora, di un'inequivoca volontà dei contraenti, quelle formule si rivelerebbero doppiamente inconferenti. Per un verso, il *sensu* con esse veicolato avrebbe dovuto assumersi per già intrinsecamente espresso con l'accordo che si compie sul regolamento (*melius*: su *ogni* regolamento) di interessi sottostante al contratto (e, dunque, anche nella donazione): già logicamente (oltre che etimologicamente) *l'accordo o è consapevole* (perché, appunto, espressione di concordia di interessi; di intesa sui medesimi) *o non è* (salva la disciplina prevista per le ipotesi della mancanza o dei vizi della volontà⁹³ nel caso si registrasse un qualsiasi elemento perturbatore nel processo di formazione di quella consapevolezza⁹⁴). Per l'altro, le medesime, avrebbero implicitamente condotto ad ipotizzare che per la donazione sarebbe richiesto un *quid pluris* per il perfezionamento dell'accordo, consistente, giustappunto, nella comunanza di consensi in margine allo svolgimento (all'attuazione, all'intento) di (porre in essere) una liberalità. Dovendosi, nondimeno, rilevare, nel lasciar conseguire ciò che deve conseguire, che, allora, anche in un contratto di compravendita, oltre al reciproco e concordante (art. 1321 c.c.) consenso contrattuale *tout court* (che *sulla* operazione economico-giuridica della compravendita per l'appunto si forma), si dovrebbe richiedere un (singolare ed ulteriore, quanto distinto) «accordo sulla compravendita» (che farebbe il paio con l'«accordo sulla liberalità»), «cioè

⁹⁰ Criticamente – con vigore – Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 147-148, 188-190; cfr., altresì, GATT., *Onerosità e liberalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 655 ss., spec., cit., p. 664, 666 ss. ove, sebbene con riferimento alle figure di liberalità diverse dalla donazione, si evidenzia come l'analisi si debba incentrare «sull'ambito *effettuale* dei contratti non donativi e tradu[rsi] in valutazione di elementi oggettivamente rilevabili» (corsivo già presente). Ma la critica risale già a BALBI, *Liberalità e donazione*, cit., p. 163 s., che, a sua volta, replicava a OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 49 s., 76 ss., il quale censurava il contributo precedente del medesimo G. BALBI, *Saggio sulla donazione*, cit. 69, 75 ss., 136 s.

⁹¹ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 28.

⁹² Lo ribadisce, da ultimo, Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068, cit.

⁹³ Ovvero di altri elementi di perturbazione patologica della formazione del consenso della parte debole del rapporto contrattuale che, nelle trame delle più moderne innovazioni legislative e di una più assiologicamente orientata lettura della Costituzione, possono consentire alla medesima di procedere all'impugnazione del contratto stesso con un più vantaggioso esercizio dello *ius eligendi* del rimedio che, anche mediante la cumulabilità tra essi, potrà produrre il risultato più efficiente ed effettivo per la tutela degli interessi meritevoli.

⁹⁴ D'altra parte, la «disciplina dell'errore e del dolo [...] costituisce l'indice normativo di rilevanza sul piano negoziale del momento soggettivo della consapevolezza»: V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, cit., p. 500-501.

sul significato dell'atto che si compie»⁹⁵. Con un esito che, già *ictu oculi*, si rivela a tal punto improbabile che parrebbe destinato ad implodere su se stesso, senza la necessità di persistere nella critica⁹⁶. Con il che il dibattito, assai intenso, sorto con riferimento alla donazione parrebbe finanche segnare un sensibile arretramento rispetto alle (se non un più ampio ridimensionamento delle) importanti conquiste euristiche conseguite in margine alla manifestazione *negoziale* in senso stretto (adeguatamente distinta dalla limitrofa, ma diversa, figura del comportamento legalmente tipizzato⁹⁷), là dove – in esito ad incerti risultati in margine al problema del cd. comportamento concludente – si era definitivamente acquisito⁹⁸ che l'elemento soggettivo della *consapevolezza* costituisca il *proprium* di ogni espressività negoziale (e, dunque, anche di quella comportamentale non dichiarativa) necessaria (sia pure non esclusivamente) alla stessa valutazione della concludenza.

5. Si sarebbe costretti – a rimanere in questa prospettiva – a dover ipotizzare una possibile manifestazione di consenso *dimidiata* per effetto di una parziale consapevolezza dei contraenti (e più specificamente del donatario) in margine alla «gratuità oggettiva dell'attribuzione oggetto dell'accordo delle parti»⁹⁹. In altri termini, raggiunto l'accordo sull'intero regolamento di interessi (quello, per così dire *generale*, a fondamento di ogni vicenda contrattuale), sarebbe legittimo poter ipotizzare che le parti non avessero pure raggiunto un'*intesa sulla liberalità* ovvero che non fossero

⁹⁵ Così, CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 28.

⁹⁶ Con ciò si crede di poter replicare anche alla serrata critica che – specificamente sul punto, sia pure nella limitrofa indagine della donazione mista – D'ETTORE, *Liberalità e scambio. La donazione mista*, cit., p. 196 ss.; ID., *Liberalità, principio di gratuità ed esecuzione della promessa gratuita ed informale*, cit., p. 44 s., ritiene di poter muovere alla ricostruzione di GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 148-149, 188-190, nel ribadire la insufficienza dell'analisi del solo profilo oggettivo della donazione – esaurentesi nella rilevazione della minima unità effettuale della “non-corrispettività” – per doversi essa necessariamente rimettere alla verifica concreta degli interessi delle parti che emergono nella più complessa operazione giuridico-economica posta in essere e, specificamente, all'accertamento di un accordo tra esse sulla gratuità dell'attribuzione patrimoniale provocata con il contratto. Il dibattito è richiamato, evidentemente, per quanto qui interessa, e cioè per l'aver ribadito la necessità di un accordo sulla gratuità dell'attribuzione quale requisito indispensabile per la configurabilità della donazione (o, per ciò che rileva, per la donazione mista): nel testo, tuttavia, di crede di aver sufficientemente argomentato.

⁹⁷ Con il che si assestano altresì le critiche alla configurabilità di un negozio di attuazione ovvero alla formula (intrinsecamente contraddittoria) del «comportamento concludente tipizzato»: V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, cit., p. 519 ss.

⁹⁸ V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, cit., p. 498 ss., 512 ss. In giurisprudenza, Cass., 23 maggio 2016, n. 10614: «[L]a compravendita di un bene ad un prezzo inferiore a quello effettivo non realizza, di per sé, un “*negotium mixtum cum donatione*”, occorrendo non solo una sproporzione tra le prestazioni di entità significativa, ma anche la consapevolezza, da parte dell'alienante, dell'insufficienza del corrispettivo ricevuto rispetto al valore del bene ceduto, sì da porre in essere un trasferimento volutamente funzionale all'arricchimento della controparte acquirente della differenza tra il valore reale del bene e la minore entità del corrispettivo ricevuto».

⁹⁹ D'ETTORE, *Liberalità e scambio. La donazione mista*, cit., p. 202, il quale, come già indicato, si esprime in senso contrario a quanto si sta sostenendo nel testo.

consapevoli in merito alla configurazione giuridico-economica di quest'ultima, con il che, *a contrario*, se ne confermerebbe la necessità ai fini della realizzazione della donazione (e degli atti diversi da questa: art. 809).

Giammai – a quanto consta – alcuno ha sostenuto ciò o è pervenuto a tali esiti, immaginando la configurabilità di un contratto di donazione qualificabile in virtù della mera verifica oggettiva della non-corrispettività con la contemporanea rilevazione dell'assenza (o, comunque, della non rilevanza) della consapevolezza della parti in margine alla gratuità/liberalità dell'attribuzione. Gli è che, in ultima analisi, l'«accordo sulla liberalità» (o le evocate formule sull'oggettivizzazione dell'intento liberale e/o dell'interesse non patrimoniale del donante) non riesce in nulla a distinguersi dal normale accordo¹⁰⁰ (*melius*: da *ogni* accordo) richiesto per la conclusione del contratto, con la conseguenza che l'evidenziarne la necessità non consente di conseguire alcun ulteriore risultato rispetto a quello che si raggiungerebbe nel ribadire che la donazione è un contratto e, in quanto tale, richiede l'accettazione (evidentemente consapevole¹⁰¹, *ça va sans dire*) del donatario (sulla liberalità che colora funzionalmente ed essenzialmente il regolamento di interessi, per l'appunto diretto a realizzare una ... liberalità).

Si tratta, allora, di distinguere ciò che in altre prospettive parrebbe essere rimasto sullo sfondo, schiudendo a risultati ellittici ed offuscati. Altro è la concorde volontà, il consapevole e condiviso accordo diretto a porre in essere un regolamento di interessi avente quale scopo concreto la liberalità (*id est*: la non corrispettività, di là dall'arricchimento¹⁰²) ovvero un effetto economico vantaggioso in virtù di un'attribuzione *volutamente*¹⁰³ sproporzionata (con l'adozione di uno schema contrattuale funzionalmente diverso: è il fenomeno della donazione mista), nella percezione della reciproca consapevolezza dell'essenza giuridico-economica di un «regolamento di interessi liberamente adottato»¹⁰⁴; altro la richiesta di un ulteriore, diverso e distinto elemento oggettivamente (ed esplicitamente) rilevabile, individuato nell'«accordo sulla liberalità» (che si aggiungerebbe, quale elemento ulteriore e distinto, all'«accordo del contratto») ovvero nella condivisione dell'intento liberale o nella «prospettazione e programmazione» dell'interesse non patrimoniale del donante.

¹⁰⁰ Anche G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 171-72 ed ivi note 185 e 186.

¹⁰¹ D'altra parte, se non ci fosse la consapevolezza ci troveremmo di fronte all'alternativa della mancanza dell'accordo *tout court* (e, dunque, del contratto) ovvero di un accordo il cui consenso risulterebbe viziato. E proprio nella consapevolezza dell'effetto di arricchimento sembrerebbe ridursi quella specifica richiesta della riconoscibilità dell'intento liberale nelle figure delle liberalità diverse dalla donazione, per D'ETTORE, *Liberalità e scambio. La donazione mista*, cit., p. 226-227, il quale pure dedica numerose pagine per spiegare che nelle donazioni indirette l'elemento formale idoneo a qualificare l'oggettività dell'operazione negoziale (caratterizzata dalla corrispettività) rimane sempre la condivisione dello spirito di liberalità.

¹⁰² Come in seguito si proverà a spiegare.

¹⁰³ Se così non fosse dovrebbe evidentemente indagarsi sulle ragioni a fondamento dell'incidenza di uno o più elementi perturbatori della volontà negoziale di una delle parti.

¹⁰⁴ Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 190.

Qui, invero, nel ribadirsi la necessaria verifica del primo (in mancanza del quale non si darebbe neppure l'accordo e, dunque, il contratto e la donazione), si respinge decisamente la necessità di dover registrare (anche) il secondo, nella sua pretesa oggettivazione contrattuale. La non percepita distinzione conduce, come in un *trompe l'œil*, a sovrapporre le immagini (provocate dalla ricezione della realtà e dalla sua corrispondente raffigurazione), surrettiziamente attribuendo a quelle impostazioni che (condivisibilmente) ritengono quest'ultimo non necessario, l'esito (in esse giammai conseguito) di non ritenere necessario neanche il primo, con un'inevitabile (ed improrogabile) svolta verso l'oggettivazione di un regolamento di interessi che (impropriamente) si vorrebbe accreditare come rilevante di per sé, a dispetto della espressa manifestazione di volontà dei contraenti¹⁰⁵.

D'altra parte, l'interesse o l'intento di natura non patrimoniale del donante, al quale corrisponderebbe (almeno normalmente) un interesse patrimoniale del donatario, anche là dove conosciuto, condiviso e oggettivato rimarrebbe pur sempre un'entità che non riuscirebbe a separarsi definitivamente dall'intrinseca natura soggettiva che *essenzialmente* lo connota¹⁰⁶ – e che giustappunto non potrà mai divenire *comune* ai contraenti –, sì da rendere scarsamente convincente quella sua candidatura a porsi quale causa o elemento selettivo del contratto, con il necessario ricorso al corrispondente moto oggettivizzante¹⁰⁷.

Sì che – nel condividere la «premess[a] che l'assenza di un interesse patrimoniale del donante è convincimento aprioristicamente affermato, ma non sempre dimostrabile nei fatti, perché l'interesse del donante alla donazione ben può essere, in concreto, patrimoniale»¹⁰⁸ – si è osservato, per un verso, che «[s]e per ogni contratto

¹⁰⁵ Cfr., nel senso del testo, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 79, il quale così scriveva con riferimento alla limitrofa questione (e per quanto qui interessa) posta dalla relazione *animus novandi* e causa *novandi*: «[d]ire che in mancanza dell'*animus novandi* si può anche avere estinzione e costituzione senza che si abbia, però, novazione – [...] significa soltanto riconoscere che la novazione è ravvisabile esclusivamente là dove v'è funzione novativa. Occorre dunque tenere distinto l'aspetto soggettivo da quello funzionale; è quest'ultimo l'unico criterio discreto e qualificante il fenomeno novativo. Tant'è che la novazione tacita è appunto una novazione che si caratterizza per un *aliquid novi* in funzione novativa. Là dove vi fosse soltanto una situazione d'incompatibilità tra vecchio e nuovo rapporto (rapporto con *aliquid novi*) non è detto che il vecchio rapporto si debba necessariamente estinguere [...]. Non basterà la stipulazione pura e semplice di una nuova obbligazione, con oggetto o titolo diversi, ma occorrerà la presenza (non equivoca) di una positiva volontà di novare; altrimenti si potrebbe avere un'obbligazione alternativa o congiuntiva e comunque un cumulo di rapporti obbligatori. Questo, tuttavia, non significa che in tali ipotesi l'*animus novandi* assurga ad autonomo elemento della novazione; la novazione si distinguerà sempre e soltanto per la sua funzione estintivo-costitutiva; in fatto per realizzarla v'è bisogno della volontà di novare che non si presume».

¹⁰⁶ Con vigore G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 99 ss.

¹⁰⁷ Per un'oggettivazione dello spirito di liberalità che si accredita verso la rinnovata funzione di causa del contratto di donazione, cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità, solidarietà*, cit., p. 64 ss.

¹⁰⁸ Così, autorevolmente, G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 100; ma già JEMOLO, *Lo «spirito di liberalità»*, cit., p. 980; cfr., altresì, Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 140-141; Id., *Introduzione*, cit., p. 6.

la legge non richiede altro che la volontà di conseguire quello scopo empirico inerente ad ogni tipo di contratto, e nelle singole definizioni non include alcun *animus* o spirito particolarmente qualificato, non si spiega per quale esigenza si debba richiedere una particolare qualifica per il contratto di donazione¹⁰⁹; là dove, per l'altro, in replica alla necessaria oggettivazione dell'intento, si è ribadito che «[s]e lo spirito di liberalità non è tale se non traspare dal regolamento, ne consegue che è il regolamento di interessi a distinguere le liberalità dagli atti che tali non sono»¹¹⁰, trattandosi allora di verificare «se [di queste si] siano prodotti gli effetti tipici perché la mancanza di essi, pur in presenza o in assenza di un espresso spirito di liberalità, risulta decisiva ai fini della qualificazione», confermando che lo spirito di liberalità si rivela inutile ai fini della divisata qualificazione. Al pari di quanto accreditate ricerche sul funzionamento del meccanismo novatorio avevano consentito di acquisire, svalutando sensibilmente il ruolo, (in ipotesi) qualificatorio, attribuito all'*animus novandi*, ed evitando di identificarlo con la funzione novativa¹¹¹: questa inevitabilmente oggettiva; quello, decisamente soggettivo. Là dove, al contrario, sarebbe stato conveniente «tenere distinto l'aspetto soggettivo da quello funzionale: è quest'ultimo l'unico criterio discreitivo e qualificante del fenomeno [donativo]»¹¹², così prendendo atto che l'*animus novandi* (qui, *donandi*) mai assurgerà ad autonomo elemento della novazione che, al contrario, si individuerà (all'un tempo rimanendone qualificata) sempre e soltanto in ragione della funzione estintivo-costitutiva.

In altri termini, e di rincalzo, identificare lo 'spirito di liberalità' o l' 'interesse non patrimoniale del donante' o l' 'intento di arricchire colorato dallo spirito di liberalità' con la causa della liberalità¹¹³ o con l'essenza della donazione si rivela operazione che, pur diffusamente acquisita, non riesce pienamente a convincere¹¹⁴. Al riguardo, «una prospettiva che intendesse offrire dell'*animus donandi* una accezione più marcatamente oggettiva dovrebbe fare i conti con l'origine inevitabilmente comunque soggettiva di questo *animus* e rischierebbe di finire per imbattersi, ancora una volta,

¹⁰⁹ BIONDI, *Donazione*, cit., p. 237.

¹¹⁰ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 148, anche per il successivo virgolettato, il quale aggiunge: «col considerare lo spirito di liberalità, comunque inteso, aspetto strutturale e caratterizzante la fattispecie, si finisce con l'identificarlo con la funzione stessa degli atti liberali vanificando così, sostanzialmente, l'affermazione di principio. Dire che in mancanza di uno spirito di liberalità, desumibile oggettivamente dalla regolamentazione, non è lecito discorrere di un atto liberale equivale ad affermare che esso è rinvenibile esclusivamente laddove v'è una sì fatta funzione. Il profilo soggettivo va [invece] distinto da quello funzionale: è quest'ultimo l'unico idoneo a fornire inequivoci riferimenti utilizzabili nel procedimento volto alla qualificazione contrattuale»; già, in termini, BIONDI, *Donazione*, cit., p. 236. In termini nettamente contrari, sia pure esprimendosi con riferimento alla donazione mista, M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 365 ss. ed ivi nota 365, il quale nello spirito di liberalità e nella sua espressa enunciazione nel contratto rinviene l'elemento necessario ai fini della validità del regolamento di interessi.

¹¹¹ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 79.

¹¹² P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 79.

¹¹³ Così espressamente AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 16, in scia a CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 283 ss.; D'ETTORE, *Liberalità e scambio. La donazione mista*, cit., p. 171 ss., 196 ss.

¹¹⁴ GIÀ TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 221 ss.

in quell'idea di *consapevolezza* del donante (che costituisce anche il contenuto di quella idea di *coscienza* [...]) in una chiave soggettiva) circa il risultato economico raggiunto con la donazione»¹¹⁵. Con l'effetto ulteriore dell'esporsi alla contraddizione di principio nel consentire la co-incidenza della la causa donativa (in *re ipsa* oggettiva, unitaria ed esprimente una *funzione*, sciolta dalla causa dell'obbligazione¹¹⁶) con l'interesse (soggettivo, e per quanto oggettivato¹¹⁷), del donante¹¹⁸.

¹¹⁵ G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 100 il quale, in conclusione, ribadisce che «anche a voler connotare l'*animus donandi* di elementi più marcatamente oggettivi non si riuscirebbe mai a cancellarne quella dimensione soggettiva che fortemente lo caratterizza».

¹¹⁶ Lo evidenzia con rigore G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 72 ss.

¹¹⁷ Ma – come ben può certificare chi avesse avuto modo di leggere i più svariati rogiti notarili di donazione cd. pura, in raffronto a quelle cc.dd. motivate (donazione remuneratoria, donazione obnuziale, ecc.: per tutti, cfr., PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., p. 21 ss.), al pari delle diverse ipotesi riconducibili alle liberalità indirette – è assai difficile che dai relativi testi contrattuali emerga o possa emergere (se non del tutto implicitamente) l'interesse non patrimoniale del donante che non si esaurisca (nel suo manifestarsi all'esterno in altro che) nelle stesse dichiarazioni negoziali (di donare e di accettare) e, dunque, nello stesso compiersi formale ed oggettivo, consapevole e spontaneo (salvo, evidentemente prova contraria), della medesima donazione o della conclusione del contratto che veicola una liberalità indiretta; all'un tempo, nondimeno, decretando – se con ciò si conviene – l'irrelevanza giuridica di quell'interesse, almeno nell'assurgere a quel ruolo *funzionale* che ad esso vorrebbe imputarsi. L'evocata necessità dell'oggettivazione dell'interesse a donare, dell'intento liberale, dell'interesse non patrimoniale del donante resterebbe, allora, almeno *normalmente* e *tendenzialmente*, tradita, o non manifestata, proprio in quegli atti che la dottrina richiamata individua quali luoghi in cui essa avrebbe dovuto, per l'appunto, oggettivarsi (cfr., infatti, AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 19 che, infatti, richiede una indagine, da parte del notaio, al fine di rivelare l'*expressio causae*: «il notaio sarà dunque chiamato, in primo luogo, a un'attività ricognitiva degli interessi rilevanti, che condurrà ad enunciarne [dell'interesse: nda] in atto il carattere non patrimoniale, identificandone così la funzione concretamente perseguita»; richiede una formale ed esplicita *expressio causae*, M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 364 ss.; ma, in senso contrario, G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015, p. 129 s.), con l'enunciazione in atto del carattere non patrimoniale dell'interesse che *muove* la disposizione, al fine di identificare, per l'atto stesso, «la funzione concretamente perseguita». Sebbene poi (almeno apparentemente) si prosegua ridimensionando tale prefigurata ed esplicita richiesta manifestazione del profilo funzionale, ritenendola integrata da (e, in ogni caso, esaurendola in) ciò che le parti si prospettano e convengono in merito agli «effetti tipici dell'atto [che] si fondano su di esso e mirano a realizzarlo».

Al contrario, non s'è mancato di rilevare (G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 102 ed ivi nota 279) che se «lo *spirito di liberalità* è il movente «obiettativo» nel comportamento del donante «socialmente percepibile» [che deve] trovare una sua percepibile obiettivazione, nelle donazioni remuneratorie, onerose o obnuziali, il dato oggettivo che emerge nelle donazioni pure resta pur sempre l'operazione economica che esse, in concreto, realizzano e che consiste, come si è detto, in un consapevole e spontaneo impoverimento di una parte a favore dell'altra che si arricchisce»; dunque, «il segno caratteristico [della donazione, ma anche gli altri atti gratuiti] non può che individuarsi nella oggettività della operazione economica che tendono a realizzare; e, dunque, in quell'analogia di risultati economici, cui tutte le ipotesi predette pervengono, e che si sostanzia in una regolamentazione di interessi, liberamente realizzata, nella quale, non corrispondendo ad una prestazione una controprestazione, si determina il consapevole e spontaneo impoverimento di una parte a favore dell'altra che conseguentemente si arricchisce» (p. 101 s.). Conferme sovengono da Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 147 s., 189-191.

¹¹⁸ Ne conviene, altresì, Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 143: «[i]l riferimento allo spirito di liberalità risulta insufficiente anche perché non sono state superate le preoccupa-

6. Nella formulazione codicistica compare, altresì, il riferimento all'*arricchimento* che – *per* spirito di liberalità ovvero «allo scopo di soddisfare direttamente un interesse di natura non patrimoniale del disponente»¹¹⁹ – il donante deve provocare, con la disposizione giuridica, nel patrimonio del donatario. Un *arricchimento* che l'enunciato legislativo parrebbe¹²⁰ costruire come *effetto* (e/o risultato) della disposizione di un diritto (del donante a favore del donatario) o dell'assunzione di un'obbligazione (del primo verso il secondo), effettuate *per* spirito di liberalità (ossia, con l'intento di provocare una liberalità nel patrimonio del beneficiario). Un elemento, quello dell'*arricchimento*, che è stato ricostruito da diversi approcci metodologici:

- a) ora, inteso quale risultato *economico* di un *evento* (non soltanto) negoziale, ha rappresentato quell'essenziale effetto (o il costante profilo contenutistico¹²¹) che, in una assai nota ri-elaborazione¹²², è stato posto a fondamento della (discussa¹²³) ricostruzione *unitaria* della categoria delle liberalità non donative e/o atipiche e/o diverse dalla donazione. Una categoria che si agglutinerebbe non già in ragione dell'analisi della struttura (e/o della causa) delle singole fattispecie che ad essa vengono tradizionalmente ricondotte, bensì alla stregua del *comune* profilo effettuale giudicato idoneo a scriminare l'applicazione della specifica disciplina che il legislatore ha creduto di individuare nell'art. 809 c.c. Dunque: un qualsiasi meccanismo (non solo) negoziale che si rivelerà *effettualmente* idoneo a provocare «un arricchimento senza corrispettivo della

zioni di chi rileva la difficoltà di rendere operativa la formula, espressione di un concetto informato ad un apprezzamento psicologico dei fenomeni giuridici».

¹¹⁹ È la nota ricostruzione di CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 262 ss.

¹²⁰ Ma, in termini contrari, sin d'ora, CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 495 ss., spec., 498.

¹²¹ CARNEVALI, *Liberalità*, cit., p. 215 s.

¹²² Che, per la prima volta puntualmente individuata da CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 132 ss., 137 ss., 142 ss., prende spunto dall'indicazione di BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1965, p. 630 ed ivi nota 4: la liberalità in un certo senso rappresenta un *effetto* prima e più che una causa, sì che non è la donazione che può essere o non un contratto, ma è la *liberalità* che può essere realizzata con una donazione (contratto) ovvero anche altrimenti; pone in evidenza con ampia chiarezza la distinzione tra liberalità come *atto* e liberalità come *effetto*, CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 311: le liberalità in senso stretto sono caratterizzate sulla base di un *effetto* patrimoniale e non di una *causa* negoziale unitaria; già, significativamente, MANENTI, *Sul concetto di donazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 345 ss.; successivamente la nota pagina di CARNEVALI, *Liberalità*, cit., p. 215 s.: «la liberalità va configurata tecnicamente come un effetto economico che discende direttamente o indirettamente dall'adozione di svariati strumenti, e non già invece come una causa».

¹²³ In termini critici, CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Vita not.*, 2007, p. 1005 ss., spec., p. 1017 s.: le donazioni indirette «non nascono come tali, non esistono come figura giuridica, ma sono il frutto di una qualificazione *a posteriori* risultante dalla valutazione funzionale di un negozio, nel caso nostro di una donazione, o di un atto, all'oggetto di quest'ultimo sostituendosene un altro, che al beneficiario perviene come conseguenza della prima donazione o atto»; per MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*⁴, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 2000, p. 199, la formula di cui nel testo obbedisce ad una «terminologia non rigorosa, ma comoda». Più in generale, PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 555 ss.

controparte vivificato dall'*animus donandi*¹²⁴ e ad attivare la *ratio* applicativa sottesa alla divisata disposizione;

- b) ora, inteso (limitatamente allo studio della figura contrattuale della donazione¹²⁵) nell'alternativa accezione (variamente proposta¹²⁶) 'soggettivo-giuridica' o 'oggettivo-economica', si sarebbe trattato di verificare se esso costituisse o meno (in quanto (s)oggettivamente rilevato) una caratteristica essenziale (*id est*: costitutiva) dell'unica (almeno codicisticamente) fattispecie donativa tipica, con il che soltanto alla registrazione della sua verifica si sarebbe potuto qualificare un generico statuto negoziale *gratuito* come vera e propria *donazione contrattuale* ex art. 769 c.c. L'interrogativo rinviene fondamento in ragione della figura della donazione modale (art. 793 c.c.) per la quale il legislatore prevede che la qualificazione in termini donativi rimanga immutata anche se il (peso economico del) *modo* sarà idoneo ad assorbire per intero il contenuto patrimoniale vantaggioso generato dal contratto al quale esso è stato apposto.

Rinviando l'analisi della prima divisata accezione alla successiva rimeditazione delle coppie concettuali di onerosità e gratuità, da un lato, e corrispettività e non corrispettività, dall'altro, si deve rilevare come la seconda proposta alternativa in tanto avrà ragione di porsi, per accertare l'*essenzialità* dell'arricchimento, in quanto il medesimo sia inteso quale «oggettivo incremento del patrimonio del donatario»¹²⁷.

¹²⁴ CARNEVALI, *Liberalità*, cit., p. 216; in termini diversi CHECCHINI, *Liberalità*, cit., p. 3.

¹²⁵ Invero, anche gli autori che ricostruiscono l'arricchimento della donazione in termini esclusivamente programmatici e giuridici, non anche necessariamente in termini effettivi ed economici, convengono, tuttavia, che l'arricchimento sotteso all'ampia categoria delle liberalità sia da intendersi esclusivamente in termini economici. Ed allora non si potrà non evidenziare che un primo rilievo critico all'impostazione avanzata da tali autori si risolva proprio nell'aver assunto, nel medesimo ambito ricostruttivo-applicativo, un duplice significato del concetto di arricchimento: in termini puramente giuridici per spiegare la donazione-contratto; in termini propriamente economici per spiegare la categoria delle liberalità (per questa posizione, invece, CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 309 s.).

¹²⁶ Una esposizione delle diverse ricostruzioni in Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 151 ss.; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 6 ss.; D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, cit., p. 4 ss.; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 39 ss.; V. BARBA, *Commento all'art. 769*, cit., p. 36 ss.; G. CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, cit., p. 33.

¹²⁷ A. CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 6, sebbene quest'opinione acceda ad un'idea di arricchimento che sia compresa in termini soggettivi (p. 9) nel senso di rimettere alle parti contrattuali la sussistenza o meno del nesso di corrispettività tra le prestazioni, sì che se tale nesso non si rinvenisse si provocherebbe inevitabilmente un arricchimento del beneficiario, ivi anche note per riferimenti ulteriori; altresì, CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 497 s., il quale pure in altro luogo Id., *Liberalità*, cit., 215 s., aveva proposto di intendere l'arricchimento come «specifico effetto economico»; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 39 ss.; A. MARINI, *Donazione modale*, in PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, cit., p. 289.

Ma l'opinione che qui si ritiene di condividere avalla una «concezione dell'arricchimento puramente economica»: Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 151 ss.; sia pure implicitamente, CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 308 ss.; Id., *Liberalità*, cit., p. 3: «l'arricchimento in senso economico è solo un effetto naturale ovvero un risultato prodotto normalmente dall'atto di liberalità, ma

Appreso, dunque, nella sua dimensione economica ed effettiva, non quale (mera) entità programmatico-giuridica. In questo ultimo senso, invero – espressione, come diverrebbe, di un intento soggettivo (e condiviso) dalle parti (per come oggettivato nel regolamento) di non legare *corrispettivamente* le reciproche prestazioni, all'un tempo individuandosi l'«intento concorde di avvantaggiare una di esse»¹²⁸ ovvero, in posizione sostanzialmente assimilabile¹²⁹, l'«intento di una parte, condiviso dall'altra, di arricchire quest'ultima per spirito di liberalità» – l'arricchimento si rivelerebbe pienamente accertabile anche nella riferita ipotesi della donazione modale. Invero, la sua 'temporaneità' o il suo possibile esaurimento, in quanto incidenti *esclusivamente* sul profilo economico della vicenda giuridica, non si rivelerebbero idonei a reagire su quel comune (voluto e condiviso) accordo negoziale diretto alla predisposizione, per l'appunto, di un assetto di interessi funzionale, *programmaticamente e giuridicamente*, ad arricchire una di esse. In questa ultima prospettiva, l'arricchimento, se oggetto della convenzione privata, si rivela idoneo ad integrare la previsione normativa, di là dalla successiva verifica del suo effettivo prodursi in termini economicamente rilevanti. Sì che anche la donazione modale non mancherebbe dell'elemento dell'arricchimento, sì come convenzionalmente e concordemente condiviso dalle parti (arricchimento in senso soggettivo).

Di contro, assumendo – in una al più diffuso sentire – un significato specificamente economico di arricchimento¹³⁰, quale oggettivo incremento patrimoniale della sfera giuridica del beneficiario, la questione della sua essenzialità, per la qualificazione di una vicenda giuridica in termini donativi, sembra riproporsi con tutta la forza e problematicità, finendo per costituire un «passaggio decisivo della teoria della donazione»¹³¹. L'analisi del dato positivo consente di accertare che il legislatore contempla la figura della donazione modale, nella quale l'onere potrebbe rivelarsi *tendenzialmente* capace di assorbirne per intero il valore (economico), sì da generare

che non sembra un elemento indispensabile per dare rilievo giuridico alla categoria»; AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 13 e 14; già BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 91 ss.; MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici, con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942, p. 274 ss.; BALBI, *La donazione*, cit., p. 40 s.; di recente, V. BARBA, *Commento all'art. 769*, cit., p. 36.

¹²⁸ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 9 s.

¹²⁹ Ed invero se CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 9 ed ivi nota 26 si richiama, a sostegno della tesi da lui proposta, a TORRENTE, CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 497 ed ivi nota 54, diversamente, pur dichiarando di aderire alla ricostruzione di Cataudella, si distanzia da quella di Torrente, individuando in quest'ultimo la proposta di un arricchimento in termini esclusivamente giuridici, là dove egli intende, di contro, accogliere una concezione economica dell'arricchimento.

¹³⁰ BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 91 ss.; MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, cit., p. 274; GU. BISCANTINI, *Onerosità, correttezza e qualificazione dei contratti*, cit., p. 151 ss. ed ivi nota 461 di richiami; AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 14; con vigore CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, cit., p. 33: «l'effetto economico dell'«arricchimento» è un elemento della donazione che l'interprete non può pretermettere a cuor leggero, sovrapponendo al chiaro dato legislativo le sue personali valutazioni»; V. BARBA, *Commento all'art. 769*, cit., p. 36.

¹³¹ AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 14.

una possibile contraddittorietà (con il relativo disagio ermeneutico) tra l'*arricchimento* di cui all'art. 769, che parrebbe costituire elemento specificativo della donazione, e la sua possibile *completa erosione* (art. 793), sì da indurre, e non da oggi, ad interrogarsi se davvero esso costituisca un fattore *qualificatorio* della donazione (e delle liberalità diverse).

L'intuizione della singolarità della formula legislativa che riferisce dell'*arricchimento* in termini di *risultato economico*, effetto¹³² di quell'effetto (giuridico) che si svolge nella vicenda attributiva del diritto o nell'assunzione di un'obbligazione (verso il donatario), è stata prontamente rilevata, evidenziando come «si tratterebbe di una connotazione inconsueta per i contratti, in quanto estranea al contenuto e costituita da un effetto economico del contratto stesso»¹³³. Un carattere, quest'ultimo, che, nella configurazione del tipo, prescinde dal contenuto (quale sintesi delle prestazioni essenziali¹³⁴) proponendo di elevare a sua specificazione funzionale una conseguenza puramente economica. È come se ci s'interrogasse se i vantaggi economici conseguiti rispettivamente dal venditore (*perdita* del diritto dietro ricevimento del prezzo) e dal compratore (*acquisto* del diritto dietro pagamento del prezzo) avrebbero potuto essere elevati ad elementi tipologici e contenutistici della compravendita, là dove, com'è noto, il relativo *effetto*, al contrario, si compendia *essenzialmente* in quello giuridico del *trasferimento* (della situazione giuridica soggettiva contro pagamento del corrispettivo).

7. Per la verità i diversi tentativi, pur autorevolmente condotti, allo scopo di recuperare all'*arricchimento* un connotato di *giuridicità* riconducendolo alla programmazione delle parti¹³⁵, sì da farne un elemento specificativo (in senso oggettivo) della fattispecie¹³⁶, riferimento costante di quell'*«intento concorde di avvantaggiare una di esse»*¹³⁷, non sembrano potersi considerare pienamente convincenti. Al punto che risulterà più conveniente concordare con il pensiero che, già autorevolmente rivendicato¹³⁸, sottolineava come il «ritenere [...] essenziale l'*arricchimento* economico per poter configurare il contratto di donazione pecca per eccesso [...] e per difetto

¹³² In senso decisamente contrario CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 497 s.: «[l']*arricchimento* ... non viene configurato come un *effetto* giuridico (il che porrebbe l'art. 769 in contrasto con l'art. 793, 2° comma), ma viene invece considerato come oggetto dell'intento del donante, condiviso dal donatario» oltre a ribadire che l'*arricchimento* è elemento *costitutivo* della fattispecie, non un suo *effetto*.

¹³³ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 6, sia pure in termini critici, al fine di avvalorare la ricostruzione avanzata per proporre dell'*arricchimento* una concezione *giuridica*.

¹³⁴ AMADIO, *Attribuzioni liberali e «riqualificazione della causa»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 491 ss., spec., 497

¹³⁵ CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 127; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 41 ss.

¹³⁶ CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 493 ss.

¹³⁷ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 10; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 494.

¹³⁸ ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, cit., p. 136 ss.

[...]»¹³⁹. Il che è come dire che esso non è consustanziale alla donazione, non risultando né essenziale, né sufficiente a qualificarla, nella sua minima unità effettuale.

L'impostazione muove dal rilievo della presenza, nel nostro ordinamento, della figura della donazione modale, sia da ulteriori considerazioni sistematiche che pongono a raffronto il (preteso) requisito con quello pur conseguibile mercé la conclusione di altri contratti c.dd. gratuiti (ad es., mutuo senza interessi, trasporto e deposito gratuiti), sottolineandosi come il ritenere «[l']arricchimento [utilizzabile] per la qualificazione della donazione» dovrebbe condurre ad ammettere che la sua verifica sarebbe necessaria «sempre e soltanto nella [e per la] donazione»¹⁴⁰, quale elemento *essenziale* di questo tipo contrattuale. Là dove, le principali argomentazioni che, nel ribadire l'essentialità e la specificità, si sono profuse nei relativi sforzi ricostruttivi¹⁴¹, con la possibile *impasse* dell'intero discorso sulla donazione, si sono dimostrate, per quanto intrinsecamente pregevoli, non del tutto condivisibili¹⁴².

Invero: *a)* sia il riferimento all'arricchimento che (anche) nella donazione modale sarebbe (costitutivamente verificato, per quanto) presente (soltanto) all'inizio¹⁴³ (e contestualmente alla conclusione del contratto, con un'intrinseca *temporaneità* e/o *precarietà*), potendo venir meno nel corso del successivo svolgersi concreto del rapporto, in ragione dell'esecuzione della prestazione modale (o di un suo sopravvenuto incremento); *b)* sia la suggestiva ricostruzione che astrae dal *tipo* donativo l'ipotesi di cui all'art. 793, per ri-collocarla *sistematicamente* tra contratti a prestazioni corrispettive¹⁴⁴ facendone una figura autonoma da quella di cui all'art 769; *c)* sia il

¹³⁹ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 154; aderisce AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 14-16; in senso decisamente contrario, CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 496 ss.

¹⁴⁰ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 152; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 13. L'arricchimento, che in ipotesi sarebbe idoneo a connotare la donazione, parrebbe già ridimensionato *qualificatoriamente* dall'enunciato legislativo che, per l'appunto, riferisce non di un arricchimento *tout court*, bensì di un arricchimento compiuto *per spirito di liberalità*; sì che, un comune effetto di arricchimento non sarebbe, di per sé, idoneo a scriminare la fattispecie donativa contrattuale dalle altre, parimenti idonee a provocare un arricchimento (ad. es. i contratti gratuiti).

¹⁴¹ Di «ostacolo costruttivo» discute AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 14; di «passaggio obbligato per l'analisi», discute CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, cit., p. 33.

¹⁴² Per tutti le critiche di BALBI, *Saggio sulla donazione*, cit., p. 136 ss.; FUNAIOLI, *La donazione*, cit., p. 127 ss.; A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 52 ss., 67 ss.; CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 110 ss.; GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 151 ss.; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 553 ss.; CHECCHINI, *Liberalità*, cit., p. 3 s.; AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 14-16; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 39 ss.; V. BARBA, *Commento all'art. 769*, cit., p. 36 ss.

¹⁴³ MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, cit., p. 353 ss.; TILOCCA, *Onerosità e gratuità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 66; SCOZZAFAVA, *La funzione del modo nel contratto di donazione*, in *Temi*, 1978, p. 135; OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 66 ed ivi nota relativa; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 7, 178.

¹⁴⁴ GRASSETTI, *Donazione modale e fiduciaria*, Milano, 1941, p. 9 ss., 24 ss., 40, 47 s., il quale concludeva che la donazione modale, ove arricchita dalla clausola di risoluzione per inadempimento del *modus*, finiva per mutare il suo assetto causale per divenire un contratto di scambio; tesi poi ripresa e sviluppata – sia pure con

recupero di *giuridicità* alla nozione di arricchimento¹⁴⁵, estraendolo dal piano puramente economico, per consegnarlo qualificatoriamente «alla valutazione soggettiva delle parti»¹⁴⁶; *d)* sia, infine, la proposta¹⁴⁷ che s'appella alla *definitività* dell'arricchimento provocato dalla donazione a dispetto dell'ipotizzata *temporaneità* che affliggerebbe quello prodotto dai contratti gratuiti, anche nella variante¹⁴⁸ della immediata *corrispondenza* tra arricchimento ed impoverimento, si sono resi bersagli di convincenti repliche argomentative.

La prima ipotesi trova censura non tanto (e non soltanto) nell'osservazione per cui nella donazione modale nell'ammettersi che l'arricchimento potrebbe successivamente venire ad esaurirsi si dimostrerebbe che esso è elemento non essenziale della donazione¹⁴⁹, quanto piuttosto perché un arricchimento, compreso nella sua accezione giuridica, sarebbe presente *anche* in tutti gli altri contratti gratuiti, se è vero che, in questi ultimi, il beneficiario si arricchisce, *non solo temporaneamente*, bensì *definitivamente*, della prestazione dell'altra parte¹⁵⁰: per l'effetto, il requisito dell'arricchimento denuncia la sua inidoneità a specificare e *qualificare* il solo tipo della donazione¹⁵¹.

La seconda, che contrappone la c.d. donazione pura alla donazione modale essenzialmente negando a quest'ultima il suo *quid essentiae* per ricollocarla nei contratti a prestazioni corrispettive, rimane confinata nell'ipotesi di studio che l'aveva proposta e non ritrova adeguati sostegni normativi; tanto più là dove si è sentita l'esigenza di precisare¹⁵² che la disciplina dei contratti che postulano la corrispettività dovrà conformarsi alla stregua della natura donativa della figura di cui all'art. 793.

diversificazioni e limitazioni (con specifico riferimento al collegamento eventualmente costruito dalle parti tra la prestazione del donante e quella del donatario, idoneo, come tale, ad incidere sulla causa tipica della donazione) – da CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969, p. 132 s., 145 s., 148, 191 ss., e riproposta, sinteticamente, in ID., *Le donazioni*, cit., p. 555; ID., *La donazione modale*, in *Tratt. delle successioni e delle donazioni*, cit., p. 848 s.; ma, criticamente, sin d'ora, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 49 ss.; Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 93 ss., 154 ss.

¹⁴⁵ BALBI, *La donazione*, cit., p. 15 e 50; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 5 ss., 82 ss., 93 ss.

¹⁴⁶ CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 126 s.; ID., *La donazione*, cit., p. 9 s.; A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 60; CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 309; CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., p. 138 ss.; ID., *Le donazioni*, cit., p. 497 s.; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 39 ss.

¹⁴⁷ BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 93; per la necessaria presenza dell'arricchimento TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 5 ss., 250, il quale discute espressamente di «requisito della donazione» (p. 7)

¹⁴⁸ Già MAROI, *Delle donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1941, p. 720; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, cit., p. 50.

¹⁴⁹ A. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., p. 15 s.; Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 154 s.; CHECCHINI, *Liberalità*, cit., p. 3; AMADIO, *Attribuzioni liberali e «riqualificazione della causa»*, cit., p. 498.

¹⁵⁰ Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 154 s.

¹⁵¹ Critiche rigorosamente apportate anche da CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 7 s.

¹⁵² Da ultimo, FILOGRANO, *Il modus*, in *Il contratto*, cit., p. 523 ss., spec., p. 529, 531 s.

Invero, la donazione modale resta appartenente al tipo della donazione¹⁵³, limitandosi la disposizione in parola a disciplinare una peculiare ipotesi di questo *tipo* che continua a rappresentare, in ragione della previsione di una norma all'un tempo qualificatoria e interpretativa, un'alternativa rispetto al contratto di scambio. Sì che, per com'è legislativamente qualificata, quella 'modale' o è una donazione, e allora si è fuori dall'ambito dei contratti corrispettivi; ovvero si verifica che quello da essa veicolato è *proprio* un regolamento negoziale riconducibile a quest'ultima categoria (perché si è accertato «che le parti [hanno] inteso collegare le prestazioni con un nesso di scambio»¹⁵⁴: arg. ex art. 793, co. 4), ed allora donazione non v'è, «a prescindere dalla qualificazione [...] data al contratto»¹⁵⁵ dalle parti. Gli è che «la funzione donativa sintetizzata nell'art. 769 cod. civ. è incompatibile con un assetto di interessi in cui le rispettive attribuzioni patrimoniali o, più in generale, i risultati perseguiti dalle parti siano legati dal nesso della corrispettività»¹⁵⁶. Per l'effetto, se si prescinde dalla non condivisibile distinzione tra elementi essenziali ed accidentali del contratto (ai quali ultimi il *modus* apparterrebbe), e si prende atto che la qualificazione giuridica e l'individuazione del tipo si fondano sull'analisi del concreto assetto di interessi per come effettivamente modulato dalle parti, allora sarà agevole comprendere che se queste, a tutela dell'attuazione della prestazione dedotta nel *modus*, avessero previsto il più tipico tra gli strumenti a presidio del sinallagma contrattuale, la conseguenza non potrebbe essere diversa da quella che accertasse il mutamento funzionale della fattispecie contrattuale da donazione a contratto a prestazioni corrispettive¹⁵⁷ (tra essi incompatibili¹⁵⁸). E ciò indipendentemente: *i*) dalla verifica

¹⁵³ Lo conferma, decisamente, da ultimo, Cass., 7 aprile 2015, 6925, in *Giur. it.*, 2016, p. 574 ss.

¹⁵⁴ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 51, anche per il successivo virgolettato; Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 95 ss.; solo parzialmente assimilabile la posizione di AMADIO, *Onerosità, gratuità corrispettività: il ruolo degli elementi accidentali*, cit., p. 420; già nel medesimo senso CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 306 s.; analiticamente sul tema MARUCCI, *Donazione modale e clausola risolutiva*, in *Le liberalità alle soglie del terzo millennio*, cit., p. 111 ss., spec., p. 123 ss.

¹⁵⁵ Con rigore CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 49 s.; Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 82 ss.; cfr., altresì, CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, cit., p. 34 ss.

¹⁵⁶ Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 96; ma decisamente in senso contrario, CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., p. 149 ss., 168 ss., 184 ss.; ID., *La donazione modale*, cit., p. 848 s.; FILOGRANO, *Il modus*, cit., p. 523 ss.

¹⁵⁷ Sebbene nell'ambito di un dibattito non eccessivamente diffuso, è altamente controversa in giurisprudenza la problematica inerente all'apponibilità alla donazione modale di una clausola risolutiva espressa; cfr., per la negativa, Cass., 20 giugno 2014, n. 14120, in *I contratti*, 2015, p. 160 ss., con nota di AIELLO, *Inapponibilità della clausola risolutiva espressa alla donazione modale*. Ma in senso contrario, e, quindi, per l'ammissibilità, si era espressa Cass., 26 aprile 2011, n. 9330, in *I contratti*, 2011, p. 1123 ss., con nota ancora di AIELLO, *Clausola risolutiva espressa e donazione modale*, la quale, a sua volta, si poneva in contrasto con il suo precedente di Cass., 28 giugno 2005, n. 13876, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 387 ss., con nota di CARNEVALE, *Natura giuridica della donazione modale e inadempimento dell'onere*, la quale sentenziava nel senso dell'inammissibilità.

¹⁵⁸ Ma, in senso contrario, notoriamente, CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., p. 149 ss., 168 ss., 184 ss.

concreta sottesa all'interrogativo se il *modus* costituisca elemento essenziale o secondario della più ampia operazione negoziale¹⁵⁹, rilevandosi la prospettata alternativa inidonea alla conformazione del tipo negoziale; *ii*) dall'incidenza quantitativa dell'onere sulla prestazione principale del contratto, in quanto la corrispettività (implicita, ma deducibile dalla previsione esplicita della risoluzione per inadempimento) diverrebbe, in termini giuridici e formali, l'esclusivo fondamento funzionale idoneo a supportare la divisata discriminazione¹⁶⁰; *iii*) dalla natura (patrimoniale o meno) dell'interesse compendiato nella situazione giuridica del *modus*¹⁶¹. Salvo, evidentemente, il possibile (ma qui non adeguatamente verificabile) sviluppo di un più ampio e generale discorso che s'incaricasse di verificare l'effettiva 'tenuta' della relazione biunivoca tra *corrispettività* e 'rimedio risolutorio' (anche alla stregua della nota problematica del collegamento negoziale e della nuova frontiera della cd. *corrispettività* condizionale, che ricolloca il relativo modulo dal piano programmatico a quello esecutivo, con l'eliminazione dell'obbligatorietà di una delle condotte). Invero, se l'evocata relazione fosse seriamente revocata in dubbio¹⁶², in ragione di una prospettiva funzionale ed assiologica che ponesse in primo piano la tutela degli interessi delle parti, sarebbe possibile ipotizzare un'estensione del divisato rimedio anche ai contratti non corrispettivi. Con il che anche la donazione modale, con una clausola riproduttiva in concreto dell'astratta previsione legislativa di cui all'art. 793, co. 4, non dovrebbe più necessariamente essere sempre (ed automaticamente, e, dunque, prescindendo da un'analisi concreta dello statuto negoziale) riqualficata *funzionalmente* in termini di *corrispettività*.

¹⁵⁹ In questo senso, invece, CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., p. 132 ss.

¹⁶⁰ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 138 ss.; in senso contrario – in scia al pensiero di CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., p. 148 ss., 153, 276 – MARUCCI, *Donazione modale e clausola risolutiva*, cit., p. 130 ss.; nonché, FILOGRANO, *Il modus*, cit., p. 523 ss.

¹⁶¹ Nel senso, invece, di attribuire rilevanza selettiva all'interesse veicolato nel *modus*: AMADIO, *Onerosità, gratuità corrispettività: il ruolo degli elementi accidentali*, cit., p. 420, sì che la clausola negoziale che prevedesse la risoluzione del contratto di donazione per l'inadempimento di un *modus* portante una prestazione implicante un interesse non patrimoniale del disponente si rivelerebbe non «sufficiente a oscurare l'interesse tipico della donazione»; al contrario, se «oggetto del *modus* fosse una prestazione prevista in favore del donante, e realizzativa di un suo interesse di natura patrimoniale, se cioè fosse configurata come vero e proprio "corrispettivo" dell'arricchimento conseguito dal donatario, il regolamento non potrebbe più ricondursi all'area della liberalità, e nemmeno (*a fortiori*) del contratto gratuito non liberale: e non resterebbe che riqualficarlo come operazione di scambio, disapplicando, di conseguenza, la disciplina della donazione».

¹⁶² Ad esempio, cominciando dal dato codicistico che ammette la risolubilità dei contratti plurilaterali (artt. 1459 e 1466) ed al loro interno quelli con comunione di scopo, lo scioglimento del contratto di assicurazione per venir meno del rischio (art. 1896): cfr., NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 362 ss.; ed in termini ampi AMADIO, *Inattuazione e risoluzione*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, V, *Rimedi* – 2, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, p. 49 ss., 58 ss., 64 ss.; SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento (Artt. 1453-1459)*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2007, p. 4 ss., DEL PRATO, *Corrispettività senza contratto e rimedio risolutorio*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 405 ss., spec., 407 s., anche con ampi richiami giurisprudenziali.

La terza ricostruzione, che propone la subordinazione dell'arricchimento alla comune programmazione negoziale, sì che questo diverrebbe non più un tratto oggettivo ma *soggettivo* del contratto (per quanto oggettivato nella condivisione delle parti), riceve la convincente obiezione¹⁶³ di finire per rimettere l'attività di qualificazione di un contratto (non all'analisi del contenuto e del susseguente profilo effettuale, bensì) alla valutazione degli stessi contraenti¹⁶⁴: Là dove, al contrario, si rileva come «non [sia] possibile affermare o negare l'esistenza di un arricchimento riferendosi [esclusivamente] alla valutazione soggettiva delle parti»¹⁶⁵; senza considerare che la 'non corrispettività' non è di per sé rivelatrice della presenza dell'arricchimento, in essa ricomprendendosi sia la donazione, sia i contratti gratuiti¹⁶⁶.

Inoltre, anche l'ipotesi che rinviene nella (assunta) *definitività* dell'arricchimento la predicazione essenziale del profilo discriminatorio rispetto a quello generato dai contratti gratuiti – asseritamente assistito, al contrario, da un'intrinseca *temporaneità* – si rivela del pari scarsamente convincente, nel finire per assumere a riferimento del distinguo il solo profilo dell'*attribuzione di una cosa* in senso stretto: questa nella donazione rimarrebbe definitivamente nel patrimonio del donatario, a dispetto di ciò che si verificherebbe, ad esempio, nel contratto di deposito gratuito nel quale *quella medesima cosa* tornerebbe nella giuridica disponibilità del depositante. La replica è apparsa decisiva: se solo si sposta l'angolo prospettico dell'indagine – con una miglior *messa a fuoco* della distinzione tra *attribuzione* e *arricchimento* – si potrà accertare che anche nella seconda ipotesi l'arricchimento (in termini effettivi, concreti ed economici) conseguito dal depositante sarà *definitivo* (o almeno assistito da quella medesima definitività assunta per la donazione), perché quest'ultimo avrà conseguito un vantaggio patrimoniale *finale* consistente nel mancato esborso del corrispettivo e delle spese di custodia (: per quanto non risulterà incrementato, il patrimonio, tuttavia, per aver ricevuto il servizio *senza corrispettivo*, non si sarà decrementato).

¹⁶³ Per una diversa ipotesi, ma nel senso del testo, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 78 ss.; ID., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss.; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 404; Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 148 s., 154 ss.; CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, cit., p. 35 s.: «una concezione soggettiva dell'«arricchimento» trae con sé un'ambiguità di fondo, che non deve sfuggire: assume al piano soggettivo l'elemento dell'arricchimento che, quantomeno *prima facie*, parrebbe chiamato dal legislatore ad esprimere un profilo oggettivo. Il risultato è la confusione tra la nozione di «arricchimento» e la nozione di *animus donandi*».

¹⁶⁴ In senso critico, Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 157 ss., il quale osserva come rimettendo alla valutazione delle parti la qualificazione del contratto si correrebbe il «rischio di qualificare donazione una fattispecie che donazione non è»; D'ETTORE, *Gratuità, liberalità e scambio*, cit., p. 529 s.; più sfumato in ID., *Liberalità e scambio. La donazione mista*, cit., p. 190 s. ed ivi nota 107, nonché p. 179 ed ivi nota 81 e p. 171 ed ivi nota 59.

¹⁶⁵ Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 156 s.

¹⁶⁶ Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 154 ss.; sul punto, conviene, anche CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 54.

Infine, la postulata *necessaria* corrispondenza *biunivoca* tra arricchimento ed impoverimento non solo non rinviene un riferimento legislativo adeguato, se del secondo, quale preteso elemento essenziale della donazione, non v'è traccia nell'art. 769, ma si esporrebbe al rilievo che denunciassero come impoverimento ed arricchimento (al pari dei più generali perdita ed acquisto) sono *sempre* conseguenze di qualsiasi modulo negoziale che generi attribuzioni patrimoniali e che, nella ricostruzione teorica, sono (soltanto) effetti (economici) dell'effetto (unitario e inscindibile, in quanto giuridicamente inteso) del trasferimento¹⁶⁷. Di per sé, dunque, inidonei a qualificare il tipo che pure li produce: il trasferimento è effetto neutro ed unitario¹⁶⁸, dovendosi risalire alla funzione della regola negoziale per sceverare la sua imputazione funzionale.

Si potrà, dunque, convenire che (anche) l'arricchimento (al quale seguano o meno le predicazioni della initialità, definitività, giuridicità, economicità, ecc.) non si rivela un elemento idoneo di per sé a connotare – nella sua esclusiva rilevabilità oggettività – la minima unità effettuale del tipo donativo¹⁶⁹.

Probabilmente si tratta di prendere atto, sia pure da una prospettiva che trascende la dimensione giuridica, che a beneficiare dell'arricchimento, come finemente notava Gabriele D'Annunzio nel rinnovare ai fasti un antico adagio latino, potrà essere (e senza che ciò suoni come paradossale) proprio (e soltanto) il donante se si crede al broccardo: «io ho quel che ho donato».

8. Attesa la scarsa possibilità di apprendere un convincente significato giuridico dalla formula dello 'spirito di liberalità' (variamente inteso ed individuato), in tesi, idonea a qualificare funzionalmente la fattispecie di cui all'art. 769, e rilevata la non sufficienza (oltre alla non necessarietà) dell'arricchimento ai medesimi fini¹⁷⁰, si potrebbe constatare che 'il re è nudo'. L'interprete, spinto con zelo ad approfondire e ripensare criticamente gli elementi costitutivi della donazione, accertata la loro insensibilità, se non inutilità, al prefigurato scopo definitorio, si ritrova a proseguire

¹⁶⁷ PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 87 ss., spec., 102; CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, p. 49 ss.

¹⁶⁸ Così è capitato di scrivere in FRANCO, *Il trasferimento della 'potenzialità edificatoria*, cit., p. 335 s.: «il trasferimento è l'effetto unitario, unico ed inscindibile del negozio traslativo ad efficacia reale, individuandosi in 'acquisto' e 'perdita' del diritto effetti economici (*id est*: effetti dell'effetto) della *vicenda*, appresi nella fase statica di risultati già intervenuti, non già l'oggetto del contratto che lo provoca».

¹⁶⁹ Alla conclusione perveniva con lungimiranza metodologica, propria dei maestri, già ASCOLI, *Tratt. delle donazioni*, cit., p. 130; poi, FUNAIOLI, *La donazione*, cit., p. 127 ss.; Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 151 ss.; CHECCHINI, *Liberalità*, cit., p. 3 ss.; AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 14 (il quale, in verità, in nota 24 riporta come a sostegno della tesi dell'inessenzialità dell'arricchimento anche CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 59 s., là dove, al contrario, se non ci s'inganna, quest'ultimo individua nell'arricchimento – sia pure inteso non in senso economico, bensì quale programmazione negoziale – un elemento essenziale della donazione).

¹⁷⁰ Anche Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 95, 138 ss., 151 ss.

nella ricerca senza più l'ausilio di quelle coordinate investigative che, da sempre, parevano condurlo con sicurezza nel mare periglioso della teoria della donazione. Di talché, nel rendersi consapevole di tali inefficienze e della scarsa decisività dei risultati ermeneutici raggiunti – e salvo a non screditare l'orizzonte di ogni possibile ulteriore soluzione giudicando quella tra liberalità e gratuità una (mera) «distinzione culturale»¹⁷¹ – avrebbe provato a far ricorso ad una rinnovata metodologia che, nella più attenta sistemazione delle coppie concettuali di onerosità/gratuità e corrispettività/non corrispettività, potrebbe consentirgli di individuare¹⁷² non soltanto la più apprezzabile linea selettiva per confermare l'evocata tassonomia, ma, altresì, una più convincente ricomposizione *positiva* dell'essenza della donazione contrattuale di cui all'art. 769, indicandone la minima unità effettuale ed i tratti essenziali mediante un'appropriata qualificazione giuridica.

Ed allora – sebbene si fatichi a ritrovare una pacifica comunanza di senso per le indicate relazioni concettuali¹⁷³ talora invertendo, nella relazione atti gratuiti-libera-

¹⁷¹ Così G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 101.

¹⁷² GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 29-78; aderisce CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 24 ss.

¹⁷³ In altra prospettiva indagatoria si è rilevato (CATAUDELLA, *Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto*, in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, p. 145 ss.; ID., *La donazione mista*, cit., p. 52-54; ID., *La donazione*, cit., p. 52 ss., ove anche una serrata replica all'impostazione seguita nel testo), in senso opposto, che le predette coppie sono tra esse reciprocamente specificative di profili di incidenza che si implicano: «i contratti a prestazioni corrispettive sono una specie dei contratti onerosi», sì che questi ultimi non necessariamente dovranno essere anche corrispettivi; i contratti a prestazioni non corrispettive possono essere sia onerosi (prestazioni a carico di entrambe, ma non legate dal vincolo di sinallagmaticità) sia gratuiti (prestazione a carico di una soltanto e l'altra non sopporta alcun sacrificio), sì che la gratuità diviene una *species* (del *genus*) della non corrispettività, attenendo entrambe le coppie al profilo qualificatorio-funzionale del contratto, e la liberalità non sempre sarà gratuita. In senso non del tutto assimilabile, D'ETTORE, *Gratuità, liberalità, scambio*, cit., p. 497 ss.: «la liberalità [...] costituisce una *species* del *genus* gratuità, ma non è incompatibile con l'operazione onerosa, in quanto riferita ad un più ampio concetto che travalica la contrapposizione effettuale tra gratuità e onerosità».

Pare sovrapporre corrispettività e onerosità, CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., p. 847; in questo senso anche, da ultimo, AMADIO, *Onerosità, gratuità corrispettività: il ruolo degli elementi accidentali*, cit., p. 409 ss., il quale per un verso afferma che «per essere gratuito, un atto non potrà mai comportare un sacrificio economico bilaterale» e, per l'altro, che «potranno dirsi onerosi tutti i contratti a prestazioni corrispettive, in quanto l'interdipendenza, che tra esse intercorre, presuppone necessariamente la bilateralità dei sacrifici economici» (p. 412); GATT., *Onerosità e liberalità*, cit., p. 669, 684.

In altra prospettiva, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, p. 488 s., 493 ss. ove emerge una coincidenza tra contratti a prestazioni corrispettive e contratti onerosi, per un verso, e una assimilazione tra donazione (quale *species*) e contratti a titolo gratuito (quale *genus*) dall'altro.

In altra impostazione, ancora, ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Zatti e Iudica, Milano, 2011, p. 412 ss., 417 ss.

Ridimensiona ogni tentativo di individuare un profilo certo di distinzione tra liberalità-donazione e negozi gratuiti, smascherando 'barocche elucubrazioni', G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 101 ss.

lità, il *genus* e la *species*¹⁷⁴, talaltra sovrapponendo¹⁷⁵ l'onerosità alla corrispettività e la gratuità alla mera assenza di una prestazione¹⁷⁶ ovvero, ancora, riconoscendo alla medesima categoria due distinti profili investigativi¹⁷⁷ – il percorso che si svolge non potrà che rimanere segnato da quelle preziose indicazioni sistematiche e metodologiche sovvenienti da una ricerca compiuta ormai da oltre un trentennio. Nella quale si era evidenziato¹⁷⁸ come onerosità-gratuità e corrispettività-non corrispettività non sono categorie sovrapponibili e/o coincidenti e, per quanto «compatibili, [non sono tra esse] coesenziali»¹⁷⁹, attenendo a sfere di valutazione (e di rispettiva incidenza) non conciliabili.

La prima inerisce alla *qualificazione* dell'acquisto (o al 'titolo' di acquisto e, dunque, non contribuisce all'individuazione funzionale del regolamento di interessi, rilevandosi ininfluyente ai fini della determinazione del tipo¹⁸⁰, inerente com'è al profilo dell'imputazione soggettiva dell'attribuzione patrimoniale); la seconda è relativa (sia pure senza esaurirli¹⁸¹) ai profili della *qualificazione* causale, sì come speci-

¹⁷⁴ La liberalità è il *genus* e la donazione la *species* per OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 83 ed ivi nota 1 e CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 54; per CASULLI, *Donazione*, cit., p. 967, la donazione costituisce la *species* rispetto al *genus* degli atti gratuiti: «la donazione per universale consenso rientra nella categoria dei negozi a titolo gratuito»; ma, al contrario, potrebbe ritenersi la liberalità il *genus* rispetto al profilo economico dell'arricchimento che potrà essere effettivamente (non causalmente) provocato anche da fattispecie diverse (le varie *species*) dalla donazione (che costituisce un'ipotesi di quelle *species*); per TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 11: «il negozio gratuito è il genere, la liberalità una specie e la donazione la principale liberalità».

¹⁷⁵ CASULLI, *Donazione*, cit., p. 967; in tal senso, sia pure implicitamente, CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 573.

¹⁷⁶ Ovvero lasciando coincidere la gratuità con la non corrispettività: D'ETTORE, *Gratuità, liberalità e scambio*, cit., p. 491 ss.

¹⁷⁷ È ciò che emerge dalla lettura di GATT, *Onerosità e liberalità*, cit., p. 686 s., ove si evidenzia che le nozioni di onerosità e gratuità operano sui piani differenti della qualificazione causale e della determinazione effettuale, distinguendo tra una onerosità/gratuità funzionale e una onerosità/gratuità effettuale.

¹⁷⁸ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 29-77; aderisce, CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 57 ss.

¹⁷⁹ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 30, 34.

¹⁸⁰ Cfr., S. MAZZARESE, *Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere*, in *Il principio di gratuità*, cit., p. 151 ss., spec. 165. Si deve rilevare, nondimeno, che la prevalente dottrina, anche manualistica, ritiene che anche la coppia onerosità/gratuità incida sulla qualificazione della causa: riferimenti in GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 31 ed ivi note.

¹⁸¹ E così si crede di poter scansare anche il rilievo di AMADIO, *Onerosità, gratuità corrispettività: il ruolo degli elementi accidentali*, cit., 410 ss., il quale – se non ci si sbaglia – parrebbe incorrere in una sorta di incongruenza se, per un verso, rivendica (nel riproporre un'autonoma nozione di causa del contratto) un'indipendenza delle categorie corrispettività e non-corrispettività dal profilo causale del negozio (discute, specificamente di «tendenziale estraneità ... della stessa categoria della corrispettività al piano causale», p. 410 e di «non sovrapponibilità [della stessa categoria] con il profilo causale», p. 411) e, per l'altro, nell'occuparsi del problema della donazione modale, osserva che bisogna «distinguere le ipotesi in cui la previsione modale si pone in posizione parallela e concorrente [ma non contrapposta] rispetto all'intento donativo, da quelle in cui il rilievo assunto dalla prestazione *ex modo* altera la combinazione di interessi, ripercuotendosi sulla

ficativa della funzione giuridica¹⁸² (*id est*: è un modo di essere del rapporto giuridico patrimoniale e/o di un determinato assetto di interessi, la cui valutazione si rivela essenziale ai fini della qualificazione contrattuale).

Se la prima coppia esprime «valutazioni [di carattere] prevalentemente economiche che l'ordinamento prende in considerazione al fine di determinare la disciplina da applicare»¹⁸³ non rilevando «che ad usufruire del vantaggio sia il soggetto che ha subito il sacrificio»¹⁸⁴, la seconda attiene ad una valutazione formale ed individua un'essenziale connotazione *giuridica*, rappresentando la corrispettività un «collegamento giuridico [particolarmente qualificato dalla sinallagmaticità e/o dall'interdipendenza] tra [le prestazioni e, dunque, tra] gli effetti del contratto»¹⁸⁵. E, in quanto riferibili a tratti distinti della specificazione contrattuale¹⁸⁶ (il *titolo* di acquisto, per un verso, la *causa*, per l'altro; o, il che è lo stesso, il profilo economico ed il profilo giuridico), i predetti caratteri possono comunemente concorrere alternativamente all'individuazione giuridica della fattispecie, non stando tra essi in rapporto di *genus a species*, non implicandosi reciprocamente, né dovendo perciò coincidere¹⁸⁷. La corrispettività non sarà, allora, una specificazione dell'onerosità, sì come la non corrispettività (o liberalità) non lo sarà della gratuità¹⁸⁸, non implicandosi reciprocamente.

Ci potranno essere, quindi¹⁸⁹, contratti a prestazioni corrispettive e onerosi (ad es., la compravendita) e contratti a prestazioni corrispettive ma non onerosi e/o

qualificazione (causale e tipologica) del contratto» (p. 418, corsivo originale). Delle due l'una: o la corrispettività attiene alla causa; o non la intercetta.

¹⁸² PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, p. 99 ss.; SCOZZAFAVA, *La qualificazione di onerosità e gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 74 s.; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 56 ss.

¹⁸³ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 34 s., 62 s.: essa discrimina l'applicazione delle disposizioni relative alla tutela del terzo acquirente di buona fede, ai limiti di responsabilità o di garanzia tra le parti, la disciplina dell'errore e la rilevanza dei motivi, i criteri di interpretazione, le azioni di impugnativa degli atti (ad es., azione revocatoria, codicistica e fallimentare; il nuovo art. 2929-bis).

¹⁸⁴ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 34 30; già SCOZZAFAVA, *La qualificazione di onerosità e gratuità del titolo*, cit., p. 73; SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano, 1960, p. 96.

¹⁸⁵ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 34

¹⁸⁶ Ancora GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 63 ss.

¹⁸⁷ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 69 ss. In giurisprudenza, di recente, Cass., 17 gennaio 2019, n. 1039; sia pure con minor precisione, Cass., 28 giugno 2005, n. 13876; nonché, altresì, Trib. Cagliari, 27 aprile 2016.

¹⁸⁸ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 30 ss.; già A. PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive*, cit., p. 78 ss., 99 s., 117 ss.; già ALLARA, *La vendita*, Torino, 1959, p. 23, 82 ss.; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 61 ss., 104; ID., *Atti a titolo oneroso e contratti a prestazioni corrispettive*, in *Temi*, 1960, p. 86 ss.

¹⁸⁹ Senza che ciò possa apparire 'paradossale' come rileva, invece, sia pure come mera ipotesi cui non accede, AMADIO, *Onerosità, gratuità corrispettività: il ruolo degli elementi accidentali*, cit., p. 423, pervenendo alle medesime conclusioni, almeno limitatamente alla configurabilità di una 'liberalità onerosa'; figura che, nel testo, si è individuata come contratto a prestazioni non corrispettive e oneroso. Di contro, il medesimo A.

(parzialmente) gratuiti¹⁹⁰ (ad es., una permuta con uno dei beni scambiati di valore scarso o sostanzialmente sproporzionato rispetto all'altro¹⁹¹); ci saranno, del pari, contratti non corrispettivi ma onerosi (ad es., la donazione modale, in cui il *modus* assorba ampiamente, se non completamente, l'attribuzione patrimoniale o una qualsiasi altra ipotesi di contratto con sacrifici – economici e non simbolici e/o irrisori – a carico di entrambe le parti, anche tra essi equivalenti, senza, tuttavia, che gli stessi siano legati dal vincolo della sinallagmaticità) e contratti non corrispettivi e liberali (come la donazione).

Ne esce confermata l'intuizione per cui sì come la corrispettività non è una specificazione dell'onerosità, la non corrispettività non è una *species* della gratuità.

9. I risultati, nondimeno, non potrebbero rivelarsi sufficienti se non si proseguisse nell'analisi strumentale alla verifica dei profili di distinzione¹⁹² tra il contratto di donazione e i contratti (e gli atti¹⁹³) gratuiti, se è vero che entrambi, per un verso, sarebbero funzionalmente qualificati dalla (minima unità effettuale della) non-corrispettività e, per l'altro, in nulla si distinguerebbero per l'effetto dell'arricchimento da essi rispettivamente prodotto¹⁹⁴, in quanto, là dove verificato, il medesimo non riu-

non conviene sulla possibilità dell'ipotesi, opposta a quella appena rappresentata, cioè di un contratto corrispettivo e gratuito, giacché ritiene che «tutti i contratti corrispettivi [...] potranno dirsi onerosi» (p. 412).

¹⁹⁰ Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 223. Ma, in senso contrario, decisamente, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 53; ID., *Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto*, cit., p. 145 s. e 146 ss.; aderendo a F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1974, p. 224; G. AMADIO, *Onerosità, gratuità corrispettività: il ruolo degli elementi accidentali*, cit., p. 412.

Ma, condivisibilmente, nel senso che l'onerosità esprime almeno «un vantaggio patrimoniale [che] è collegato ad un sacrificio di valore tale da essere comparabile al valore del vantaggio pur non essendo a questo corrispettivo»: Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 63 ss., ribadendosi, altresì, che il nesso di interdipendenza tra le prestazioni non è automaticamente espressivo (anche) dell'onerosità, bensì soltanto della corrispettività.

¹⁹¹ Una volta chiarito che l'equivalenza o, meglio, la proporzionalità tra le prestazioni, se è idonea, in quanto attinente ad un profilo propriamente economico (*id est*: all'acquisto del diritto), ad incidere sul carattere dell'onerosità/gratuità del titolo all'acquisto, non svolgerà, al contrario, alcun ulteriore riflesso sulla coppia corrispettività/non-corrispettività, se questa viene correttamente collocata sul crinale della qualificazione giuridica della fattispecie, sì che la rilevazione oggettiva del sinallagma tra le reciproche prestazioni è idonea (di là dai valori economici di ciascuna di esse, e salvo il caso limite della vendita *nummo uno* e della causa apparente) ad integrare la corrispettività, di là dai profili economici (dell'eventuale onerosità); ma, diversamente, come rilevato, AMADIO, *Onerosità, gratuità corrispettività: il ruolo degli elementi accidentali*, cit., p. 412.

¹⁹² Evidentemente nel testo si dà per assunto che la donazione possa avere ad oggetto non solo attribuzione di diritti (o, in altri termini, prestazioni *traslative*) ed assunzioni di obbligazioni di dare (la cui natura sarebbe di per sé sufficiente a segnare la distinzione da quelle di *facere* proprie dei contratti gratuiti), ma anche obbligazioni di *facere* in senso ampio. Cfr., G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 81 ss., spec., p. 87 ss.; D'ETTORE, *Gratuità, liberalità e scambio*, cit., p. 493 ss.

¹⁹³ Rispetto agli atti gratuiti la distinzione s'individuerebbe già nella struttura: *contrattuale* nella donazione, *unilaterale* negli atti.

¹⁹⁴ Anche G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 96-97.

scirebbe ad esprimere quelle precipue connotazioni specificative ed idonee a fondare tra essi un possibile profilo distintivo¹⁹⁵. Ed allora – scartato¹⁹⁶, per come si è innanzi verificato, il diffuso criterio¹⁹⁷ (variamente declinato) che imputa *funzionalmente* alla registrazione dell'interesse *non patrimoniale* del disponente la qualificazione contrattuale in termini di donazione/liberalità¹⁹⁸ e di quello *patrimoniale* la qualificazione in

¹⁹⁵ Cfr., sul punto, CHECCHINI, *Liberalità*, cit., p. 4.

¹⁹⁶ In termini critici anche BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 92 ss., 97 s., 101 s.; G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 87 ss.: «l'*animus donandi* appare criterio troppo evanescente e per altro non esclusivo della prestazione liberale, ma che potrebbe essere presente anche in altre e diverse figure di negozi gratuiti» (p. 92).

¹⁹⁷ Per tutti, CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 268 ss.; ID., *Liberalità*, cit., p. 4; in scia AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 16 ss.; sebbene in termini diversi, attribuisce «rilevanza [all'] elemento soggettivo nella qualificazione delle attribuzioni gratuite», anche D'ETTORE, *Liberalità, principio di gratuità ed esecuzione della promessa gratuita ed informale*, cit., p. 42, identificandolo nell'intento di arricchire *nullo iure cogente*.

¹⁹⁸ Per OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 76 ss., l'*animus donandi* o spirito di liberalità o intento liberale costituisce la causa della donazione; per BALBI, *La donazione*, cit., p. 15, la causa della donazione non è altro che la «rappresentazione degli effetti empirici del raggiungimento dell'arricchimento in senso giuridico» e l'*animus donandi* è elemento superfluo come nozione diversa dall'oggetto e della causa, esaurendosi nella stessa volontà di donare; per TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 221 s., la causa della donazione è l'arricchimento del donatario; notoriamente per CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 283 ss., nonché in ID., *Liberalità*, cit., p. 4, lo spirito di liberalità è «[e]lemento insopprimibile nella nozione di liberalità» e «consiste ... nell'intento consapevole di effettuare una disposizione di carattere patrimoniale a vantaggio di altri (art. 769 c.c.: disposizione di un diritto o assunzione di un obbligo) per soddisfare un interesse non patrimoniale del *tradens*»; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 495: «[l]o spirito di liberalità costituisce causa del contratto, che si giustifica in quanto diretto a realizzare un tipico interesse della vita di relazione, e cioè quello di disporre dei propri beni a beneficio altrui»; per CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 12, 19, 122 la «[c]ausa della donazione ... è un'attribuzione spontanea, senza corrispettivo, fatta dal donante al donatario per soddisfare propri interessi non patrimoniali»; sostanzialmente, CARNEVALI, voce *Donazione*, I, *Diritto civile, Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XIII, 2005, p. 1 ss., ID., *Donazione*, cit., p. 2, «l'interprete, per poter qualificare il negozio come donazione, deve accertare l'esistenza dell'intento di una parte, condiviso dall'altra, di arricchire quest'ultima per spirito di liberalità, mediante la disposizione di un suo diritto o l'assunzione di un'obbligazione»; per ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 416, lo spirito di liberalità «è un elemento essenziale del tipo donazione e quindi della causa di ogni donazione», inteso come «*intento di arricchire un altro disinteressatamente*» (corsivo originale), precisandosi che il concetto di interesse «va inteso in senso (direttamente o indirettamente) economico»; per GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2ª ed., 2002, p. 105 ss., si deve individuare nella liberalità la causa della donazione, sia pure arricchita dallo spirito di liberalità; per AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 16, la soddisfazione diretta dell'interesse non patrimoniale del disponente, oggettivo ed oggettivato, costituisce la causa della donazione; per V. BARBA, *Commento all'art. 769*, cit., p. 85 la «causa della donazione ... non si risolve in un intento, in una volontà, nell'arricchimento, ma soltanto in quella determinazione soggettiva del donante, che sola, quando sia obiettiva e obiettivata, consente all'ordinamento di superare la diffidenza ... di fronte a una prestazione liberale, spontanea, disinteressata»; lo spirito di liberalità costituisce la causa della donazione, altresì, per PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 5 ss.; ID., *Contenuto e forma*, cit., p. 45 ss. precisandosi che il medesimo deve essere oggettivato nel contratto (discutendo, in ossequio al diritto romano, di «*expressio causae*, vale a dire [dei] motivi delle parti oggettivati nell'atto», sottolineandosi che l'interesse del donante è causa dell'attribu-

termini di contratto gratuito – si è provato a collocare la linea tassonomica sul crinale delle prestazioni che *tipologicamente* caratterizzano gli specifici e tipici negozi gratuiti¹⁹⁹ (*id est*: sia quelli *essenzialmente* gratuiti; sia quelli *naturalmente* gratuiti) rispetto alla donazione. Sì che ove le parti avessero concluso un contratto non-corrispettivo coincidente contenutisticamente con le prestazioni già tipicamente contemplate in alcune figure legislative (comodato, mutuo gratuito, trasporto gratuito, deposito gratuito, ecc.), la donazione sarebbe rimasta definitivamente inconfigurabile. Al contrario, potrà qualificarsi come donazione (con una connotazione non già funzionalmente, bensì solo tipologicamente, residuale) quel contratto in cui le parti avessero *oggettivamente*²⁰⁰ programmato l'attribuzione di un diritto o l'assunzione di un obbligo (verso l'altra parte) senza corrispettivo e senza che le prestazio-

zione): ID., *Strutture e funzioni della liberalità*, in *Il principio di gratuità*, cit., p. 203 ss., spec., 207); per D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, cit., p. 107 ss. la causa della donazione s'identifica nell'intento pratico e comune dei contraenti a produrre l'arricchimento di uno di essi; per CASULLI, *Donazione*, cit., p. 971 s., la causa della donazione «è riposta nell'arricchimento del patrimonio altrui senza corrispettivo. E poiché deve essere tenuta presente dalle parti l'arricchimento del donatario deve essere coscientemente e liberalmente voluto dal donante e condiviso dal donatario con la sua accettazione nella donazione contrattuale», rivalutandosi, sia nella donazione tipica, sia nelle donazioni indirette, l'essenzialità dell'*animus donandi*: «la causa della donazione, sia diretta che indiretta, è riposta nell'arricchimento del patrimonio altrui compiuto per spirito di liberalità» (p. 973); per MANZINI, *«Spirito di liberalità» e controllo sull'esistenza della «causa donandi»*, cit., p. 419 ss., lo spirito di liberalità, inteso come interesse non patrimoniale del donante, costituisce (un elemento del)la causa della donazione che, per completarsi, deve altresì riferirsi all'interesse non economico a produrre un arricchimento per il beneficiario; per ERMINI, *Contratto di donazione*, in *Diritto civile*, cit., p. 406 s., la causa della donazione «si identifica con la volontà del donante, condivisa dal donatario, di arricchire spontaneamente e gratuitamente il beneficiario con uno specifico conferimento di utilità patrimoniali a questi favorevole». In termini generali, GALLO, *La causa della donazione*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, VI, *Le donazioni*, cit., p. 349 ss.

Per la assai nota opinione della donazione quale paradigma di contratto astratto, nel quale la forma solenne si sostituisce alla causa, già, originariamente, PEROZZI, *Intorno al concetto di donazione*, cit., p. 323 s., 542 s., 547 s.; ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940, p. 86 s.; poi magistralmente rielaborata da GORLA, *Il contratto. Lineamenti generali. Corso di diritto privato secondo il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954, p. 101 ss.; ID., *I problemi fondamentali del contratto*, Napoli, 2017, p. 98 ss.; SACCO, *La causa*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 812 ss., il quale, per la donazione, discute di «virtù giustificante [della] forma» e poi aggiunge che «[q]uando la causa è debole perché fondata su un desiderio soggettivo, la forma salva il negozio»; ARGIROFFI, *Il formalismo e la donazione*, cit., p. 147 ss.; MAZZONI, *Il dono è il dramma*, cit., p. 89; ma, in senso critico, già MANENTI, *Sul concetto di donazione*, cit., p. 354 ss.; e cfr., altresì, NAVARRETTA, *Europa cum causa*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2010, p. 323 ss.

¹⁹⁹ Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 162 ss.; già BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 383 ss.; R. LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, II, Padova, 1994, p. 215 ss.; ANGELONI, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, Padova, 1994, p. 196 ss.; ma, in senso diverso, D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, cit., p. 101 ss., 107 ss..

²⁰⁰ Evidentemente l'oggettivazione di cui nel testo non ha nulla a che vedere con il fenomeno dell'oggettivazione del contratto e/o della causa (cfr., BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale* (a cura di Alpa-Breccia-Lisserre), III, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, p. 54 ss.).

ni in esso modulate coincidano con quelle già prefigurate per altri tipi contrattuali (ed in assenza, evidentemente, di una prevaricazione o di un'altra ipotesi d'illiceità²⁰¹) nella contestuale registrazione di una «volontà non equivoca» delle parti. Invero, «la causa, come raccordo tra aspetti soggettivi ed oggettivi che presiedono e caratterizzano ogni regola negoziale, [è rappresentata dall']assenza [...] di specifiche, e palesi indicazioni di finalità soggettive, ulteriori e diverse da quelle oggettivamente espresse nel contenuto della regola»²⁰². Pertanto, «[d]onazioni e contratti cc.dd. gratuiti, pur appartenendo alla medesima categoria dei contratti a prestazioni non corrispettive, hanno una loro funzione atta ad individuarli»²⁰³, dovendosi escludere «dalla donazione tutte quelle ipotesi in cui l'oggetto della prestazione sia quello proprio di altri schemi tipici, già descritti e disciplinati dal legislatore»²⁰⁴, al pari dell'esclusione dei medesimi dall'ambito applicativo delineato dall'art. 809²⁰⁵. Senza che in nulla possa incidere sulla profilata distinzione la misura, in termini economici, dell'arricchimento eventualmente prodottosi²⁰⁶ e senza che l'entità e la natura dell'attribuzione patrimoniale, qualificata eventualmente dall'*animus donandi*, possano rilevare nella distinzione, contribuendo a mutare la natura dell'atto da gratuita a liberale²⁰⁷. La distinzione, in altri termini, se vuole assumere il ruolo che le compete, dovrà elaborarsi alla stregua di elementi logico-giuridici (corrispettività e non corrispettività; tipologia delle prestazioni) e non economici-fattuali (gratuità e onerosità), la cui valutazione sarebbe improrogabilmente rimessa alle parti o all'interprete.

Resterebbe, invero, da analizzare l'ammissibilità, la qualificazione giuridica e la collocazione sistematica di ulteriori ipotesi che parte della dottrina riconduce al negozio gratuito atipico²⁰⁸, nel quale – tendenzialmente – alla non corrispettività si

²⁰¹ BRECCIA, *Causa*, cit., p. 5 ss., 11 ss., 20 s.

²⁰² G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 79 s.

²⁰³ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 162

²⁰⁴ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 170; colloca, invece, la distinzione sul profilo dell'interesse patrimoniale o non patrimoniale del disponente, CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti*, cit., p. 252 ss., anche se l'autore ritiene che qualora le parti avessero scelto, quale mezzo per soddisfare i reciproci interessi, una «struttura determinata, legislativamente prevista come idonea ad identificare un tipo negoziale», allora, in questo caso, «il contratto ricadrà nella figura di un contratto tipico essenzialmente gratuito, come il comodato, o occasionalmente gratuito, come il deposito o la fideiussione e così via».

²⁰⁵ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 55, il quale, con riferimento all'art. 809, giudica «arduo ipotizzarne l'applicazione ai contratti il cui tipo è connotato dalla non corrispettività delle prestazioni» perché, questi ultimi, o integrano i tipi di contratti (essenzialmente o naturalmente) gratuiti o rappresentano una donazione.

²⁰⁶ BIONDI, *Le donazioni*, cit., 921 ss.; CARNEVALI, *Donazione*, cit., p. 1; ID., *Donazione, Postilla di aggiornamento*, cit., p. 1; ID., *Le donazioni*, cit., p. 487 ss.; GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale*, cit., p. 77 ss.

²⁰⁷ Cfr., D'ETTORE, *Gratuità, liberalità e scambio*, cit., p. 494 ed ivi ulteriori richiami di dottrina, spesso indicandosi (quale vicenda donativa e non gratuita) l'ipotesi di un comodato immobiliare in cui il godimento è concesso su un immobile di valore e 'per un tempo considerevole'.

²⁰⁸ MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 914 ss., 926 ss.; L. BOZZI, *Alla ricerca nel contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 209 ss.; BRECCIA, *Causa*, cit., p. 23 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema*

coniugherebbe un interesse patrimoniale (o apprezzabile in termini economici) del disponente idoneo a collocare al di fuori della donazione la singola fattispecie²⁰⁹. La questione – che involge delicatissime prospettazioni teoriche, incidendo sulla limitrofa vicenda della possibile distinzione tra donazione propria e adempimento di un'obbligazione naturale²¹⁰ – non potrà qui essere approfondita. Eppure si crede di poter recuperare dalle precedenti considerazioni critiche, in tema sia di spirito di liberalità, sia della (pretesa) distinzione tra interesse patrimoniale e non patrimoniale (e della sua ipotizzata, ma qui respinta, capacità discriminatoria), i profili di un possibile ulteriore sviluppo della ricerca nell'evidenziare la fragilità di una categoria (quale quella del negozio gratuito atipico) che si ritenga di poter organizzare intorno a criteri sostanzialmente riconducibili alla sfera soggettiva delle parti²¹¹ e così considerare non «immotivata [quella] propensione a “costringere” ogni attribuzione compiuta senza corrispettivo entro il modello della donazione»²¹². Sennonché, non potrebbe non rilevarsi, all'un tempo confermando quell'evocata complessa problematicità²¹³, che se è vero che «l'incongruenza, nella quale, così concepita, questa categoria finisce per cadere, ha origine in un ambito dell'agire donativo che, invece, si dimostra del tutto indipendente dal suo “movente” e nell'idea (incompatibile) di sottrarvi uno spazio “atipico” definito soltanto dal “movente” dell'interesse economico, ossia da un “movente” che, di per sé, non può dirsi fuoriesca da uno spirito liberale che dal punto di vista motivazionale l'ordinamento ha costruito come assolutamente “neutro”»²¹⁴, è anche vero come si sia da tempo significativamente revocato in dubbio che l'alternatività tra «lo schema corrispettivo [e quello] liberale»²¹⁵ sia capace di esaurire le possibili «*giustificazioni causali idonee* a consentire lo svolgimento dell'effetto attributivo». E così schiudere alla generale figura del *negozio attributivo atipico*²¹⁶, portante «un'attribuzione compiuta senza corrispettivo

della causa e del tipo, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, *Regolamento*, II, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 115 ss., 120 ss.; D'ETTORE, *Gratuità, liberalità e scambio*, cit., p. 504 ss.; intuizioni in CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 254 ss.; ma, in senso critico, M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 403 ss., 414 ss.

²⁰⁹ Cfr., CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti*, cit., p. 252 ss.; Id., *L'interesse a donare*, cit., p. 252 ss.

²¹⁰ In merito le importanti perplessità di G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 36 ss.; più nettamente orientato CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 14 ss.

²¹¹ Così, anche, M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 407 ss.

²¹² Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 172.

²¹³ Importanti gli studi di MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, cit., p. 159 ss.; GALASSO, *Il principio di gratuità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 205 ss.

In giurisprudenza, la nota Cass., 20 novembre 1992, n. 12410, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1506 ss., con nota di CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*; in *Corr. giur.*, 1993, p. 174 ss., con nota di V. MARICONDA, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*.

²¹⁴ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 414.

²¹⁵ DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 290 ss., anche per il successivo virgolettato (corsivo già presente); aderisce, più di recente, C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa e del tipo*, cit., p. 120 ss.

²¹⁶ DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 293 ss.; aderisce, CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 61 ss., 65 ss. E, tuttavia, non può non osservarsi che questa dottrina (al pari di

e al di fuori dello schema donativo, ma comunque provvista di un'adeguata funzione»²¹⁷ idonea a renderla, nel vaglio della meritevolezza degli interessi, compatibile con il principio di causalità del nostro ordinamento giuridico.

Conviene, qui, in ogni caso, ribadire che la non-corrispettività, quale elemento di qualificazione funzionale del regolamento di interessi²¹⁸, non richiede ulteriori specificazioni in quanto inevitabilmente (senza la necessità di rinviare allo spirito di liberalità) postula un accordo contrattuale nel quale essa rinviene fondamento originante, con una conseguente inevitabile consonanza di interessi tra i contraenti nella programmazione di un'attribuzione patrimoniale (o dell'assunzione di un'obbligazione) senza corrispettivo. Salvo rinvenire, nel medesimo regolamento, quelle ulteriori indicazioni (*id est*: prestazioni, in senso ampio) che specificassero la presenza della deduzione di prestazioni anche per il donatario, sì da poter selezionare il condiviso intento oneroso o gratuito.

10. Le conclusioni raggiunte consentono di conseguire una più rigorosa sistemazione, alla stregua delle opzioni metodologiche adottate dal legislatore codicistico, in merito alla qualificazione giuridica (ed all'applicazione della relativa disciplina) di alcune figure di confine che hanno suscitato, non da ora, dibattiti assai vivaci: *a*) la donazione modale; *b*) la donazione mista; *c*) le liberalità non donative:

a) Con riferimento alla prima²¹⁹, alla quale peraltro si è già accennato, si potrà – senza più dubbi pirandelliani²²⁰ – comprendere che essa è contratto oneroso e a prestazioni non corrispettive, con il che, per un verso, ne esce confermata definitivamente la sua riconduzione nell'ambito della figura della donazione di cui all'art. 769²²¹ (dissolvendo ogni residua perplessità sulla possibile configurazione di una 'donazione corrispettiva' che, nelle trame dell'indagine sopra condotta, si rivelerebbe per ciò che è: una

quanto già sosteneva ASCOLI, *Tratt. delle donazioni*, cit., p. 73 che rivalutava il ruolo dell'*animus donandi* nel tracciare il profilo di distinzione tra la donazione ed il contratto a prestazioni corrispettive, ma non liberali), per sostenere quanto riferito nel testo, non potrebbe non recuperare – al fine di fondare la distinzione tra attribuzione gratuita atipica e donazione propria – un'essenzialità qualificatoria proprio a quello spirito di liberalità che sopra si è, al contrario, decisamente cercato di ridimensionare; sia pure riformulato, con riferimento al contratto gratuito atipico, in termini di «vantaggio patrimonialmente rilevante del disponente» (C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa e del tipo*, cit., p. 121; CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, cit., p. 1514); GATT, *Donazione e liberalità*, cit., p. 1179.

In giurisprudenza, Cass., 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.*, 2002, p. 1836 ss., con nota di ORTOLANI, *La ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di adempimento, risoluzione e risarcimento del danno per inadempimento contrattuale dopo le Sez. Un. n. 13553/2001*.

²¹⁷ DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 296.

²¹⁸ Sostanzialmente, BALBI, *La donazione*, cit., p. 41, per il quale «l'arricchimento e l'impovertimento non sono affatto caratteristica del contratto di donazione, e talvolta possono persino mancare [...] è essenziale che il donante intenda attribuire al donatario, e quindi gli faccia acquistare un diritto patrimoniale senza corrispettivo».

²¹⁹ Sulla quale tra gli interventi più recenti, A. MARINI, *Donazione modale*, cit., p. 285 ss.; CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., p. 845 ss.

²²⁰ Ai quali allude PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 341 s.

²²¹ Cass., 28 giugno 2005, n. 13876, cit.

contraddizione²²²), dalla quale pure era stata autorevolmente estratta²²³ perché, in ipotesi, incompatibile per l'assenza dei suoi elementi costitutivi: lo spirito di liberalità e l'arricchimento; per l'altro, che l'onerosità (e, dunque, l'apposizione del *modus*) in nulla si rileverà incompatibile con la donazione (e con i pretesi elementi costitutivi: intento liberale e arricchimento), se è vero che proprio nella figura della donazione modale se ne individua, giustappunto, l'ipostasi positiva. Dunque, la donazione modale resta appartenente al modello della donazione²²⁴, costituendone una mera variante; resta, altresì, un contratto (a titolo) oneroso ma (*funzionalmente*) non corrispettivo²²⁵.

b) Anche in merito alla – se si vuole ancor più dibattuta – questione inerente all'inquadramento giuridico del *negotium mixtum cum donatione*²²⁶, la riferita sistemazione delle coppie concettuali onerosità/gratuità e corrispettività/non-corrispettività contribuisce a spiegare una figura che, sì come alla loro stregua ordinata, si rivela decisamente più comprensibile, riuscendo a dimostrare la sostanziale *mentitorietà*²²⁷ della formula con la quale viene comunemente evocata. Invero, la donazione mista resta pur sempre segnata, nella qualificazione della sua funzione, dalla corrispettività (propria della compravendita o di altri contratti di scambio), recuperandosi, invece, ai profili effettuali (sostanzialmente economici), propri dell'acquisto del diritto (e della corrispondente perdita), il *titolo* gratuito (che si unisce a quello oneroso), in ragione della *sproporzione* tra le prestazioni individuate nel regolamento di interessi (evidentemente *convenuta e consapevole*²²⁸, ma, si badi, senza alcuna ulteriore necessità di ipotizzare un esplicito o manifesto accordo sull'intento liberale ovvero sull'interesse non patrimoniale del disponente). Essa sarà, allora, sempre un contratto (*funzionalmente*) corrispettivo e (*effettualmente*) gratuito (o parzialmente gratuito in ragione della più o meno notevole differenza di valore tra le prestazioni).

E se potrà condividersi l'affermazione per cui nella delineata figura «si combin[a] no i caratteri propri della donazione e di un contratto con prestazioni corrispettive»²²⁹

²²² Conferma l'incompatibilità tra «liberalità e scambio», AMADIO, *Onerosità, gratuità corrispettività: il ruolo degli elementi accidentali*, cit., p. 419 aggiungendo come tra esse la «relazione sia di esclusione reciproca».

²²³ GRASSETTI, *Donazione modale e donazione fiduciaria*, cit., p. 20 ss.

²²⁴ TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 339; notoriamente, in senso contrario, GRASSETTI, *La donazione modale e fiduciaria*, cit., p. 23, 40.

²²⁵ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 78; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 119 (ma anche 49 ss.), per il quale la donazione modale è un contratto «con prestazioni a carico di entrambe le parti, ma non contratto a prestazioni corrispettive»; diversamente, D'ETTORE, *Gratuità, liberalità e scambio*, cit., p. 532.

²²⁶ I riferimenti sarebbero numerosissimi; ci si limita ad indicarne soltanto alcuni: GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., *passim*, spec., 174 ss., 179 ss.; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 54 ss., 59 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 352 ss., spec., p. 361 ss.

²²⁷ Prendendo a prestito il linguaggio di MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, p. 180; SACCO-ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*⁶, in *Tratt. dir. comp.*, Torino, 2015, p. 5 ss.

²²⁸ Cass., 21 ottobre 1992, n. 11499; Cass., 23 febbraio 1991, n. 1931; Cass., 21 novembre 1988, n. 6411, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 1897 ss.; Cass., 27 febbraio 1986, n. 1266; Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 935 ss.

²²⁹ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 59.

– sia pure premurandosi di tenere distinti i rispettivi ambiti di incidenza: il riferimento alla donazione rinvia al titolo gratuito dell’acquisto, nelle trame dell’effettualità economica; l’indicazione della corrispettività rimanda alla qualificazione funzionale della fattispecie – non potrà pure condividersi l’ulteriore affermazione per cui sarebbe «indispensabile, per la configurabilità di una donazione mista, che l’accordo sulla realizzazione di una liberalità sia entrato a far parte della struttura (propriamente del contenuto) del contratto con prestazioni corrispettive nel quale si inserisce, in modo da modificarne la funzione»²³⁰.

Invero – anche a tralasciare le censure che si sono sopra formulate all’idea che richiede un autonomo, rilevante ed esplicito accordo sull’interesse liberale²³¹ che non sia già *oggettivamente* (ma anche meramente) rilevabile dall’assetto degli interessi *concordato* tra le parti²³² e quelle che possono formularsi al suo preteso diverso atteggiarsi: *i)* nelle donazioni tipiche contribuirebbe a costituire la funzione; *ii)* nelle donazioni indirette varrebbe come scopo/motivo ulteriore ed *eccezionalmente*²³³ rilevante, effetto specificante dell’atto e, quindi, non idoneo «a caratterizzare la funzione del contratto, che [rimane] invece connotata dalla corrispettività»²³⁴; *iii)* e, ancora, nella donazione mista, nella cui struttura esso penetrerebbe «in modo da modificarne la funzione»²³⁵ sia pure assumendo a rilevanza soltanto mercé un’«espressa enunciazione nel testo contrattuale»²³⁶ – nella figura in parola la causa rimane sempre connotata specificamente ed essenzialmente dalla corrispettività, senza la prefigurazione di alcuna possibile ulteriore concomitanza funzionale. Sì che dovrà respingersi²³⁷ sia quella ipotizzata mistione, con la relativa ipotesi della duplice sussumibilità, «tra causa della

²³⁰ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 59 ss.; Id., *La donazione mista*, cit., p. 16 ss.; CARNEVALI, *Liberalità*, cit., p. 220; sostanzialmente in questi termini CHECCHINI, *L’interesse a donare*, cit., p. 304 ss., 317, il quale dichiara espressamente che la donazione mista è riconducibile alla figura del contratto misto.

²³¹ Ne ribadisce la necessità, di recente, M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 361, 366 che riporta l’orientamento prevalente (dottrinale e giurisprudenziale) che richiede un espresso accordo tra le parti sull’*anumus donandi* e sulla produzione del beneficio liberale, pena, finanche, la nullità dell’atto; insiste particolarmente, TORRENTE, *La donazione*, cit., 51 ss.; Cass., 29 settembre 2004, n. 19601, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 642 ss.

²³² Puntualmente Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 189 che ribadisce come «l’intento liberale [rimane] estraneo alla funzione donativa».

²³³ Per espressa previsione normativa che rende rilevante il motivo dell’agire: CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 57; già CHECCHINI, *L’interesse a donare*, cit., p. 302 ss., 305; ma *contra* GATT, *Onerosità e liberalità*, cit., p. 661.

²³⁴ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 54 ss., spec. 57; e, parimenti, A. CHECCHINI, *Liberalità*, cit., p. 5; *contra*, G. AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 16 ss. che ritiene di individuare nell’interesse non patrimoniale del disponente la causa di ogni liberalità (sia donativa, sia diversa).

²³⁵ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 60; M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 367 ss.; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 502, 571 ss.

²³⁶ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 365, 367; parimenti, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 59. È bene precisare che entrambi gli autori si pronunciano nel riferito senso esclusivamente in margine alla problematica della donazione mista e non a quella della più ampia categoria delle donazioni indirette.

²³⁷ Per la critica, Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 131 ss.

donazione (*causa donandi*) e causa del contratto con essa commista»²³⁸, sia quell'ulteriore notazione per cui, trasmigrandosi dalla qualificazione formale-giuridica al profilo quantitativo delle prestazioni, occorrerebbe «andare alla ricerca di non semplici criteri quantitativi, in modo da qualificare come donazione mista i casi in cui il corrispettivo conserva un ruolo effettivo e, invece, come donazione modale i casi in cui il “corrispettivo” (in realtà *modus*) è del tutto esiguo ed irrisorio»²³⁹.

Nella donazione mista, in altri termini, non possono «convivere due minime unità effettuali [...] quella della vendita o di altro contratto di scambio con quella della donazione, che per essere caratterizzate rispettivamente dalla corrispettività e dalla non corrispettività delle attribuzioni sono tra loro inconciliabili»²⁴⁰. Ciò perché, come già indicato, «[a] fine della qualificazione non possono essere desunte utili indicazioni dall'esistenza di prestazioni a carico di entrambe le parti, ma soltanto dal modo in cui esse si pongono; la sinallagmaticità è assente nella donazione modale, anche quando il *modus* [si rivelasse l']unica giustificazione [della] prestazione del donante, [si da impedire] qualsiasi identificazione con il contratto a prestazioni corrispettive»²⁴¹. Con la connessa, principale conseguenza che, rifiutata la teoria del negozio misto²⁴² (con la relativa problematica dell'opzione metodologica inerente all'individuazione della disciplina mercé il ricorso al cd. criterio della prevalenza o dell'assorbimento²⁴³, a quello della 'combinazione'²⁴⁴ o, ancora, a quello

²³⁸ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 61; sostanzialmente, CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 502, 571 ss.; ID., *Donazione*, cit., p. 7.

²³⁹ CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 572, sebbene il medesimo pare rivedere la sua posizione in TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 51 ss.; individua anche nella valutazione economica delle prestazioni la possibile distinzione tra donazione modale e contratto di scambio, D'ETTORE, *Gratuità, liberalità e scambio*, cit., p. 530, 532; nel medesimo senso GATT, *Onerosità e liberalità*, cit., p. 685; SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 21 ss. Quel che qui deve, di contro, ribadirsi è che se il profilo economico contribuisce a qualificare il titolo dell'acquisto, il medesimo non può anche incidere sulla qualificazione giuridica dell'atto idoneo a produrlo, perché se questo è fondato causalmente sulla corrispettività non potrà mai qualificarsi come donazione modale, per l'incompatibilità che intercorre tra la corrispettività e la liberalità (intesa quale non corrispettività), di là da ogni valutazione economica delle prestazioni (e dall'incertezza che essa è idonea a generare).

²⁴⁰ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 174, già SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano, 1962, p. 75 ss.; D'ETTORE, *Gratuità, liberalità e scambio*, cit., p. 517 ss.; ID., *Liberalità e scambio. La donazione mista*, cit., p. 150 ss.; Nettamente contraria, una nutrita ed autorevole schiera di interpreti: M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 565; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 226; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Milano, 1993, p. 72 ove si evidenzia come nella donazione mista «la funzione di liberalità rileva proprio sul piano della giustificazione causale»; CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 61; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 573: «è innegabile che la donazione mista attua contemporaneamente due funzioni, quella di scambio e quella gratuita».

²⁴¹ GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 175.

²⁴² Cfr., Cass., 25 maggio 1999, n. 5265; Cass., 10 aprile 1999, n. 3499; Trib. Milano, 20 marzo 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 748 ss.

²⁴³ Cass., 25 maggio 1999, n. 5265, cit.

²⁴⁴ Già DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934, p. 113 ss.; A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, p. 259 ss.

della 'doppia sussumibilità'²⁴⁵), il *negotium mixtum cum donatione* ritroverà la sua collocazione nella (ampia e non unitaria) categoria (effettuale ed economica) delle donazioni indirette²⁴⁶ (e non anche in quella del negozio indiretto²⁴⁷). Occorrendo

²⁴⁵ A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 82 ss., 103; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 573.

In generale con riguardo alle diverse teorie, ampiamente, Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 115 ss.; SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, p. 290 ss.

²⁴⁶ Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 189, sul fondamento, qui condiviso, che la causa della figura in esame non viene alterata (e/o modificata) dalla produzione dell'arricchimento a favore di una delle parti: la causa, invero, rimane (sempre e soltanto) connotata dalla funzione della corrispettività, svolgendosi quell'ulteriore profilo effettuale (che conduce alla definizione del negozio come donazione mista) sul titolo dell'acquisto (e, dunque, su un profilo puramente economico, per quanto necessario ai fini dell'individuazione della disciplina giuridica applicabile, alla stregua delle indicazioni che sovengono, altresì, dall'art. 809); TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 51 s. Cfr., la sintesi di St. ROMANO, *Donazione indiretta e negozio indiretto a confronto*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 607 ss.

Cfr., M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 374 ss., il quale, del tutto coerentemente, argomenta nel senso della riduzione dell'area di incidenza della categoria delle donazioni indirette che sarebbe idonea a ricomprendere *esclusivamente* quelle ipotesi in cui l'effetto (ulteriore) dell'arricchimento si produca mercé l'intervento (realizzatorio-esecutivo) di un terzo, là dove nelle altre ipotesi, in cui quest'effetto si producesse *direttamente* tra le parti, l'evocata categoria non avrebbe ragione di essere richiamata (d'altra parte, verrebbe di osservare, in un rapporto che si esaurisce tra le parti contrattuali, se si esclude, tra le donazioni indirette, proprio la donazione mista, riqualificandola come donazione *diretta*, riesce difficile individuare altre ipotesi che, non riconducendosi a questa, potrebbero integrare quelle indirette). Nelle prime ipotesi (che l'autore individua, tra le altre, nell'adempimento del terzo, nel contratto a favore di terzo, nella rendita vitalizia a favore di terzo, ecc.) «non è che vi si dà un effetto donativo che oltrepassa lo scopo tipico dello schema negoziale adottato, bensì che, al contrario, vi si dà un'attribuzione gratuita che è propria del tipo utilizzato (o di una sua prevista variante), la quale, però, perviene al beneficiario indirettamente, e cioè attraverso un dispositivo – per così dire – trilatero che prevede la mediazione di un terzo soggetto»: per l'effetto l'osservanza del requisito della forma pubblica non è dovuta giacché il legislatore ha inteso «separare la disciplina dei rapporti tra donante e donatario [cd. rapporto di valuta] dalle sorti del rapporto tra il donante ed il contraente che, dietro compenso del donante, provvede ad attuare il beneficio del donatario»; nelle seconde vicende, al contrario, il rapporto resta tutto concentrato in quello bilaterale tra donante e donatario, con il che la causa donativa penetra in quella del negozio prescelto dalle parti per procurare ad una di esse un arricchimento che si titola in ragione dell'espressa manifestazione dell'intento liberale, attuando una donazione *diretta*, con la conseguente imposizione della forma pubblica solenne (cfr., altresì, p. 379).

Nel senso del testo, il prevalente e più moderno indirizzo giurisprudenziale: Cass., 18 luglio 2019, n. 19440; esemplare Cass., 17 novembre 2010, n. 23215, in *Trusts*, 2011, p. 272 ss., con nota di M. DI PAOLO, *La forma della donazione mista*; Cass., 3 novembre 2009, n. 23297; Cass., 29 settembre 2004, n. 19601, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 642 ss.; Cass., 16 marzo 2004, n. 5333, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 199 ss.; Cass., 21 gennaio 2000, n. 642, in *Notariato*, 2000, p. 514 ss., con commento di M. CACCAVALE, *La donazione mista: profili ricostruttivi e rilevanza normativa*; Cass., 10 aprile 1999, n. 3499, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 2017 ss.. Ma in senso contrario, Cass., 16 aprile 2002, n. 5461, in *Giur. it.*, 2002, p. 1644 ss., con nota di Burzio, *Brevi note sul trasferimento di diritti patrimoniali d'autore mediante donazione*; Trib. Trani, 13 marzo 2018: «[i]l *negotium mixtum cum donatione* costituisce una donazione indiretta attuata attraverso l'utilizzazione della compravendita al fine di arricchire il compratore della differenza tra il prezzo pattuito e quello effettivo, per la quale non è necessaria la forma dell'atto pubblico richiesta per la donazione diretta, essendo invece sufficiente la forma dello schema negoziale adottato».

²⁴⁷ In questo senso possibilista CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 58, il quale pure per la donazione mista argomenta nel senso della figura riconducibile al negozio diretto; cfr., altresì, CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 571. Ma in termini critici, MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici, con particolare riguardo ai contratti*, cit., p. 296; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 7; A. VENDITTI, *Sulla rinunzia quale forma*

precisare che la forma che dovrà rivestire il contratto sarà quella *positivamente* prevista per il regolamento di interessi (con funzione corrispettiva) che le parti avessero inteso concludere²⁴⁸ (e che pure contribuisce, nei profili economici, a realizzare un arricchimento per una di esse), non integrandosi (stante, giustappunto, la corrispettività) la funzione (e, dunque, la necessità di imporre la forma) propria della donazione tipica²⁴⁹ (la cui qualificazione, come ormai acquisito, si rinviene nella 'non corrispettività').

La donazione mista, dunque, è *sempre* un contratto corrispettivo²⁵⁰ e gratuito, là dove la prima predicazione contribuisce alla qualificazione *indeclinabile*²⁵¹ ed unitaria della sua la funzione; la seconda segna la specificazione dell'acquisto (*id est*: effetto dell'effetto del trasferimento), contribuendo all'individuazione della disciplina

di donazione indiretta, in *Vita not.*, 1955, p. 609; M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 369 ss.; Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 188 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 61 ss.; ID., *Il contratto*, cit., p. 481 e 486.

È bene tuttavia precisare che in dottrina non si rinviene una precisa e puntuale ricognizione delle formule 'donazione indiretta' e 'negozio indiretto', spesso lasciandole coincidere (in tal senso D'ETTORE, *Liberalità e scambio. La donazione mista*, cit., p. 204 ss.), al punto che – nell'analisi della figura di confine della donazione mista – le censure vengono mosse proprio postulando una interscambiabilità giuridica tra esse. Qui, al contrario, prendendo spunto da Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 188 ss., si ribadisce la distinzione che corre tra esse: altro è la donazione indiretta, altro il negozio indiretto: se, con quest'ultima ipotesi (sia pure assai discussa) si farebbe riferimento al caso in cui un contratto venga adoperato dalle parti al fine di conseguire uno scopo diverso da quello proprio del tipo contrattuale adottato, con la prima – ribadendo la distinzione tra profilo funzionale (giuridico) e profilo effettuale (economico) – si intende far riferimento a tutte quelle innumerevoli ipotesi in cui le parti nel modulare (nel profilo causale) un assetto di interessi alla stregua della corrispettività (che *normalmente* tende all'onerosità), intendono, altresì, produrre un effetto di arricchimento (economico) per una di esse (gratuità) provocando – concordemente e consapevolmente – una sproporzione tra le previste prestazioni (avvinse dal vincolo del sinallagma) e, producendo, solo *effettualmente*, una donazione che, pertanto, viene individuata come indiretta (in quanto, appunto, non fondata sulla funzione del negozio che pure quest'effetto è idoneo a produrre: «nelle donazioni indirette ciò che emerge è il profilo economico del rapporto e non la fattispecie»: Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 189).

²⁴⁸ Cass., 17 ottobre 2010, n. 23215, cit.; Cass., 3 novembre 2009, n. 23297, cit.; Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955, in *I contratti*, 2007, con nota di CERIO, *Congruietà dello scambio e negotium mixtum cum donazione*; Cass., 23 febbraio 1991, n. 1931; Cass. 9 dicembre 1982, n. 6723.

²⁴⁹ Gu. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 174 s.; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 51 ss., 81; GATT., *Onerosità e liberalità*, cit., p. 665 s.; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 261; F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma*, cit., p. 50 ss.; MORETTI, *Commento all'art. 809*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle donazioni (artt. 769-809)*, a cura di Bonilini, cit., p. 597; contra, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 59 ss.; ID., *La forma del «negotium mixtum cum donazione»*, cit., p. 201; M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 366 s., 370, 373; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 574.

²⁵⁰ Sempreché, ovviamente, le parti, nel modulare i loro rispettivi interessi, avessero legato con il vincolo della sinallagmaticità le reciproche prestazioni; diversamente, come dovrebbe ormai essere chiaro, la funzione del negozio resterebbe conformata dalla non-corrispettività.

²⁵¹ Se, in altri termini, la funzione diventasse la non-corrispettività ci si collocherebbe immediatamente nell'area dei negozi gratuiti e della donazione contrattuale tipica.

che s'imputa, giustappunto, al *titolo* dell'acquisto. L'onerosità non originerà (esclusivamente) dalla corrispettività, sì come la gratuità non genererà (esclusivamente) dalla non corrispettività.

Ed allora, e conclusivamente, nessuna perplessità²⁵² dovrà persistere in merito alla distinzione tra le figure della donazione modale e della donazione mista: se entrambe sono *normalmente* idonee a realizzare il risultato economico dell'arricchimento nel patrimonio del rispettivo beneficiario, sono tuttavia connotate da differenti profili causali: *segnata* dalla *non corrispettività* la prima e dalla *corrispettività* la seconda.

c) Alla stregua delle considerazioni svolte si potrà – infine e sinteticamente – meglio scriminare il profilo essenziale delle figure contrattuali riconducibili alla più generale categoria delle liberalità indirette (ulteriormente realizzabili, nei profili effettuali, sia con negozi unilaterali sia con attività non negoziali), in una questione che da sempre si rinnova, fin dalla *lex Cincia*, nell'individuazione delle coordinate applicative del divieto di donazione tra coniugi in relazione alle diverse attribuzioni gratuite tra essi effettuate mediante l'utilizzo di diversi strumenti giuridici.

Tutte queste liberalità non donative si specificheranno in ragione di un regolamento di interessi che, nella consapevolezza delle parti (nel ribadirsi la non necessità di un accordo sulla liberalità, più o meno espresso e/o condiviso), unisca una funzione (essenzialmente) corrispettiva²⁵³ e un effetto (prevalentemente, non anche esclusivamente) gratuito a favore dell'altra parte o di un terzo beneficiario. Dunque, soltanto il profilo effettuale del *titolo* dell'acquisto avvicinerà tali figure alla donazione (predicandone una comunanza di disciplina), là dove il profilo funzionale segnerà la netta distinzione tra esse: le prime corrispettive; la seconda paradigma della non corrispettività²⁵⁴.

Resteranno allora sullo sfondo i diversi tentativi condotti per l'individuazione nell'ampia categoria delle donazioni indirette ora²⁵⁵ di una causa del tutto assimila-

²⁵² Che inducono, in una differente prospettiva, D'ETTORE, *Gratuità, liberalità e scambio*, cit., p. 533 ss. ad intraprendere un difficile cammino alla ricerca di criteri distintivi tra le figure di cui nel testo che sovrappone quelli di natura giuridica a quelli di natura propriamente economica; cfr., altresì, CARNEVALI, *La donazione modale*, cit., p. 169 ss.; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 52 s.

²⁵³ Precisa, opportunamente e lucidamente, CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 55 che «[g]li effetti che la norma [art. 809, nda] riconduce a tali liberalità sono, peraltro, di natura tale da rendere arduo ipotizzarne l'applicazione ai contratti il cui tipo è connotato dalla non corrispettività delle prestazioni. Ciò basta ad escludere che il legislatore abbia potuto avere riguardo, nel dettare la norma, a tali contratti [...] Sì che la distinzione tra la donazione e i contratti ricompresi nella previsione dell'art. 809, c. 1° appare netta, avendo la prima funzione non corrispettiva».

²⁵⁴ Così anche GATT, *Onerosità e liberalità*, cit., p. 662, la quale – sia pure con il ricorso ad una distinta nomenclatura – sottolinea «l'indipendenza della causa liberale dall'effetto liberale». Sul punto, altresì, D'ETTORE, *Liberalità, principio di gratuità ed esecuzione della promessa gratuita ed informale*, cit., p. 42 ed ivi nota 41.

²⁵⁵ MANZINI, «Spirito di liberalità» e controllo sull'esistenza della «causa donandi», cit., p. 419 ss.; AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, cit., p. 16 ss.; ID., *Onerosità, gratuità corrispettività: il*

bile a quella delle donazioni dirette e che nell'indice selettivo dell'interesse non patrimoniale avrebbero rinvenuto il fondamento funzionale delle rispettive operazioni negoziali (per quanto il medesimo, con un surrettizio processo svalutativo, dalla *condivisione* nella donazione tipica avrebbe finito per esaurirsi nella mera *percezione* nelle figure delle donazioni indirette); ora²⁵⁶ di una corrispettività che, nel persistente riferimento alla non patrimonialità dell'interesse, si unisce all'eccezionale rilevanza di un motivo (*id est*: l'intento liberale) idoneo a provocare la realizzazione di un effetto di arricchimento, ma, perciò stesso, «non atto [...] a caratterizzare la funzione del contratto, che è invece connotata dalla corrispettività»²⁵⁷.

11. Non è dato sapere, né prevedere se le donazioni, al pari di ogni (*pseudo*-) concetto²⁵⁸ giuridico²⁵⁹, almeno nell'escludente dimensione della giuridicità²⁶⁰, «continueranno a vagare, come istituti in pena, per le varie parti del sistema, senza trovare requie in nessuna»²⁶¹. O se riusciranno a ritrovare (sia pure *momentaneamente*, con quella virtuosa instabilità che, in una alla *storicità*, assiste le categorie giuridiche²⁶² nell'incessante processo evolutivo) una più «serena collocazione»²⁶³, stanti le rinnovate perplessità in margine alla sua stessa origine storica²⁶⁴ e la puntuale notazione per cui il relativo modello giuridico «è certamente uno dei più restii a innovazioni o a modifiche concettuali e normative»²⁶⁵.

Certo è che lo sforzo profuso da numerosi giuristi, dall'elevatissimo ingegno e appartenenti ad ogni generazione, nel tentativo di coniugare il *quid essentiae* della donazione con la sua sempre rinnovata (a partire almeno da quella *napoleonica*) de-

ruolo degli elementi accidentali, cit., p. 413. In senso contrario, GATT, *Onerosità e liberalità*, cit., p. 655 ss., 662 ss. Ma sostanzialmente in tal senso già OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 76 ss., 97 ss. e CHECCHINI, *Liberaltà*, cit., p. 2.

²⁵⁶ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 55 ss.; CHECCHINI, *Liberaltà*, cit., p. 5.

²⁵⁷ CATAUDELLA, *La donazione*, cit., p. 57.

²⁵⁸ Chiaro, e non necessitante di ulteriori specificazioni, il riferimento al pensiero di CROCE, *Lineamenti di una logica come scienza del concetto puro* nonché ID., *Logica come scienza del concetto puro* (1905), 8 ed., Bari, 1958, p. 13 ss., per il quale i concetti giuridici sono privi di carattere logico, ma sono di grande utilità (organizzano le nostre esperienze ed aiutano la nostra memoria); sul tema, specificamente, torna IRTI, *La polemica sui concetti giuridici*, in ID., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 51 ss.

²⁵⁹ IRTI, *Presentazione*, in *La polemica sui concetti giuridici*, cit., p. V: «[i] concetti giuridici non hanno pace»

²⁶⁰ In termini più ampie le belle pagine di C.M. MAZZONI, *Il dono è il dramma. Il dono anonimo e il dono dispo-*
tico, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 515 ss.

²⁶¹ BONFANTE, *Addizione*, II, in BAUDRY-LACANTINERIE e COLIN, *Delle donazioni fra vivi e dei testamenti*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile* (trad. it., a cura di P. Bonfante-G. Pacchioni-A. Saffa), II, Milano, s.d., p. LIV.

²⁶² Sulle quali, da ultimo, l'opera sistematizzatrice di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Napoli, 2013, *passim*.

²⁶³ Come parevano suggerire già le eleganti pagine di MANENTI, *Sul concetto di donazione*, cit., p. 328 ss.

²⁶⁴ Diversamente tra loro ARGIROFFI, *Il formalismo e la donazione*, cit., p. 129 ss. e PALAZZO, *Strutture e funzioni della liberalità*, cit., p. 203 ss.

²⁶⁵ MAZZONI, *Il dono è il dramma*, cit., p. 85.

finizione legislativa (che, del pari, manifesta quell'infinita ricerca di sedimentazione concettuale non giunta ancora ad una condivisibile maturazione), se ha consentito di svolgere significativi passi avanti nella ricerca, non ha, nondimeno, ancora prodotto quel risultato che, di là da una sua relativa oggettività, sarebbe riuscito ad agglutinare intorno ad un senso comune gli interpreti, talvolta avvinti dal peso di una tradizione «un po' troppo acriticamente e fatalisticamente accettata»²⁶⁶. Una relazione, quella tra precomprensione del concetto di donazione e definizione legislativa, che parrebbe destinata, nei diversi tentativi di *metterla a sistema*, a rimanere irrisolta. Con gli interpreti che – spesso *giocando*²⁶⁷ con le parole, al pari di quelle scelte legislative «prive [...] di esaurienti giustificazioni»²⁶⁸ e dai quali si sarebbe creduto di poter ricevere una più ampia e compiuta sensibilità socio-culturale²⁶⁹ – parrebbero più sentirsi esortati a un *distingue frequenter* che non ad un confronto a campo aperto: Idoneo, in esito ad un suo serrato svolgimento, a generare un possibile avvicinamento dogmatico e sistematico, che, trascendendo i nominalismi, avrebbe potuto prefiggersi di coniugare culturalmente (prima che giuridicamente) posizioni che, nei fatti, non si rivelano poi così distanti, vittime probabilmente di «un *fétichisme de la loi*»²⁷⁰.

Si tratterebbe, allora, evocando l'assai nota immagine racchiusa nel paradosso del gatto di Schrödinger, di aprire la scatola dov'è stata rinchiusa per verificare, con un rinnovato «linguaggio del dono»²⁷¹, cosa sia davvero la donazione²⁷², ripensandone – con non poca fatica – i profili essenziali e le coordinate assiologiche per trarne le doverose consequenziali deduzioni applicative ed operative; così risolvendo, nel ricominciare *ab ovo*, le problematiche identificative della medesima, che pure, in seguito alle suggestioni originate dall'incertezza interpretativa verificata con riguardo

²⁶⁶ G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 25.

²⁶⁷ Di «gioco sterile di elucubrate e narcisistiche distinzioni che, di chi le abbia formulate, riuscirà al più a dimostrare l'abilità dialettica e la sottigliezza del suo *loico* argomentare» discute G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 44.

²⁶⁸ G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 40.

²⁶⁹ Con la consueta eleganza, ma con vigore, G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 40; sensibilità si recente richiamata da G. ZACCARIA, *Saper insegnare il diritto*, in *Il Sole 24Ore*, Supplemento *La domenica*, del 17 marzo 2019, p. 24.

²⁷⁰ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parigi, 1949, p. 402, come riportato da G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico*, cit., p. 41 ed ivi nota 93.

²⁷¹ GOUBOUT, *Il linguaggio del dono*, cit., sia pure evitando di confonderne le lingue: MAZZONI, *Il dono è il dramma*, cit., p. 84 ss.

²⁷² Occasione alla quale le sezioni unite si sono sottratte, benché sollecitate dall'ordinanza di rimessione («Vanno rimessi gli atti al Primo Presidente affinché valuti l'opportunità che la Corte di Cassazione si pronunci a Sezioni Unite sulla questione relativa alla struttura e al meccanismo di funzionamento delle donazioni indirette»), evitando di svolgere quel delicato compito di delineare, per un verso, una (possibile ed oggettiva) distinzione tra la donazione tipica e le liberalità atipiche e, per l'altro, le coordinate sistematiche per una puntuale ricostruzione della ambigua figura delle liberalità diverse. Per i riferimenti ad entrambe si rimanda alla nota successiva.

ad alcuni rapporti trilateri, parrebbero revocate in dubbio dalla questione di recente sottoposta al giudizio delle sezioni unite della Cassazione²⁷³.

²⁷³ Cass., sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1336 ss., con commento di An. FUSARO, *Le Sezioni Unite rimarcano la differenza tra liberalità indirette e donazioni di valore non modico prive delle forma pubblica*; *Giur. it.*, 2018, 2, p. 304 ss., con commento di CICERO, *Donazioni indirette e donazioni tipiche ad esecuzione indiretta: il problema della forma*; in *Giur. it.*, 2018, p. 1082 ss., con commento di Pisani, *Donazione mediante operazione bancaria di trasferimento titoli senza atto pubblico*; in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1411 ss., con commento di PERNICE, *Conti di deposito e donazioni indirette*; in *Riv. not.*, 2018, p. 142 ss., con commento di MAXIA-CICERO, *Osservazioni sul problema del formalismo delle attribuzioni patrimoniali effettuate per spirito di liberalità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1685 ss., con commento di MUCCIOLI, *Le sezioni unite sull'esecuzione indiretta della donazione tipica: brevi osservazioni*; in *I contratti*, 2018, p. 275 ss., con commento di BILARDO, *La donazione ad esecuzione indiretta: le Sezioni Unite e la distinzione tra donazione e liberalità non donativa*; l'ordinanza di rimessione Cass., 4 gennaio 2017, n. 106, si legge in *Corr. giur.*, 2017, p. 1216 ss., con commento di MARTINO, *Le Sezioni Unite e le liberalità non donative: dalla donazione indiretta alla donazione tipica ad esecuzione indiretta*.

Notazione sull'attività conciliativa (e non sul potere) del giudice: la svolta per l'affermazione del valore effettivamente sociale della giustizia?

di Irene Coppola*

Abstract. This paper concerns the conciliatory activity of the judge intended as a method for reaching the solution of the social conflict between the parties and not as a mere simulacrum of style. To strengthen and make the conciliatory tension efficient, a real process is necessary that presupposes both an adequate and specific training of the judge and the use of techniques that make the remedy substantial. In this case, we can hope for a reasoned and reasonable definition of the disputes in a short time, with the affirmation of the satisfaction of the parties involved through the shared choice of a “just” solution.

„Ancor se' tu de li altri sciocchi?
| Qui vive la pietà quand'è ben morta;
| chi è più scellerato che colui |
che al giudicio divin passion comporta?“
Dante Alighieri, Inferno: XX, 27-30

SOMMARIO: 1. La sovranità popolare e la funzione sociale della giustizia. – 2. Dall'accertamento del fatto alla ricerca delle emozioni fattuali. – 3. Formazione del giudice e tecniche di conciliazione. – 4. Le aperture del diritto e gli auspici de iure condendo.

1. Quando si evoca la figura del giudice non si prescinde dal provvedimento paradigmatico che lo identifica: sentenza è giudice e giudice è sentenza.

È concezione oggettiva, diffusa e comune, che il giudice debba decidere una controversia applicando regole di diritto vigenti in un determinato Stato, con la stesura della sentenza all'esito di un processo, fatto da scansioni rigide e lunghe, per giungere a stabilire chi ha torto e chi ha ragione.

Tale assunto diventa fulcro di un intero sistema processuale e giudiziario contribuendo a creare la cultura dell'autorità posta “*al di sopra*” per governare le sorti della vita dei cittadini posti “*al di sotto*” (seppur in condizione di parità), sia pure attraverso la garanzia Costituzionale del rispetto e della sottoposizione alla legge statutale.

* Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche. Professore nella Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università degli Studi di Napoli Federico II e dell'Università degli Studi di Salerno.

Quello che spesso viene dimenticato, però, è un altissimo valore della Costituzione della Repubblica Italiana: la sovranità popolare che sovrintende, tra l'altro, all'amministrazione della giustizia in nome del popolo¹.

Ed è proprio questo il punto.

Il valore della sovranità popolare nell'ordinamento politico repubblicano induce a ricondurre e a riqualificare la giustizia come sistema essenzialmente distributivo di valori condivisi dal consorzio sociale, tanto è vero che la funzione sociale della giustizia non va più espressa (o non va espressa unicamente) con la diffusione del *decisum* ad opera di un terzo (il giudice) - che si attiva per dirimere o risolvere un conflitto tra i *cives* - ma va rappresentata, piuttosto, con un profilo sottaciuto delineato dall'amministrazione partecipata della giustizia attraverso un *iter* di consultazione con le parti in gioco che, proprio nel momento interattivo con l'autorità, sviluppano ed esprimono maggiormente il valore della sovranità popolare esercitato anche sotto forma di solidarietà giuridica con l'ufficio giudiziario investito della *quaestio*.

Questo aspetto innovativo ed originale va messo in debita luce, soprattutto, se oggetto di studio è l'attività conciliativa del giudice che, spogliandosi dall'*auctoritas* del potere tipico di una *vis* coattiva, interviene nei conflitti di tipo civilistico (in sede amministrativa e penale non trova sostanzialmente radici, anche se ne è auspicabile una estensione) per trovare "la soluzione" e curare la patologia del vivere umano².

In seguito alla riformulazione in Italia (nell'anno 2005) dell'art. 183 c.p.c. ed alla conseguente abolizione del tentativo obbligatorio di conciliazione, le norme dedicate (originariamente contenute proprio nel primo e secondo comma dell'art. 183 c.p.c.) sono state trasfuse nell'art. 185 c.p.c. mediante l'inserimento di un nuovo primo comma³.

In surroga all'*obbligo* conciliativo, l'art. 185 c.p.c. italiano è intervenuto limitando l'attività conciliativa del giudice, non più obbligatoria, esercitabile al momento della comparizione *su richiesta* congiunta delle parti, interrogate liberamente⁴.

¹ Art. 1 della Cost.: l'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Cost.; art. 101 della Cost.: La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge.

² Queste problematiche giustificerebbero l'attenzione rivolta negli ultimi anni dal legislatore per i sistemi stragiudiziali di risoluzione alternativa delle controversie. Si vedano al riguardo le riflessioni di BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. di Merito*, 2008, p. 571 e di CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 Legge n. 69/2009*, in www.ilcaso.it.

³ L'intero articolo è stato modificato dal d.l. 14.03.2005 n. 35 e dalla l. 28.12.2005 n. 263, con decorrenza dal 01.03. 2006.

⁴ «Tutti i filosofi moralisti, cominciando da Platone, che ottima ravvisava quella repubblica in cui le liti fossero pochissime e brevissime, hanno sempre raccomandato la conciliazione, la quale sostituisce all'ira la mansuetudine, all'odio l'amore, all'irrequietezza la tranquillità, alle scissure la pace e la concordia dei cittadini e delle famiglie, alle lotte intestine l'ordine e il benessere sociale» (SCAMUZZI, *Conciliatore e conciliazione giudiziaria*, in *Digesto it.*, vol. VIII, Torino, 1896, p. 38).

La conciliazione diventa, in tal modo, il (un) risultato residuale ed eventuale di un momento di incontro dedicato all'interrogatorio; un mero effetto subordinato ad una richiesta, mentre essa evidenzia e necessita di un percorso intelligente e sensato per il raggiungimento di obiettivi estremamente utili dal punto di vista sociale e giuridico⁵.

Per fortuna il legislatore, sembra ritornare sui propri passi (vi era pur sempre un obbligo conciliativo in passato) e rafforza l'istituto nell'ultimo capoverso, contemplando la possibilità per il giudice di rinnovare il tentativo di conciliazione ("in qualunque momento") anche nella fase istruttoria⁶.

Sta di fatto che la prospettazione residuale dell'incontro conciliativo (reso in una possibilità) concretizza una vera criticità processuale e viola il valore assoluto della partecipazione alla distribuzione del *iustum*.

2. L'abitudine mentale del Paese Italia induce a configurare per lo più il giudice come un soggetto terzo, organo statuale, deputato a decidere su conflitti o ad emettere disposizioni punitive e non, in una logica quasi esclusiva di verifica o di accertamento di un fatto attraverso tecniche anche avulse da quelle rigorose e rigide scandite nelle varie fasi processuali.

Ed è proprio il fatto a rappresentare, in definitiva, il punto focale di qualsivoglia processo, in ragione dei diversi ambiti, oggetto di investigazione e di analisi⁷.

⁵ All'iniziativa legislativa si è conformata da tempo la stessa Magistratura, come ricorda BUFFONE, *Il Processo ed il Tempo- Tecniche "acceleratorie" e «accomodamenti procedurali» per una riduzione dei tempi di definizione del giudizio di primo grado*, in www.ilcaso.it, II, 274/2011, richiamando il parere dell'Ufficio Studi CSM, *La durata ragionevole del processo*, in *Quaderni CSM*, 2000, n. 113, p. 91, ove è in luce la trama comune diretta ad espungere in modo definitivo, dal modello gestionale del processo, le "deficienze culturali" che hanno indotto il giudice a deresponsabilizzarsi rispetto all'andamento del processo, confinando il suo interesse esclusivamente nel momento decisorio"; cfr. D'ASCOLA, *Sui processi del giudice nel processo civile* in www.csm.it/quaderni.

⁶ Nel giudizio di appello è contemplata la conciliazione tra le parti all'art. 350 c.p.c.. Nel giudizio di Cassazione, attesa la sua natura di giudizio di legittimità, la conciliazione non è prevista. Quanto al giudice di pace, l'art. 322 c.p.c. prevede che un'istanza per la conciliazione in sede non contenziosa venga proposta anche verbalmente al giudice di pace competente per territorio secondo le disposizioni della sezione III, capo I, titolo I, del primo libro. Il processo verbale di conciliazione in sede non contenziosa costituisce titolo esecutivo a norma dell'art. 185, ult. co. se la controversia rientra nella competenza del giudice di pace; mentre negli altri casi ha valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio. L'effetto della avvenuta conciliazione è l'estinzione del processo.

⁷ PALERMO, *Il processo di formazione della sentenza civile*, Milano 1956, p. 42; l'autore si rappresenta il metodo razionale "cioè i mezzi operativi che il giudice deve usare nel procedimento di formazione della sentenza, al fine di stabilire possibilmente le regole fondamentali che debbono presidiare la sua attività decisoria". Sul punto CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, vol. II, 1920, Milano, Torino, Roma, p. 33: "Nella sentenza è contenuto un giudizio logico che è il risultato di un sillogismo esplicito o incosciente"; CARNELLUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, p. 215 ss. descrive la fattispecie, oggetto di esame per l'autorità giudiziaria, nella combinazione di una situazione giuridica e di un fatto materiale e distingue in tre fasi lo schema del meccanismo giuridico: situazione giuridica iniziale, fatto materiale (svolgimento materiale della situazione iniziale, cioè mutamento dei suoi elementi materiali), situazione giuridica finale.

Ma cos'è il fatto?

Il fatto è un insieme di elementi che manifesta la realtà in modo oggettivo ed inconfutabile o una dimensione avulsa da un contesto reale che si sviluppa all'interno di dinamiche processuali?

Il discorso evoca, per molti aspetti, il quadro "Una e tre sedie" di Kosuth.

Qual è la sedia: quella rappresentata in uno scatto fotografico, quella esterna al quadro, oppure quella definita in termini più generali?

Il dilemma è dato dal discrimine tra la rappresentazione e la realtà⁸.

Ebbene la sedia si configura in tutte e tre le rappresentazioni.

Parimenti si può dire del fatto.

Qual è la sostanza di un fatto: quella reale, quella processuale o quella derivante dalla definizione radicata in un qualsiasi dizionario di lingua italiana?

Ed è questo un problema decisivo.

Se si transita dal concetto di fatto in sé, inteso come insieme di elementi statici e realistici di accadimento, alla percezione emotiva del conflitto, si potrà avere un'accelerazione nella ricerca del concetto di "vero"?

Sta di fatto che se vi fosse una effettiva percezione emotiva ovvero una percezione cognitiva e sensibile del fatto che rappresenta la fonte della controversia, accompagnata ad un dialogo più profondo con le parti in causa, si potrebbe giungere ad una verità reciproca di soddisfazione tra le parti e, precisamente, alla configurazione più intima e domestica del fatto e, conseguentemente, delle stesse ragioni della lite.

La partecipazione al *quid* emotivo della lite ed alla tensione delle parti potrà agevolmente condurre ad una dinamica evolutiva che va dalla sterile ricerca di un fatto alla feconda soluzione di un conflitto.

Se è così, l'attività di sussunzione del giudice può facilmente esprimersi.

Su queste nuove articolazioni occorre produrre ricerca, perché la verifica e la partecipazione alla lite volta a trovare la quadra immediata verso una soluzione appagante richiede formazione e capacità.

⁸ Nell'immagine fotografica che esprime l'installazione di Joseph Kosuth si può vedere una sedia in legno pieghevole disposta contro la parete bianca; alla sua sinistra sulla parete è appesa una immagine in bianco e nero che riproduce la sedia nella stessa posizione; a destra si trova un pannello allineato con il bordo superiore della fotografia che riporta la definizione del termine sedia tratto da un dizionario in lingua inglese. Kosuth con l'opera *Una e tre sedie* (*One and Three Chairs*) riflette sul concetto di realtà e di rappresentazione. Nell'installazione l'artista si interroga sul concetto di sedia e per fare questo espone un oggetto reale accanto ad una sua immagine e ad una sua definizione letterale tratta da un dizionario; questa operazione è arte perché per Joseph Kosuth fare arte significa creare significato. In definitiva l'artista riflette sul significato "sedia" e ne propone diverse rappresentazioni, muovendosi su tre livelli di realtà; egli utilizza la tridimensionalità dell'oggetto reale, l'immagine dell'oggetto e la definizione del termine linguistico: trattasi di una installazione che utilizza tre linguaggi. La sedia esposta rappresenta il linguaggio tridimensionale, poi è presente il linguaggio fotografico e, a seguire, quello scritto. Nel processo vale la stessa immagine figurativa tra realtà e rappresentazione processuale della realtà. Il giudice ha il compito arduo di "vedere la realtà" attraverso una sua rappresentazione ad opera delle parti; per fare questo, in modo assolutamente corretto, sarebbe preferibile sviluppare la sua capacità conciliativa.

3. Dopo la premessa narrativa esposta nel paragrafo che precede va da sé che la criticità data dalla *reductio* dell'attività di conciliazione ha sollecitato, ancora una volta, l'attenzione del legislatore italiano (nell'anno 2013) che mostra un'apertura al dialogo conciliativo con più ampio respiro, introducendo l'art. 185 *bis* del c.p.c.⁹.

Stando a quanto previsto dal d.l. 21.6.2013 n. 69, sembrava esserci la reintroduzione anche dell'*obbligo* per il Giudice di formulare alle parti una proposta transattiva o conciliativa, aspettativa tradita nella nuova formulazione della legge di conversione¹⁰.

Ne residua, difatti, ancora un timido istituto facoltativo (ove possibile) rimesso alla discrezionalità del giudice e condizionato da criteri valutativi normativamente fissati (natura del giudizio, valore della controversia ed esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto)¹¹.

Con questa norma si generalizza la tensione conciliativa del giudice, nota anche nel processo del lavoro e nel processo di diritto di famiglia, a detrimento della sua imprescindibile specificità¹².

La conciliazione, in vero, è un istituto che cumula in capo al giudice la funzione di conciliare e di decidere la causa, complessivamente estranea agli altri Paesi Europei e mostra, senza dubbio, una spiccata sensibilità del legislatore verso un nuovo tipo di giustizia che intervenga come un vero farmaco per curare, senza gravi e gravi effetti tossici, i noti mal del processo.

Anche in Gran Bretagna la funzione di *case management* ha caratterizzato la riforma del 1999 ed ha incrementato i poteri del giudice che consiglia, incoraggia ed indirizza verso una soluzione ragionata, pur senza formulare proposte; in Germania, invece, si è proceduto alla nomina di un giudice conciliatore diverso da quello istruttore della causa al fine di evitare pronunce anticipate¹³.

⁹ Art. 185 *bis* c.p.c. il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti, ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricasazione o astensione del giudice. La norma in esame è stata introdotta a seguito del d.l. 21.6.2013 n. 69, convertito con modificazioni, dalla l. 9.8.2013 n. 98.

¹⁰ Il giudice finirà con l'avere una natura promiscua: quella di mediatore dell'accordo conciliativo, contenente la regolamentazione transattiva della lite – e che diventa, nel caso delle applicazioni di cui all'art. 185 *bis* c.p.c., addirittura artefice dei contenuti transattivi e/o conciliativi – e quella di titolare del potere di decisione della controversia, da esercitarsi in caso di fallimento della riflessione conciliativa. Il problema sarà mantenere il giusto equilibrio fra esse, perché conciliare e giudicare sono attività che rispondono, alle due facce con cui la giustizia si presenta: l'una impositiva e l'altra compositiva.

¹¹ VACCARI, *La proposta conciliativa nella nuova disciplina delle spese di lite*, in *Economia processuale e comportamento delle parti nel processo civile, Prime applicazioni del Protocollo Valore Prassi sugli artt. 91, 96 e 614 bis c.p.c.*, Napoli, 2012, p. 96; in questo lavoro si ricorda che la norma estende al giudizio ordinario di cognizione una disciplina in passato riservata solo al processo del lavoro (420, 1° co. c. p.c.), così, superando un'ingiustificata disparità di tra i due giudizi.

¹² Art. 420 c. p.c.

¹³ BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. merito*, 2008, p. 571.

La novità italiana in ordine alla attività di conciliazione contemplata nel succitato articolo 185 *bis* c.p.c. si materializza nel confezionamento (sempre eventuale) di una vera e propria proposta per risolvere la lite¹⁴.

Invero il legislatore, pur esponendosi fino alla configurazione della formalità di una proposta, continua a non mostrare una particolare incisività lasciando la norma aperta e senza dettagliare un vero e proprio *iter* conciliativo, finendo con il destinarla ad essere regola vuota, se non si integra (o non si accompagna) con indicazioni precipue e se non si sperimentano delle vere e proprie tecniche conciliative¹⁵.

Il mero concetto sconta sempre un caro prezzo e va riempito di contenuti esperienziali ed operativi per consentire all'operatore di esercitare effettivamente l'attività.

Se la fattispecie si manifesta come un'idea nell'iperuranio di Platone si finisce con il determinarne lo svuotamento di ogni contenuto; tanto è vero che bisognerebbe chiedersi quante proposte conciliative vi sono state negli uffici giudiziari italiani e quanti risultati effettivi siano stati raggiunti.

Ed a considerare i noti ed incontrovertibili gravi ritardi e le note insopportabili lungaggini nell'amministrazione della giustizia tradizionale, sembrerebbero comunque esserci (come effettivamente risulta) poche applicazioni della fattispecie in concreto.

Non vi è dubbio che la raccolta dei dati statistici in merito sarebbe molto interessante, magari oggetto di uno studio dedicato, ma senza dubbio in Italia si è ancora molto lontani dal raggiungimento di risposte sensibili in tal senso, attese le copiose pendenze e gli arretrati giudiziari da capogiro.

Così come non sembra poter sottacere l'evidenza scientifica che quello che costituisce un serio *vulnus* è proprio l'assenza di una procedura di conciliazione di carattere obbligatorio segnata da fasi ed interventi concreti.

In altri termini, si è passati dal generico obbligo, al generico tentativo, alla generica proposta.

Manca, però, l'individuazione di una severa metodologia conciliativa su cui basare il successo della conciliazione, nonostante l'impulso del diritto pretorio che ne afferma e ne sottolinea una declinazione diversa a carattere specifico e puntuale¹⁶.

¹⁴ MARINARI, *Il ruolo del giudice nella conciliazione*, relazione svolta al Convegno Europeo organizzato da Gemme svoltosi a Roma il 18 marzo 2006 sul tema: *Le migliori pratiche della mediazione in Europa*, pub. in *Riv. Mediores*, n. 8 del 2006.

¹⁵ Trattasi di un nuovo e necessario approccio; ad es. in tema di esigenza di mediazione si tende ad un protocollo di udienza e sul punto cfr. DALFINO, Tavola Rotonda, *Il procedimento di mediazione a sei mesi dall'entrata in vigore dell'obbligatorietà*, svoltasi nel corso del Seminario Internazionale di studi "La Mediazione civile. Verso una nuova giustizia negoziata", in Bari, 12 settembre 2011.

¹⁶ Essa dovrà, pertanto, essere alquanto dettagliata, così da evidenziare le criticità delle reciproche posizioni delle parti (Trib. Roma 4.11. 2013, secondo cui possono essere indicate alcune fondamentali direttrici utili a orientare le parti nella riflessione sul contenuto della proposta e nell'opportunità e convenienza di farla propria, ovvero di svilupparla autonomamente). Solo in tal modo le parti saranno in grado di valutare

La tematica, pertanto, si sposta sulla formazione del giudice affinché possa orientarsi verso una definizione tempestiva del conflitto attraverso l'esercizio dell'attività conciliativa fin dalle prime udienze (o anche successivamente dopo aver raccolto elementi istruttori significativi che gestiscano le dinamiche dell'atteggiamento conciliativo verso la più adeguata soluzione per la fattispecie concreta), svolta (o meglio esercitata) in presenza delle parti che possano percepirne immediatamente la bontà ed il senso anche pratico dell'intento, visto che con l'accelerazione del momento deduttivo ed istruttorio si è in possesso di tutti (o quasi) gli elementi per governare e amministrare, al meglio, la conciliazione.

Evidente è che, allo stato dell'arte, la formazione del giudice è "spostata" in modo quasi esclusivo - o almeno in percezione più tangibile - verso l'esercizio del potere decisorio (e coattivo) della causa che predilige vie più lunghe (ed anche più faticose) per addivenire alla definizione della controversia con la classica e tradizionale "sentenza"¹⁷.

Creare *l'humus* e la sensibilità o l'attenzione del giudicante fin dai primi tempi può essere certamente utile: il concetto di utilità processuale deve diventare un imperativo categorico di memoria Kantiana nell'amministrazione del bene comune giustizia.

Le risposte tempestive e conferenti alla fattispecie servono a risolvere i conflitti esistenti e a dirimerne altri.

La funzione sociale della giustizia che si esprime nella sostanziale garanzia della pace sociale tra i consociati serve a garantire non solo la qualità della vita, ma anche la conservazione di un sistema economico fruibile e, quindi, utile.

L'indispensabile formazione del giudicante, in altri termini, deve fondarsi essenzialmente sulla effettiva distribuzione di attività di conciliazione che diventa regola a fronte dell'eccezione tipicamente coattiva del meccanismo processuale meramente decisorio e *super partes*¹⁸.

Il giudice va configurato come soggetto *inter partes* deputato ad accomodare i meccanismi rotti da cui deriva la patologia sociale; come una sorta di medicina preventiva, di cura imprescindibile¹⁹.

Alla base della tecnica, poi, vanno poste l'assoluta riscoperta e la ristrutturazione di regole non scritte, impolverate da tempo come mere clausole di stile.

la proposta stessa e, nel caso, giustificare l'eventuale rifiuto, VACCARI, *L'art. 185 bis c.p.c.: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale*, in www.ilcaso.it, 12 febbraio 2014.

¹⁷ L'esigenza di un giudice preparato, sul piano psicologico e culturale, ad affrontare il compito e l'attività di conciliare è stata ben rappresentata da BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, *op.ult. cit.*, p. 582.

¹⁸ COSÌ, *Perché conciliare?*, in GIACOMELLIS (a cura di) *La via della conciliazione*, Milano, 2003, p. 11 e p. 52.

¹⁹ Il giudice non parla solo di giustizia, ma il giudice è anche ragione, misura, pazienza, ascolto e comprensione, come ricorda GABORIAU, già Presidente di Sezione - Corte di Appello di Parigi - e membro di GEMME (Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation), a sostegno di un'esperienza virtuosa francese sulla mediazione e la procedura partecipativa.

E sono proprio le regole non scritte date dal buon senso, dalla ragionevolezza, dalla prudenza, a costituire il vero gradino di ogni indagine; esse sono più di una norma (spesso inapplicabile e, pertanto, inutile) in quanto contribuiscono a creare la mentalità del buon giudice il cui approccio è espresso dalla clemenza, dalla gentilezza e dall'accoglienza verso il conseguimento di un risultato sostenibile, perché, tra l'altro, massimamente condiviso.

Dopo aver creato il giusto atteggiamento mentale e fisico per gestire nel migliore dei modi l'attività di conciliazione, *necesse est* creare le fasi che possono dirsi di espletamento delle tecniche.

Va preliminarmente detto che il grado di conoscenza della causa da parte del giudice, il cui ruolo di equilibratore, dunque, non è assolutamente marginale, incide certamente sulla efficienza dell'attività conciliativa: più preparato è il giudice più si avranno possibilità di esiti positivi della conciliazione²⁰.

Il magistrato non può limitarsi ad una mera e frettolosa sollecitazione dell'accordo tra le parti, per poi procedere alla passiva registrazione del fallimento o del successo (molto raro) del tentativo, ma è chiamato a *partecipare* alla ricerca dell'accordo amichevole, tendendo a far abbassare i toni della lite e a smorzare le tensioni

Il tutto attraverso delle fasi ben scandite.

In primis tecnica di ascolto delle parti, in tutti i modi ritenuti indispensabili dal giudice; *in secundis* tecnica di comunicazione, ampia e concreta e prospettazione di alternative possibili per la soluzione del caso; *in tertis* la proposta della soluzione argomentata con la metodica dell'evidenza di reciproche utilità per le parti.

All'interno delle fasi per come articolate sopra si andranno sviluppando, di volta in volta, in ragione del caso specifico, altri elementi dinamici come una sorta di perizia della coadiuvazione per indurre le parti ad una valutazione trasparente e ragionata nel mettere a fuoco le rispettive posizioni ed i loro reali bisogni; il giudice può (o deve) accompagnare le parti verso una maggiore comprensione delle dinamiche conciliative; può (o deve) addurre argomenti che possano essere "avvertiti" dalle parti come a loro più vicini, esprimendosi in termini di risparmio di tempo, denaro e risorse anche economiche.

Né va sottaciuto che il capitale emotivo, portato dalle parti quando compaiano personalmente in udienza innanzi al giudice, rappresenta un sorprendente "grimaldello" conciliativo²¹.

Quanto evidenziato denota la necessità a che il giudice vada formato per registrare il consenso delle parti all'esperimento conciliativo, senza cadere in vuote forzature, ma coltivando ed incoraggiando il momento della formazione dell'accordo.

²⁰ A conforto l'art. 88, 1° co. disp. att. c.p.c. italiano, fa riferimento proprio alla "convenzione conclusa tra le parti per effetto della conciliazione davanti al giudice istruttore", riferimento testuale che respinge un ruolo puramente "notarile" da parte del giudice.

²¹ Si pensi, ad esempio, all'udienza fissata ex art. 789 c. p.c. per l'approvazione del progetto di divisione ovvero alla comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale per i provvedimenti temporanei ed urgenti in materia di separazione e divorzio.

Il percorso di conciliazione dovrà consistere in un'analisi di costi/benefici del processo, da cui possono dischiudersi effetti positivi ed immediati. In tale direzione si esprime la funzione del giudice, il quale, prima di proporre alle parti l'esperimento conciliativo dal punto di vista contenutistico, saprà operare un'analisi preventiva in ragione della natura della causa, della disponibilità dei diritti coinvolti e dello spessore delle risultanze istruttorie acquisite; l'autorità si esprimerà quale «mediatore valutativo», e non mero «facilitatore»; ed è proprio questo nuovo profilo a far emergere la cifra morale del magistrato.

Fondamentale, però, è l'uso del linguaggio utilizzato per la corretta comunicazione: la tecnica del lessico chiaro, sintetico, essenziale, ma gentile, accogliente, garbato, favorisce ogni tipo di dialogo.

Il linguaggio semplice deve essere utilizzato dal giudice in ragione anche della valutazione del grado culturale delle parti che devono capire e comprendere gli effetti benefici di una soluzione ragionata.

In caso di inabilità, il giudice può farsi assistere da un esperto del settore specifico per comunicare al meglio con espressioni di sostegno; tale apertura rende il processo più umano e il valore della legalità e della giustizia più rispondente alle esigenze sociali.

In altre parole ed in definitiva, quello che l'attività conciliativa deve porsi come obiettivo è la ricerca di una soluzione che non trovi un vinto o un vincitore, ma una reciproca soddisfazione delle parti.

Il concetto di soddisfazione deve penetrare il mondo del diritto che non è regola ingiusta e coattiva, ma è atteggiamento ed approccio per la più efficace soluzione di un problema.

La fase conciliativa, *ergo*, non deve essere un mero simulacro di stile affidato alla discrezione di un giudice sbrigativo e superficiale, ma un vero momento processuale caratterizzato dall'aver tentato *il tutto per tutto* per chiudere la controversia; infatti non va dimenticato un sapere antico e orientale già espresso da Confucio, se effettivamente è a lui da attribuirsi la massima secondo cui "la risoluzione ottimale di una divergenza si trova tramite la persuasione morale e l'accordo e non sotto coercizione"²².

4. Ci si avvia verso le conclusioni di questa breve riflessione, sperandone nella condivisione da parte degli studiosi, con un'ampia apertura verso un giudice inno-

²² Il verbale di conciliazione giudiziale, che ha natura di atto negoziale ancorché redatto con l'intervento del giudice a definizione di una controversia, va interpretato alla stregua degli artt. 1362 e ss. c.c. risolvendosi in un accertamento di fatto di esclusiva spettanza del giudice di merito. Ne consegue che il sindacato di legittimità non ha ad oggetto la ricostruzione della volontà delle parti, bensì solo l'individuazione dei criteri ermeneutici del processo logico del quale il giudice si sia avvalso per assolvere la funzione a lui riservata, al fine di verificare se sia incorso in vizi del ragionamento o in errore di diritto. cfr. *ex multis*, Cass. 26.02.2014 n. 4564.

vativo e versatile non *super partes*, ma *inter partes*, anche se questo ruolo va ancora ben strutturato ed irrobustito nel sistema ordinamentale.

Il legislatore italiano nel 2013 ha spinto sull'acceleratore per rinforzare il ruolo del giudicante, anche se non costituisce una novità la conciliazione che, anzi, prima della riformulazione dell'art. 183 c.p.c. rappresentava un tentativo sì, ma obbligatorio.

Reintrodotta, purtroppo, in via discrezionale, andrebbe riconsiderato e riempito di tecniche l'*iter* conciliativo per dare allo stesso un effettivo supporto sostanziale anche con il ripristino della pregressa connotazione obbligatoria.

Va recuperata, attraverso l'attività di conciliazione esercitata da un soggetto pubblico, la visione del processo inteso non come scontro, ma come incontro a livelli più umani, per giungere a vere soluzioni di carattere soddisfacente per le parti e per assumere toni di effettiva e sostanziale giustizia legata ed ancorata saldamente a valori di solidarietà espressi in ambito processuale attraverso l'esercizio di criteri (pur sempre tecnici) del buon senso, della ragionevolezza, della proporzionalità volti al ripristino dell'equilibrio colpito e di soluzioni concordate²³.

E il giudice può certamente incidere in tal senso; il suo *imperium*, difatti, conferisce maggior vigore alla ricerca di una soluzione condivisa, partecipata e ragionata.

In altre parole il giudice – negoziatore efficace nel processo interattivo di comunicazione tra i litiganti – è soggetto che ha piena contezza delle rispettive pretese e delle emergenze processuali per averle personalmente raccolte.

L'attività conciliativa restituisce la giustizia al popolo ed alla sua costituzionale sovranità; essa configura uno snodo ferroviario che porta al raggiungimento della meta attraverso la strada più breve e, quindi, maggiormente utile, anche per l'adeguatezza di altro, ed il giudice finisce con l'essere ancora il riferimento privilegiato, al momento non agevolmente sostituibile, della domanda di risoluzione dei conflitti; il che spiega, anche sul piano culturale, le ragioni del maggiore probabilità della condivisione di cui gode la proposta conciliativa direttamente proveniente dal giudice.

Tale prospettiva non può prescindere, però, da un vero *iter* gestito con intelligenti tecniche anche per operare un controllo generalizzato sulla stessa attività di conciliazione e rendere non solo più elastica, ma anche più "giusta" (nell'accezione ampia del termine) la gestione del pesante carico delle liti, con la sapiente utilizzazione di tecniche estranee, ma non contrapposte, a quelle tipicamente previste ed utilizzate nell'esercizio della funzione tipicamente processuale.

Evidente che l'attività conciliativa va svolta anche attraverso *conference on line* di ampia adeguatezza già nel drammatico momento di emergenza legata al Covid-19,

²³ BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. merito*, 2008, p. 571 ss.; DELIA, *L'invito alla risoluzione alternativa delle controversie. Un'occasione per tutti*, in *Adr Magazine*, 3/2012, p.1 e p.24 ss..

atteso che la destrutturazione processuale consente maggiore fluidità e ampia versatilità verso l'utilizzo delle nuove forme di contatto e di comunicazione.

La declinazione di una innovativa conciliazione digitale tra giudice e parti consente il pieno raggiungimento della ragione “liquida” degli istanti²⁴.

E la formazione diventa indispensabile per raggiungere la soluzione ottimale per le parti, grazie a giudici saggi e benevoli che si attivino non come censori di una lite, ma come terapeuti della stessa.

È la *forma mentis* che deve cambiare per un approccio efficace ed efficiente nella gestione della funzione sociale della distribuzione della giustizia.

²⁴ FANELLI, *Vecchie e Nuove applicazioni giurisprudenziali del criterio della c.d. “ragione più liquida”* in Riv. on-line *Judicium (Il processo civile in Italia ed in Europa)* del 12/04/2017, Pisa.

Indice Generale 2021

Indice delle rubriche

SAGGI E PARERI

Salvatore Patti

Professore ordinario di Diritto privato, Università di Roma "La Sapienza"
Sull'efficacia della ratifica in caso di matrimonio canonico stipulato da rappresentante senza potere (parere *pro veritate*) 1, 7

Fiorenzo Festi

Professore ordinario di Diritto privato, Università LIUC di Castellanza
Luoghi comuni in tema di ritiro dalle trattative e responsabilità precontrattuale 1, 15

Roberto Calvo

Professore ordinario di Diritto privato, Università della Valle d'Aosta
In claris non fit interpretatio: chiarezza espositiva ed ermeneutica giuridica 1, 41

Francesca Benatti

Professore associato di Diritto comparato, Università di Padova
L'arbitro-robot: un futuro prossimo? (Profili sostanziali) 1, 47

Loredana Nazzicone

Consigliere della Corte di Cassazione
L'acqua iemale e il Tribunale superiore delle acque 1, 65

Riccardo Fornasari

Dottore di ricerca, Università di Bologna
Alea e scambio: il caso dei contratti derivati 1, 72

Daniele Corvi

Dottorando di ricerca, Università di Perugia
L'obbligo di fedeltà tra norme e costume 1, 103

Silvia de Marco

Professore a contratto di Diritto privato, Università Giustino Fortunato
Clausole di rinegoziazione e stabilità dei rapporti contrattuali 1, 119

Enrico Gabrielli

Professore ordinario di Diritto civile, Università di Roma "Tor Vergata"
Rimedi sinallagmatici e concorso dei creditori (Una comparazione italo-uruguayana) 2, 167

Massimo Franzoni*Professore ordinario di Diritto civile, Università di Bologna*

Il contratto d'accertamento: un paradosso 2, 183

Enrico Minervini*Professore ordinario di Diritto civile, Università di Napoli "Federico II"*

La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova 2, 201

Francesco Felis*Notaio in Genova*

Positivismo giuridico e calcolabilità del diritto 2, 221

Andrea Bellorini*Dottore di ricerca in Diritto e scienze umane*

Liberalità a legittimari e a non legittimari: interferenze fra collazione e riduzione? 2, 245

Ludovica Porzio*Dottoranda di ricerca, Università di Napoli "Parthenope"*

Distanziamento sociale, bignitorialità e bilanciamento dei diritti 2, 255

Francesco Rende*Professore associato di Diritto privato, Università di Messina*

Esdebitazione e regole di comportamento 2, 281

Silvia Princivalle*Assegnista di ricerca, Università di Bologna*

È dunque nullo il mutuo fondiario "eccedentario" erogato per un valore superiore all'80% di quello dell'immobile ipotecato: alcune riflessioni in tema di responsabilità notarile 2, 303

Pierre de Gioia Carabellese*Professor of Business Law and Regulation, University Edith Cowan, Perth Australia*Collaterali finanziari, *lex argentaria* e *Brexit* 3, 327**Fabrizio Volpe***Professore associato di Diritto privato, Università di Bari Aldo Moro*

Trasformazioni sociali, «valori» concorrenti e uniformazione del diritto successorio 3, 349

Luca Dambrosio*Avvocato in Milano*

La validità del patto parasociale a voto corporativo immediato 3, 379

Simona Cacace*Ricercatrice di Diritto privato, Università di Brescia*

Sulla natura dichiarativa o costitutiva della divisione 3, 391

Alessio Reali*Ricercatore di Diritto privato, Università LIUC di Castellanza*

Approfondimenti sulla sostituzione ordinaria e sulla rappresentazione alla luce di una successione testamentaria transnazionale 3, 425

Maria Grazia Baratella*Dottore di ricerca in Diritto civile, Università di Bologna*

Usura e interessi moratori nelle più recenti decisioni della Suprema Corte 3, 455

Nicola Cipriani*Professore ordinario di Diritto privato, Università LUM Bari*

Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto 4, 487

Paolo Stella Richter*Professore emerito di Diritto amministrativo, Università di Roma "La Sapienza"*

L'indennità di esproprio 4, 505

Giovanni Leone*Professore ordinario di Diritto processuale amministrativo, Università di Napoli "Federico II"*

L'indennità di espropriazione e l'apologo di Menenio Agrippa 4, 511

Rosario Franco*Professore a contratto di Diritto privato, Università di Catanzaro*Donazione e liberalità: un tentativo di lettura *sistematizzante* 4, 577**Irene Coppola***Dottore di ricerca in Scienze giuridiche, Università di Salerno*

Notazione sull'attività conciliativa (e non sul potere) del giudice: la svolta per l'affermazione del valore effettivamente sociale della giustizia? 4, 627

Indice analitico

BENI

Giovanni Leone

L'indennità di espropriazione e l'apologo di Menenio Agrippa 4, 511

Loredana Nazzicone

L'acqua iemale e il Tribunale superiore delle acque 1, 65

Paolo Stella Richter

L'indennità di esproprio 4, 505

CONTRATTI

Rosario Franco

Donazione e liberalità: un tentativo di lettura *sistematizzante* 4, 577

Massimo Franzoni

Il contratto d'accertamento: un paradosso 2, 183

Enrico Minervini

La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitato ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova 2, 201

Silvia Princivalle

È dunque nullo il mutuo fondiario "eccedentario" erogato per un valore superiore all'80% di quello dell'immobile ipotecato: alcune riflessioni in tema di responsabilità notarile 2, 303

CONTRATTO IN GENERALE

Nicola Cipriani

Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto 4, 487

Silvia de Marco

Clausole di rinegoziazione e stabilità dei rapporti contrattuali 1, 119

Fiorenzo Festi

Luoghi comuni in tema di ritiro dalle trattative e responsabilità precontrattuale 1, 15

Riccardo Fornasari

Alea e scambio: il caso dei contratti derivati 1,72

Enrico Gabrielli

Rimedi sinallagmatici e concorso dei creditori (Una comparazione italo-uruguayana) 2, 167

DIRITTO COMPARATO

Francesca Benatti

L'arbitro-robot: un futuro prossimo? (Profili sostanziali) 1,47

DIRITTO DELLE SUCCESSIONI

Andrea Bellorini

Liberalità a legittimari e a non legittimari: interferenze fra collazione e riduzione? 2, 245

Simona Cacace

Sulla natura dichiarativa o costitutiva della divisione 3, 391

Alessio Reali

Approfondimenti sulla sostituzione ordinaria e sulla rappresentazione alla luce di una successione testamentaria transnazionale 3, 425

Fabrizio Volpe

Trasformazioni sociali, «valori» concorrenti e uniformazione del diritto successorio 3, 349

DIRITTO DI FAMIGLIA

Daniele Corvi

L'obbligo di fedeltà tra norme e costume 1, 103

Salvatore Patti

Sull'efficacia della ratifica in caso di matrimonio canonico stipulato da rappresentante senza potere (parere *pro veritate*) 1, 7

Ludovica Porzio

Distanziamento sociale, bigenitorialità e bilanciamento dei diritti 2, 255

DIRITTO EUROPEO

Pierre de Gioia Carabellese

Collaterali finanziari, *lex argentaria* e *Brexit* 3, 327

DIRITTO SOCIETARIO

Luca Dambrosio

La validità del patto parasociale a voto corporativo immediato 3, 379

GIUSTIZIA

Irene Coppola

Notazione sull'attività conciliativa (e non sul potere) del giudice: la svolta per l'affermazione del valore effettivamente sociale della giustizia? 4, 627

INSOLVENZA

Francesco Rende

Esdebitazione e regole di comportamento 2, 281

OBBLIGAZIONE

Maria Grazia Baratella

Usura e interessi moratori nelle più recenti decisioni della Suprema Corte 3, 455

TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

Roberto Calvo

In claris non fit interpretatio: chiarezza espositiva ed ermeneutica giuridica 1, 41

Francesco Felis

Positivismo giuridico e calcolabilità del diritto 2, 221

Indice degli autori

Maria Grazia Baratella

Dottore di ricerca in Diritto civile, Università di Bologna

Usura e interessi moratori nelle più recenti decisioni della Suprema Corte 3, 455

Andrea Bellorini

Dottore di ricerca in Diritto e scienze umane

Liberalità a legittimari e a non legittimari: interferenze fra collazione e riduzione? 2, 245

Francesca Benatti

Professore associato di Diritto comparato, Università di Padova

L'arbitro-robot: un futuro prossimo? (Profili sostanziali) 1, 47

Simona Cacace

Ricercatrice di Diritto privato, Università di Brescia

Sulla natura dichiarativa o costitutiva della divisione 3, 391

Roberto Calvo

Professore ordinario di Diritto privato, Università della Valle d'Aosta

In claris non fit interpretatio: chiarezza espositiva ed ermeneutica giuridica 1, 41

Nicola Cipriani

Professore ordinario di Diritto privato, Università LUM Bari

Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto 4, 487

Daniele Corvi

Dottorando di ricerca, Università di Perugia

L'obbligo di fedeltà tra norme e costume 1, 103

Pierre de Gioia Carabellese

Professor of Business Law and Regulation, University Edith Cowan, Perth Australia

Collaterali finanziari, *lex argentaria* e *Brexit* 3, 327

Irene Coppola

Dottore di ricerca in Scienze giuridiche, Università di Salerno

Notazione sull'attività conciliativa (e non sul potere) del giudice: la svolta per l'affermazione del valore effettivamente sociale della giustizia? 4, 627

Silvia de Marco*Professore a contratto di Diritto privato, Università Giustino Fortunato*

Clausole di rinegoziazione e stabilità dei rapporti contrattuali 1, 119

Luca Dambrosio*Avvocato in Milano*

La validità del patto parasociale a voto corporativo immediato 3, 379

Francesco Felis*Notaio in Genova*

Positivismo giuridico e calcolabilità del diritto 2, 221

Fiorenzo Festi*Professore ordinario di Diritto privato, Università LIUC di Castellanza*

Luoghi comuni in tema di ritiro dalle trattative e responsabilità precontrattuale 1, 15

Riccardo Fornasari*Dottore di ricerca, Università di Bologna*

Alea e scambio: il caso dei contratti derivati 1, 72

Rosario Franco*Professore a contratto di Diritto privato, Università di Catanzaro*

Donazione e liberalità: un tentativo di lettura sistematizzante 4, 577

Massimo Franzoni*Professore ordinario di Diritto civile, Università di Bologna*

Il contratto d'accertamento: un paradosso 2, 183

Enrico Gabrielli*Professore ordinario di Diritto civile, Università di Roma "Tor Vergata"*

Rimedi sinallagmatici e concorso dei creditori (Una comparazione italo-uruguayana) 2, 167

Giovanni Leone*Professore ordinario di Diritto processuale amministrativo, Università di Napoli "Federico II"*

L'indennità di espropriazione e l'apologo di Menenio Agrippa 4, 511

Enrico Minervini*Professore ordinario di Diritto civile, Università di Napoli "Federico II"*

La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitato ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova 2, 201

Loredana Nazzicone

Consigliere della Corte di Cassazione

L'acqua iemale e il Tribunale superiore delle acque 1, 65

Salvatore Patti

Professore ordinario di Diritto privato, Università di Roma "La Sapienza"

Sull'efficacia della ratifica in caso di matrimonio canonico stipulato da rappresentante senza potere (parere *pro veritate*) 1, 7

Ludovica Porzio

Dottoranda di ricerca, Università di Napoli "Parthenope"

Distanziamento sociale, bigenitorialità e bilanciamento dei diritti 2, 255

Silvia Princivalle

Assegnista di ricerca, Università di Bologna

È dunque nullo il mutuo fondiario "eccedentario" erogato per un valore superiore all'80% di quello dell'immobile ipotecato: alcune riflessioni in tema di responsabilità notarile 2, 303

Alessio Reali

Ricercatore di Diritto privato, Università LIUC di Castellanza

Approfondimenti sulla sostituzione ordinaria e sulla rappresentazione alla luce di una successione testamentaria transnazionale 3, 425

Francesco Rende

Professore associato di Diritto privato, Università di Messina

Esdebitazione e regole di comportamento 2, 281

Paolo Stella Richter

Professore emerito di Diritto amministrativo, Università di Roma "La Sapienza"

L'indennità di esproprio 4, 505

Fabrizio Volpe

Professore associato di Diritto privato, Università di Bari Aldo Moro

Trasformazioni sociali, «valori» concorrenti e uniformazione del diritto successorio 3, 349

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	RIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2021	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2021	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

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

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/5214220, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

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

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione
Via D. Nicolai 39
70122 Bari
Tel. 080 5214220
Fax 080 5234777
info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie
Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari
Tel. 080 5212550
Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari
Tel. 080 5617175



ISBN 979-12-5965-063-4



9 791259 650634

ISSN 1128-2142



9 770112 821428

€ 38,00