

# *rivista di* diritto privato

2 anno XXVI - aprile/giugno 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 Furgiuele, 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 2/2021

---

### Saggi e pareri

---

<b>Rimedi sinallagmatici e concorso dei creditori (Una comparazione italo –uruguayana)</b> <i>di Enrico Gabrielli</i>	167
<b>Il contratto d'accertamento: un paradosso</b> <i>di Massimo Franzoni</i>	183
<b>La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova</b> <i>di Enrico Minervini</i>	201
<b>Positivismo giuridico e calcolabilità del diritto</b> <i>di Francesco Felis</i>	221
<b>Liberalità a legittimari e a non legittimari: interferenze fra collazione e riduzione?</b> <i>di Andrea Bellorini</i>	245
<b>Distanziamento sociale, bigenitorialità e bilanciamento dei diritti</b> <i>di Ludovica Porzio</i>	255
<b>Esdebitazione e regole di comportamento</b> <i>di Francesco Rende</i>	281
<b>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</b> <i>di Silvia Princivalle</i>	303



## *Saggi e pareri*

---



# Rimedi sinallagmatici e concorso dei creditori (Una comparazione italo-uruguayana)\*

di Enrico Gabrielli\*\*

---

**Abstract.** The work deals in a comparative perspective the remedies to protect the contractual synallagma in bankruptcy cases in Italian and Uruguayan law

---

*SOMMARIO: 1. La regola generale di tutela del sinallagma in entrambi i sistemi giuridici. – 2. Fondamento, limiti ed effetti della regola generale nel diritto italiano. – 3. Gli effetti sul contratto e sul rapporto nel diritto italiano. – 4. La sospensione del contratto come regola generale di tutela del sinallagma nel diritto concorsuale. Diritto italiano e diritto uruguayano a confronto. – 5. La risoluzione del contratto pendente e l’opponibilità del titolo alla massa dei creditori.*

1. Il nuovo diritto della crisi d’impresa italiano d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (“Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”) assegna al potere di autonomia privata e al contratto un ruolo centrale nella gestione della fase patologica dell’impresa e ne connota e colora la funzione secondo un nuovo paradigma: il fallimento – da strumento per realizzare, seppure a determinate condizioni di premialità soggettiva dell’imprenditore decotto, la soddisfazione dei creditori del concorso – a strumento per la conservazione del valore commerciale ed economico dell’impresa.

Un mutamento che si pone in linea con la filosofia di fondo della riforma, che può sintetizzarsi nella tendenza a favorire, nella misura del possibile, forme di ristrutturazione o comunque di risanamento dell’impresa in crisi prima che essa divenga irreversibilmente insolvente, così che si possa perseguire e conseguire l’obiettivo di salvaguardare il valore residuo dell’azienda, piuttosto che vanificarlo e disperderlo in una logica meramente di liquidazione dei suoi beni, consentendo al tempo stesso all’imprenditore di rimettersi in gioco e di cogliere eventuali ulteriori *chances* anche e proprio in virtù della negativa esperienza fatta.

L’autonomia privata, il contratto, il negozio appaiono come schemi e modelli, per sostenere una diversa ideologia della patologia dell’impresa che vede nella “negozialità” il mezzo per raggiungere quel fine<sup>1</sup>.

---

\* Relazione svolta presso la *Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo* il 24 settembre 2019. Destinato agli *Studi in onore di Antonio Flamini*.

\*\* Professore Ordinario di Diritto civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Roma “Tor Vergata”.

<sup>1</sup> RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell’insolvenza*, in *I Contratti*, 2019, 129 ss.; LO CASCIO, *Il Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fall.*, 2019, 263; E. GABRIELLI, *Tradizione e novità nel nuovo Codice della crisi d’impresa le modulazioni dell’autonomia privata e l’“apparizione” del negozio giuridico*, in *Giur. it.*, 2019, Supplemento;

# Il contratto d'accertamento: un paradosso

di Massimo Franzoni\*

**Abstract.** The study shows the issue of the “atypical assessment contract”. The study investigates similar figures, such as the transaction or the contract modifying a previous relationship, it wants to put some firm points on the effects of this contract of ancient origins. It wants to show that despite the current use of the expression “assessment contract” its precise meaning is still not clear, while the use of the expression appears more precise, if it is used to exclude any other similar typical figure. The study shows that often the conclusions reached by jurists using the expression “assessment contract” could also be reached in another way, omitting the reference to the “assessment contract”. It denies that the reference to a general figure of assessment in private law could be of any use, since with a contract peace can be imposed, but truth cannot be imposed.

*SOMMARIO: 1. Il contratto d'accertamento: da dove incominciare il racconto? – 2. Il contratto d'accertamento e l'atto meramente riproduttivo. – 3. L'accertamento, la transazione e la sentenza. – 4. Il contratto di accertamento e la transazione. – 5. Il contratto d'accertamento. – 6. Il contratto d'accertamento e il c.d. “effetto preclusivo”. – 7. .... in conclusione.*

1. Ci sono parole che sono entrate nel lessico del giurista e che proprio per questa ragione sono diventate figure giuridiche riconosciute, sebbene non sia chiara affatto la loro struttura o la loro funzione. Talvolta questo accade per i principi, come quello per lungo tempo accolto di nessuna responsabilità senza colpa, oppure quello più recente della vicinanza della prova<sup>1</sup> o della causa in concreto<sup>2</sup>. È anche accaduto che principi di cui sempre è stata invocata l'esistenza abbiano trovato in concreto applicazione soltanto di recente, penso alla *compensatio lucri cum damno*, recentemente rivisitata dalla Suprema corte<sup>3</sup>.

Da tanti decenni si continua a ragionare sulla struttura e sulla funzione del contratto (o del negozio) di accertamento, pur dando atto che «nessun altro istituto appare fonte di incertezze come il negozio di accertamento»<sup>4</sup>. «L'impressione che chi

\* Ordinario di Diritto Civile nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Bologna.

<sup>1</sup> Cfr. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi ...*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 360 ss.

<sup>2</sup> Cfr. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.

<sup>3</sup> Cfr. FRANZONI M., *La compensatio lucri cum damno secondo la Cassazione*, in *Resp. civ.*, 2018, 1092, in commento a Cass, sez. un., 22.5.2018, n. 12564 e a Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 23.2.2018, n. 1.

<sup>4</sup> PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, p. 125. È noto che questa figura è stata elaborata dalla dottrina tedesca della fine dell'800, ed ha avuto una certa diffusione in Italia intorno alla metà del 900. I dubbi sulla rilevanza di questo contratto hanno riguardato la sua efficacia, divisa tra dichiarativa e dispositiva, e la sua autonomia dalla transazione, una volta che a questa venga attribuito il ruolo di rimuovere l'incertezza: così VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. Cicu e*

# La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitato ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova\*

di Enrico Minervini\*\*

---

**Abstract.** The statute of limitation for claims concerning recovery of undue payments made by customers in the execution of bank account contracts: the submission and the burden of proof. The article examines the operation of statute of limitation with regard to a topic which has been the subject of a vigorous debate in case-law, i.e. the limitation period for claims concerning recovery of undue payments made by customers in the execution of bank account contracts. In particular, the work will focus on the submission and the burden of proof of this defence raised by the bank.

---

*SOMMARIO: 1. La decorrenza del termine di prescrizione: i precedenti giurisprudenziali. – 2. La decorrenza del termine di prescrizione: la distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie. – 3. La decorrenza del termine di prescrizione: l'infelice intervento legislativo e la declaratoria di illegittimità costituzionale. – 4. La decorrenza del termine di prescrizione: la giurisprudenza successiva. – 5. L'eccezione di prescrizione: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova. – 6. L'onere dell'allegazione: la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione (la tesi più rigorosa). – 7. L'onere dell'allegazione: la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione (la tesi meno rigorosa). – 8. L'onere dell'allegazione: la formulazione «generica» dell'eccezione di prescrizione. – 9. L'onere della prova: il ricorso a criteri di normalità o a presunzioni. – 10. L'onere della prova: la commistione con la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione. – 11. L'onere della prova: la commistione con la formulazione «generica» dell'eccezione di prescrizione. – 12. L'onere della prova: l'apertura di credito come fatto modificativo o impeditivo. – 13. L'onere della prova: chi eccepisce prova i fatti sui quali l'eccezione si fonda.*

1. Per lunghi anni la Corte di Cassazione statuiva che il termine di prescrizione decennale per la restituzione delle somme trattenute dalla banca indebitamente, ad es. a titolo di interessi, anatocismo, commissione di massimo scoperto, su di un'apertura di credito, decorre dalla chiusura del rapporto di conto corrente, trattando-

---

\* Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Giuseppe Vettori*.

\*\* Ordinario di Diritto Civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II.

# Positivismo giuridico e calcolabilità del diritto

di Francesco Felis\*

**Abstract.** After exposing Hans Kelsen's thesis on the merits of positivism and the primacy of parliament very briefly, having treated what a well-known Anglo-Saxon philosopher (Hart) thought about certain degenerations typical of American realism, I will try to demonstrate the centrality and topicality of article 12 of the preleggi. Which is an expression of a moderate positivism as preached by Norberto Bobbio. This article is related to the needs of a modern and balanced capitalism which requires as Weber argued that there is reliance and calculability in the functioning of the judiciary, it is related to what emerges from the well-known art 16 of the Declaration of Human and Citizen's Rights of 1789, which sees the guarantees of citizens intimately linked to the principle of the separation of powers. The above principle requires not only formally different and distinct bodies but also substantially distinct ones, i.e. judges who do not act as legislators because, thus, they put at risk not only the guarantees of citizens based on the principle of separation of powers, but also the calculability of the law and the certainty that are values of constitutional significance, as emerges, for the second aspect, for example from two judgments of the Constitutional Court, the n. 210/1971 and No. 101/1986.

*SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'esempio americano-Herbert L. A. Hart. – 3. Positivismo Giuridico-Norberto Bobbio. – 4. Interpretazione/Comportamento dei Giudici. – 5. Norme Inespresse. – 6. Conclusioni*

1. Discutendo di Giustizia e in particolare di interpretazione, la prima distinzione da fare è tra quella Costituzionale e quella ordinaria<sup>1</sup>. L'interpretazione dei giudi-

\* Notaio in Genova.

<sup>1</sup> Circa l'interpretazione Costituzionale per i problemi che presenta rispetto ai rapporti con il parlamento e il potere legislativo, v il Roberts l'ex presidente della Corte Suprema Statunitense afferma: "[...] questa Corte non è un'assemblea legislativa. Se il matrimonio dello stesso sesso sia una buona idea o meno non dovrebbe essere un problema nostro. In forza della Costituzione i giudici hanno il potere di dire cosa è la legge. Non cosa dovrebbe essere [...] Oggi tuttavia la Corte compie un passo straordinario ordinando a ogni Stato di permettere e riconoscere il matrimonio dello stesso sesso. [...] I sostenitori del matrimonio dello stesso sesso hanno ottenuto notevoli successi nel tentativo di persuadere i loro concittadini attraverso il processo democratico ad accogliere la loro visione. Tutto questo finisce oggi. Cinque giudici hanno chiuso il dibattito e convertito la loro visione del matrimonio in materia di legge costituzionale. La sottrazione di questa disputa al popolo getterà per molti una nube sul matrimonio dello stesso sesso, rendendo un mutamento sociale eccezionale molto più duro da accettare. La decisione della maggioranza è un atto di volontà, non una sentenza. Il diritto che proclama non ha basi nella Costituzione o nei precedenti di questa Corte [...] La Corte invalida le leggi sul matrimonio di più della metà degli Stati e dispone la trasformazione di un istituto sociale che ha costituito la base della società umana per millenni, tanto per i boschiani del Kalahari quanto per i cinesi han, i cartaginesi e gli aztechi. Chi crediamo di essere? [...] Coloro che hanno fondato il nostro Paese non si riconoscerebbero nella concezione del ruolo della magistratura che ha la maggioranza. Del resto rischiarono le proprie vite e i propri beni per il prezioso diritto di governarsi da sé. Non avrebbero

# Liberalità a legittimari e a non legittimari: interferenze fra collazione e riduzione?

di Andrea Bellorini\*

---

**Abstract.** Legal provisions on the role of gifts in donor's succession intersects various aspects of the law of inheritance: the coordination of these rules of law is not always immediately understandable. Gifts to heirs-at-law and gifts not to heirs-at-law are governed differently by the Italian Civil Code. This study analyzes how the person of the donee can alter the obligation to make the restoration of gifts and the action in abatement to assert heirs' reserved portion.

---

*SOMMARIO: 1. I termini del problema. – 2. La donazione all'erede necessario con dispensa da collazione e imputazione come strumento di composizione qualitativa delle attribuzioni in funzione successoria a carico della disponibile. – 3. La donazione in conto di legittima quando il donatario non concorre all'eredità del donante, e l'ordine di riduzione ex art. 555 cod. civ. – 4. Conclusioni: liberalità a legittimari e liberalità a non legittimari.*

1. Fra le operazioni parasuccessorie in generale ed i negozi anticipatori in particolare, le donazioni dirette ed indirette conservano ancora un ruolo importante nelle strategie di pianificazione ereditaria.<sup>1</sup>

Tuttavia, il frammentato coacervo di disposizioni che regolano gli aspetti di incidenza delle liberalità sulla successione del donante interseca diversi istituti del diritto ereditario e non sempre il coordinamento delle discipline applicabili alle singole fattispecie è di immediata comprensione.

In presenza di legittimari, in particolare, una donazione viene considerata nella determinazione della quota disponibile ed eventuale lesione della quota di legittima: la funzione limitatrice della successione necessaria è tale non solo con riferimento alla volizione testamentaria, ma anche a quella liberale in senso lato. Si ricordi, in-

---

\* Andrea Bellorini è dottore di ricerca in diritto e scienze umane.

<sup>1</sup> V'è un sottile confine sistematico fra la disciplina della donazione e quella dei negozi *mortis causa*, tanto da trovare la sua collocazione non già nel quarto libro del codice dedicato alle obbligazioni e ai contratti tipici, ma nel libro secondo delle successioni. Ciò non tanto per una affinità fra gli istituti, in un Codice Civile che vieta l'istituzione contrattuale di erede e la donazione *mortis causa*, ma per il rilievo dei notevoli impatti delle liberalità sulle vicende *post mortem* del donante. Cfr. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2006, p. 390; BALBI, *Saggio sulla donazione*, in *Memorie dell'istituto giuridico dell'Università di Torino*, Torino, 1942, p. 176. Sui rapporti fra l'art. 458 cod. civ. e la donazione per l'attuazione di sistemazioni patrimoniali in vista della morte sia consentito il rinvio a BELLORINI, *Pianificazioni irrevocabili. Critica del divieto dei patti successori*, Roma, 2017, pp. 57 e ss.

# Distanziamento sociale, bigenitorialità e bilanciamento dei diritti

di Ludovica Porzio\*

---

**Abstract.** This paper analyses the impact of the rules adopted by the Italian Government to contain the health emergency on the so called biparentality, namely the right of the child to enjoy the presence of both parents. The way it can be exercised, expressed in the visiting right by the non-custodial parent, has clearly been influenced by the freedom of movement restrictions adopted in order to protect the right of individual and public health. This right, in the emergency situation, is in conflict with biparentality, requiring a necessary balance, particularly delicate as it involves two fundamental rights, both constitutionally protected. This balancing has been examined by many courts which used different approach. These rulings has been critically analysed focusing on the difficulty of such a balancing.

The essay is carried out in the light of national and international human rights law, taking into account the recent Italian rules that significantly changed the field of investigation.

---

*SOMMARIO: 1. L'emergenza e i rapporti familiari. – 2. Distanziamento sociale e diritto di visita. – 3. La recente giurisprudenza: una breve rassegna. – 4. Diritto alla salute e diritto alla bigenitorialità: un indispensabile bilanciamento. – 5. La fase 2 e la bigenitorialità attiva – 6. Considerazioni conclusive.*

Nel presente scritto si analizzerà come le misure di contenimento dell'emergenza sanitaria adottate dal Governo italiano abbiano inciso sul diritto al rispetto della vita familiare e, in particolare, sul diritto alla bigenitorialità. Dopo una breve introduzione circa l'effetto dell'emergenza sui rapporti familiari, verrà presentato il tema principale di analisi delineando, prima, il contenuto delle norme limitative della circolazione e, poi, come queste si siano riverberate su un particolare aspetto del diritto di famiglia, la bigenitorialità, ossia il diritto del figlio di godere della presenza di entrambi i genitori. Le modalità di esercizio di tale diritto, che si concretizzano soprattutto nel c.d. diritto di visita del genitore non collocatario, sono state evidentemente influenzate dalle norme che sanciscono restrizioni alla libertà di movimento volte a tutelare il diritto alla salute. Tale ultimo diritto, in questa situazione emergenziale, è venuto a contrapporsi alla bigenitorialità, richiedendo necessariamente un bilanciamento, particolarmente delicato in quanto coinvolgente due diritti fondamentali, entrambi costituzionalmente tutelati.

---

\* Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope. Contributo redatto in occasione del ciclo di seminari "Il Covid-19 e le risposte del Diritto nell'ordinamento italiano ed europeo".

# Esdebitazione e regole di comportamento\*

di Francesco Rende\*\*

**Abstract.** The paper analyses the norms on over-indebtedness (d.lgs. n. 14/2019), focusing on the means provided for the debtor to fully free himself from debts.

In the new regulation, the achievement of the complete discharge of debts is strongly influenced by the behaviour of the debtor and the creditors both at the time of occurrence of the mandatory relationship and in the debts management process. One of the most relevant news is the reduction in the creditor's rights who has negligently caused over-indebtedness of the debtor.

With regard to the consumer's over-indebtedness, it should be noted that the creditor protection in this case does not correspond to a rigid and predetermined model, but on the contrary it depends on the overall balance of the interests at stake to be carried out time by time in respect of the peculiarities of the specific case.

*SOMMARIO: 1. Le situazioni di crisi e di sovraindebitamento nel d.lgs. n. 14 del 2019. – 2. L'esdebitazione nel Codice della crisi. – 3. Esdebitazione e regole di comportamento: a) la condotta del debitore. – 4. Segue: b) il comportamento del creditore. – 5. Segue: le conseguenze della c.d. "sanzione processuale". – 6. Regole di comportamento e responsabilità patrimoniale del consumatore.*

## 1. Con l'emanazione del c.d. "Codice della crisi"<sup>1</sup> le situazioni di crisi e di insolvenza<sup>2</sup>

\* Il presente scritto costituisce il testo rielaborato della relazione svolta al Convegno su *"Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi e dell'insolvenza"* (Messina, 18 ottobre 2019), promosso dai prof.ri Giovanni D'Amico, Angelo Federico e Marcello Parrinello.

\*\* Professore Associato di Diritto Privato Università degli Studi di Messina.

<sup>1</sup> Si tratta del d. lg. 12 gennaio 2019, n. 14, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (C.C.I.) in attuazione della l. 19 ottobre 2017, n. 155.

<sup>2</sup> Le situazioni di crisi e d'insolvenza sono specificatamente definite dall'art. 2, comma 1, rispettivamente lett. a) e b). La prima situazione è correlata ad uno "stato di difficoltà economico-finanziaria"; la seconda all'incapacità del debitore di "far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate". L'espressione "sovraindebitamento" designa, invece, unitariamente le situazioni "di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza". La dottrina ha, peraltro, segnalato come la nozione di "sovraindebitamento" assuma all'interno della Codice della crisi un significato diverso da quello desumibile dalla l. n. 3/2012. Nella disciplina del 2012, il sovraindebitamento presupponeva quantomeno la "rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni" (cfr. art. 6, comma 2, lett. a), l. n. 3/2012). Nel codice della crisi, invece, è sufficiente l'apparire dei segni della "crisi", ossia, come già accennato, l'evidenziarsi di un mero stato di difficoltà che renda probabile la successiva insolvenza. Ne consegue, secondo l'opinione in esame, la possibilità per il debitore di far ricorso alla disciplina del sovraindebitamento prima che la sua esposizione passiva si sia smisuratamente aggravata. Così, PELLECCIA, *La definizione di sovraindebitamento nel codice*

# 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

di Silvia Princivalle\*

---

**Abstract:** A ruling by the Supreme Court reaffirms the nullity of the “surplus” land loan. It underlines how the financing limit pursuant to art. 38, paragraph 2, is an essential element of the content of contract, and its failure to comply determines the nullity of contract itself. The absence of this element constitutes an imperative limit to private autonomy due, because it protects a public interest. This new nullity would fall within the absolute nullities, neither cryptic nor virtual, but now consolidated in the jurisprudential guidelines. So, the notary who stipulates a null mortgage may have disciplinary responsibility.

---

*SOMMARIO: 1. L'importanza del tema “mutui” nell'età dell'emergenza. – 2. La statuizione della nullità per carenza di un elemento essenziale del mutuo fondiario. – 3. Le conseguenze “notarili” della dichiarazione di nullità: il percorso della nullità inequivoca. – 4. Profili disciplinari notarili in sede ispettiva degli atti di mutuo.*

1. Il tema dei mutui è uno dei più caldi dell’ultimo decennio di riforme legislative. La disciplina dei mutui, e dei finanziamenti per l’acquisto di un’abitazione in genere, ha subito una serie di interventi legislativi più o meno incisivi, legati soprattutto all’importanza politica che la materia riveste: spesso si tratta di ampi provvedimenti cosiddetti *omnibus* che «seguono la logica dell’attualità socio-economica e hanno perciò una natura accentuatamente politica (anzitutto nel senso che sono progettate e realizzate principalmente al fine di ottenere un ritorno di immagine e di consenso da parte degli elettori)»<sup>1</sup>.

Sotto il profilo economico risulta subito evidente come, sia l’attività edilizia sia quella immobiliare, costituiscano un potente volano dello sviluppo e della ripresa produttiva. Non a caso ad esse il legislatore sta dedicando particolare attenzione al fine di alimentarne una quanto più veloce ripresa nel difficile periodo di emergenza

---

\* Avvocato, Professore a contratto e Assegnista di ricerca Università di Bologna

<sup>1</sup> In tal senso SIRENA, *La nuova disciplina dei mutui ipotecari e le prospettive di una riforma legislativa*, in AA. VV., *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2009, p. 9.

# *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.	
	PIVA (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](mailto: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](mailto: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](http://www.cacuccieditore.it)

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175





ISBN 979-12-5965-011-5



9 791259 650115

ISSN 1128-2142



9 770112 821428

€ 38,00