



# Accademia

Rivista dell'Associazione dei civilisti italiani

Direttore: *Vincenzo Cuffaro*

numero **tre** Settembre - Dicembre 2023

- **CONFRONTI**

*Giuseppe Vettori, Liliana Rossi Carleo, Enrico Minervini,  
Mirzia Bianca, Maddalena Rabitti, Francesco Ricci*

- **ORIENTAMENTI**

*Rosa Maria Dell'Erba, Donato Carusi, Felice Manna,  
Paolo Gallo, Elena Bellisario*

- **OPINIONI**

*Matteo Dellacasa, Francesca Cristiani, Francesca Cerea,  
Elisa Stracqualursi*

- **INTERSEZIONI**

*Roberto Conti, Aurelio Gentili, Renato Rordorf,  
Bianca Innamorati*

- **OSSERVATORI**

*Sara Scola, Mauro Grondona*

**Direttore editoriale/Editor-in-chief:**

Vincenzo Cuffaro – Università di Roma Tre

**Vicedirettore/ Deputy director:**

Claudio Scognamiglio – Università di Roma Tor Vergata

**Comitato Editoriale/Editorial Board:**

Maria Astone – Università di Messina  
Angelo Barba – Università di Siena  
Francesca Bartolini – Università Link di Roma  
Elena Bargelli – Università di Pisa  
Ettore Battelli – Università di Roma Tre  
Elena Bellisario – Università di Roma Tre  
Claudia Benanti – Università di Catania  
Valentina Calderai – Università di Pisa  
Carmelita Camardi – Università Ca' Foscari di Venezia  
Francesca Cristiani – Università di Pisa  
Massimo D'Auria – Università di Siena  
Andrea Dalmartello – Università di Milano Statale  
Matteo Dellacasa – Università di Pavia  
Valentina Di Gregorio – Università di Genova  
Chiara Favilli – Università di Pisa  
Fulvio Gliotti – Università Magna Graecia di Catanzaro  
Mauro Grondona – Università di Genova  
Enrico Minervini – Università di Napoli Federico II  
Filippo Nappi – Università di Napoli Parthenope  
Riccardo Omodei Salè – Università di Verona  
Stefano Pagliantini – Università di Siena  
Teresa Pasquino – Università di Trento  
Enrico Quadri – Università di Napoli Federico II  
Francesco Ricci – Università LUM G. Degennaro  
Nicola Rizzo – Università di Pavia  
Francesco Sangermano – Università di Roma Tor Vergata  
Pietro Sirena – Università Bocconi di Milano  
Anna Scotti – Università di Napoli Federico II

**Comitato di Redazione/Editorial Staff:**

Edoardo Bacciardi – Università di Pisa  
Anna De Bellis – Università Ca' Foscari di Venezia  
Luigi Buonanno – Università Bocconi di Milano  
Francesca Cerea – Università di Bergamo  
Martina D'Onofrio – Università di Siena  
Andrea Maria Garofalo – Università di Trento  
Antonello Iuliani – Università di Siena  
Donato Maria Matera – Università LUM G. Degennaro

Mario Natale – Università di Foggia  
Susanna Sandulli – Università di Roma Tre  
Daniela Santarpia – Università di Siena  
Elisa Stracqualursi – Università di Pisa  
Franco Trubiani – Università di Napoli Parthenope

**Comitato dei Garanti per la valutazione scientifica/Referee Committee:**

Guido Alpa – Università di Roma La Sapienza  
Aurelio Gentili – Università di Roma Tre  
Gianni Iudica – Università Bocconi di Milano

**Valutatori/Referee**

Enrico Al Mureden (Università di Bologna) – Francesco Astone (Università di Foggia) – Fabio Bravo (Università di Bologna) – Enrico Camilleri (Università di Palermo) – Giovanna Capilli (Università telematica San Raffaele, Roma) – Donato Carusi (Università di Genova) – Claudio Colombo (Università di Sassari) – Maria Vita De Giorgi (Università di Ferrara) – Luca Di Donna (Università di Roma La Sapienza) – Paolo Gaggero (Università di Roma La Sapienza) – Lara Modica (Università di Palermo) – Andrea Nervi (Università di Sassari) – Fabrizio Piraino (Università di Palermo) – Massimo Proto (Università Link di Roma) – Giorgio Resta (Università di Roma Tre) – Lilliana Rossi Carleo (Università di Roma Tre) – Michele Sesta (Università di Bologna).

I contributi sono sottoposti alla procedura di revisione anonima (*single blind peer-review*) nel rispetto dei criteri indicati nell'art. 9 del vigente regolamento Anvur.

© Copyright 2023 – Accademia Rivista dell'Associazione dei Civilisti Italiani

Iscrizione al R.O.C. n. 6269  
Rivista online in open access periodicità quadrimestrale  
ISSN 2974-8755

Direzione e Redazione:  
Roma

Produzione e distribuzione  
Pacini Editore srl – Via Gherardesca 1 – 56121 Pisa Ospedaletto  
– tel. 050 313011

**Sommario** p. 879

## **CONFRONTI**

GIUSEPPE VETTORI, Sussidiarietà e ambiente: un ricordo di Mario Nuzzo  
| *Subsidiarity and environment: a remembrance of Mario Nuzzo* » 881

LILIANA ROSSI CARLEO, La capacità dinamica del diritto positivo | *Dyna-  
mic attitude of positive law* » 887

ENRICO MINERVINI, A proposito di utilità sociale e autonomia privata |  
*Concerning social utility and private autonomy* » 895

MIRZIA BIANCA, Autonomia negoziale e strumenti di articolazione  
dell'impresa e del patrimonio | *Freedom of contract and instruments  
for the articulation of business and property* » 901

MADDALENA RABITTI, Autonomia privata e regole di conformazione del  
mercato | *Private autonomy and rules for the functioning of markets* » 909

FRANCESCO RICCI, L'autonomia privata tra legalità formale e giustizia  
sostanziale | *Private autonomy between formalistic legality and sub-  
stantial justice* » 917

## **ORIENTAMENTI**

ROSA MARIA DELL'ERBA, Il problema dell'azione di arricchimento | *The  
topic of the enrichment action* » 927

DONATO CARUSI, Osservazioni sull'ordinanza interlocutoria Cass.,  
5222/2023 e sulla sussidiarietà dell'azione di arricchimento | *Remar-  
ks on the interlocutory order Cass., 5222/2023 and on subsidiarity of the  
enrichment action* » 935

FELICE MANNA, L'arricchimento ingiustificato all'esame delle Sezioni  
Unite | *Unjust enrichment being examined by the Sezioni Unite* » 941

- PAOLO GALLO, L'azione di arricchimento può ancora considerarsi sussidiaria? | *Can the enrichment action still be considered subsidiary?* » 947
- ELENA BELLISARIO, La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: considerazioni conclusive | *On subsidiary nature of the general enrichment action: conclusions* » 961

## OPINIONI

---

- MATTEO DELLACASA, «Cooperazione»: tra obbligazione e contratto | *“Cooperation”: between obligation and contract* » 967
- FRANCESCA CRISTIANI, La incerta sorte dell'affinità dopo il divorzio | *The uncertain destiny of affinity after divorce* » 993
- FRANCESCA CEREÀ, Sul rapporto tra danno da premorienza e danno da perdita di chances di sopravvivenza | *The relation between predecease damages and loss of chance of survival damages* » 1007
- ELISA STRACQUALURSI, Teorie e tecniche per l'ammissibilità della condizione sospensiva di adempimento nel contratto di transazione | *Theories and techniques for the admissibility of the condition precedent in settlements* » 1015

## INTERSEZIONI

---

- ROBERTO CONTI, I civilisti e la verità. Intervista a Aurelio Gentili e Renato Rordorf | *Civil Law Scholars and truth. Interview with Aurelio Gentili and Renato Rordorf* » 1029
- BIANCA INNAMORATI, La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle | *Justice on stage. Law and power in Eschilo and Sofocle* » 1055

## OSSERVATORI

---

- SARA SCOLA, L'avant-projet francese di riforma dei contratti speciali: una proposta per un diritto dei contratti più a misura dei suoi immediati fruitori | *The French avant-projet to reform special contracts: a proposal for a contract law more tailored to its immediate users* » 1061
- MAURO GRONDONA, Emilio Betti e Aurelio Candian: due 'giuristi missionari' | *Emilio Betti and Aurelio Candian: two “missionary lawyers”* » 1075

## SOMMARIO

Mario Nuzzo è stato tra i soci fondatori dell'Associazione dei civilisti italiani ed è con affettuosa riconoscenza che la Rivista, della quale aveva auspicato ma purtroppo non ha potuto vedere la nascita, pubblica le relazioni e gli interventi svolti da Giuseppe Vettori, Liliana Rossi Carleo, Enrico Minervini, Mirzia Bianca, Maddalena Rabitti e Francesco Ricci nel Convegno tenuto nel settembre di quest'anno in sua memoria. Relazioni e interventi che tornando sui temi propri dell'autonomia privata a Lui cari, vogliono così continuare un dialogo che non può ritenersi interrotto giacché trae linfa dai Suoi scritti e ne sollecita una rilettura nel segno della persistente attualità.

I contributi sono ospitati nella sezione **CONFRONTI** a sottolineare come la ricerca scientifica nasca e si svolga nel dialogo con le opinioni soprattutto di chi, come Mario, ha avuto la «*capacità rara di anticipare ciò che accade oggi*», come ha ben osservato Giuseppe Vettori nel brillante saggio sul 'pensiero di Mario Nuzzo nell'unità plurale di una grande Scuola' in apertura del volume che ne raccoglie gli scritti.

A quanto accade oggi rinvia appunto la nuova tappa del percorso sulla verità iniziato nella sezione **INTERSEZIONI** del precedente fascicolo e che ora entra ora nel vivo con l'intervista rivolta in parallelo ad Aurelio Gentili e Renato

Rordorf sul tema della verità e del diritto civile. Roberto Conti formula domande suggestive ed in qualche misura provocatorie, lasciando al lettore il piacere di cogliere dal tenore delle risposte come due intervistati di rango affrontino questioni tra le più attuali del dibattito civilistico, mostrando, se pur con ovvia varietà d'accenti, un'analogia ritrosia nel ritenere che di diritto, verità e legge si possa parlare in termini di identità. Senza che sia possibile neanche provare a sintetizzare la appassionata conversazione tra il convinto assertore del metodo dell'analisi del linguaggio e l'autorevole estensore di significative sentenze, sembra solo utile segnalare che dai raffinati ragionamenti degli intervistati e dalle riflessioni dello stesso intervistatore, quali emergono dalle domande e sono rivelate nelle conclusioni, emerge l'avvertita esigenza di discorrere di certezza, di validità dell'interpretazione della legge, di prevedibilità delle decisioni, di razionalità delle tesi enunciate e, in definitiva, di come sia opportuno declinare la relazione del diritto con la giustizia piuttosto che con la verità. L'attenzione alla giustizia rimanda, tra l'altro, al compito nomofilattico svolto dalla Cassazione e proprio in tale prospettiva la sezione **ORIENTAMENTI** ospita le relazioni che Rosa Maria Dell'Erba, Donato Carusi, Felice Manna,

Paolo Gallo e Elena Bellisario hanno presentato in occasione dell'incontro di studio tenuto il 20 settembre 2023, nel quadro della collaborazione instaurata tra l'Associazione e la Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione. In vista della allora annunciata decisione delle Sezioni unite sul tema, gli interventi hanno riguardo al ruolo da assegnare all'azione di ingiustificato arricchimento. Quando il numero della Rivista era ormai composto in via definitiva, è stata pubblicata, con apprezzabile tempestività, a sentenza 5 dicembre 2023, n. 33954 con la quale viene data risposta ai dubbi sollevati dall'ordinanza interlocutoria; viene così lasciato così al lettore il compito di verificare in quale misura la Corte abbia poi raccolto gli spunti e le indicazioni emersi nel ricco dibattito, mentre **ACCADEMIA** tornerà sulla sentenza nel prossimo fascicolo. L'approfondito e colto saggio di Matteo Dellacasa apre la sezione **OPINIONI** con un articolato esame del rilievo da assegnare alla 'cooperazione' negli ambiti, non esattamente coincidenti, del rapporto obbligatorio e del contratto. Nella medesima sezione, Elisa Stracqualursi affronta il tema, anch'esso proprio della disciplina del contratto, della clausola condizionale di adempimento e Francesca Cerea considera le risposte giurisprudenziali sul rapporto tra danno da perdita anticipata della vita e danno da perdita di *chances* di sopravvivenza. Francesca Cristiani invita poi a riflettere sul recente provvedimento con il quale la

Cassazione ha rimesso ai Giudici della Consulta la questione di costituzionalità dell'ultimo comma dell'art. 78 cod. civ. del quale, malgrado siano trascorsi più di dieci lustri dall'introduzione del divorzio, è invece rimasta immutata la formula originaria per cui l'affinità, che non cessa per la morte del coniuge, viene solo meno in caso di dichiarazione di nullità del matrimonio.

Delle suggestioni di lettura suscitate da due recenti volumi, quello di E. Stolfi su *'Diritto e potere in Eschilo a Sofocle'* e l'altro di I. Birocchi e E. Mura su *'Emilio Betti e Aurelio Candian: due giuristi missionari'*, riferiscono Bianca Innammorati e Mauro Grondona, mentre nella sezione **OSSERVATORI**, nella quale già nel fascicolo precedente erano stati illustrati temi presenti sulle riviste d'Oltralpe, Sara Scola dà conto del dibattito sull'*avant-projet* di riforma dei contratti speciali, riassumendone le linee essenziali volte ad adattare l'impianto normativo alle esigenze della società contemporanea, a rendere più intellegibile, fruibile e chiara la disciplina dei singoli contratti ed a codificare numerosi principi giurisprudenziali largamente condivisi. Alla comunità dei lettori di **ACCADEMIA** tornano così alla mente le proposte di revisione del codice civile sulle quali l'Associazione ha negli anni scorsi profuso l'impegno di studio e di elaborazione. Quelle proposte non hanno tuttavia avuto seguito ed è quindi con curiosità che si sollecita la considerazione delle iniziative di altri Paesi che forse avranno miglior esito: buona lettura!



### Sussidiarietà e ambiente: un ricordo di Mario Nuzzo



Giuseppe Vettori

**SOMMARIO:** 1. Una premessa. – 2. Le domande del civilista. – 3. L'ambiente. Due diversi modi affrontare il tema.

#### 1. Una premessa

Come ho già ricordato il tema delle generazioni future, della sussidiarietà e dell'ambiente si intrecciano. Centrale è il ruolo della Costituzione (9, 41, 47, 52, 67), del diritto internazionale e sovranazionale (artt. 3 TUE e 11 TFUE)<sup>1</sup>.

Ciò che occorre è un ripensamento del linguaggio e degli strumenti concettuali affidandosi ancora alla “potenza creativa del diritto”<sup>2</sup>. Il contributo di Mario Nuzzo è importante. Basta un cenno.

I due volumi sul principio di sussidiarietà sono un riferimento essenziale<sup>3</sup>. Si muove dal testo dell'art. 118 quarto comma della Costituzione ove si riconosce e legittima “l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale”. La norma è richiamata dal codice del terzo settore (art. 5 d.lgs. n. 117 del 2017) ove si fa espresso riferimento all'ambiente e all'“uso accorto e razionale delle risorse naturali”. Da tutto ciò emerge una giuridicità nuova, espressa da soggetti diversi frutto dell'evoluzione di un “contesto culturale, istituzionale ed economico” che esige “strumenti di regolazione dei rapporti più duttili, e perciò più adatti alla disciplina di

<sup>1</sup> V. D'ALOJA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc.dir.*, Annali, IX, 2016, 343 ss.

<sup>2</sup> D'ALOJA, *op. cit.*, 365 ss.

<sup>3</sup> NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014. ID., *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2021, 75 ss.

fenomeni complessi, favorendo un graduale ampliamento degli spazi di autoregolazione in aree precedentemente sottratte all'autonomia privata"<sup>4</sup>.

Da qui la sollecitazione di un forte ruolo del diritto per rispondere a problemi assoluti pur di fronte a forti perplessità: possiamo dire di aver danneggiato qualcuno che non ha identità e ancora non esiste? In che modo e perché le nostre scelte possono essere moralmente errate? Si può ipotizzare un risarcimento per una perdita indeterminata? Parlare di diritti e obblighi al futuro è possibile? Come vedremo queste perplessità non sono affatto invincibili. Basta pensare che sono in questione situazioni soggettive fondamentali di natura collettiva "parte di un interesse pubblico" che va oltre i rigidi schemi ottocenteschi del soggetto di diritto, della teoria dei beni e dell'illecito. Esistono, insomma, buoni argomenti che stanno affiorando negli studi e nella legislazione<sup>5</sup>.

## 2. Le domande del civilista

Certo le domande sulla costruzione giuridica di tali situazioni si rincorrono.

Si può parlare in senso tecnico di diritti? Sono una finzione o un espediente? Sono doveri di giustizia? O diritti senza soggetto? Certo è che il dato giuridico esiste e ci riguarda tutti da vicino sempre più. Solo qualche cenno.

Esistono nel mondo circa 1500 contenziosi conclusi o in fase di decisione su questo tema. Un caso contro l'Unione europea pende avanti alla Corte EDU. La Corte costituzionale tedesca (il 24 marzo 2021) si è pronunciata contro una legge nazionale e qualcosa di simile è stato deciso dalla Corte Suprema dei Paesi Bassi e dal Tribunale Amministrativo di Parigi<sup>6</sup>. La nostra Costituzione ne fa cenno nella riforma degli articoli 9 e 41. È in corso un dialogo fra alcune Corti Supreme dei Paesi europei. Esiste una letteratura molto ampia, dei costituzionalisti. La dottrina civilistica è chiamata a ripensare in profondità categorie fondamentali come la struttura della norma privatistica, la soggettività, le situazioni soggettive. In un momento cruciale.

Solo qualche osservazione in relazione a questi tre temi.

Ancora nell'ultimo scorcio del 900 si osserva che la teoria della norma e delle situazioni soggettive sono strettamente connesse, tanto che le scelte compiute in un settore determinano le scelte dell'altro. Per una ragione chiara. Le situazioni soggettive, secondo questa visione, non sono nulla di più e di diverso dagli effetti giuridici. Il diritto soggettivo

---

<sup>4</sup> NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, cit., XV.

<sup>5</sup> V. il bel saggio di MELI, *Persona, mercato e cambiamenti climatici*, in PASSAGNOLI, ADDIS, CAPALDO, RIZZI, ORLANDO (a cura di), *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it), Firenze, 2022, 2191 e gli scritti anticipatori di M. Pennasilico.

<sup>6</sup> Traggo questi dati e moltissime suggestioni dal saggio di GRAZIADEI, DI MICCO, *Establishing the rights of nature in Italy: between tradition and change*, che ho potuto esaminare prima della pubblicazione per la cortesia di Michele Graziadei.

ha solo il compito di identificare la persona che dovrà ricevere l'adempimento di chi la norma considera obbligato<sup>7</sup>.

Norma che è tale non per la sua coercibilità<sup>8</sup>, per la sanzione che prevede o per il linguaggio che usa, ma per un indice empirico. Il riconoscimento sociale e giuridico di un sistema di fonti che la legittima e un giudizio ipotetico: se A allora B. Il legame fra fatto ed effetti è stabilito dal legislatore mentre la ricerca del come e perché la legge dispone interessa la sociologia e la storia. La scienza giuridica e la dogmatica devono stabilire il diritto qual è.

Se si alza lo sguardo sulla Costituzione la struttura e il ruolo della norma è diverso affatto. In essa si proclamano principi, diritti, doveri e si sollecita la modalità di rendere tali precetti effettivi. Di più si è osservato che i diritti inviolabili più che situazioni soggettive sono principi o valori fondativi di un ordine.

Sempre più spesso ci si chiede se si possa far a meno del diritto soggettivo. Il comparatista ci ricorda che i giuristi inglesi non ignorano la figura, ma essa non è al centro del ragionamento forense o teorico al fine di determinare le prerogative dei soggetti in quel sistema. Ciò per una ragione storica nota a tutti. Il giurista inglese (pratico o accademico) incontra difficoltà ad affidare le proprie conclusioni ad un concetto collocato a metà strada “tra il diritto, la politica e la metafisica”<sup>9</sup>.

Questo atteggiamento porta a ricercare forme e tecniche diverse per tutelare le ragioni del singolo senza “erigere altari al diritto soggettivo”. Anche dopo la ratifica del Human Rights Act del 1999, il diritto inglese conserva e dispone di molteplici registri e modalità di protezione del soggetto. Anche nel nostro ambiente giuridico non mancano voci critiche sul valore del diritto soggettivo accusato di essere spesso in tutto o in parte privo di effettività. Ricco di valore simbolico ma privo di valore normativo. Mentre lo stesso Bobbio afferma che “i diritti non hanno tanto bisogno di essere giustificati, quanto di essere protetti”. A ben vedere, come si è osservato esattamente, i giuristi di oggi non hanno accantonato la nozione di diritto soggettivo, “quello che è tramontato è il volontarismo e la pretesa di ordinare ogni rapporto sulla base di un diritto riconosciuto al privato”<sup>10</sup>. Ne è prova la crisi di un altro concetto.

L'unità del soggetto astratto dell'800, posta in dubbio nell'ultimo decennio del 900 si è dissolta con l'avvento di un riferimento alla Persona nelle Costituzioni, ma qualcosa è cambiato anche da allora. Basta leggere un atto del nuovo millennio che ha piena efficacia con il Trattato di Lisbona del 2010.

Il Preambolo della CDFUE ricorda che i Popoli d'Europa hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su ‘valori comuni’ (Dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà) e sui principi di democrazia e dello Stato di diritto. Si dice che l'Unione pone la *Persona*

<sup>7</sup> IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 34 ss.

<sup>8</sup> PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, 1967, 31 ss.

<sup>9</sup> Fondamentale ora la riflessione di GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da SACCO, Torino, 2001, 3 ss., in part. 25 ss.

<sup>10</sup> GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit. 62-63 ss.

*al centro della sua azione. Reputa necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali che fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri e delle generazioni future. Sicché la Persona non è un concetto elaborato su altri concetti. È uno strumento e una base giuridica per agire e rendere effettiva la tutela dei diritti.*

Tale affermazione è anche una risposta alle teorie dell'impersonale che circolano in Europa e in Italia da molto tempo, se si considera un aspetto. Questo pensiero non intende abbandonare il ruolo della Persona ma vuole "spingerlo fuori dai suoi confini logici, astratti, ontologici, negare la centralità dei diritti promessi e inattuati, affermare il rilievo del corpo e dei beni come un'alternativa teorica spesso necessaria. Tutto ciò significa, a mio avviso, decostruire il concetto elaborato nella seconda metà del novecento, seguendo nuovi bisogni e nuove tutele come la salute, l'ambiente su cui mi soffermo subito.

### **3. L'ambiente. Due diversi modi di affrontare il tema**

Ci sono modi diversi di affrontare il tema. Ne indico due: a) i diritti della natura b) la tutela effettiva di un ricorso alla giustizia.

#### **I diritti della natura**

Diversi Paesi nel mondo riconoscono i diritti della natura in documenti formali (costituzioni, ordinanze, sentenze) e internazionali. In Italia no. Per una serie di ragioni.

Non è stato sufficientemente chiarito il rapporto fra "l'entità natura e i poteri o diritti che possono ad essa riferirsi". Si è concentrata l'attenzione sul diritto ambientale e sulla nozione di danno. Che è a ben vedere insufficiente. Tale prospettiva è orientata spesso al mercato. Basta pensare che le Assicurazioni discutono se sia più conveniente, in termini di costo, prevenire il danno o risarcirlo. La difesa della natura rifiuta una prospettiva ispirata alle logiche del mercato. Indica una svolta perché il diritto ambientale non ha fermato e non ha indicato soluzioni credibili anche in casi recenti come l'ILVA di Taranto.

Certo il riconoscimento dei diritti della natura scardina certezze su cui poggia il diritto moderno. Critica l'idea che la natura "non [sia] un soggetto ma un oggetto di diritto" perché i diritti possono essere solo degli esseri umani. Il tema, pur in presenza di molto scetticismo è entrato nel dibattito giurisprudenziale grazie ad un gruppo di studiosi e di ONG che stanno lavorando ad una Proposta di direttiva e all'adozione di una Carta<sup>11</sup>.

La modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione può dare impulso a questa prospettiva se si tien conto di un fatto. Il diritto italiano non prevede alcuna forma di personalizzazione della natura. Tuttavia esistono aree naturali disciplinate come persone giuridiche per tutelarne l'integrità. I Parchi nazionali sono 25 e coprono più del 5%

---

<sup>11</sup> GRAZIADEI, DI MICCO, *op. cit.*

del territorio nazionale. I Parchi regionali sono 134 per oltre un milione di ettari (DPR 616/71). Esistono habitat naturali che devono essere rispettati (Direttiva 92/43/CEE del 21.5.1992). La legge 168/2017 sulle proprietà collettive, seguita e voluta da Paolo Grossi, affida a Comunità originarie poteri in materia di gestione del patrimonio naturale. Questi beni comuni sono considerati dalla legge “come ordinamenti originari che governano una comunità”<sup>12</sup>.

Dunque si sono “riconosciuti diritti della natura senza riconoscere formalmente la personalità giuridica ad elementi naturali”. Ciò mediante provvedimenti di tipo giuridico amministrativo come la nozione di “Riserva naturale” o altro. La storia di queste vicende ha origini lontane dal 1700 e 1800 nel Regno di Sicilia, alla legislazione fascista, alla legge Croce, del 1922, come si è puntualmente ricordato in un bel saggio recente.

Da qui un interrogativo. I diritti della natura possono inaugurare una stagione regolatoria nuova? E se sì in che modo? Indico solo un dato<sup>13</sup>.

Il diritto privato nel secolo XX si è fondato sulla netta distinzione fra soggetto e oggetto. Ma la personalità giuridica è da tempo considerata come mera tecnica per garantire una pluralità di scopi, compresa la protezione della natura. Nulla si oppone, in linea di principio, a questa soluzione.

Occorre solo un nuovo metodo che comporta lo sviluppo di nuovi valori e sensibilità ma anche azioni che traggono forza dallo strumento ordinante della Persona.

## La tutela giurisdizionale effettiva. Gli atti comunitari

La regolazione comunitaria segue un metodo diverso con la Convenzione di Aarhus e la Comunicazione della Commissione del 2017.

La prima prevede che ogni Persona ha diritto ad un ambiente sano e il dovere di tutelare questo bene, individualmente e nell’interesse delle generazioni future. Per affermare tale diritto e adempiere a tale obbligo si deve: avere accesso alle informazioni, poter partecipare ai processi decisionali, aver accesso effettivo alla tutela giurisdizionale, disporre dunque di diritti civili e politici, tramite singoli e associazioni, e tramite doveri specifici delle Parti pubbliche.

La comunicazione del 2017 fa ordine nelle disposizioni vigenti, nell’*acquis* e nel diritto derivato per fornire un quadro coerente per l’accesso alla giustizia ambientale con rimedi effettivi. Esamina le sentenze della CGUE negli ultimi 10 anni, attesta l’importanza delle pronunzie giurisdizionali dei singoli Stati quale mezzo per garantire l’effettività del giudizio dell’Unione, tramite anche il rinvio pregiudiziale. Non solo.

La Comunicazione facilita l’accesso agli organi giurisdizionali nazionali in quanto spiega e interpreta le disposizioni vigenti per contribuire e migliorare l’applicazione del diritto dell’UE. È un aiuto per gli Stati membri e per gli organi giurisdizionali, i professio-

<sup>12</sup> Id., cit.

<sup>13</sup> V. ancora GRAZIADEI, DI MICCO, *op. cit.*

nisti del diritto e per il pubblico. Ricorda che il ruolo della CGUE resterà comunque fondamentale nell'interpretazione del diritto dell'Unione e nel garantire una tutela effettiva. Assicura che la Commissione seguirà la futura giurisprudenza della CGUE e prenderà in considerazione l'opportunità di aggiornare la comunicazione.

Credo che nella ricerca di effettività dei diritti delle generazioni future occorra molta fantasia, attività creativa e una buona dogmatica rimediale. Da costruire ricordando i mali del tecnicismo la lezione di Filippo Vassalli contenuta nel libretto del 1944<sup>14</sup>.

Vassalli scrive sul dibattito sullo *ius in corpore* dei coniugi configurato da Carnelutti come diritto reale e da Fedele come diritto di credito, compie una raffinatissima analisi storica, non senza indulgere ad "una certa prurigine". Ma poi sbotta "non è con queste argomentazioni che si custodisce il diritto e mantiene viva la coscienza degli uomini: all'avvilimento in cui è caduto e che coincide con il tramonto sanguigno della nostra civiltà, forse non è estranea del tutto l'opera di certa dogmatica prevalsa negli ultimi tempi".

Un monito valido per tutti in un'epoca che ha perduto le certezze e rivive le tragedie del passato.

---

<sup>14</sup> VASSALLI, *Del ius in corpus e del debitum coniugale e della servitù d'amore ovvero la Dogmatica Ludiera*, 1944, v. ora la Lettura di SEVERINO CAPRIOLI, in *Momenti del pensiero giuridico moderno*, Testi, a cura di RESCIGNO, Sala Bolognese, 1981, 143.



### La capacità dinamica del diritto positivo

Liliana Rossi Carleo



Insolitamente, ma doverosamente, inizio con una rapida premessa: devo confessare subito che ho trasgredito all'impegno assunto in quanto partecipo a questo incontro senza aver predisposto né una relazione né un intervento.

Le mie parole si limiteranno a manifestare un'attestazione di stima (ovviamente non disgiunta dall'affetto che la pervade) per un Maestro che ha profuso il suo impegno a farci percepire, attraverso un metodo pragmatico, ma rigoroso, la capacità dinamica del diritto positivo, e, per averlo maggiormente presente fra noi, darò essenzialmente voce alle Sue parole.

Immagino il protagonista di questo incontro ringraziare, con tutti noi, Lourdes Fernandez Del Moral la quale, con ostinata e convinta perseveranza, ha voluto che in questa sede, dove lei insegna, fosse tributata al suo Maestro una testimonianza corale.

Questa testimonianza va ben al di là dei singoli interventi; essa è, difatti, tesa ad esaltare anzitutto quella «viva rappresentazione della dignità della scienza», nella quale, come appunto lo stesso Nuzzo ci ricorda, la saggezza della risalente dottrina individuava l'essenza della figura del Maestro<sup>1</sup>.

Nella stessa ottica e nel medesimo luogo Lourdes aveva già programmato ed organizzato un incontro su Mario Nuzzo Professore, che si sarebbe dovuto svolgere il 28 febbraio 2020, ma che il Covid ha costretto ad annullare o, meglio, a rinviare passando dal momento della emozione e della commozione a quello della meditazione e della riflessione, che hanno indotto principalmente a guardare a Mario Nuzzo giurista nel tempo.

Questo involontario rinvio sembra esaltare il tributo a Mario Nuzzo evidenziandone un significativo dato caratterizzante, in quanto, come già ci ha ricordato Giuseppe Vettori nel presentare in *Autonomia Contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*<sup>2</sup>, una raccolta

---

<sup>1</sup> Mario Nuzzo ringrazia e ricorda il suo Maestro, Francesco Santoro Passarelli, con queste parole di Filippo Vassalli in apertura della prolusione *Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali*, ora in *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2021, 231. Noi le riprendiamo per ringraziare Lui.

<sup>2</sup> Il volume *Autonomia contrattuale*, cui abbiamo appena fatto riferimento, costituisce quella che dobbiamo considerare la ultima "fatica", di Mario Nuzzo. Invero non si tratta di una sempli-

di saggi del nostro onorato, egli «*ha anticipato i tempi e segnalato temi su cui ancora oggi si divide il pensiero giuridico*»<sup>3</sup>.

Ci ha consentito, così, di continuare un proficuo dialogo che il trascorrere degli eventi rende sempre più vivo, anche se chi ha avuto il privilegio di avere con Lui un dialogo diretto non può non sentirne la mancanza.

Come non ricordare, difatti, il sorriso che accompagnava il suo ascolto attivo, in grado di dare un'attenta risposta alle osservazioni dei suoi molti interlocutori che vedevano sistematizzato e direi addirittura chiarito il proprio pensiero, rispetto al quale Nuzzo riusciva sempre a cogliere il punto focale, determinando, in tal modo, un invito a ripartire con una rinnovata fiducia in sé stesso.

La modernità di una visione che persiste costantemente nel tempo rappresenta di certo, come abbiamo già detto, un dato caratterizzante di tutta l'opera di Mario Nuzzo al punto che essa, ancor prima degli approfondimenti, risulta già evidente fin dai titoli degli interventi che anche oggi vogliono ripercorrere la perdurante attualità del suo pensiero.

Questa sua prerogativa di essere *giurista nel tempo* si lega intimamente al suo essere *giurista del tempo*.

È lo stesso Mario Nuzzo che sembra definirsi giurista del tempo assegnando, in primo luogo, al fattore tempo, e in particolare alla rilevanza del contesto e alla sua mutevolezza, una ineludibile e fondamentale rilevanza, e conferendo, quindi, alla «*fatica dell'interprete*» un compito che non giunge mai «*ad un termine definitivo perché il suo risultato è sempre mutabile con l'evolversi dell'ordinamento e con l'affinamento degli strumenti d'indagine, in una perenne vicenda attraverso la quale si sviluppa la capacità dinamica del diritto positivo*»<sup>4</sup>.

Questo monito, che segna il compito del giurista e dal quale occorre muovere per comprenderne la responsabilità, risale alla prolusione *Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali* del 1987, riportata, credo non a caso, in chiusura della raccolta di saggi *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*<sup>5</sup>, che abbiamo appena richiamato. Essa ci

---

ce raccolta, in quanto egli, come ben evidenzia nella preziosa introduzione al volume G. VETTORI, *Il pensiero di Mario Nuzzo nell'unità plurale di una grande Scuola*, XIII ss., ha voluto lasciarci «*una sequenza scandita dalla volontà di fissare il riparto di funzioni e competenze nel diritto dei privati. L'utilità sociale e la sussidiarietà orizzontale nel controllo dei poteri privati; l'autonomia e la legge nel giudizio di validità degli atti; il Parlamento e i giudici nell'attuazione di regole e principi. Tutto ciò in un itinerario che copre quasi cinquanta anni, a cavallo di due secoli*».

<sup>3</sup> Così, in termini, con particolare riferimento alla monografia del 1975, *Utilità sociale e autonomia privata*, ancora G. VETTORI, *op. cit.*, XV.

<sup>4</sup> Riprendendo ancora le parole di NUZZO, *Momenti di dottrina*, cit., 252.

<sup>5</sup> La Prolusione, tenuta a Teramo il 18 dicembre 1987 era stata pubblicata dalla Casa editrice Jovene, Napoli, 1987, prima di essere collocata a conclusione della raccolta di saggi, assegnandole, per così dire, anche plasticamente, il valore di un manifesto.

Invero possiamo parlare con certezza di un manifesto data la innegabile importanza che Nuzzo aveva attribuito alla Prolusione, ritenuta occasione secondo la quale, per una antica tradizione accademica, temo ormai superata, «*il professore che sale alla cattedra inizia il suo insegnamento*»

conferma il valore che assume uno sguardo al passato che consente di guardare il presente con uno sguardo proteso al futuro, delineando il *fil rouge* che ha accompagnato il suo essere giurista e ci deve guidare nella rilettura del pensiero.

Questa guida, piace rimarcarlo, ci viene offerta proprio da Nuzzo.

Egli, difatti, pone questa testimonianza come *Appendice* alla raccolta di scritti sull'*Autonomia contrattuale*. Si tratta di una raccolta, come ci svelano gli allievi, che si è alimentata della sua costante attenzione e ha visto il suo determinante intervento anche per quanto riguarda la selezione dei testi. In questo quadro l'inserimento dell'appendice, che prescinde, appunto, dallo specifico tema oggetto della raccolta, ci consente, quindi, di individuare una direttiva esplicita che ci deve condurre ad una meta ideale e che solo la discrezione che ha sempre contraddistinto l'Autore lo ha indotto a porre, con un esplicito silenzio, a chiusura della raccolta.

Prima ancora di soffermarsi sulle risposte intorno alle quali riflettere, Nuzzo, con la semplicità e la chiarezza che distingue il pensiero dei grandi, ci dà conto delle «*tecniche di cui il civilista deve oggi avvalersi per adempiere il suo compito*»<sup>6</sup>.

Si delinea, così, un “metodo” che supera le rigidità di un dogmatismo astratto e che si pone come espressione del modo di intendere compito e responsabilità del giurista.

L'intera opera di Mario Nuzzo ci offre, da sempre e per sempre, una dimostrazione concreta di questo modo di procedere, il che ci permette di affermare che si tratta di un metodo non solo dichiarato, ma anche applicato e, principalmente, costantemente verificato quanto agli effetti.

Fra i tanti, ne sono esempi immediati e manifesti i brevi passaggi che, nell'ambito degli studi sulla invalidità, traducono la sua reazione ai limiti dell'impostazione concettuale tradizionale nella critica di un dogmatismo che frena proprio la capacità dinamica del diritto positivo, punto nodale intorno al quale deve ruotare l'attività o meglio, come egli sovente ribadisce, la “*fatica*” dell'interprete.

Già negli studi meno recenti, l'impostazione dogmatica, seguita dalla Cassazione nei primi anni '80, che condizionava l'analisi della conversione del contratto nullo (art. 1424 c.c.), viene superata essenzialmente in ragione del rilievo che il fenomeno «*si può cogliere solo se, abbandonato il piano dell'analisi degli effetti più appariscenti, ma più esteriori, dell'istituto, si tenta di penetrare all'interno [del] meccanismo*» della conversione<sup>7</sup>.

---

ed espone «*il suo programma di lavoro ed il metodo con cui si propone di realizzarlo*». Ancor prima di ricordare i suoi contributi appare quindi significativo ribadire la centralità del metodo, che ci consente di guardare al “come” Nuzzo abbia costantemente realizzato «*il suo programma di lavoro*». Difatti il metodo, sul quale abbiamo voluto focalizzare l'attenzione, ci svela che, proprio grazie alla solida persistenza del “come”, il divenire della realtà non solo viene colto nella sua continuità, ma viene ricondotto a sistema.

<sup>6</sup> Sempre NUZZO, *op. ult. cit.*, 232.

<sup>7</sup> Così, NUZZO, *Note sulla conversione dei negozi giuridici*, in *Giust. civ.*, 1982, 1884 ss., ora in *Autonomia contrattuale*, cit., 88 (da cui le cit.).

Ancora, nelle successive riflessioni sul negozio illecito, sono espressione del suo metodo le parole che descrivono la linea di pensiero dominante negli anni successivi al codice civile (la quale affermava la sostanziale identità della disciplina del negozio illegale e del negozio illecito), nei termini di un «*appiattimento tra le varie ipotesi di nullità che finisce ... con l'impedire di cogliere il proprium dell'illiceità negoziale*»<sup>8</sup>.

Negli studi più recenti, soffermandosi sull'invalidità nella disciplina consumeristica (art. 38 c. cons.), ugualmente chiari sono i termini che, con la stessa efficacia, individuano i limiti della visione che non coglie tutto il rilievo sistematico e operativo sotteso al nuovo, riducendo al piano della *uniformità e coerenza terminologica* il senso della modifica introdotta dalla qualificazione (nullità), all'interno del nuovo codice del consumo<sup>9</sup>.

In ciò si coglie tutto il suo modo di riordinare una realtà, della quale i più si limitano essenzialmente ad evidenziare la scompostezza e le difficoltà di fronte alle quali essa ci pone.

È su questo *modo* che noi vogliamo porre l'accento, sia pure limitandoci solo a riportare in termini alcune delle sue tante considerazioni, le quali, più che offrirci un risultato, ci conducono, riflettendo, ad arrivarci insieme.

Come lo stesso Nuzzo ci dice, quasi portandoci per mano, «*punto di partenza di ogni sviluppo ulteriore*» è il «*processo di individuazione del reale e di determinazione delle norme che lo governano*», sottolineando, però, che, «*consapevole che il processo dell'intendere è così solo al suo inizio l'interprete, ove sia consapevole della sua necessaria libertà da premesse aprioristiche, potrà necessariamente procedere con il metodo della tradizione, e riconnettere così le singole norme nel cerchio logico degli istituti secondo le teorie particolari e generali, ricostruendo il sistema che, nella circolarità del procedimento ermeneutico, diviene risultato e strumento dell'interpretazione*»<sup>10</sup>.

Una delle molte e significative conferme in tal senso si trova nelle parole, sintetiche (secondo il suo stile) ma (come sempre) degne di meditazione, poste in apertura della *Introduzione alle scienze giuridiche*<sup>11</sup>, pilastro dei testi predisposti per il corso modulare di *Istituzioni di diritto privato* da lui ideato e fortemente voluto e che accomuna i diversi volumi. Gli Autori chiamati a realizzare questo compito sono stati, difatti, invitati a seguire un modello ideale che «*si è tradotto nella costante attenzione alle profonde trasformazioni conseguenti a fenomeni caratteristici del nostro tempo, capaci di influenzare significativa-*

<sup>8</sup> NUZZO, voce *Negozio giuridico: IV) Negozio illecito*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, I ss., ora in *Autonomia contrattuale*, cit., 155 (da cui le citt.).

<sup>9</sup> NUZZO, *Art. 38. Rinvio*, in *Codice del consumo: commentario*, a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, 255 ss., ora in *Autonomia contrattuale*, cit., 208.

<sup>10</sup> In termini v. NUZZO, *Momenti di dottrina*, cit., 250.

<sup>11</sup> Il valore dell'impianto e dell'impostazione metodologica trae una significativa conferma dalla recente riedizione di NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Norme-Soggetti-Attività, Quarta edizione aggiornata da E. BELLISARIO e R. RAMETTA, Torino, 2023.

mente la complessiva ricostruzione del sistema e l'interpretazione e applicazione delle norme che lo compongono»<sup>12</sup>.

Cogliere la vitalità del diritto e la sua proiezione nel vivere, e quindi sulla dimensione che accompagna la vita, trova sempre una risposta non certo sulla base di aspirazioni ideali o di aprioristici convincimenti dell'interprete ma nella capacità dinamica del diritto positivo, «secondo la realtà contingente di un ordinamento storicamente dato»<sup>13</sup>.

L'attenzione costante ai cambiamenti, declinata nei confronti di tutta l'attività interpretativa, si manifesta, dunque, non come rivoluzione, ma come evoluzione, non travolge il passato, ma sfrutta la flessibilità del dato normativo: non c'è mai il termine "morte" ma sempre si ricorre al termine "rinnovarsi"!

In questa prospettiva, riprendendo di nuovo le parole di Nuzzo, «accanto all'indagine sul dato empirico fissato nel fluire dell'esperienza e indagato e sezionato nei suoi peculiari elementi costitutivi, si pone la lettura della norma, che non può risolversi in una rappresentazione del valore ad esso sotteso, ma impone una paziente analisi, che muovendo dalla lettera della legge ne intenda il senso secondo il suo linguaggio, distinguendo lo schema della fattispecie da quello dell'effetto, entrambi partecipi dello stesso valore precettivo, e in quel limite entrambi vincolanti per l'interprete»<sup>14</sup>.

Il nuovo che avanza viene così a ricomporsi in una ricostruzione del sistema che, penso giovi ancora una volta ripetere le sue parole, «nella circolarità del procedimento ermeneutico, diviene risultato e strumento dell'interpretazione»<sup>15</sup>.

Si tratta, dunque, di un metodo che ha rilievo non solo teorico, ma che interessa principalmente per le molte ricadute operative che esso comporta. Potremmo definirlo come un metodo pragmatico destinato a coniugare la mutevolezza della realtà con la coerenza dei principi, significativamente esplicitato in una prolusione, quasi ad esaltare la rilevanza della continuità della cultura giuridica, non rinnegando l'insegnamento dei Maestri, ma sviluppandolo.

La fedeltà a questo metodo, portato alla nostra attenzione circa quaranta anni fa, è manifesta nell'opera *omnia* di Nuzzo, nella quale emerge costantemente la consapevolezza di dover individuare gli strumenti «capaci di assicurare reale funzionalità ed efficienza al sistema, risultato che non si realizza né cristallizzando concezioni passate, né aprendo il campo alle scelte personali dell'interprete»<sup>16</sup>.

In concreto, rileggendo alcuni fra i suoi principali contributi, la dinamicità del diritto positivo si manifesta nel continuo evolversi del contesto<sup>17</sup>, conformato da una lettu-

<sup>12</sup> Così Nuzzo, nella presentazione: *Il corso di istituzioni di diritto privato*, p. VI.

<sup>13</sup> Come Nuzzo ci ripete più volte e testualmente ribadisce nella Prolusione, sulla quale ci siamo soffermati, p. 251.

<sup>14</sup> Così, in termini, Nuzzo, *op. ult. cit.*, 249.

<sup>15</sup> Così, ancora, Nuzzo, *op. ult. cit.*, 250, dove si coglie il rilievo e il senso che viene assegnato alla fatica dell'interprete.

<sup>16</sup> Nuzzo, *op. ult. cit.*, 248.

<sup>17</sup> Dato ormai incontrovertibile tanto è che di recente, si è soffermato «sul carattere aperto e

ra che mai prescinde dalla necessità di operare con uno sguardo teso alla funzionalità ed efficienza del sistema all'interno del diritto positivo. A titolo di esempio, basta rinviare ad una rilettura del percorso che ha consentito di guardare all'autonomia come ad un rinnovarsi dell'autoregolamentazione e non certo come la fine del potere della volontà dell'individuo.

Difatti nella Introduzione a *Utilità sociale e autonomia privata* (ora riportata nella raccolta di saggi *Autonomia contrattuale*) viene immediatamente chiarito, in un'ottica di conciliazione fra termini solo in apparenza antitetici, che, in ragione dei mutati orientamenti normativi e in particolare dei principi costituzionali, anche l'autonomia si evolve in quanto si pone come base del rapporto fra singoli e comunità «*escludendo programmaticamente la possibilità di frattura fra il comportamento delle parti che danno assetto ai propri interessi e la configurazione giuridica dell'operazione economica*»<sup>18</sup>.

In questa prospettiva, in anni più recenti, Nuzzo, partendo nuovamente dal dettato costituzionale, coinvolge l'intera dottrina civilistica chiamata ad una riflessione sul principio di sussidiarietà orizzontale, riflessione che, come ben sottolinea, non può essere condotta solo con riferimento a specifici problemi.

Egli, difatti, ritiene necessaria «*una riflessione sistematica volta ad indagare l'impatto dell'introduzione del principio e dei profondi mutamenti del contesto culturale, istituzionale ed economico ad essa sottesi, sul sistema delle fonti e sull'attuale ambito di competenza dei poteri pubblici e di quelli privati alla luce di una visione d'insieme del diritto dei privati*»<sup>19</sup>.

Anche in questo contesto riemerge il suo modo di risistemizzare il contesto riconducendo, appunto, il nuovo a sistema e aprendoci ad una visione che semplifica la complessità in una rinnovata unità di sistema attenta alla complementarietà.

Per quanto riguarda la sussidiarietà, limitandoci a cogliere, fra i molti, solo alcuni significativi spunti, Mario Nuzzo chiarisce che accanto all'autonomia contrattuale, che pur si è aperta all'esterno e non resta certo confinata nella intimità di un rapporto, ma che, tuttavia, pur sempre manifesta un potere «*che si esprime in atti individuali i quali, secondo il principio generale dell'art. 1372 c.c., hanno forza di legge tra le parti*» - per una molteplicità di ragioni e in antitesi alla visione "unificante" la quale induce spesso a ritenere che siano momenti diversi di uno stesso fenomeno -, assistiamo al continuo accrescersi di un «*potere di autoregolamentazione*» che invece enuncia «*la competenza dei privati a regolare anche rapporti in cui entrano in gioco interessi di carattere generale*».

Diviene così, ci dice ancora Nuzzo, «*ineludibile la riflessione sul ruolo e la qualificazione di regole che sono private nella fonte ma che, nella sostanza, sono integrative del siste-*

---

dinamico del diritto», P. CURZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2022*, Roma, 2023, 240.

<sup>18</sup> Ben più meditata dovrebbe essere la rilettura del capitolo I, *La disciplina costituzionale dei rapporti economici*, al di là di questo breve richiamo alle pur significative parole che troviamo a p. 9.

<sup>19</sup> Questo invito, che, malgrado la poderosa ricerca cui ha dato inizio, ancora appare molto attuale, si trova nella *Prefazione*, a *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di Nuzzo, Torino, 2014, attualmente anche in *Autonomia contrattuale*, cit., XXVI ss.

ma complessivo dell'ordinamento e dunque idonee a produrre effetti anche nei confronti dei terzi»<sup>20</sup>.

Ciò che abbiamo ritenuto importante sottolineare in questo intervento, volutamente breve e che non ha inteso entrare nel merito di un dibattito sui contenuti, che ha già coinvolto molti di noi, è solo l'importanza di una lettura equilibrata e costruttiva che guarda al *nuovo* con attenzione e senza timore, riconducendolo sempre a sistema e ponendo, così, l'accento sulla dinamicità del diritto positivo: una dinamicità racchiusa, in fondo, insieme al suo sguardo al futuro, nel titolo *Innovazione e tradizione*<sup>21</sup>, titolo da lui scelto per uno dei suoi ultimi contributi, che rappresenta l'espressione compiuta di un metodo che, come già ci diceva nel 1987, pone al centro l'attività dell'interprete. Attività che deve realizzare un preciso compito, difatti puntualizza ancora che compito non semplicemente del giurista, ma, in particolare del giurista «positivo», deve essere quello di farsi interprete dello spirito del suo tempo, ma di farlo «per operare le scelte tecniche più coerenti al diritto vivente».

Ci piace, pertanto, concludere ringraziando un Maestro che, attraverso il suo sguardo al futuro, ha trasmesso, non solo alla Sua scuola, ma all'intera comunità scientifica, un grande impegno per affrontare le nuove sfide, consegnando un modello che coniuga tradizione e innovatività in un equilibrio costruttivo e sapiente come Lui stesso non solo ci ha detto, ma ci ha sempre dimostrato ed insegnato in linea con la Sua personalità.

---

<sup>20</sup> Come ancora si legge nella *Prefazione*, appena richiamata, p. XXVII.

<sup>21</sup> Nuzzo, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, in *Nuovo diritto civile*, 2016, 51 ss., ed ora in *Autonomia contrattuale*, cit., 115 ss., rappresenta una ulteriore e significativa conferma del “come” Nuzzo abbia sempre condotto la sua “fatica” dell'interprete. Ci piace anche soffermarci in conclusione su di un passaggio rapido, ma sinteticamente essenziale. L'A., nell'esaminare i “nuovi” parametri dell'autonomia contrattuale ritrova e svela la forza di principi “non nuovi” e dà il segno della continuità ricollegandosi, nel testo (p. 119), a quanto già osservato da Santoro Passarelli.





### A proposito di utilità sociale e autonomia privata\*

Enrico Minervini



1. Ringrazio gli amici dell'Università Parthenope, ed *in primis* Lourdes Fernandez, Roberto Bocchini e Roberto Carleo, per avermi invitato a prendere parte a questo convegno in memoria di Mario Nuzzo, un caro amico prematuramente scomparso. Di Mario intendo ricordare soprattutto il rigore scientifico, la finezza e l'eleganza delle argomentazioni, da un lato, e la generosa disponibilità nell'aiutare i giovani, dall'altro lato (e di questa dirò in fine della mia breve relazione).

Come sottolinea Giuseppe Vettori nel volume di scritti di Mario curato dagli allievi, «il rigore trasmesso da Francesco Santoro Passarelli e da Giuseppe Benedetti ha plasmato tutti gli allievi, ma più di ogni altro Mario ha reso agevole quel metodo, con alcuni tratti in particolare»<sup>1</sup>.

2. La produzione di Mario Nuzzo è di mole probabilmente non eccessiva, ma di alto livello qualitativo: Mario non ha scritto forse molto, ma ha scritto certamente bene. Ho scelto di parlare del libro a mio avviso più importante di Mario, riprodotto soltanto parzialmente nel volume dei suoi scritti curato dagli allievi<sup>2</sup> (e forse la mancata riproduzione del capitolo II di questo libro rappresenta un'occasione perduta, perché ostacola la esatta percezione del pensiero di Mario al riguardo). Intendo riferirmi al libro su *Utilità sociale e autonomia privata*, del 1975<sup>3</sup>, che ho letto approfonditamente soltanto di recente, per la stesura della prima edizione del mio volume su *La meritevolezza del contratto* (2019), e che ho riletto per la stesura della seconda (2023)<sup>4</sup>. Nel mio volume scrivevo – mi sia

---

\* Lo scritto riproduce, con qualche modifica e con l'aggiunta delle note, la relazione da me svolta a Napoli il 30 settembre 2023 nell'ambito del convegno su «I nuovi parametri di valutazione dell'autonomia privata: la moderna visione di Mario Nuzzo, giurista nel tempo». Ho conservato allo scritto il tono discorsivo, proprio della relazione.

<sup>1</sup> VETTORI, *Il pensiero di Mario Nuzzo nell'unità plurale di una grande Scuola*, in Nuzzo, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzioni, rimedi*, Torino, 2021, XIII.

<sup>2</sup> NUZZO, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzioni, rimedi*, cit., 3-61.

<sup>3</sup> NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.

<sup>4</sup> MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto, una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, 1<sup>a</sup> edizione, Torino, 2019 e 2<sup>a</sup> edizione, Torino, 2023.

concesso il vezzo di una autocitazione – che, a partire dalla fine degli anni '60 del secolo scorso, si procedeva ad una rilettura dell'art. 1322, comma 2, c.c. che lo riempisse di nuovi contenuti, e menzionavo<sup>5</sup> in proposito proprio la «esemplare» indagine di Mario Nuzzo, nonché gli atti del convegno di Catania del 17-18 maggio 1969 sulle condizioni generali di contratto, e gli atti del convegno di Macerata del 22-24 maggio 1970 sugli aspetti privatistici della programmazione economica<sup>6</sup>. Il libro di Mario e gli atti dei due convegni – ad entrambi i convegni prese parte con significative relazioni il presidente di questo convegno, Nicola Lipari – anticipano un nuovo modo di «costruire» il controllo sugli atti di autonomia privata. Non a caso, Lipari parla di Mario come di un «giurista della transizione», e ne sottolinea le doti di «equilibrio»<sup>7</sup> (così anche Giuseppe Vettori e Liliana Rossi Carleo)<sup>8</sup>. La Rossi Carleo sottolinea altresì che Mario ha «uno sguardo al passato che consente di guardare il presente con uno sguardo proteso al futuro»<sup>9</sup>, ed adopera un metodo «destinato a coniugare la mutevolezza della realtà con la coerenza dei principi»<sup>10</sup>.

Con specifico riguardo al libro di Mario, esso non si occupa *ex professo* della meritevolezza del contratto, benché il tema sia più volte trattato, sia pure sotto la lente dei rapporti tra autonomia privata e utilità sociale<sup>11</sup>: non a caso, viene ripercorso approfonditamente l'iter argomentativo della sentenza dell'Appello di Milano del 29 dicembre 1970, che rappresenta il *leading case* in tema di meritevolezza del contratto<sup>12</sup>.

Dal libro emerge nitidamente la fiducia di Mario nella possibilità di controllare gli atti di autonomia privata servendosi delle clausole generali, ed in particolare dell'utilità sociale: non a caso, Mario ritiene che l'art. 41, comma 2, Cost. sia una norma immediatamente precettiva nei rapporti interprivati<sup>13</sup>. Ma sul punto tornerò in seguito, segnalando sin d'ora come esattamente Lipari misuri la distanza tra Mario ed il suo grande maestro, Francesco Santoro Passarelli, sottolineando che «Santoro non considera la Costituzione, Mario sì»<sup>14</sup>.

<sup>5</sup> MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto*, 2ª edizione, cit., 17 s.

<sup>6</sup> AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970; AA.VV., *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, 1971, 2 volumi.

<sup>7</sup> Traggo questa citazione dagli appunti presi nel corso del convegno.

<sup>8</sup> VETTORI, *Il pensiero di Mario Nuzzo*, cit., XIII; ROSSI CARLEO, *La capacità dinamica del diritto positivo*, relazione al convegno, 5 del dattiloscritto.

<sup>9</sup> ROSSI CARLEO, *La capacità dinamica del diritto positivo*, cit., 2 del dattiloscritto.

<sup>10</sup> ROSSI CARLEO, *La capacità dinamica del diritto positivo*, cit., 4 del dattiloscritto.

<sup>11</sup> NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 20, 38, 91-99, 122, 137, 153, nt. 12, 197.

<sup>12</sup> App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81 ss., con nota di FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, ed in *Temi*, 1973, 596 ss., con nota di FERRANDO, *Meritevolezza dell'interesse e causa del contratto*. In proposito vedi NUZZO, *Utilità sociale ed autonomia privata*, cit., 93, nt. 18.

<sup>13</sup> NUZZO, *Utilità sociale ed autonomia privata*, cit., 58.

<sup>14</sup> Traggo questa citazione dagli appunti presi nel corso del convegno.

3. Credo che il libro di Mario Nuzzo non abbia avuto all'epoca l'accoglienza che avrebbe meritato: le due riviste civilistiche all'epoca certamente più importanti, e cioè la Rivista trimestrale di diritto e procedura civile e la Rivista di diritto civile, che pure pubblicavano sistematicamente innumerevoli recensioni ai libri usciti di recente, non recensirono il volume di Mario. Nelle pubblicazioni successive, il libro di Mario venne sostanzialmente ignorato, come dimostrano i contributi di giuristi del calibro di Francesco Galgano e di Cosimo M. Mazzoni, che dedicarono alla monografia di Mario un'unica citazione ciascuno, senza esaminarne le tesi<sup>15</sup>.

Probabilmente siffatta accoglienza ebbe a dipendere dalla circostanza che la monografia di Mario «ha anticipato i tempi», attesa la «capacità rara [di Mario] di anticipare ciò che accade oggi», per usare le parole di Giuseppe Vettori<sup>16</sup>, riprese anche da Liliana Rossi Carleo<sup>17</sup>.

4. Debbo dire che non condivido alcune tesi di fondo del libro di Mario Nuzzo, ed in particolare la proposta di controllare gli atti di autonomia privata tramite l'utilità sociale: a differenza di Mario, ritengo che vi sia «disomogeneità» tra iniziativa economica ed autonomia privata, con conseguente inapplicabilità dell'utilità sociale a quest'ultima. Sono dell'opinione, insomma, che l'autonomia privata non abbia rilevanza costituzionale, e che l'iniziativa economica sia limitata all'impresa<sup>18</sup>. Non condivido, come ho detto, le linee di fondo del libro di Mario, ma apprezzo la modernità e l'acume dello sforzo da lui compiuto, anche se non posso mancare di sottolineare che la tesi di Mario, imperniata sul ruolo dell'utilità sociale nel controllo degli atti di autonomia privata, non ha avuto seguito, in quanto la giurisprudenza, e sulle sue orme la dottrina, ha impiegato in proposito altre clausole generali, ed in primo luogo la meritevolezza (e, da un altro angolo visuale, la buona fede oggettiva).

In merito al rapporto tra non condivisione delle tesi centrali di un libro e apprezzamento per il libro stesso vorrei narrare un aneddoto, che mi ha raccontato il mio maestro Pietro Perlingieri, al quale era stato a sua volta raccontato dal suo maestro Luigi Cariota Ferrara, concernente il concorso a cattedra bandito a cavallo tra il 1967 ed il 1968, commissari Mario Allara (presidente), lo stesso Cariota Ferrara, Michele Giorgianni, Rosario Nicolò ed Alberto Trabucchi, concorso vinto da Adolfo Di Majo, Natalino Irti, e per l'appunto Perlingieri. L'aneddoto è il seguente. Allara, Cariota Ferrara e Giorgianni vanno convergendo verso quella che sarà poi la terna dei vincitori, quando ha luogo l'attacco di Nicolò a Perlingieri, per sostituire a questi un altro giovane studioso, con l'aiuto di

<sup>15</sup> GALGANO, *Art. 41*, in GALGANO e RODOTÀ, *Rapporti economici*, II, Bologna-Roma, 1982, 5, nt. 4; MAZZONI, *I controlli sulle attività economiche*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1977, 321, nt. 30.

<sup>16</sup> VETTORI, *Il pensiero di Mario Nuzzo*, cit., XV s.

<sup>17</sup> ROSSI CARLEO, *La capacità dinamica del diritto positivo*, cit., 1 del dattiloscritto.

<sup>18</sup> *Contra*, NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 29 s., 37, 79.

Trabucchi<sup>19</sup>. L'attacco ha ad oggetto il libro scritto da Perlingieri per il concorso sulla remissione e la rinuncia<sup>20</sup>, che secondo Nicolò prospetterebbe una errata distinzione tra i due istituti. L'attacco è fermato da Allara, quale presidente, con all'incirca queste parole: Rosario, anche il Tuo libro recava una tesi non fondata, eppure a suo tempo ti è valso con pieno merito la cattedra (credo si riferisse all'adempimento dell'obbligo altrui)<sup>21</sup>.

Ho narrato questo aneddoto per sottolineare come la condivisione della tesi centrale di un libro, o la non condivisione, non possa e non debba essere il criterio per valutare il merito scientifico di un volume.

5. Torno alla modernità ed all'acume dello sforzo di Mario Nuzzo di controllare gli atti di autonomia privata tramite l'uso sapiente delle clausole generali, ed in particolare dell'utilità sociale: autonomia privata di cui Mario ha «una visione alta (...) sorretta dai principi di sussidiarietà, effettività e adeguatezza», come sottolinea Giuseppe Vettori<sup>22</sup>.

Naturalmente, alcune delle tesi esposte nel libro di Mario potrebbero apparire oggi pressoché scontate: ma tali sono diventate anche per merito del libro di Mario, che risale a quasi cinquanta anni fa. Procedo al riguardo in estrema sintesi.

Non si può non convenire con Mario allorché sottolinea con forza che l'autonomia privata è una figura da ricostruire alla luce della disciplina vigente, in quanto essa non preesiste all'ordinamento, che la riconoscerebbe e la disciplinerebbe con limitazioni soltanto negative ed esterne, come tali eccezionali: l'autonomia privata è «una situazione soggettiva [dall'ordinamento] creata»<sup>23</sup>.

Ancora, Mario afferma – ed io condivido pienamente – che, anche a voler parlare di funzionalizzazione del contratto a fini sociali, di funzione sociale quale fondamento dell'autonomia privata, va negato che spetti al privato l'onere di valutare la congruenza tra attività individuale ed interessi generali. Il privato non è tenuto a perseguire funzioni socialmente utili, in quanto la funzionalizzazione del contratto ad interessi pubblici opererebbe una «frattura» del sistema. Il negozio giuridico, infatti, è uno strumento di realizzazione di interessi individuali, sicché non è imposto ai privati di perseguire anche interessi generali, salvo il coordinamento tra interessi diversi ad opera dello Stato<sup>24</sup>. Questa è la lettura del pensiero di Mario sul punto che io mi sento di offrire, avvertendo

<sup>19</sup> Lipari narra una versione della vicenda concorsuale soltanto parzialmente coincidente con quella testè esposta: Nicolò, forse per rafforzare la posizione di Di Majo, attacca non soltanto Perlingieri ma anche Irti (traggo questa notizia dagli appunti presi nel corso del convegno).

<sup>20</sup> PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968.

<sup>21</sup> NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936.

<sup>22</sup> VETTORI, *Il pensiero di Mario Nuzzo*, cit., XIII.

<sup>23</sup> NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 11 s., 17, 20 ss., 196 s., del quale sono le parole riportate nel testo tra virgolette.

<sup>24</sup> NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 8 s., 35, 93, nt. 17, 139, 157 s., del quale è la parola riportata nel testo tra virgolette.

peraltro che Nicola Lipari ricostruisce diversamente le idee di Mario in merito al rapporto tra interessi privati ed interessi generali<sup>25</sup>.

Mario ha fiducia, penso con ragione, nella capacità del giudice di valutare il contratto alla stregua delle clausole generali: l'utilità sociale è elastica e generica tanto quanto lo sono altre clausole generali previste nel codice civile, quali la buona fede, il buon costume, l'ordine pubblico<sup>26</sup>, ed io direi la meritevolezza.

Infine, Mario acutamente evidenzia come le clausole generali vadano riempite di contenuto alla luce dei principi costituzionali, senza che sia indispensabile a tal fine l'intervento del legislatore ordinario<sup>27</sup>.

Quelli appena esposti sono soltanto alcuni dei tanti punti sui quali il libro di Mario si sofferma, fornendo felici soluzioni.

**6.** Mi avvio a concludere. Ho detto in apertura della generosa disponibilità di Mario Nuzzo nell'aiutare i giovani, non soltanto culturalmente ma anche per così dire accademicamente. Che il maestro aiuti accademicamente i propri allievi è del tutto fisiologico in un sistema fondato sulla cooptazione: ma Mario ha aiutato accademicamente non soltanto i propri allievi, ma anche gli allievi altrui, e penso ad esempio al mio caro amico Salvatore Monticelli, allievo di Ugo Majello, ed a me stesso, allievo di Pietro Perlingieri. Debbo qui ringraziare pertanto Mario per tutto quanto ha fatto negli anni per aiutarmi anche nella carriera accademica: e consentitemi di ringraziare pubblicamente, con lui, Liliana Rossi Carleo, che mi ha accompagnato con affetto, dal mio concorso per ricercatore, di cui era commissaria, al mio concorso per professore straordinario, di cui era parimenti commissaria, unitamente tra gli altri a Nicola Lipari. A Mario ed a Liliana, oltre che ovviamente al mio maestro Pietro Perlingieri, guida autorevole ma non autoritaria, sempre presente con affetto e discrezione, io debbo la mia carriera accademica.

**7.** Chiudo ricordando un brano del testamento di un gigante del pensiero giuridico quale Walter Bigiavi. In quella sede, egli scriveva: «qualcosa ho fatto, ma non quanto avrei voluto e forse potuto. Ho molto amato, specialmente i giovani, e penso che se non altro per questo molto mi sarà perdonato. Sono sicuro – e lo dico fieramente – di lasciare una grande eredità di affetti»<sup>28</sup>.

Queste parole di Bigiavi sono perfettamente coerenti con la figura di Mario Nuzzo, che avrebbe potuto pronunciarle tal quali.

<sup>25</sup> Traggio questa impressione dagli appunti presi nel corso del convegno.

<sup>26</sup> Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 58, 83.

<sup>27</sup> Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 78 ss.

<sup>28</sup> Queste parole sono riprodotte in testa a *Riv. dir. civ.*, 1969, I.





# Autonomia negoziale e strumenti di articolazione dell'impresa e del patrimonio



Mirzia Bianca

**SOMMARIO:** **1.** Le tappe di un percorso umano e scientifico. – **2.** La prima tappa: Vincoli di destinazione e patrimoni separati. La mia prima opera monografica sotto la sua guida. Poche ipotesi tipiche di patrimoni separati. – **3.** La seconda tappa: La riforma societaria, l'art. 2645-ter del codice civile e il *trust*. La corsa ai patrimoni separati. – **4.** Il contratto di rete e l'articolazione dell'attività imprenditoriale. – **5.** Il principio di sussidiarietà orizzontale e la limitazione della responsabilità patrimoniale. Il progetto PRIN insieme. – **6.** Le caratteristiche principali del pensiero del Prof.: lungimiranza, generosità ed effettività.

## 1. Le tappe di un percorso umano e scientifico

L'argomento scelto per questo importante Convegno in ricordo del Prof. Mario Nuzzo (che ho sempre affettuosamente chiamato Prof.) è l'occasione per me per ripercorrere un percorso umano e scientifico, che è il percorso che caratterizza ogni rapporto Maestro-allievo, mai solo scientifico o solo umano, ma la fusione di entrambi i profili. In questo caso il tema dell'articolazione della responsabilità patrimoniale, tema scelto per la mia prima opera monografica e per la partecipazione al concorso per diventare professore, non è stato da noi più abbandonato, in quanto le ipotesi di patrimoni separati, al tempo della pubblicazione della mia monografia ancora sporadiche, nel corso del tempo si sono moltiplicate attraverso molteplici interventi del legislatore. In quella che è stata chiamata a ragione 'la corsa ai patrimoni separati' si è verificato un fenomeno di graduale erosione del principio di universalità della responsabilità patrimoniale, che è stato svuotato dall'interno, sia attraverso l'introduzione di molteplici figure tipiche di separazione patrimoniale, sia attraverso l'introduzione di figure atipiche, come l'atto di destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645-ter c.c. e il *trust*, figure che hanno posto all'interprete il problema di trovare un equilibrio tra il principio dell'autonomia negoziale e il principio

di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale. Si è trattato di un percorso suggestivo e affascinante che ha visto mutare il principio della universalità patrimoniale: da dogma, un tempo considerato indiscusso, a principio passevole di eccezioni, in considerazione della realizzazione di interessi meritevoli di protezione, con una valenza costituzionale pari se non superiore alla tutela del credito. Questo percorso, importante dal punto di vista scientifico, lo è stato ancor di più dal punto di vista umano, perché è stato contrassegnato da un dialogo continuo con il Prof. Cercherò quindi, nelle pagine che seguono, di raccontare le tappe di questo percorso che ho idealmente tracciato e, così, di ricordare insieme a voi il Professore.

## **2. La prima tappa: Vincoli di destinazione e patrimoni separati. La mia prima opera monografica sotto la sua guida. Poche ipotesi tipiche di patrimoni separati**

La prima tappa di questo percorso è stata la stesura della mia prima monografia, “Vincoli di destinazione e patrimoni separati” che è stata pubblicata nel 1996, sotto la guida del Prof. Di quegli anni che precedettero la pubblicazione ricordo un dialogo costante con il Prof., allo studio di Via Crescenzo, in macchina per accompagnarlo all’Università, all’Università durante le pause degli interminabili appelli ad Economia. Mi è sempre rimasto impresso il garbo del Professore che non imponeva mai agli allievi di aiutarlo agli esami, ma ci chiedeva sempre se potevamo. Anche questo è un modello di gentilezza mista ad autorevolezza che il Prof. ci ha tramandato. Di quegli anni ricordo la Sua costante presenza, che rappresenta ancora oggi per me un altro modello ineguagliabile di come occorre seguire gli allievi. Come prima accennato, all’epoca c’erano pochissime ipotesi di patrimoni separati su cui confrontarci, per lo più di fonte codicistica: il fondo patrimoniale, l’eredità beneficiata, ma già si affacciavano modelli di separazione nel mondo bancario, finanziario e assicurativo. L’indagine storica della pandettistica e in particolare l’elaborazione ad opera di Brinz e di Bekker della *Zweckvermögenstheorie*, insieme alla teoria personalistica del patrimonio della dottrina francese, ci aveva consentito di intercettare il nesso tra personalità giuridica e limitazione della responsabilità patrimoniale e come la prima non fosse altro che una tecnica per smascherare ipotesi di separazione patrimoniale che non potevano apparire se non con il vestito della personalità giuridica, in un sistema ancora fortemente improntato ad una dimensione antropomorfa. Così ci divertimmo a studiare la pandettistica e le sue evoluzioni: i patrimoni personificati di Hellwig e Bonelli, i patrimoni senza soggetto, raccontati negli affascinanti studi di Riccardo Orestano, i patrimoni autonomi degli enti non personificati. Quella indagine storica fu faticosa ma davvero entusiasmante e ancora oggi ho conservato una particolare propensione a collocare gli istituti nella loro dimensione storica, tecnica che mi consente di dare una più fedele interpretazione della loro funzione. Quella indagine fu per me molto utile per capire quello che c’era dietro la destinazione patrimoniale e la separazione del patrimonio, ma soprattutto per cogliere le anticipazioni di quella che sarebbe stata a breve una vera e propria rivoluzione culturale. Un utile banco di prova fu

la figura del *trust*, che un tempo insieme all'*Anstalt* del Liechtenstein erano considerate figure contrarie all'ordine pubblico interno. Con riferimento al *trust*, la sottoscrizione da parte dell'Italia della Convenzione dell'Aja sul riconoscimento di *trusts* stranieri, aveva sicuramente reso tale figura un ospite più gradito, ma il dibattito sul *trust interno* ancora era solo *in nuce*. Del *trust* ci colpì soprattutto efficienza di un modello straniero che consentiva di realizzare tante finalità, alcune fortemente meritorie e la forza rimediabile del sistema di *common Law* che consentiva di correggere l'abuso dello strumento anche *ex post*. In quelle riflessioni che facevamo insieme, ricordo la modernità e la lungimiranza del Prof. che già allora aveva intuito l'evoluzione che si sarebbe verificata da lì a pochi anni, evoluzione che individuava efficienza per il ceto creditorio della specializzazione della responsabilità patrimoniale, in quanto tecnica che consentiva alla classe dei creditori della destinazione di soddisfarsi interamente sulla massa, evitando il concorso con i creditori generali. Così decidemmo insieme che il principio di responsabilità illimitata non potesse essere più considerato come in passato principio di ordine pubblico, ma norma inderogabile. Il percorso era tuttavia ancora tutto da scoprire.

### **3. La seconda tappa: La riforma societaria, l'art. 2645-ter del codice civile e il *trust*. La corsa ai patrimoni separati**

La seconda tappa ideale di questo percorso è stata caratterizzata dalla progressiva 'corsa ai patrimoni separati'. L'eccezionalità del fenomeno della separazione patrimoniale, considerato prima un dato indiscutibile, fu messa in crisi dalla proliferazione di ipotesi tipiche e atipiche di patrimoni separati. Le ipotesi tipiche erano diventate numerosissime: dalla cartolarizzazione dei crediti, ai fondi bancari e assicurativi, ai fondi pensione, che si aggiungevano alle tradizionali ipotesi codicistiche. Tra le ipotesi tipiche non può essere omessa la figura dei patrimoni destinati ad uno specifico affare introdotti nel corpo del codice civile ad opera della Riforma societaria del 2003. Li studiai insieme al Prof. perché mi affidarono il commento dei nuovi articoli 2447-bis e seguenti del codice civile per il Commentario Cian-Trabucchi. Si trattava di un istituto nuovo e unico nel panorama europeo che, ammettendo una ipotesi di scissione endo-societaria, smentiva l'assunto tradizionale consegnatoci dalla pandettistica, secondo cui le limitazioni della responsabilità patrimoniale dovessero passare esclusivamente dal riconoscimento della personalità giuridica. Tra le ipotesi atipiche, iniziò una vera e propria competizione tra il modello angloamericano del *trust*, di cui era stata ammessa la riconoscibilità con la sottoscrizione della Convenzione dell'Aja e l'atto negoziale di destinazione di cui all'art. 2645-ter del codice civile, catapultato nel libro VI del codice civile nel 2006. Mi ricordo che, proprio qualche giorno dopo l'introduzione di questa nuova norma, organizzai un Convegno alla Sapienza, in cui accorsero numerosi molti professionisti, per lo più notai. Il Professore era relatore insieme ad altri accademici, tra i quali Giorgio Oppo, Angelo Falzea, Paolo Spada. Tutti si interrogavano sulla portata della nuova norma e del nuovo istituto paragonandolo e distinguendolo rispetto al *trust*. Il punto di maggiore criticità era dato dal rinvio che l'art. 2645-ter fa all'art. 1322 e quindi al giudizio di meritevolezza

za degli interessi. Si poneva quindi il problema interpretativo di stabilire quali fossero gli interessi meritevoli di tutela e quale fosse l'effetto della immeritevolezza degli interessi destinatori. Il Prof., con una brillante relazione, rassicurò tutti con una soluzione innovativa e molto ragionevole. In particolare affermò che il giudizio di immeritevolezza riguarda il solo profilo della separazione patrimoniale e quindi dell'opponibilità e non anche quello della destinazione. Questa soluzione era rassicurante perché, scindendo il fenomeno in due fattispecie (primaria e secondaria), evitava che *in toto* l'atto di destinazione patrimoniale potesse essere dichiarato nullo perché immeritevole. Questa tesi è stata seguita molto in ambito notarile e ha rappresentato una delle letture più suggestive ma al contempo più utili di questa norma. Quanto alla distinzione o alla immedesimazione tra *trust* e atto negoziale di destinazione, con il Prof. partecipammo attivamente al dibattito, rivendicando l'autonomia della figura italiana rispetto al *trust*, data la mancanza nel nostro ordinamento di un sistema rimediabile paragonabile a quello dell'*equity*. In ogni caso l'introduzione dell'atto negoziale di destinazione, che si caratterizza anch'esso, come il *trust*, per essere una figura generale, atta a realizzare una serie indefinita di interessi, con il solo limite della meritevolezza, fu l'occasione per me e per il Prof. per riprendere il risalente e mai risolto problema del rapporto tra autonomia e principio di tipicità della responsabilità patrimoniale e tra destinazione negoziale e separazione patrimoniale, temi che avremmo ripreso da lì a breve con lo studio del principio di sussidiarietà orizzontale. Di quelle riflessioni voglio riportare qui un passo significativo del suo pensiero: *“La norma che stiamo esaminando si colloca all'interno del quadro così descritto realizzando un salto qualitativo perché formalizza il principio per cui l'atto di destinazione che si inserisce nella fattispecie prevista dall'art. 2645-ter cc può realizzare una limitazione della responsabilità patrimoniale non più con riferimento a scopi predeterminati dalla legge, ma con riferimento a qualunque interesse meritevole di tutela. Ciò richiede, a mio avviso, un più attento esame del meccanismo complessivo previsto dalla legge il quale si basa su una fattispecie complessa nascente dalla combinazione di due diversi elementi: da un lato il riconoscimento sul piano del diritto positivo della liceità dell'atto di destinazione con conseguente deroga all'art. 2740, secondo comma, cc. Dall'altro la fissazione di un limite all'opponibilità dell'atto di destinazione nei confronti dei terzi richiedendo, per questo fine, che l'atto di destinazione oltre che lecito sia volto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela. L'art. 2645-ter risolve il problema della liceità dell'atto ma pone un limite alla possibilità di realizzare l'effetto di separazione patrimoniale opponibile nei confronti dei terzi, richiedendo che l'atto realizzi un interesse meritevole di tutela”*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Così testualmente NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007, 59-72 e ora in NUZZO, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2021, 106-7.

#### 4. Il contratto di rete e l'articolazione dell'attività imprenditoriale

La terza tappa ideale di questo percorso è stata l'introduzione del contratto di rete nel 2009, con un intervento legislativo complesso e denso di tanti ripensamenti da parte del legislatore. Ancora una volta ritorna il tema dell'articolazione della responsabilità patrimoniale, ma questa volta in collegamento con l'articolazione dell'attività imprenditoriale, tema questo che già era stato anticipato dalla Riforma societaria con l'introduzione della figura dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Ancora una volta il legislatore mi offriva l'occasione per dialogare con il Prof. su questa nuova figura che poneva al civilista tanti interrogativi: dalla collocazione nell'ambito del collegamento negoziale, alla individuazione di un contratto spurio, a metà tra il contratto di scambio e i contratti associativi. Oltre a queste tematiche di grande interesse, l'introduzione della figura del contratto di rete fu l'occasione per ritornare sui nostri temi perché si poneva il problema di stabilire se la rete di imprese avesse una soggettività giuridica o fosse un'ennesima figura di patrimonio autonomo, inteso secondo la migliore dottrina come somma di tanti patrimoni separati. Fu così molto interessante riprendere le letture sul patrimonio autonomo, categoria che risalente dottrina aveva elaborato per giustificare il patrimonio delle associazioni non riconosciute, in tempi ancora non maturi per riconoscere il concetto di soggettività giuridica. Mi ricordo che la dottrina si divise sul punto ma poi il legislatore scelse la via del patrimonio autonomo, garantendo così una limitazione di responsabilità patrimoniale per tutte le imprese aderenti al contratto di rete, limitazione che era strumentale alla realizzazione del ramo dell'attività imprenditoriale della rete. Come sempre le discussioni con il Prof. erano tanto stimolanti e condotte con grande sistematicità e rigore, avendo sempre come quadro di riferimento l'insieme.

#### 5. Il principio di sussidiarietà orizzontale e la limitazione della responsabilità patrimoniale. Il progetto PRIN insieme

La quarta tappa ideale di questo percorso umano e professionale fu la partecipazione di molti degli allievi della Scuola del Prof., oramai diventati professori, ad un progetto di ricerca avente ad oggetto il principio della sussidiarietà orizzontale. Il Professore era PI (*Principal Investigator*) ed io, insieme ad altri allievi, ero responsabile di unità locale. Il Prof., non era PI solo per la sua autorevolezza o solo sulla carta, come spesso avviene, ma lo era nella sostanza, perché diede una interpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale che, non solo offrì le direttive di fondo per impostare il progetto di ricerca, ma consentì di dare una corretta interpretazione delle parti che dovevano essere sviluppate dalle unità locali. In particolare egli sviluppò una linea di pensiero che, muovendo dalla distinzione tra il principio di sussidiarietà orizzontale previsto dal dettato costituzionale e il principio di autonomia contrattuale previsto dal codice civile, portava a distinguere tra puri atti di autonomia, aventi efficacia di legge tra le parti, secondo l'impostazione tradizionale e atti che, diversamente da quella impostazione, determinano effetti e ricadute sostanziali sugli interessi dei terzi, con riflessioni significative sul rapporto tra

atto e procedimento e sulla forza dell'atto negoziale di costituire autorità private, secondo l'intuizione di parte della dottrina. È significativo al riguardo un passaggio della sua Prefazione ai volumi sul principio di sussidiarietà orizzontale da lui curati, che davano conto del lavoro che avevamo fatto all'interno del Prin: "*Si è posto il problema se l'espresso riferimento alle attività di interesse generale contenuto nell'art. 118, comma 4, Cost., ponga questi poteri di autonomia su piani diversi; ciò nel senso che l'autonomia dell'art. 1322 cc si esprime nel contratto ed è per sua natura autorizzata a regolare rapporti tra le parti del contratto; ad essa è estranea la regolazione di interessi generali. Il potere attribuito ai privati nelle materie in cui si esprime la loro competenza originaria e primaria in forza del principio di sussidiarietà formalizzato nell'art. 118, comma 4, Cost., è, invece, potere di dettar regole che, riguardando interessi di rilievo generale, sono produttive di effetti nei confronti di tutti i portatori di quegli interessi*"<sup>2</sup>. La distinzione tra queste due espressioni dell'autonomia, fu il passo ineludibile per evidenziare l'emersione di *regole che sono private nella fonte ma che, nella sostanza, sono integrative del sistema complessivo dell'ordinamento e dunque idonee a produrre effetti anche nei confronti dei terzi*<sup>3</sup>. Quelle pagine, che rappresentavano le linee evolutive più significative delle sue prime riflessioni sull'autonomia privata, furono di conforto per tutti noi allievi, perché rappresentarono la cornice concettuale entro la quale collocare le materie oggetto di ciascuna unità locale. Per quanto mi riguarda specificamente, la sezione di cui io ero responsabile, dedicata al principio di sussidiarietà orizzontale e limitazione della responsabilità patrimoniale, fui confortata proprio dal fatto che il Prof. includesse gli atti negoziali di destinazione con effetto separativo nell'alveo di quelle regole private nella fonte ma nella sostanza produttive di effetti nei confronti dei terzi. L'esperienza del Prin la ricordo con particolare piacere e nostalgia, non solo perché fu un momento di condivisione e di aggregazione all'interno della Scuola, ma perché ci consentì, ormai adulti accademicamente, di provare quella sensazione di protezione e di assicurazione dei primi anni di contatto con Lui.

## 6. Le caratteristiche principali del pensiero del Prof.: lungimiranza, generosità ed effettività

Volendo riassumere le caratteristiche del Prof. che emergono dal racconto di questo percorso umano e scientifico, mi sembra che la prima caratteristica sia la lungimiranza del suo pensiero, unita ad una grande capacità sistematica. Il Prof., come ho cercato di evidenziare nella materia oggetto di attenzione in queste pagine, mostrava una singolare capacità di avvertire i cambiamenti e le evoluzioni del sistema e di collocarli in una cornice sistematica. Questa non è una caratteristica scontata e si riscontra raramente, soprat-

<sup>2</sup> NUZZO, *Prefazione a Nuzzo* (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, XV, e ora pubblicato in NUZZO, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, cit., XXVII.

<sup>3</sup> Così testualmente NUZZO, *op. ult. cit.*, XVII.

tutto in giuristi contraddistinti da un grande rigore sistematico, come era Lui. Quanto al profilo umano, ho già dato atto della sua grande generosità verso gli allievi, generosità che si traduceva in un costante dialogo e nell'impiegare tanto tempo per ascoltarli, per discutere insieme a loro. Le tante ore che mi ha dedicato sono state per me preziose non solo per avermi seguito nei miei scritti, ma perché mi hanno lasciato un modello di rapporto Maestro-allievo che porto con me.

Ritornando al percorso scientifico, c'è una caratteristica del Prof. che non è assolutamente scontata, anche in relazione alla appartenenza alla sua Scuola, che ho sempre considerato caratterizzata da una impronta normativistica: l'attenzione per i dati della realtà sociale e quindi, in definitiva l'applicazione del principio di effettività. Questa mia precomprensione in ordine all'impronta metodologica della sua Scuola è stata efficacemente smentita da Giuseppe Vettori il quale, nella bella Prefazione alla Raccolta degli Scritti del Professore<sup>4</sup> ricorda uno scritto di Francesco Santoro Passarelli, nel quale sono contenute parole che Giuseppe Vettori non esita a qualificare come sorprendenti: "*Il fatto più il consenso generale si fa diritto*"<sup>5</sup>. Anche Mario Nuzzo e la sua metodica si caratterizzano per una impronta sostanzialistica. Significativo è al riguardo un passaggio della *Prolusione teramana*: "*L'indagine del giurista (e per la mia specifica competenza, del civilista) ha come primo oggetto la conoscenza della realtà empirica per apprenderla qual è, senza cedere alla tentazione di attrarla nelle gabbie di un'astrazione precostituita e preconcepita*"<sup>6</sup>. L'adozione di questa metodologia sostanzialista nel pensiero del Prof. si è coniugata ad un rigore scientifico e ad una sistematicità singolari e questo felice connubio rappresenta la grande suggestione del Suo pensiero.

---

<sup>4</sup> VETTORI, *Il pensiero di Mario Nuzzo nell'unità plurale di una grande Scuola*, in Nuzzo, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, cit., XII-XXIV.

<sup>5</sup> Pensiero di F. Santoro Passarelli riportato testualmente da Giuseppe Vettori nel citato scritto, XXIII, nt. 33.

<sup>6</sup> NUZZO, *Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali*, Napoli, 1987, ora pubblicata in NUZZO, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, cit., 249.





### Autonomia privata e regole di conformazione del mercato



Maddalena Rabitti

Il titolo dell'intervento avrebbe potuto essere anche il sottotitolo di raccolta degli scritti di Mario Nuzzo: l'autonomia privata nel suo concreto manifestarsi conforma l'ordine giuridico del mercato attraverso le regole del contratto e dell'autodisciplina. Di ciò si ha continua conferma, ad esempio, nel volume sull'utilità sociale<sup>1</sup>, sulla sussidiarietà<sup>2</sup>, negli articoli sull'abuso del diritto<sup>3</sup>, sulle fondazioni bancarie<sup>4</sup>; ma è evidente anche nell'esperienza professionale e istituzionale di Mario Nuzzo, in particolare quella legata alle Fondazioni bancarie e a Cassa depositi e prestiti. L'importanza dell'autodisciplina lo ha, ad esempio, portato a creare la Carta delle fondazioni bancarie<sup>5</sup>.

Nelle poche considerazioni che seguono, tuttavia, si vuole evidenziare come quando l'autonomia contrattuale si pone in contrasto con l'utilità sociale, la nullità dell'atto finisce per assolvere sempre più spesso alla funzione di incidere direttamente sulle regole del mercato, conformandole in funzione della tutela di interessi collettivi e dell'ordine giuridico del mercato.

Una prima digressione e un ricordo personale: quando ho iniziato a studiare il tema della nullità, con la guida del Professore, si dibatteva ancora sul tema della qualificazione/inqualificazione del contratto nullo. Ci si chiedeva, cioè, se la nullità fosse da considerare una forma di qualificazione (negativa) dell'atto ovvero (come vuole la tesi tradizionale, un tempo prevalente) una forma di inqualificazione dell'atto come contratto, in consi-

<sup>1</sup> Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, ora in Collana Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 2011.

<sup>2</sup> Nuzzo, (a cura di), *Il Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, II, Torino, 2014.

<sup>3</sup> Nuzzo, *Abuso del diritto e "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016; Id., *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, I, 50 ss.

<sup>4</sup> Nuzzo, (a cura di), *Le fondazioni bancarie: commento alla legge 23 dicembre 1998 n. 461, al decreto legislativo 17 maggio 1999 n. 153 e all'atto di indirizzo del Ministero del Tesoro del 5 agosto 1999*, Napoli, 2000.

<sup>5</sup> Nuzzo, *Il "senso etico" della Carta delle Fondazioni Bancarie*, in *Prospettiva*, 2013, 72 ss.

derazione del difetto di elementi strutturali. Riconosciuta la rilevanza della fattispecie nulla in termini di qualificazione negativa, ci si interrogava poi sulla sua idoneità a produrre effetti. Il Professore, già nella voce *Negoziio Illecito* del 1990 – ma ancor prima nella monografia – con limpido pensiero, affermava che: «il ricorso alla formula puramente negativa “negoziio nullo” per esprimere unitariamente ogni ipotesi di insufficienza della fattispecie alla quale consegue l’assoluta inidoneità alla produzione di effetti tradisce la complessità che il fenomeno esprime sul piano dell’ordinamento. Si manifesta così l’esigenza di penetrare (...) il *proprium* delle singole figure considerate, muovendo dal convincimento che il legislatore nel disciplinare ciascuna di esse affronta il problema pratico della composizione di interessi divergenti, secondo modelli che l’interprete deve di volta in volta individuare secondo specifici interventi sul dato normativo»<sup>6</sup>. La disciplina è poi conseguenza del modo in cui viene effettuato il bilanciamento degli interessi e si declina in modo funzionale all’interesse che si assume prevalente.

Queste parole sono sufficienti a fare comprendere che il Professore aderiva all’atteggiamento antidogmatico in voga; ma l’antidogmatismo a cui aderisce Mario Nuzzo (sulla scia di Orestano) non è di rottura con il sistema; non significa – come Egli ben chiarisce già in *Utilità sociale e autonomia privata* – evocare la crisi del diritto privato, ma piuttosto la crisi di quelle «categorie concettuali che tendono a organizzare l’esperienza del concreto all’interno di un sistema concettuale le cui premesse appaiono stabilizzate nel precedente sviluppo della scienza, riproducendo in tal modo l’illusione pandettistica di ordinare la volontà a canone sistematico»<sup>7</sup>.

Egli osserva, infatti, che chi vuole essere coerente alla realtà materiale e ai problemi che in questa si pongono deve essere attento non solo alle enunciazioni della scienza ma soprattutto allo svolgimento concreto dell’esperienza giuridica, esaminata dall’interno. E’ questo un modo con cui il Professore riafferma la valenza del sistema, personalizzando il suo modello di antidogmatismo e, soprattutto, muovendosi tra diritto vigente e diritto vivente.

L’uso che della nullità fanno il legislatore e la giurisprudenza è perciò, per lui, il prisma per leggere il rapporto tra ordinamento e autonomia dei privati in maniera funzionale agli interessi in gioco, posto che il potere di autonomia privata incontra il primo limite nel controllo del contratto come atto ma che il giudizio di validità, come egli ben chiarisce poi nel 2016 nel saggio su *“Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti”*, non si esaurisce in esso, dovendosi anche guardare alla vicenda del caso concreto, all’operazione economica perseguita<sup>8</sup>, sebbene spetti poi al giudice valutare se e in che termini la nullità sia il rimedio più efficiente in base al principio di effettività<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Nuzzo, voce *Negoziio giuridico: IV) Negoziio illecito*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 1 ss.

<sup>7</sup> Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 14-15.

<sup>8</sup> Nuzzo, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, 1, 59 ss.; ora anche in *Id.*, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2021, 115 ss.

<sup>9</sup> Nuzzo, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, cit., 131.

L'avvertenza di metodo non è mero principio declamatorio nei lavori del Professore, ma criterio guida nel concreto lavoro di interprete; parametro di valutazione delle norme e dell'opera della giurisprudenza in relazione al modo in cui viene effettuato il bilanciamento degli interessi in gioco.

Quando, con l'ingresso delle "nullità di protezione" dei consumatori nel diritto positivo, si è assistito all'emancipazione della nullità dalla logica della fattispecie e la sua trasformazione in rimedio di regolamento con una finalità essenzialmente conformativa del regolamento negoziale, Mario Nuzzo, con l'entusiasmo che lo ha sempre guidato, è entrato da titolare nella nuova partita, ha parato ogni colpo tirato in questo campo di gioco impazzito, adattando il gioco stesso ai nuovi schemi, ma senza rinunciare a dare coerenza sistematica al nuovo contesto<sup>10</sup>. Come il portiere della Lazio in una partita recente di *Champions League*, quando necessario, è uscito dalla porta e ha fatto un goal decisivo su azione, salvando il risultato. Ancora una volta, Egli ha guardato alla disciplina della nullità e alle singole figure considerate non piegandole a geometrie concettuali astratte, ma analizzandole in chiave funzionale all'interesse protetto.

Una seconda nota personale: nel guidarmi nella ricerca che mi ha condotto alla monografia su contratto e reato del 2000, Mario Nuzzo mi ha spronato a operare una rilettura dell'ordine interno dell'art. 1418 c.c. in modo da farlo divenire uno strumento idoneo a contenere la complessità del reale. Per arrivare a quell'obiettivo ci si interrogava, passeggiando per il centro di Roma e il quartiere Prati in cui era nato, sulla valenza sistematica dell'art. 1418 primo comma c.c., sui caratteri della norma imperativa, sul rapporto con l'interesse protetto, sull'ordine pubblico di direzione e di protezione. Il Maestro suggeriva di partire dall'analisi casistica, convinto che solo attraverso il caleidoscopio della giurisprudenza sia possibile comprendere quali siano oggi le linee evolutive dell'istituto che, più degli altri, limita (e delimita il perimetro) l'autonomia privata. Nell'indagine sulla nullità intendeva valutare la coerenza interna del ragionamento condotto dalla giurisprudenza e individuare i parametri di valutazione del giudizio di validità necessari per controllare la discrezionalità del giudice.

Quanto si è fin qui detto ha consentito al Professore di dare una lettura così precisa della figura della nullità tanto che oggi ho ritrovato, non senza emozione, il Suo pensiero nella decisione sui "Confidi minori" delle Sezioni Unite della Cassazione del 2022<sup>11</sup>. Il sistema concettuale di Mario Nuzzo si avverte, ad esempio, quando i giudici affermano che: «Nell'evoluzione giurisprudenziale si è intravisto in dottrina il segno del passaggio dal "dogma della fattispecie" al "dogma dell'interesse pubblico", intendendosi con quest'ultima espressione segnalare, in termini critici, l'eccessiva genericità della nozione e discrezionalità rimessa al giudice nell'individuazione di sempre nuove ipotesi di

<sup>10</sup> NUZZO, *Art. 38. Rinvio*, in *Codice del consumo: commentario*, a cura di ALPA-ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, 255-274, ora anche in *Id.*, *Autonomia contrattuale*, cit., 207 ss.

<sup>11</sup> Cass., Sez. Un., 15/03/2022, n. 8472.

nullità, in potenziale frizione con i valori di libertà negoziale e di impresa, seppur nel bilanciamento con altri valori costituzionali». La stessa Cassazione, a Sezioni Unite, cerca di guidare l'interprete, e anche qui si ritrova il pensiero del Maestro, quando afferma che: «in realtà il rischio paventato può essere evitato se si considera che la nullità negoziale deve discendere dalla violazione di norme aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, pretendere di applicare una sanzione, seppure di natura civilistica, tanto grave quale è la nullità del rapporto negoziale». Dunque, la conclusione è che in mancanza di tali caratteri, la nullità non può trovare applicazione neppure evocando astrattamente valori o interessi di ordine generale (quali, ad esempio, stabilità e integrità dei mercati) cui possono contrapporsi altri valori o interessi di rango costituzionale, tra i quali quelli alla libertà negoziale e al diritto di iniziativa economica (tutelati anche dalla Carta dei diritti fondamentali UE, art. 16) con i limiti indicati dalla Costituzione (art. 41, comma 1 e 2).

A seconda delle norme di cui si assume la violazione, si osserva poi anche che il rimedio della nullità può “risultare disfunzionale”, delineando una struttura normativa non coerente con la funzione specificamente perseguita con la posizione della norma imperativa.

Si inserisce in questo discorso anche la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, oggetto di grande attenzione anche da parte del Professore proprio nella prospettiva di partenza: considerare il rimedio oltre che in relazione all'atto in sé, anche con riguardo all'impatto che può avere sul mercato<sup>12</sup>.

La sentenza è del 2022 ma, evidentemente, il Maestro ha continuato a dialogare con le Sezioni Unite della Cassazione, orientandole.

In tempi recenti, nelle sentenze della Suprema Corte e della Corte di Giustizia torna prepotentemente in auge la formula dell'ordine pubblico di protezione o di direzione, a seconda dell'interesse che si intende tutelare, con riflessi sulla disciplina applicabile. Anche a questo tema il Professore ha dedicato pagine significative<sup>13</sup>.

Oggi si afferma espressamente che l'interesse da proteggere, quando individuale, ha rilievo residuale e assume i tratti di un interesse “occasionalmente” protetto. Ce lo dice la Suprema Corte a Sezioni Unite sui mutui indicizzati, osservando che «le nullità di protezione, in particolare, sono volte – nell'uso che di esse fa la giurisprudenza – a tutelare interessi e valori fondamentali (art. 41) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti deboli e forti (art. 3) che trascendono quelli del singolo»<sup>14</sup>.

In questo senso può leggersi anche la Corte di Giustizia 8 settembre 2022 che, richiamando un precedente indirizzo del 2019, nega al giudice nazionale la possibilità di

---

<sup>12</sup> Nuzzo, *Principi generali e regole operative: la concretizzazione delle norme a contenuto indeterminato nel dialogo tra le Corti*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di RICCI, 2018, 89 ss.

<sup>13</sup> Nuzzo, voce *Negozio giuridico: IV) Negozio illecito*, loc. cit.

<sup>14</sup> Cass., 31/08/2021, n. 23655.

integrare il contratto di mutuo indicizzato in valuta estera, perché altrimenti si «compromette l'effetto dissuasivo della nullità di protezione»; si depotenzia, in altri termini, la capacità di deterrenza della nullità di protezione che «deve essere un incentivo ex ante per il professionista a non inserire la clausola in sede di predisposizione del regolamento»<sup>15</sup>.

Quando la nullità è un deterrente per garantire *ex ante* la regolazione del mercato, essa assume evidentemente i tratti della nullità sanzione per educare il mercato e le altre imprese al rispetto delle regole del gioco. Il rimedio privatistico è piegato dunque all'*enforcement* della regola di mercato e il trattamento della nullità si discosta dal regime generale ed è funzionale al miglior perseguimento di questi interessi, che vanno oltre quelli delle parti.

Anche nella tanto discussa sentenza sui contratti di fideiussione a valle di intese restrittive della concorrenza la Suprema Corte torna sul rapporto tra regole di responsabilità e validità in relazione all'obiettivo di tutela della concorrenza<sup>16</sup>.

Qui, a guidare, è l'ordine pubblico economico<sup>17</sup> a presidio del quale, ad avviso della Cassazione, sono state dettate le norme nazionali ed europee antitrust.

Se l'interesse protetto è quello del «mercato in senso oggettivo, e non solo l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato» vi è inidoneità del rimedio risarcitorio che protegge solo quest'ultimo e solo se ha avuto un danno. Per converso, «il singolo ha diritto a far valere la nullità del contratto non nell'interesse suo esclusivo, bensì in quello di correttezza e trasparenza del mercato. Così si legge in motivazione e da qui si rafforza l'impressione che la nullità speciale assuma natura di strumento di *enforcement* dal momento che, nel caso specifico, è funzionale alla conformazione corretta del mercato: la nullità è, in generale, anche un monito per l'impresa.

Questa evoluzione giurisprudenziale recente che attribuisce alla nullità di protezione una funzione «dissuasiva» non deve sorprendere se si considera che la fluidità che contraddistingue l'epoca in cui viviamo finisce anche per ibridare pubblico e privato, per consentire, a vario titolo, una nuova forma di intervento pubblico nel settore privato; per rafforzare la valenza sistematica dell'art. 41 Costituzione e della formula dell'utilità sociale.

<sup>15</sup> Corte di Giustizia UE, sent. 8 settembre 2022, cause riunite da C-80/21 a C-82/21.

<sup>16</sup> Cass., Sez. Un., 30/12/2021, n. 41994.

<sup>17</sup> Su cui v. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 61 ss. Osserva il Maestro che: «Sul piano della tecnica, accanto a norme che definiscono l'area di libertà riconosciuta ai privati, se ne pongono altre che positivamente indirizzano anche ai fini di interesse sociale gli strumenti tradizionalmente riservati al perseguimento di interessi propri dei privati contraenti. Emerge così un complesso di norme che sostanziano la sfera di ordine pubblico c.d. "economico", risultante dall'insieme delle regole concernenti l'organizzazione dei rapporti economici, che nella prospettiva che ci interessa, si pone come problema di determinazione delle possibili combinazioni tra interessi sociali e gli interessi particolari al cui perseguimento l'attività economica dei privati è preordinata».

Dunque, non resta che prendere atto della tendenza all'uso della nullità in funzione dissuasiva, tenendo fede all'insegnamento ricevuto dal Maestro che sempre ha sottolineato la necessità di evitare che l'amore per la geometria concettuale faccia perdere di vista al giurista il suo dovere di individuare, tenendo conto della complessità del reale, la regola più idonea alla tutela degli interessi in gioco. In particolare, «se (...) si ritiene che compito del giurista positivo sia quello di farsi interprete dello spirito del suo tempo per operare le scelte tecniche più coerenti al diritto vivente del periodo storico in cui opera, l'indagine deve percorrere una via diversa, attenta ad un'analisi degli orientamenti fondamentali della giurisprudenza di quel periodo storico volto a coglierne, al di là dei loro elementi contingenti, l'ispirazione di fondo»<sup>18</sup>.

In questa prospettiva, la nullità può quindi assumere i tratti di una sanzione che deve essere parametrata a criteri ormai noti: in primo luogo, l'effettività, poi la proporzionalità e ragionevolezza a cui il professore ha dedicato belle pagine. L'effettività è il criterio principe<sup>19</sup> e si lega a quello di proporzionalità e di ragionevolezza che sono strumentali al controllo sul bilanciamento di interessi operato dal giudice, fondato sulla valutazione di idoneità, necessità e adeguatezza della misura prescelta<sup>20</sup>. A questi criteri, sembra aggiungersi dunque ora anche la "dissuasività" del rimedio, che diviene un ulteriore parametro da considerare. Ne consegue che i criteri pensati per le sanzioni amministrative sono gli stessi utilizzati per la nullità sanzionatoria.

A fronte di questa tendenza a far uso della nullità in funzione del buon funzionamento del mercato, si amplia lo spazio di discrezionalità della giurisprudenza nella scelta del rimedio e della disciplina da applicare, in modo proporzionale alla progressiva giurisdizionalizzazione del diritto.

Questa evoluzione porta, ad avviso del Maestro, un problema di rilievo ordinamentale: «l'attribuzione al Giudice del potere di concorrere alla determinazione della *regola iuris* applicabile al caso concreto gli attribuisce una discrezionalità nella decisione molto maggiore di quella consentita dalla tradizione e, di conseguenza impone di individuare nuovi meccanismi di controllabilità e prevedibilità delle decisioni». Egli sottolinea l'esi-

---

<sup>18</sup> Nuzzo, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, cit., 65.

<sup>19</sup> Nuzzo, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, cit., 67 «una volta che il legislatore ha ritenuto meritevole di tutela un bene della vita, spetta al Giudice valutare l'idoneità del rimedio legislativamente previsto a garantire un'efficiente tutela di quel bene, con la conseguenza che, ove il rimedio previsto risulti inefficiente rientra nel potere del Giudice trovare nel sistema dei rimedi previsti in via generale dall'ordinamento quello più efficiente; con il limite che dovrà prima dimostrare che effettivamente la tutela tipica prevista dalla legge non realizza in modo sufficiente la tutela dell'interesse protetto e che il rimedio alternativo prescelto è proporzionale e ragionevole in relazione all'esigenza di protezione in concreto esistente».

<sup>20</sup> Nuzzo, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, cit., 69, il Maestro afferma che: «Emerge così come criterio di controllo sul bilanciamento di interessi operato dal Giudice e sulla conseguente scelta del rimedio adeguato, il principio di proporzionalità che, nella sua elaborazione matura, impone un giudizio fondato su tre criteri: idoneità, necessità e adeguatezza della misura prescelta».

genza di controllare le decisioni della giurisprudenza, in particolare, della Cassazione sotto il profilo della coerenza interna del ragionamento, in nome della prevedibilità delle decisioni e della certezza del diritto.

Su quest'ultimo aspetto sembra di sentire l'eco lungimirante delle parole del professore che, sforzandosi di dare coerenza al sistema in modo dinamico ma senza affanno alcuno, sottolinea limpidamente che una risposta capace di assicurare flessibilità del sistema e controllabilità delle decisioni presuppone: «un'evoluzione culturale dell'intera comunità dei giuristi. E' necessaria anzitutto un'effettiva disponibilità a studiare i fenomeni nuovi che caratterizzano la legge positiva, e il diritto vivente che ne disegna il senso e il contenuto precettivo, senza essere vincolati al rimpianto per le semplificazioni e le geometrie logiche che caratterizzano le soluzioni più coerenti con la tradizione, accettando serenamente il principio per cui nessun problema può essere risolto dalla cultura che lo ha creato»<sup>21</sup>.

L'insegnamento del Professore – in conclusione – ci fornisce gli strumenti per affrontare l'esperienza del reale in modo dinamico anche in prospettiva, senza timore di cadere in eccessiva accondiscendenza alle posizioni della giurisprudenza ma senza neppure lasciarsi andare a nichilismo, che egli ha sempre combattuto con forza. Soprattutto, Mario Nuzzo ci ha insegnato a guardare avanti con curiosità, equilibrio e serenità.

---

<sup>21</sup> NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di CARLEO, Bologna, 2017, 148.





### L'autonomia privata tra legalità formale e giustizia sostanziale\*



Francesco Ricci

**SOMMARIO:** 1. L'equilibrio tra dimensione teoretica e pratica nel pensiero di Mario Nuzzo. – 2. (i) Negozio illegale e negozio illecito. – 3. (ii) L'operazione. – 4. (iii) Dall'atto al potere: il contratto giusto tra autonomia ed eteronomia nel prisma della giustizia procedurale.

#### 1. L'equilibrio tra dimensione teoretica e pratica nel pensiero di Mario Nuzzo

Ragionare di «autonomia privata tra legalità formale e giustizia sostanziale» in un'occasione che, per la felice idea della Prof.ssa Lourdes Fernandez Del Moral Dominguez, vuole mettere in risalto la modernità della visione di Mario Nuzzo e la capacità di individuare tra i primi i «nuovi parametri di valutazione dell'autonomia privata» mi è parso un modo ideale per ricordare il grande merito che il Nostro ha avuto nello sviluppo della tendenza, ormai acquisita, a rifuggire gli astratti concettualismi e formalismi della dogmatica per distillare il vero senso degli istituti e delle disposizioni che regolano il diritto dei privati.

Mario Nuzzo ha infatti sempre insegnato che la dimensione pratica è il cardine di ogni ricostruzione teorica, indicando la via di un equilibrio tra dimensione teoretica e pratica, nel quale le novità fuori sistema non sono né svalutate per salvaguardare la perpetuazione degli impianti concettuali tradizionali, né valorizzate per sanzionarne la frantumazione. Il suo pensiero si caratterizza per un realismo razionale che non mira né alla conservazione, né alla rottura, ma all'evoluzione del sistema e continua quindi

---

\* Lo scritto riproduce – con la sola eliminazione delle parole di circostanza – il contenuto dell'intervento da me svolto al Convegno su «I nuovi parametri di valutazione dell'autonomia privata: la moderna visione di Mario Nuzzo, giurista nel tempo» (Napoli, 30 settembre 2023).

ad avere il sistema come orizzonte e come traguardo, ma un sistema che si vuole sempre aggiornato e attuale.

In questo senso nella prolusione tenuta il 18 dicembre 1987<sup>1</sup> (ora inserita anche a chiusura del volume postumo del 2021 sull'autonomia contrattuale) si legge che: a) da una parte, la realtà dell'ordinamento non va «individuata nell'astratta geometria dei concetti, alla cui coerenza formale si sacrifica anche il contenuto precettivo della norma che a quella geometria non si adegua, ma nella funzione pratica che alla norma è assegnata all'interno del contesto storico in cui essa vive, funzione pratica che è illuminata dalla storia e verificata dall'esperienza, ma che il giurista pur sempre trova nella norma, che preesiste alla sua indagine»<sup>2</sup>; b) dall'altra, si può individuare «una progressiva consapevolezza della dottrina più attenta alla evoluzione del costume e della cultura italiana, della necessità di liberarsi dagli ultimi residui del concettualismo astrattizzante, già rinnegato dalla precedente generazione, attraverso una maggiore aderenza al fatto (o, con formula sempre più diffusa nel linguaggio di questo periodo, alla realtà sociale in funzione della quale la norma giuridica è creata ed esiste)»<sup>3</sup>.

Già nella monografia sull'utilità sociale e autonomia privata Nuzzo lamentava infatti che «l'esperienza del concreto forzata in modelli preordinati è elevata a “realtà giuridica” attraverso procedimenti che quando non costituiscono astrazione dal reale si risolvono in una fondamentale e radicale trasformazione del dato empirico», mentre «chi svolge il tema del contratto, se vuol essere coerente alla realtà materiale e ai problemi che in questa si pongono deve, al contrario, essere attento non solo alle enunciazioni della scienza ma, soprattutto, allo svolgimento concreto dell'esperienza giuridica, esaminata dall'interno con un metro capace di inerire alla intera situazione particolare, escludendo programmaticamente la possibilità di frattura fra il comportamento delle parti che danno assetto ai propri interessi e la configurazione giuridica dell'operazione economica da essi realizzata»<sup>4</sup>.

## 2. (i) Negozio illegale e negozio illecito

In tale contesto metodologico, per quanto riguarda la contrapposizione tra la legalità formale dell'attività che costituisce esercizio dell'autonomia privata, da una parte, e

<sup>1</sup> Ora riprodotta anche in Nuzzo, *Autonomia contrattuale – Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2021, 231 ss.

<sup>2</sup> Nell'insegnamento di Mario Nuzzo, dunque, dal punto di vista metodologico il sistema – come ha rilevato il Prof. Lipari – è il traguardo, il quale tuttavia è perseguito con un realismo che implica anche la presa d'atto che esisteva già un sistema e che la nuova prospettiva metodologica non doveva essere – come invece ha sottolineato la Prof.ssa Carleo – una rottura con quel sistema, ma la sua evoluzione.

<sup>3</sup> Nuzzo, *Autonomia contrattuale – Contenuto, funzione, rimedi*, cit., 234.

<sup>4</sup> Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, rist. anastatica, Napoli, 2011, 11.

giustizia sostanziale del suo risultato, dall'altra, viene in mente la distinzione tra negozio illegale (contrario a norme imperative di configurazione) e negozio illecito (contrario a norme imperative proibitive) chiarita nella voce di Mario Nuzzo sul negozio illecito<sup>5</sup>.

Come chiarito in tale voce, la distinzione non è solo teorica, ma serve a dare corpo a conseguenze pratiche, e in particolare all'individuazione di una disciplina dedicata in maniera specifica ed esclusiva al negozio illecito, inteso come quel negozio che non è solo formalmente imperfetto, privo di requisiti strutturali o stipulato in violazione di principi di ordine tecnico che si ispirano all'ordine razionale (come ad esempio quelli volti ad assicurare l'equilibrio tra i contraenti e la effettività della loro libertà di scelta), ma è sostanzialmente ingiusto e proprio per questo – a differenza del negozio illegale – irrimediabilmente insanabile.

Ne consegue, tra l'altro, che, a differenza del negozio illegale:

- il negozio illecito non si può convalidare, né convertire;
- in caso di nullità del negozio per illiceità nessuna delle parti può chiedere il risarcimento all'altra, perché nessuna delle parti può ignorare la causa della nullità, in quanto «nel caso del negozio illecito ... la possibilità di conoscenza [della causa di nullità] è *in re ipsa*, e d'altra parte la nullità non è imputabile a una sola delle parti, ma ad entrambe»;
- il contratto di lavoro nullo o annullabile, che normalmente produce i suoi effetti per il tempo in cui ha avuto esecuzione, invece non li produce se «la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa» (art. 2126 c.c.);
- in caso di negozio illecito non può prodursi l'effetto sanante di cui all'art. 2652, n. 6, c.c.<sup>6</sup>.

A tale proposito dal punto di vista del metodo Mario Nuzzo insegna che le norme che definiscono la disciplina del negozio illecito vanno assoggettate a «uno schema interpretativo volto a ridurre fortemente il rilievo del dato strutturale per accentrare l'attenzione sul momento funzionale del negozio, individuando il problema dell'illiceità in quello del divieto di un risultato» e quindi «pur essendo dettate con riferimento a tipi contrattuali aventi disciplina particolare, esse dovrebbero ritenersi operanti, anche al di là del tipo al quale immediatamente si riferiscono, essendo la portata del divieto costruita in relazione al risultato pratico perseguito dalle parti più che in relazione agli elementi strutturali da queste utilizzati». Sono cioè norme incondizionate, ad applicazione necessaria<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Nuzzo, *Negozio giuridico – iv) negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 1 ss., ora anche in Nuzzo, *Autonomia contrattuale – Contenuto, funzione, rimedi*, cit., 151 ss. (le prossime citazioni s'intendono fatte alla voce del 1990).

<sup>6</sup> Nuzzo, *Negozio giuridico – iv) negozio illecito*, cit. 2.

<sup>7</sup> Nuzzo, *Negozio giuridico – iv) negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 2 s.

### 3. (ii) L'operazione

Da tale rilievo deriva l'individuazione di un secondo punto di emersione della contrapposizione tra dimensione strutturale del negozio e sostanza del regolamento, che si concretizza nell'individuazione della figura dell'operazione (nella voce sul negozio illecito si parla di «operazioni complesse risultanti da una pluralità di negozi autonomi ma collegati in vista della realizzazione di un risultato unitario diverso da quello prodotto da ciascuno dei singoli negozi utilizzati»<sup>8</sup>).

Nuzzo chiarisce che «in quest'ultimo caso il giudizio di liceità dovrà essere condotto non tanto con riferimento alla considerazione della meritevolezza dei singoli negozi, quanto con riferimento alla meritevolezza dell'operazione complessa risultante dal collegamento, nel cui ambito ... la rilevanza dei singoli negozi non sarà diversa da quella che hanno le singole clausole in cui un particolare negozio si articola. Con la conseguenza che: a) da un lato, l'illiceità di un singolo negozio potrà determinare la nullità di tutti i negozi collegati attraverso i quali si realizza l'operazione economica unitaria solo quando il negozio illecito possa ritenersi essenziale per la realizzazione del risultato finale; dall'altro, l'illiceità di tale risultato potrà determinare la nullità di tutti i singoli negozi tra loro collegati in vista della realizzazione di quel risultato, anche quando ciascuno di essi abbia in sé causa lecita»<sup>9</sup>.

Mario Nuzzo avvisa che «la dottrina italiana non ha prestato sufficiente attenzione a questa problematica, concentrando invece la propria ricerca sull'analisi della disciplina della struttura e della funzione del singolo negozio e del contratto in concreto posto in essere dai privati, e una corrispondente svalutazione della disciplina volta a configurare il potere di autonomia dei privati e a fissarne consustanzialmente i limiti al fine di escludere che fini contrastanti con gli interessi primari che fondano il sistema possano essere realizzati nel quadro dell'ordinamento». Ne consegue «un vizio di impostazione che: da un lato impedisce la compiuta analisi del contenuto e dei limiti del potere di autonomia dei privati; dall'altro impedisce di cogliere con esattezza le relazioni esistenti tra lo schema negoziale oggetto di valutazione ed altri negozi, che nell'ambito della stessa operazione economica, sono volti a realizzare funzioni ulteriori rispetto a quella propria del negozio considerato, convergendo verso un risultato finale che, se unitariamente considerato, è diverso da quello proprio di ciascun singolo negozio»<sup>10</sup>.

Invece il Nostro ci invita a correggere la prospettiva, insegnando che «oggetto della valutazione dell'ordinamento nel giudizio di liceità è non l'atto ma il potere di autonomia privata» e questo «può correttamente esplicitarsi solo in quanto sia lecito l'intento che muove le parti all'esercizio della loro autonomia (ovvero, in diversa prospettiva, il risultato alla cui realizzazione il potere di autonomia è volto)».

<sup>8</sup> NUZZO, *Negozio giuridico – iv) negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 7.

<sup>9</sup> NUZZO, *Negozio giuridico – iv) negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 8.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

A tali condizioni «ben si comprende come per effettuare quella valutazione, sia necessario considerare, senza limiti formali, “tutto il procedimento negoziale, quell’insieme di situazioni e risultati che permettono di cogliere l’essenza dell’operazione economica”<sup>11</sup>, non limitandosi ad isolare dal generale contesto solo quegli elementi che esprimono un particolare negozio, ma riassumendo in una valutazione tutti gli atti e i comportamenti nei quali in concreto si svolge il potere di autonomia dei privati in vista di un risultato pratico unitario»<sup>12</sup>.

«Con la conseguenza che» si avrà «illiceità per diretta violazione della norma, ogni volta che un negozio o un insieme di negozi sia idoneo a produrre il risultato vietato, sebbene questo non sia conseguito mediante la forma negoziale espressamente vietata»<sup>13</sup>.

Fin qui Mario Nuzzo.

#### 4. (iii) Dall’atto al potere: il contratto giusto tra autonomia ed eteronomia nel prisma della giustizia procedurale

Provo ora ad applicare il suo insegnamento proponendo di spostare l’oggetto della valutazione dell’ordinamento dall’atto al *potere* di autonomia privata anche ai fini dell’annoso problema del contratto giusto.

In alcune recenti riflessioni<sup>14</sup> abbiamo avuto modo di evidenziare come negli ambiti riservati all’autonomia privata debba considerarsi per definizione giusto qualsiasi regolamento che definisce un conflitto di interessi nel modo liberamente e consapevolmente concordato dalle parti di quel conflitto e come quindi quello contrattuale sia un procedimento che mira ad un risultato per definizione giusto, e più precisamente ad un risultato che è giusto solo e nella misura in cui il procedimento si sia effettivamente svolto, si sia svolto in maniera corretta e si sia svolto nelle corrette condizioni di contesto: in questo modo il procedimento di formazione del regolamento contrattuale risulta essere una vera e propria forma di giustizia procedurale pura, che com’è noto è quella nella quale non esiste un criterio indipendente dalla procedura per decidere se il risultato è giusto, ma il risultato è giusto proprio e solo se e in quanto generato dalla procedura<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> FERRI, *Causa e tipo nell’ordinamento giuridico*, Milano, 1966, 255.

<sup>12</sup> NUZZO, *Negozio giuridico – iv) negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 9.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> RICCI, *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell’esercizio dell’autonomia privata*, in *Procedimento e processo – metodi di ponderazione di interessi e risoluzione dei conflitti*, a cura di MARTINO, PANZAROLA, ABBAMONTE, Milano, 2022, 145 ss., spec. 172 ss.; Id., *Giustizia procedurale e contratto giusto*, in *Il processo*, in corso di pubblicazione, § 1 ss., spec. § 2 ss.

<sup>15</sup> Com’è noto, la teoria della giustizia procedurale e la sua attuazione sono al centro della visione della giustizia contrattuale di Jacques Ghestin, che vi dedica ampie riflessioni in GHESTIN, LOISEAU, SERINET, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, 4<sup>a</sup> ed., Paris, 2013, 334 ss. Con riguardo alla qualificazione del contratto come forma di giustizia procedurale pura v. in particolare p. 337 s.

Naturalmente con questo non si vuole sostenere che l'unica forma di giustizia perseguita dall'ordinamento giuridico è quella che coincide con le determinazioni concordate tra le parti dei conflitti da regolare, non potendosi disconoscere che, da una parte, possano entrare in gioco anche interessi ai quali va riconosciuto un rilievo di portata più generale e di natura tale da trascendere il rapporto tra le sole parti del conflitto che deve essere risolto nel caso concreto e che, dall'altra, quando ciò accade il trattamento di tali interessi possa essere meglio definito con soluzioni di carattere in tutto o in parte eteronomo. Non si vuole cioè mettere in discussione la necessaria e legittima compresenza di regole autonome ed eteronome in un ordinamento dato.

Si vuole tuttavia mettere in evidenza che ogni volta che l'ordinamento lascia alle parti di un conflitto il potere di regolarlo autonomamente e tale potere sia esercitato, la soluzione giusta – cioè quella che costituisce il parametro giusto delle relative tutele (non solo in senso metagiuridico, ma proprio in senso positivo e giuridico) – non può che essere quella messa a punto dalle parti di quel conflitto in un'intesa effettivamente raggiunta tra loro al riparo da interferenze sulla libera esplicazione della loro autonomia, obiettivo al quale tende quello che abbiamo proposto di qualificare come il processo contrattuale, inteso come forma di giustizia procedurale in grado di trasmettere la sua correttezza al risultato che ne consegue.

A una giustizia contrattuale intesa in questo senso fa esplicito riferimento il «*Progetto di un quadro comune di riferimento per il diritto privato europeo*», nella parte dedicata ai principi<sup>16</sup>, ove si cita la celebre massima di Alfred Fouillée secondo la quale «*qui dit contractuel, dit juste*»: vi si legge infatti che «in effetti è stato affermato che, in alcune situazioni, la libertà di contratto, senza altro, porta alla giustizia. Se, per esempio, le parti di un contratto sono pienamente informate e in una posizione negoziale uguale quando lo concludono, si può presumere che il contenuto del loro accordo sia nel loro interesse e che sia giusto tra di loro. “*Qui dit contractuel, dit juste*”»<sup>17</sup>.

In questa prospettiva, di fronte alle eterogenee variabili, fisiologiche e patologiche, che possono indurre le parti a stipulare un contratto economicamente o normativamente squilibrato, la valutazione dell'ingiustizia del contratto non può essere fatta incrostando il giudizio né sulla santificazione di qualunque assetto contrattuale, né sulla riprovazione di qualsiasi squilibrio economico o normativo, ma deve essere svolta concentrando

---

<sup>16</sup> Com'è noto, in tale contesto la giustizia contrattuale è riconosciuta come uno dei principi guida del diritto europeo dei contratti.

Due dei più corposi contributi allo studio della giustizia contrattuale sono l'ampio capitolo (quasi cento pagine) dedicato al tema da Jacques Ghestin in GHESTIN, LOISEAU, SERINET, *La formation du contrat*, cit., 273 ss., nonché le approfondite riflessioni in due tomi di NEGRI, *Autonomia della volontà e contratto giusto — Studio di diritto francese*, Pisa, 2022.

<sup>17</sup> È il noto *Draft Common Frame of Reference (Draft Common Frame of Reference*, Munich, 2009) predisposto dallo *Study Group on a European Civil Code* e dal *Research Group on EC Private Law*, noto anche come *Acquis Group*, cit., 63.

l'attenzione sull'apprezzamento delle modalità e delle circostanze della stipulazione<sup>18</sup>, da una parte, sul carattere fisiologico o patologico del nesso tra quelle modalità e circostanze e gli esiti della stipulazione stessa, dall'altra, e infine sulla considerazione se il contenuto del regolamento che risolve il conflitto d'interessi che si va a risolvere con un contratto è del tutto lasciato all'autonomia delle parti, o solo in parte. Se ne ricava che la dialettica tra legalità formale e giustizia sostanziale non può essere intesa come un dualismo tra due dimensioni separate e senza punti d'incontro, perché a certe condizioni lo svolgimento della corretta procedura contrattuale è condizione necessaria e sufficiente per la creazione di un regolamento giusto, in altri casi non lo è.

Emerge così che per gli aspetti in cui il regolamento è effettivamente rimesso alla volontà delle parti non solo la comprensione del fenomeno della conclusione del contratto in sé considerato<sup>19</sup>, ma la stessa questione della giustizia contrattuale sfugge nella prospettiva statica della fattispecie, quella cioè nella quale si finisce per riuscire a dire solo cose del tipo che è giusto qualunque contratto in quanto concluso o, all'opposto, che lo è solo il contratto che abbia un determinato contenuto.

Il tema della giustizia contrattuale dell'atto di autonomia recupera invece tutta la sua consistenza nella prospettiva dinamica di un procedimento che sia idoneo ad assicurare l'introduzione di un autoregolamento impegnativo dei conflitti di interesse frutto di una scelta consapevole, volontaria, libera e condivisa, la quale è l'unica effettivamente in grado di cogliere il nesso tra giustizia contrattuale ed autonomia privata. La considerazione del contratto nella chiave dinamica di un procedimento con tali caratteristiche è infatti l'unica in grado di offrire un indice il più possibile oggettivo e sicuro del fatto che l'introduzione di quell'autoregolamento è effettivamente voluta da tutte le parti del conflitto e che la valutazione soggettiva ed autonoma dei vantaggi e sacrifici che sta alla base

<sup>18</sup> Infatti, se non si vogliono frustrare le esigenze sottese alle molteplici ragioni fisiologiche che possono giustificare la libera e volontaria adozione di un autoregolamento in perdita, bisogna tenere ben presente che quando si lamenta che l'autoregolamento sfavorevole è l'esito di una delle circostanze patologiche prese in considerazione nel testo «allora il discorso transita dalla rilevanza dell'ingiustizia alla rilevanza del vizio della volontà di chi subisce l'ingiustizia» o «di quelle circostanze che hanno condizionato il negozio». Né può dirsi che un contratto in perdita è in sé e per sé ingiusto in quanto irragionevole, perché il contratto è lo strumento specificamente destinato al libero esercizio dell'autonomia privata (cioè a costituire, regolare o estinguere il rapporto giuridico patrimoniale che le parti vogliono: cfr. gli artt. 1321-1322 c.c. e l'art. 41 Cost.): ne consegue che «un contratto è sempre razionale se davvero le parti lo vogliono con una volontà non inquinata da fattori conturbanti» e, poiché «il contratto è sempre voluto», allora la sua ragionevolezza manca solo «se la volontà è male accompagnata da fattori conturbanti; ma allora il discorso transita dalla rilevanza dell'irragionevolezza alla rilevanza della circostanza che rende irragionevole la volontà del contraente» (SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, in banca dati *One Legale*, 2012, § 4).

<sup>19</sup> G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 50 s.

di quella volontà non è alterata: tale modo di vedere le cose converge pienamente con la concezione della giustizia contrattuale come giustizia essenzialmente procedurale<sup>20</sup>.

Ne consegue che, a meglio vedere, non solo sul piano dei contenuti del regolamento, come nel caso dei negozi illeciti, ma anche su quello della sua formazione, come nel caso dei negozi illegali, vi è un valore fondamentale dell'ordinamento che è destinato a realizzarsi in maniera incondizionata mediante l'applicazione di parametri giuridici ad applicazione necessaria<sup>21</sup>: il valore consiste in ciò, che il regolamento negoziale che costituisce espressione dell'autonomia privata deve essere il risultato di un esercizio libero e consapevole dell'autonomia privata, essendo il cuore stesso di tale autonomia che tutti i negozi in cui si concretizza<sup>22</sup> siano il frutto di una scelta condivisa dalle parti del conflitto che si va a risolvere, consapevole, libera da coercizioni e scevra da condizionamenti.

Per comprendere tale aspetto della giustizia contrattuale basta spostare l'attenzione anche in questo caso dall'atto al potere, dal contenuto alla funzione<sup>23</sup>, e quindi dalla fattispecie al procedimento<sup>24</sup>, e cioè quell'insieme di situazioni e risultati che permet-

<sup>20</sup> Com'è noto, un'istituzione si considera giusta, e giuste le sue forme di organizzazione, quando tende a realizzare gli interessi di chi vi partecipa evitando distinzioni arbitrarie nell'assegnazione dei vantaggi e dei sacrifici e assicurando un equilibrio appropriato tra le pretese concorrenti.

È proprio la necessità dell'accordo libero e paritario tra le parti del conflitto da regolare, che la disciplina del procedimento mira a garantire, a fare in modo che siano le stesse parti di quel conflitto a riempire di contenuto concreto entrambe le nozioni (le distinzioni arbitrarie nell'assegnazione dei vantaggi e dei sacrifici, da evitare; e l'equilibrio appropriato tra le pretese concorrenti, da perseguire) con le proprie determinazioni concordi, dando luogo ad una distribuzione dei vantaggi e dei sacrifici che per loro e tra loro non è arbitraria perché concordata, così come ad un equilibrio tra gli interessi in conflitto che per loro e tra loro è appropriato in quanto pure concordato.

<sup>21</sup> Vero è che per Mario Nuzzo «l'individuazione di norme ad applicazione necessaria è più difficile nel quadro di una analisi delle norme volte esclusivamente a disciplinare elementi strutturali o funzionali di singoli tipi negoziali». Tuttavia, come di vedrà meglio tra breve, normalmente le disposizioni che definiscono la giustizia procedurale posta a presidio dell'effettivo esercizio dell'autonomia privata, da una parte, e la disciplina delle conseguenze della sua violazione, dall'altra, normalmente sono già di per sé incondizionate, essendo testualmente destinate a regolare tutti i contratti e collocate infatti nell'ambito della disciplina dei contratti in generale, mentre il caso delle norme che sono «volte esclusivamente a disciplinare elementi strutturali o funzionali di singoli tipi negoziali» (come per esempio quelle che contemplano la consegna come elemento necessario per il perfezionamento dei contratti reali, o quelle che contemplano la forma scritta per i contratti contemplati dagli artt. 1350 e 1351 c.c.).

<sup>22</sup> Ispirandomi alle riflessioni di BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., e ora anche in *Bil. com. pers.*, 2021, 244 ss., spec. 245, il quale allude al passaggio dall'astratta preordinazione di una modificazione giuridica in forma di potere al suo effettivo e concreto invero in forma di atto.

<sup>23</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 54.

<sup>24</sup> Cfr. SALV. ROMANO, *Buona fede*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 677 ss., spec. 682, secondo il quale il ciclo dell'autonomia privata non si riesce a cogliere nella prospettiva «statica della somma degli elementi necessari in vista di un effetto (fattispecie)», ma solo nella dimensione dinamica della «successione degli atti e delle situazioni giuridiche che s'iniziano, partendo dalla individuazione del soggetto e di ogni altro presupposto soggettivo e oggettivo (quindi anche dall'analisi del

tono di cogliere in questo caso l'essenza dell'intento dispositivo in cui si esplica l'autonomia privata. Com'è noto, infatti, la fattispecie riguarda «il negozio assunto come già formato in funzione della determinazione della sua efficacia commisurata al tipo»<sup>25</sup>, cioè ai modelli legali o sociali dei suoi possibili contenuti, perché «quando se ne parla in termini di fattispecie, il richiamo ha puro valore descrittivo, servendo, in realtà, ad evocare il contenuto del regolamento, secondo la determinazione operata dalle parti»<sup>26</sup>. Il secondo, invece, concerne l'attività giuridica diretta a porre l'autoregolamento (e cioè l'esercizio dell'autonomia contrattuale), e più precisamente «la serie degli atti coordinati in funzione della formazione del negozio, da ciascuno dei quali consegue quell'effetto che rappresenta una tappa progressiva della sequenza»<sup>27</sup>.

In questa rinnovata cornice, la distinzione tra negozio illecito e negozio illegale illustrata da Mario Nuzzo si continua a riflettere in ciò, che:

- quando il contenuto di un regolamento contrattuale è ingiusto perché qualche aspetto del suo contenuto confligge con quanto imposto o precluso per via eteronoma dall'ordinamento va in ogni caso assoggettato, senza preclusioni formali, alla disciplina dei negozi illeciti;
- quando invece il regolamento è ingiusto perché qualche aspetto della vicenda della sua formazione ha violato i requisiti di giustizia procedurale posti dell'ordinamento a presidio della corretta concretizzazione dell'autonomia privata va assoggettato, senza preclusioni formali, alla disciplina dei negozi illegali per violazione delle norme di configurazione volte a garantire la correttezza delle procedure e delle relative

---

potere e della legittimazione al suo esercizio), con l'esercizio del potere normativo – o negoziale – fino all'esaurimento del ciclo con l'ultimo atto esecutivo». Infatti, secondo l'A. il ciclo dell'autonomia privata può essere meglio compreso «prospettando una progressione di attività: preliminare, conclusiva, esecutiva» (SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, rist. fedele (corretta limitatamente ai soli refusi) dell'edizione del 1961, con *Presentazione* di A.M. BENEDETTI, Napoli, 2021, 10 s.) e suddividendo il procedimento in cui quella vicenda si dispiega «nelle fasi di trattative, conclusione ed esecuzione» (SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., 56): è questa l'«azione costruttiva di ordinamento», la quale «è (nei procedimenti negoziali) legata all'accordo e attiene allo svolgimento attivo del potere, si concreta nell'esercizio di questo, nella fasi normativa ed esecutiva dell'autonomia privata e ciò fino al risultato finale che si pone»: essa si contrappone a «l'altra azione», la quale «è invece legata all'ipotesi di conflitto, e quindi è espressione di un potere di difesa, che è poi il potere di azione cui si fa correntemente riferimento» (SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., 11). Secondo l'A. «all'agire è inscindibilmente connesso il “procedere”» e quindi ogni azione è «materia di procedimento giuridico ... in quanto attivo svolgimento del potere». In particolare «per il diritto privato un'impostazione così prospettata investe l'esercizio di ogni potere di autonomia privata. Questo significa riferimento al ciclo negoziale completo dalla formazione degli atti (inizio dell'esercizio) fino al risultato finale ed *effettivo* (conclusione dell'esercizio)» (SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., 13).

<sup>25</sup> G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 26 s.

<sup>26</sup> G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 54 s.

<sup>27</sup> G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 26 s.

condizioni di contesto, da individuare – in mancanza di disposizioni applicabili in via diretta – per analogia legis o iuris alla stregua degli artt. 12 e 14 disp. prel. c.c.

Si noti che in questo secondo scenario le preclusioni formali da superare riguardano non tanto l'estensione delle disposizioni sulla formazione del regolamento a tipi negoziali non contemplati dalla relativa disciplina, quanto piuttosto l'estensione delle disposizioni sulle invalidità che ne conseguono in caso di violazione rispetto alle figure legali atipiche di vizio. Infatti, le disposizioni che definiscono la giustizia procedurale pura che governa la formazione dell'accordo a presidio dell'effettivo esercizio dell'autonomia privata, da una parte, e la disciplina delle conseguenze della sua violazione, dall'altra, normalmente sono già di per sé incondizionate o comunque ampiamente transtipiche, essendo configurate in modo tale da regolare tutti i contratti o ampi gruppi di tipi contrattuali (come per esempio i contratti sinallagmatici), appartengano o meno ai tipi aventi una disciplina particolare (per il primo profilo v., tra gli altri, gli artt. 1326 ss. c.c. sull'accordo delle parti e gli artt. 1350 ss. c.c. sulla forma del contratto; per il secondo profilo v., tra gli altri, gli artt. 1418 ss. sulla nullità del contratto, gli artt. 1425 ss. c.c. sull'annullabilità del contratto e gli artt. 1447 ss. c.c. sulla rescindibilità del contratto).

In questo modo, il giudizio di illiceità si delinea come quello che riguarda i contenuti passati al vaglio di un parametro eteronomo di giustizia, mentre il giudizio di illegalità risulta essere quello normalmente volto ad appurare che, negli ambiti riservati all'autonomia privata, il regolamento sia il frutto del corretto esercizio di tale autonomia alla stregua di un parametro di giustizia procedurale pura, il quale per definizione considera giusto l'esito se la procedura si è svolta in maniera corretta e nelle corrette condizioni di contesto.



### Il problema dell'azione di arricchimento

Rosa Maria Dell'Erba



Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, investite dalla ordinanza interlocutoria n. 5222 del 2023 della III Sezione della Corte, torneranno a pronunciarsi sull'argomento della ratio e dei limiti della sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa, già affrontato con sentenza a Sezioni Unite n. 28042/08.

La pronuncia, confermando un indirizzo già espresso da Cass. civ. SU n. 9531/96 e risalente agli anni '60, ripetutosi costantemente in modo uniforme fino all'attualità, ha ribadito che *“L'azione di ingiustificato arricchimento è contraddistinta da un carattere di residualità che ne postula l'inammissibilità ogniqualvolta il danneggiato, per farsi indennizzare del pregiudizio subito, possa esercitare, un'altra azione, secondo una valutazione da compiersi in astratto e prescindendo, quindi, dal relativo esito”* e che l'azione ex art. 2041 c.c. è inammissibile anche nell'ipotesi in cui l'“altra azione” sia esercitabile dall'impoverito nei confronti di un terzo ovvero si sia prescritta o si sia verificata una decadenza (Cass. 29 maggio 1967 n. 1170, 25 febbraio 1971 n. 481) o ancora sia stata respinta nel merito per difetto di prova o non sia stata opportunamente coltivata. Per tali motivi l'azione generale di arricchimento è esclusa quando altra azione appaia proponibile per conseguire lo stesso bene, ancorché l'attore sia dubbioso nel prevederne l'esito positivo (Cfr. più di recente Cass. civ. SU 9441/11 e Cass. civ. n. 29988/18).

La natura sussidiaria dell'azione di arricchimento senza causa costituisce un presupposto della domanda, richiesto dalla legge e, pertanto, tale condizione, non integrando un'eccezione in senso stretto, può essere rilevata d'ufficio dal giudice, anche in appello ed a prescindere da un apposito motivo, nei limiti in cui la circostanza risulti da elementi di fatto già acquisiti nel giudizio, ed è proponibile per la prima volta anche nel giudizio di appello, non operando il divieto di “ius novorum” posto dall'art. 345 cod. proc. civ., inapplicabile per le eccezioni rilevabili d'ufficio (Cass. civ. n. 9486/13).

---

\* I testi di questa sezione riproducono le relazioni svolte nell'incontro di studio tenutosi nel settembre 2023. Si segnala che è stata ora pubblicata la sentenza Cass., Sez. Un., 5 dicembre 2023, n. 33954.

La III Sezione della Corte, ponendo in discussione gli sviluppi giurisprudenziali successivi a Cass. SU n. 28042/08 ed evidenziandone alcune incongruenze, ha voluto richiamare gli interpreti al rispetto del principio enunciato della cosiddetta "sussidiarietà in astratto", posto che l'evoluzione giurisprudenziale, a partire dalla sentenza n. 4620 del 22 Marzo 2012 della II Sezione Civile della Corte, aveva allargato le maglie della gabbia della residualità nella quale è racchiusa l'azione di arricchimento senza causa.

In particolare quest'ultima sentenza ha sostenuto che la condizione preclusiva dell'azione di arricchimento senza causa " *si verifica quando la parte può esercitare, contro l'arricchito o contro altre persone, un'azione tipica, che trovi titolo in un contratto o nella legge (Cass. n. 20747/2007, n. 16340/02). Circa i parametri o criteri di valutazione in base ai quali accertare l'esistenza di tale condizione, si è invece precisato che è irrilevante a tal fine che l'azione tipica sia risultata infondata ovvero sia prescritta o sia soggetta ad altra causa di estinzione o decadenza (Cass. 29916 del 2011; Cass. 17647/07, Cass. 20747/07). Questo indirizzo va senz'altro condiviso, atteso che altrimenti l'azione di arricchimento senza causa finirebbe per diventare strumento per eludere o aggirare i limiti esistenti nei confronti dell'azione tipica. Questa conclusione non sembra giustificare tuttavia un'interpretazione del disposto normativo tale da considerare la condizione in parola in via puramente teorica, dilatandola fino a comprendere ogni iniziativa processuale ipoteticamente azionabile. Un conto è invero affermare che la domanda principale preclude quella sussidiaria laddove la prima sia esercitabile in astratto-prescindendo, vale a dire, da ogni valutazione sulla sua fondatezza in concreto- ed altra cosa è invece solo ipotizzare, in forza di clausole generali dell'ordinamento, la possibilità teorica di un'iniziativa diversa.*

*Un richiamo ad esaminare le concrete possibilità della diversa azione, ancorando il giudizio alla fattispecie concreta, può cogliersi nei casi, che poi rappresentano in qualche modo la tipicità delle situazioni in cui viene esercitata l'azione di ingiustificato arricchimento, in cui essa viene esercitata, talvolta in via subordinata, l'azione contrattuale non sussista o non possa essere fatta valere a causa della nullità del contratto. In tali situazioni, infatti, non si dubita affatto dell'ammissibilità dell'azione di arricchimento (Cass. 4492/2010, n° 8040/2009; 11461/07, n° 7285/96) ed anche in questo caso la conclusione è convincente, in quanto la nullità del contratto elimina il titolo su cui la relativa azione può essere fondata, rendendola non esercitabile.*

*La soluzione sopraindicata dimostra che la condizione preclusiva in oggetto può essere ravvisata solo in presenza di un titolo idoneo a consentire alla parte di esercitare un'azione diversa".*

Detto principio è stato poi ribadito da Cass. civ. n. 4765/14 e più di recente richiamato da Cass. civ. n. 27827/17, n. 15496/18 e 18943/19, che hanno sottolineato, in generale, l'incompatibilità dell'azione ex art. 2041 cc in presenza di azioni tipiche di natura contrattuale o previste dalla legge con riferimento ad una fattispecie determinata.

In particolare in Cass. civ. n. 27827/17 si osserva che " *La possibilità di ravvisare una preclusione alla domanda di indebito arricchimento in un'azione risarcitoria fondata su una clausola generale incontra una serie di difficoltà, consistenti nella verifica dell'esistenza di un titolo idoneo a fondare un'azione diversa, ed incentrata sulla necessità di un accertamento, in contrasto con il requisito di tipicità che deve rivestire l'azione principale, della sussistenza*

*in concreto di tutte le condizioni richieste dalla legge per il sorgere di un obbligo a carico di un terzo di risarcire il danno per responsabilità precontrattuale, con l'effetto che "l'indagine del giudice sconfinerebbe da un accertamento astratto dell'esistenza del relativo diritto per addentrarsi in una valutazione di merito in ordine alla fondatezza stessa della pretesa".*

Con sentenza n. 843/20 la Corte di Cassazione ha condiviso la tesi che ammette *tout court* la proponibilità dell'azione ex art. 2041 cc in presenza di azioni previste da clausole generali, aggiungendo *"deve porsi ulteriormente in rilievo come l'opposta soluzione si appalesi in realtà priva di pregio, atteso che, come recentemente sottolineato anche in dottrina, essa si fonda in realtà sull'esigenza di non alterare il contemperamento d'interessi dal legislatore realizzato mediante la disciplina delle singole fattispecie. Poiché la residualità dell'azione generale di arricchimento senza causa, e pertanto il divieto di relativa esperibilità in presenza di azione tipica, trova in realtà propriamente ragione nell'esigenza di evitarsi duplicazioni risarcitorie in favore del soggetto impoverito il quale abbia già ottenuto ristoro mediante altro rimedio, emerge invero con tutta evidenza che ben può allora riconoscersi al danneggiato la possibilità di scegliere tra azione generale di arricchimento e altri rimedi, in termini di alternatività o di complementarità, come si desume da talune specifiche disposizioni del codice civile quali ad esempio gli artt. 935 e 936 c.c. (acquisto a titolo di accessione ovvero unione e commistione), prevedenti la restituzione dei materiali ed il risarcimento dei danni, ed altresì l'art. 1591 c.c., ove si sancisce l'obbligo del corrispettivo fermo restando il risarcimento del danno"*. (vedi più di recente Cass. civ. Sez. Lav. n. 10161/21 e n. 23878/21 che ha affermato, ancora una volta, la compatibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento con l'azione di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, nonché Cass. civ. 14944/22).

L'ordinanza 5222/23 ha in particolare rilevato: a) che le azioni non possono definirsi "tipiche", trattandosi di poteri processuali e perché la distinzione incorre nel rischio di confondere la tipicità dell'azione con la tipicità della fattispecie; b) che "l'accertamento dell'esistenza di un titolo che giustifica una diversa azione è identico quale che sia la fattispecie su cui l'azione è fondata, di modo che non si vede perché la preclusione dell'azione di arricchimento non possa derivare dalla sola prospettazione o dal solo esperimento di un'azione svolta in via principale e basata su una clausola generale e si debba invece valutare se questa è fondata per poter dire che c'era o meno il titolo per un'azione diversa"; c) che la ratio della norma non è quella di evitare il cumulo delle tutele ma quella di impedire che "chi ha perso l'azione principale e dunque non ha ottenuto il risarcimento possa aggirare questo esito ricorrendo all'azione di arricchimento ingiustificato" ed ha ravvisato tale esigenza non solo nelle ipotesi di azioni alternative fondate su un titolo contrattuale o su una norma di legge che disciplina una fattispecie determinata, ma anche con riferimento alle azioni di responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale basate su clausole generali.

Tale ratio della norma, che effettivamente riduce l'ambito di operatività dell'azione esclusivamente ai casi in cui non sussista ab origine un'azione alternativa per difetto del titolo, soddisfa chiaramente il principio costituzionale di ragionevole durata del processo e risponde all'esigenza di evitare il ricorso alla giustizia, risorsa notoriamente limitata.

Tuttavia non sono mancate, in dottrina, voci che hanno criticato tale interpretazione restrittiva, assumendo che essa svuoterebbe di significato l'istituto, adombrando addirittura un *vulnus* al principio dettato dall'art. 24 della Costituzione.

I fautori della contrapposta tesi della sussidiarietà "in concreto" allargano il campo di applicazione dell'azione ex art. 2041 cc a tutte le ipotesi in cui l'azione principale non possa utilmente essere esercitata ed anche ai casi di rigetto nel merito e di prescrizione e di decadenza, poiché ritengono che, se il diritto si è estinto per l'inerzia del titolare, non per questo venga meno l'ingiustizia dell'arricchimento e l'impoverito con l'azione ex art. 2041 cc potrebbe ottenere utilità diverse e ben più ridotte rispetto alle azioni principali, potendo contare non sul corrispettivo contrattuale ovvero sulla integrale reintegrazione del patrimonio dell'azione extracontrattuale, ma solo sull'indennizzo pari alla minor somma tra l'arricchimento e l'impoverimento.

L'unico limite è concordemente individuato nel divieto di eludere norme imperative (art. 1344 c.c.) o comunque specifici divieti di legge (es. non ripetibilità delle somme per spese non urgenti effettuate dal condomino ex art. 1134 c.c., esclusione del diritto all'indennità per i miglioramenti apportati alla cosa locata ex art. 1592 c.c.).

È stato poi osservato che la tesi della sussidiarietà in astratto non è stata sempre coerentemente applicata dalla giurisprudenza, che ha introdotto un'importante deroga al principio già con sentenza a Sezioni Unite n. 24772/08, seguita di recente da Cass. civ. n. 29672/21, ammettendo il cosiddetto "arricchimento indiretto".

È stato infatti affermato che l'azione di ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c., per la sua natura complementare e sussidiaria, può essere proposta solo quando ricorrano due presupposti: a) la mancanza di un titolo specifico idoneo a far valere il diritto di credito; b) l'unicità del fatto causativo dell'impoverimento sussistente quando la prestazione resa dall'impoverito sia andata a vantaggio dell'arricchito e lo spostamento patrimoniale non risulti determinato da fatti distinti, incidenti su due situazioni diverse e in modo indipendente l'uno dall'altro, con conseguente esclusione dei casi di arricchimento cd. "indiretto", nei quali l'arricchimento è realizzato da persona diversa rispetto a quella cui era destinata la prestazione dell'impoverito. Tuttavia, avendo l'azione di ingiustificato arricchimento uno scopo di equità, il suo esercizio deve ammettersi anche nel caso di arricchimento indiretto nei soli casi in cui lo stesso sia stato realizzato dalla P.A., in conseguenza della prestazione resa dall'impoverito ad un ente pubblico, ovvero sia stato conseguito dal terzo a titolo gratuito.

Pertanto anche se in astratto l'impoverito avrebbe un'azione contrattuale contro il soggetto che, gli ha commissionato la prestazione, stante l'insolvenza di quest'ultimo, l'azione sarebbe infruttuosa e quindi l'impoverito potrà esercitare l'azione ex art. 2041 c.c. nei confronti del terzo a cui il contraente abbia trasferito di fatto e quindi "gratuitamente" l'utilità. La statuizione si fonda sull'applicazione dell'art. 2038 cc ultimo comma in materia di alienazione della cosa ricevuta indebitamente, laddove è previsto che se l'alienazione è stata fatta a titolo gratuito, l'acquirente, qualora l'alienante sia stato inutilmente escusso, è obbligato, nei limiti dell'arricchimento, verso colui che ha pagato l'indebitato.

Nel tentativo di trovare una soluzione, si deve innanzitutto ricordare che la Corte dovrà intervenire su un caso davvero emblematico, che pone il problema delle interfe-

renze fra l'azione di arricchimento senza causa e l'azione di responsabilità precontrattuale che, com'è noto, ha natura extracontrattuale e che nell'ipotesi in esame la domanda di arricchimento senza causa è stata proposta in linea subordinata alla principale di responsabilità precontrattuale, respinta nel merito in primo e secondo grado perché le prove offerte dalla parte attrice non avevano dimostrato l'esistenza di un impegno dell'ente pubblico, neanche attraverso i suoi organi rappresentativi, alla futura stipula di una convenzione urbanistica che riportasse il terreno dell'attrice alla sua originaria destinazione urbanistica edificatoria, quale corrispettivo dell'opera di interrimento di una linea ad alta tensione effettuata dalla ricorrente nell'ambito di un intervento di viabilità sovracomunale.

Occorre anche rimarcare che l'attrice aveva richiesto la medesima somma sia a titolo di risarcimento del danno che a titolo di indennizzo *ex art.* 2042 c.c., trattandosi dell'importo delle spese sostenute per la realizzazione dell'opera.

Ciò premesso l'interpretazione dell'art. 2042 cod. civ. deve essere svolta allargando il raggio di analisi al quadro normativo di cui fa parte la relativa clausola di sussidiarietà, ovvero quello dell'ingiustificato arricchimento.

La norma dell'articolo 2041 cc è stata inserita per la prima volta nell'ordinamento italiano con la codificazione del 1942, che ha dato espresso riconoscimento all'ingiustificato arricchimento, figura fino ad allora di sola creazione giurisprudenziale, inteso come istituto "di chiusura" espressivo di un principio generale comune a tutte le fonti di obbligazioni di origine legale: il codice, in altre parole, disciplina dettagliatamente specifiche forme di arricchimento ingiustificato, come ad esempio l'indebito (artt. 2033 ss. cod. civ.) o la gestione di affari altrui (artt. 2028 ss. cod. civ.), salvo poi prevedere, come norma di chiusura, l'art. 2041 cod. civ., allo scopo precipuo di "coprire anche i casi che il legislatore non sarebbe in grado di prevedere" ed in considerazione quindi della futura evoluzione dei rapporti economici, per offrire un rimedio restitutorio mirante a neutralizzare lo squilibrio determinatosi, in conseguenza di diversi atti o fatti giuridici, tra le sfere patrimoniali di due soggetti, nei limiti per l'appunto dell'arricchimento che non sia sorretto da una "giusta causa".

Si tratta di un'azione restitutoria che ha funzione sussidiaria, perché deve offrire tutela (*subsidium* = aiuto) in casi di squilibrio ingiustificato fra le sfere patrimoniali di due soggetti e natura residuale (vedi Cass. civ. n. 15496/18) perché interviene nei casi in cui non vi è altro rimedio disponibile ed il pregiudizio non sarebbe altrimenti evitabile, come si legge anche nella Relazione al Re.

La sussidiarietà è uno dei presupposti dell'azione ed in particolare un presupposto processuale, che ne condiziona la proponibilità, laddove i presupposti di merito sono: a) l'arricchimento di una parte; b) il correlato impoverimento dell'altra; c) il difetto di una giusta causa sottesa allo spostamento di ricchezza.

La ratio della natura sussidiaria dell'azione in esame è riposta (in via alternativa, ma talvolta anche congiuntamente): a) nell'esigenza di evitare che, attraverso il cumulo delle azioni, possano aversi duplicazioni di tutela; b) nella necessità di evitare che l'avente diritto, mediante l'esercizio dell'azione di ingiustificato arricchimento, possa sottrarsi alle conseguenze del rigetto della diversa azione contrattuale che l'ordinamento gli concede

a tutela del diritto; c) nella esigenza di evitare che colui che ha fondato il suo diritto su un contratto, che è risultato nullo (per contrarietà a norme imperative o di ordine pubblico), possa comunque coltivare la sua pretesa sia pure attraverso altro titolo. (Cfr Cass. civ. Sez. III n. 13203/23).

Quanto alla compatibilità fra azione alternativa ed azione di ingiustificato arricchimento occorre sottolineare che è stato costantemente ritenuto dalla giurisprudenza che l'azione di arricchimento può essere valutata, se proposta in via subordinata rispetto all'azione contrattuale articolata in via principale, soltanto qualora quest'ultima sia rigettata per un difetto del titolo posto a suo fondamento, ma non anche nel caso in cui sia stata proposta una domanda ordinaria, fondata su titolo contrattuale, senza offrire prove sufficienti al relativo accoglimento (14944/22, 11682/18, 4492/10) ovvero in quello in cui tale domanda, dopo essere stata proposta, non sia stata più coltivata dall'interessato (Cfr. Cass. civ. n. 6285/13, 8020/09).

L'azione di arricchimento può essere proposta in via subordinata rispetto all'azione contrattuale proposta in via principale soltanto qualora l'azione tipica dia esito negativo per carenza "ab origine" dell'azione stessa derivante da un difetto del titolo posto a suo fondamento, ma non anche nel caso in cui il contratto dedotto in giudizio, validamente stipulato tra le parti, si sia rivelato improduttivo di effetti a causa del mancato avveramento della condizione ad esso apposta, con il conseguente rigetto nel merito della domanda di adempimento, proposta sulla base dell'asserito fittizio avveramento della condizione (Cass. civ. 17647/07).

Di recente Cass. civ. SU n. 22404/18 ha anche statuito che nel processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale è ammissibile la domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento formulata, in via subordinata, con la prima memoria ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c., qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa per incompatibilità a quella originariamente proposta.

Ciò significa che è possibile avanzare nello stesso processo una identica pretesa economica facendo valere due titoli diversi sia pure mediante un cumulo progressivo di domande subordinate. In prospettiva astratta la mera proposizione di una domanda di risarcimento del danno dovrebbe precludere l'azione di arricchimento, ma se la prima fosse respinta per difetto del titolo e cioè per la carenza di uno degli elementi costitutivi dell'azione dovrebbe essere ammissibile l'azione di arricchimento nella misura necessaria al conseguimento di quelle utilità che per qualsiasi ragione la tutela primaria non sia in grado di apprestare, ferma restando l'impossibilità di duplicare le medesime poste indennitarie.

Riflettendo sulle criticità che l'ordinanza interlocutoria ha rilevato nella giurisprudenza che si è occupata in modo specifico dei rapporti fra azioni fondate su clausole generali ed azione di arricchimento senza causa, si osserva che anche l'inesistenza ab origine di tutti o solo di uno dei concorrenti presupposti dell'azione di responsabilità extracontrattuale, in base ad un'indagine che il giudice di merito deve necessariamente effettuare sulla scorta dei fatti prospettati dalle parti, deve comportare la proponibilità

dell'azione di arricchimento senza causa, in considerazione delle profonde differenze di causa petendi e petitum che caratterizzano le due azioni.

Infatti l'azione di responsabilità extracontrattuale presuppone la lesione di un diritto soggettivo avvenuta con dolo o colpa, che comporta un risarcimento integrale del danno, elementi del tutto estranei all'azione di arricchimento senza causa, la quale prevede soltanto l'arricchimento privo di giusta causa, cui è correlato un impoverimento e prescinde del tutto dallo stato soggettivo, assicurando soltanto un indennizzo pari alla minor somma tra l'arricchimento e l'impoverimento.

Pertanto l'azione di arricchimento senza causa, qualora proposta in linea principale ed esclusiva, sarà senz'altro ammissibile in assenza della lesione di un diritto, come ad esempio nel caso di sfruttamento di invenzione altrui non brevettata; al cospetto della lesione di un diritto, non accompagnata dall'elemento soggettivo, come nell'ipotesi di concorrenza sleale in buona fede; al cospetto della lesione di un diritto, accompagnata dall'elemento soggettivo, dalla quale però non scaturisca un pregiudizio nei termini dell'art. 1223 c.c., ma solo un arricchimento, come nel mero uso di un bene altrui ed infine, in caso di responsabilità precontrattuale, quando non si ravvisi l'esistenza di una trattativa idonea ad ingenerare l'affidamento incolpevole dell'impoverito, il quale abbia assunto un'iniziativa in buona fede e salva la valutazione, nella fase di merito, dei presupposti dell'arricchimento cosiddetto "imposto" sulla scorta delle difese della controparte (Cfr. Cass. civ. SU n. 10798/15, n. 13884/20).

Quanto all'ipotesi di azione di arricchimento senza causa, proposta in linea subordinata rispetto ad un'azione di responsabilità extracontrattuale, è chiaro che, nell'ottica dell'ordinanza interlocutoria, imperniata sul rigoroso rispetto del principio della sussidiarietà in astratto, la semplice prospettazione di un'azione alternativa in linea principale sarebbe già sufficiente per escludere la proponibilità dell'azione di arricchimento senza causa.

Tuttavia la giurisprudenza, formatasi nei rapporti tra azione e contrattuale ed azione di arricchimento senza causa, fa salva, nel caso di concorso progressivo subordinato, l'inesistenza ab origine del titolo e la stessa regola dovrebbe essere applicata anche nei rapporti con la responsabilità extracontrattuale.

Va segnalata infine ed a tale proposito la soluzione adottata dalla recentissima sentenza della Corte di Cassazione Sez. III n. 13203/23 che, giudicando su un'azione di arricchimento senza causa, proposta dopo che era stata rigettata nel merito, per difetto di prova del titolo, l'azione contrattuale, con sentenza passata in giudicato ha cassato la sentenza della Corte d'Appello che aveva ritenuto inammissibile l'azione ex art. 2041 cc, sostenendo, da un lato che l'ammissibilità dell'azione non avrebbe nel caso di specie contraddetto alcuna delle *rationes legis* della sussidiarietà sopra elencate e dall'altro che non "sempre e comunque il difetto di prova determina l'improponibilità dell'azione di arricchimento", con ciò evidentemente ritenendo che il difetto di prova del titolo possa essere equiparato alla sua assenza originaria, ai soli fini processuali della proponibilità dell'azione residuale, in separata sede, ciò che non ne escluderebbe anche la proponibilità in linea subordinata.

Naturalmente il difetto di prova deve ricadere su uno degli elementi costitutivi del titolo contrattuale o extracontrattuale e non deve derivare da negligenza o trascuratezza della parte, ma dall'esito fisiologico dell'istruttoria, affidato al prudente apprezzamento del giudice circa le relative risultanze.

Non osta poi alla proponibilità dell'azione la circostanza che l'attore abbia chiesto la stessa somma a titolo di danno emergente (il lucro cessante è comunque escluso in materia di arricchimento senza causa Cass. civ. SU n. 23385/08) e di indennizzo ex art 2041 c.c., poiché nella fase di merito il giudice dovrà verificare se l'importo richiesto sia congruo secondo la regola della minor somma tra arricchimento ed impoverimento.

In ogni caso, data la diversità delle azioni, l'azione di arricchimento ben può svolgere la sua funzione sussidiaria in tutte le ipotesi in cui il risarcimento del danno non copra l'intero impoverimento, nei limiti dell'arricchimento e fatta salva la perdita del diritto per prescrizione e decadenza, che rendono definitivamente giustificato l'arricchimento, perché presuppongono l'esistenza del relativo titolo.

#### **ABSTRACT**

Il contributo si propone di ricostruire, con riferimenti alla giurisprudenza ed alla dottrina in materia, l'ambito di applicazione dell'art. 2041 c.c. ed in particolare le interferenze fra l'azione di arricchimento senza causa e le azioni fondate su clausole generali, alla luce dei principi richiamati dall'ordinanza della Corte di Cassazione III Sezione n. 5222/23.

*The purpose of this essay is to reconstruct, with references to the relevant case law and doctrine, the scope of application of Article 2041 of the Civil Code and in particular the interference between an action for unjust enrichment and actions based on general clauses, in the light of the principles mentioned in the pronouncement of the Court of Cassation III Section No. 5222/23.*



### Osservazioni sull'ordinanza interlocutoria Cass., 5222/2023 e sulla sussidiarietà dell'azione di arricchimento



Donato Carusi

1. Prima di trattare le questioni poste dall'ordinanza 5222/2023<sup>1</sup>, che ha avviato alle Sezioni Unite l'interpretazione dell'art. 2042 c.c., vorrei dire qualcosa sulle matrici storico-concettuali di questa norma.

Se si scorrono i lavori preparatori e soprattutto le opere di dottrina negli anni della progettazione del codice, si nota con molta chiarezza il timore che l'azione generale d'arricchimento, che ci s'apprestava a codificare, potesse servire da grimaldello per aggirare o scardinare gli altri istituti del diritto civile. Come già era avvenuto nell'esperienza francese, il lavoro giurisprudenziale e dottrinario intorno al principio di restituzione degli arricchimenti non giustificati ebbe il senso per un verso di portare in luce come quel principio trovasse già espressione in molte norme diffuse nei codici civili, norme spesso d'antica origine, e potesse dunque vantare alle sue spalle una lunga e nobile tradizione<sup>2</sup>; per altro verso di rivendicare la compatibilità e l'indispensabile coordinamento dell'azione di arricchimento con gli altri istituti vigenti, e chiarire che gli altri istituti non potevano e non dovevano venirne travolti.

La presenza nel codice dell'art. 2042 ha origine in queste istanze di coerenza, di coerente inserimento del rimedio *ex art.* 2041 nel corpo dell'ordinamento. Alcuni, in particolare, pensarono che l'art. 2042 servisse a far sì che in fattispecie di arricchimento mediato da un terzo, come quella del famoso *arrêt Boudier*, il proprietario del bene valorizzato possa esser chiamato a rispondere solo sussidiariamente, previa infruttuosa escussione del patrimonio del concessionario in godimento. Altri ritennero che il principio di sussidiarietà valesse a scongiurare la vanificazione o il depotenziamento – per così

<sup>1</sup> In *Giur. it.*, 2023, 1530, con mia nota di commento.

<sup>2</sup> ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, 7; si veda pure RICCOBONO, *La gestione di affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, 412: ove si parla di «secolare tradizione giuridica»; e riassuntivamente BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Tratt. dir. priv.*, Rescigno, IX, Torino, 1984, 811 ss., specialmente 813 e 815.

dire - dei termini di prescrizione e decadenza e così a impedire che prescritta un'azione contrattuale o extracontrattuale il preteso danneggiato possa invocare l'art. 2041. Altri ancora pensava a escludere che l'azione di arricchimento venisse a scompaginare – così fu detto testualmente – il diritto dei contratti e a minare il principio *pacta sunt servanda*: a escludere in altri termini che il venditore possa cumulare al credito per il prezzo una pretesa per il maggior valore della cosa venduta, o che il lavoratore s'avanzi a chiedere in aggiunta al salario il plusvalore di cui il capitalista si arricchisce.

Si può convenire che le idee intorno all'utilità e al significato dell'art. 2042 furono alquanto vaghe e confuse, ma due punti emergono da quel dibattito con chiarezza. Primo: il principio di sussidiarietà *non ha natura processuale*, nasce da un pensiero rivolto a questioni tutte sostanziali – questioni di *giusti titoli* di allocazione della ricchezza. Secondo: attraverso la sua codificazione non s'intese affatto prevedere eccezioni al principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati, né introdurre una clausola idonea a limitarne discrezionalmente l'applicazione. Al contrario s'intese garantire al principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati la piena e precisa operatività entro il quadro degli altri istituti vigenti. Detto per inciso, questa mi sembra una buona ragione per sgomberare il campo da tutti quei modi di dire che suggeriscono nell'azione *ex art. 2041* un rimedio da considerare con particolare circospezione: non è un'azione *extra-ordinaria* che si contrapponga ad altre azioni «ordinarie», ma il presidio – posto per tutti i casi in cui altri più puntuali manchino – di un principio che informa di sé l'intero sistema.

2. Le questioni sottese alla nostra ordinanza possono essere, mi sembra, così schematizzate: abbiamo una prima massima o filone giurisprudenziale (A) che presenta delle criticità; una seconda massima (B), nata per suo conto, egualmente idonea a suscitare dubbi; e infine un ricorrente il quale, insoddisfatto della soluzione data al suo caso in base alla massima A, non chiede di metterla in discussione, di rivederla o correggerla, ma di sottrarsi il caso proprio in nome della massima B. Domanda insomma – così io sintetizzerei – di convalidare in un colpo solo due affermazioni discutibili.

Comincio dalla prima: la massima secondo la quale l'azione di arricchimento sarebbe inammissibile, improponibile o improcedibile se proposta in subordine a un'altra contrattuale, o dopo un'altra contrattuale, risultata infondata nel merito. A me pare che sia una massima infelice, quanto meno troppo generale, e che sia opportuno distinguere. Nel caso deciso da Cass., 23625/2004<sup>3</sup>, il conduttore di un immobile adibito ad albergo aveva sostenuto di aver diritto a indennizzo per certi miglioramenti in base alla *lex contractus*; respinta l'azione contrattuale *per difetto di prova dei miglioramenti*, è ben vero che non poteva essere accolta la successiva o subordinata domanda basata sull'art. 2041: non poteva essere accolta, però, non per il principio di sussidiarietà, ma per quello dell'onere

---

<sup>3</sup> In *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Arricchimento senza causa», n. 17. Ho criticato questa e altre sentenze dello stesso filone nell'articolo *Proposizione in via subordinata dell'azione di arricchimento, autorità del precedente giudiziale e stile delle sentenze*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 247 ss.

della prova; non inammissibile, ma infondata nel merito, superata o assorbita dal mancato accertamento del lamentato trapasso di ricchezza.

Nel caso deciso dalla sentenza 18502 del 2013<sup>4</sup>, invece, l'arricchimento *risultava*: era incontestato che certe imbarcazioni avessero di fatto fruito dei moli del porto di Lavagna. L'ente porto aveva chiesto in via principale d'essere retribuito in base a un contratto d'ormeggio; ma l'attracco era avvenuto in circostanze d'improvviso mal tempo, e tra il personale della flotta e quello del porto erano intercorse comunicazioni concitate e confuse. Ritenuta non dimostrata *l'avvenuta conclusione del contratto*, a me pare non ci fossero ragioni per negare all'ente-porto l'indennizzo a titolo di arricchimento ingiustificato che i giudici di merito gli avevano riconosciuto. Esercitando l'azione *ex art. 2041* in via subordinata a quella contrattuale risultata infondata, l'ente porto non pretendeva di aggirare alcuna norma di legge, ma precisamente di valersi dell'azione di arricchimento in quanto rimedio sussidiario.

Altro, insomma, è che l'azione contrattuale sia fallita per difetto di prova del pregiudizio lamentato; altro che sia fallita per mancato accertamento della stipulazione del contratto, e in entrambe le ipotesi la sussidiarietà non c'entra. Nel primo caso la subordinata o successiva azione di arricchimento è infondata, nel secondo è ammissibile e, se la prova dell'arricchimento c'è, va accolta.

Il secondo corno della questione (B) porta al caso deciso dalla sentenza 4620/2012. Tizio, acquirente di un terreno, paga l'imposta di registro e successivamente subisce il riscatto di Caio, coltivatore diretto del fondo. Il competente ufficio rifiuta la restituzione della somma pagata a titolo d'imposta, dichiarando di imputarla al trasferimento di proprietà in favore del riscattante. Tizio agisce per ottenere dal riscattante indennizzo a titolo d'arricchimento senza causa. Il Tribunale di Bassano del Grappa gli riconosce ragione, ma la sentenza viene riformata dalla Corte d'appello di Venezia: all'accoglimento della domanda osterebbe l'art. 2042 c.c., posto che il «retrattato», dimostrando d'aver senza colpa ignorato l'esistenza del diritto di prelazione, potrebbe ottenere ristoro dal proprio dante causa con azione risarcitoria «per responsabilità precontrattuale o negoziale di garanzia».

La II Sezione civile della Cassazione avverte, io credo, alcuni seri motivi di perplessità: per un verso, dagli atti di causa risulta che Tizio riconosce d'essere stato al corrente della sussistenza del diritto di prelazione, il che esclude nel caso di specie la responsabilità dell'alienante nei suoi confronti; per altro verso si può notare che, se al retrattato per ipotesi *ignaro* della prelazione si riconoscesse diritto a ristoro a carico del suo dante causa, il mancato esborso dell'imposta da parte del retraente non smetterebbe di presentarsi come un arricchimento ingiustificato. Per cassare con rinvio la non appagante sentenza della corte veneziana, la II Sezione trova argomento nella distinzione tra «azioni tipiche»

---

<sup>4</sup> Cass., 2 agosto 2013, n. 18502, in *Foro it.*, 2014, I, c. 158 nonché in *Giur. it.*, 2014, 1096, con mia nota critica.

e «azioni ipotizzabili in forza di clausole generali dell'ordinamento»<sup>5</sup>: a quest'ultimo *genus* s'ascriverebbe l'azione di responsabilità precontrattuale: mentre ostantiva della pretesa di cui all'art. 2041 c.c. sarebbe solo la possibilità, per l'interessato, di intraprendere un'azione dell'altro genere, contrattuale o «specificamente riconosciuta dalla legge».

Le ragioni per le quali questo *dictum* a propria volta non convince sono molto precisamente indicate nell'ordinanza del dr. Cricenti: improprio è il rifermento a un'azione «tipica»; ancor più improprio confondere tipicità dell'azione e tipicità della fattispecie, chiamando «atipiche» le azioni di responsabilità extracontrattuale e precontrattuale siccome fondate su clausole generali.

Torniamo dunque alla discutibile decisione della Corte d'appello di Venezia che con tale discutibile motivazione s'è sentita l'esigenza di cassare. Ne ricordo ancora il tenore: il retrattato che ha pagato l'imposta di registro non potrebbe agire in arricchimento contro il prelazionario riscattante perché, almeno in astratto, è ipotizzabile in suo favore un'altra azione contro l'alienante. E ne ricordo ancora gli inconvenienti: l'azione contro l'alienante non c'è, perché la prelazione del terzo era nota al retrattato; se vi fosse e venisse esperita, non sarebbe ripristinato l'assetto distributivo giusto, perché il prelazionario riscattante continuerebbe a essersi ingiustificatamente arricchito, ad aver risparmiato il peso a lui spettante dell'imposta.

Questa fattispecie, a differenza di quella del porto di Lavagna, può effettivamente dare adito a dubbi. Ma forse si poteva decidere osservando: ciò che il retrattato lamenta non è *di aver pagato l'imposta* (non è una spesa sostenuta *a causa* della vendita, che si possa perciò ricondurre a fatto dell'alienante); ciò che il retrattato lamenta è che quanto pagato *non sia stato restituito dagli uffici* dopo il subito riscatto; il suo impoverimento dipende da un fatto non dell'alienante, ma della pubblica amministrazione; l'arricchimento del riscattante non è stato in alcun modo mediato dal patrimonio dell'alienante. Insomma: la sussistenza di un'azione contro l'alienante poteva essere senz'altro esclusa; e poteva essere confermata la sentenza del Tribunale, che giustamente non aveva avvertito nella specie alcun problema di sussidiarietà.

Vengo infine al caso che più direttamente ci occupa, nel quale i due filoni di giurisprudenza che ho criticato si incontrano. Il proprietario di un terreno ha provveduto all'interramento di cavi con l'intenzione di propiziare una variante urbanistica preannunciata dalla P.A. La variante non ha avuto luogo, ed egli conviene l'amministrazione chiedendo in via principale risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale, e in via subordinata indennizzo ex art. 2041. Il Tribunale esclude che ricorrano i presupposti della responsabilità precontrattuale (esclude, presumibilmente, che nel comportamento della P.A. siano nella specie ravvisabili gli estremi della scorrettezza) e accoglie la domanda subordinata. A me pare che questa sentenza di primo grado sia corretta: se non c'è responsabilità precontrattuale, c'è pur sempre il fatto dell'interramento dei cavi che ha arricchito il comune; *proprio* perché non c'è responsabilità precontrattuale – direi – va

<sup>5</sup> Cass., 22 marzo 2012, n. 4620, riprodotta parzialmente in *Vita not.*, 2012, 793 ss.

riconosciuta all'impovertito l'azione di arricchimento. La Corte d'Appello di Trieste, però, s'associa all'eccessiva generalizzazione di cui ho parlato all'inizio (A): avendo proposto in via principale una domanda «ordinaria» senza ottenerne l'accoglimento, il proprietario-interratore si vede respinta anche l'azione di arricchimento per presunta carenza del «requisito di sussidiarietà». Mi permetto di dire che è un'interpretazione paradossale dell'art. 2042: un'interpretazione che nega l'esperibilità dell'azione d'arricchimento proprio là – in caso di risultata insussistenza dei presupposti di un altro mezzo di tutela – dov'essa serve.

Ricorrendo ora in Cassazione, l'interessato non ha contestato questa paradossale interpretazione dell'art. 2042, ma ha trovato argomento per sottrarvi il proprio caso nell'altra massima che ho criticato sopra (B), quella secondo cui solo la sussistenza di un'azione «tipica», e non quella di un'azione fondata su clausola generale, escluderebbe, ai sensi dell'art. 2042, il rimedio dell'arricchimento senza causa. Ho già detto che l'ordinanza interlocutoria segnala dubbi ineccepibili su questa massima; la mia impressione è che si dia l'occasione per correggere anche la prima – quella seguita dalla Corte di Trieste e non messa in forse dal ricorrente – e chiarire che, sia l'azione esercitata in via principale e risultata infondata un'azione contrattuale, extracontrattuale o precontrattuale, il principio di sussidiarietà *non* osta all'accoglimento della subordinata d'arricchimento. Nel nostro caso, se non ho compreso male, l'interramento dei cavi risulta accertato, e con esso la locupletazione del comune; l'azione precontrattuale dell'interratore è stata respinta, il che significa che l'altro rimedio, in ipotesi ostativo dell'azione d'arricchimento, non sussiste. Penso che, siccome *iura novit curia*, si potrà arrivare a riconoscere al ricorrente, come il giudice di prime cure aveva fatto, l'indennizzo *ex art.* 2041.

## ABSTRACT

In vista della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione sulla corretta interpretazione dell'art. 2042 c.c., questo saggio sostiene che il principio di sussidiarietà non implica inammissibilità dell'azione di arricchimento proposta successivamente o in subordinate a un'altra risultata infondata, e ciò indipendentemente dal fatto che l'altra sia un'azione contrattuale o di responsabilità extracontrattuale o precontrattuale.

*Waiting for the pronouncement of the United Chambers of the Supreme Court of Cassation on the correct interpretation of Article 2042 of the Civil Code, this essay argues that the principle of subsidiarity does not imply the inadmissibility of an action of enrichment brought subsequently or subordinate to another action that has proved to be unfounded, and this regardless of whether the other is an action of contractual or extra-contractual or pre-contractual liability.*





### L'arricchimento ingiustificato all'esame delle sezioni unite



Felice Manna

Nella lettura dell'art. 2042 c.c., la cui interpretazione costituisce il nucleo della questione di massima rimessa alle S.U., colpisce, in prima battuta, che, mentre la rubrica è intitolata al carattere sussidiario dell'azione di arricchimento, il testo della norma descrive un'azione di natura residuale.

Di riflesso, la (apparentemente ovvia) considerazione per cui, poiché di sussidiarietà parla solo la rubrica, che *non facit ius*, il concetto andrebbe chiarito a stregua del solo testo della norma. Con la conseguenza che residualità e sussidiarietà non potrebbero che avere il medesimo significato, ad onta d'un significante diverso.

Ma se così è, occorre interrogarsi sulla funzione stessa dell'art. 2042 c.c., visto che l'azione di arricchimento senza causa è già qualificata dall'art. 2041 c.c. come "generale", e dunque presuppone l'esistenza di azioni speciali (relative, cioè, alle singole fattispecie normate), solo in difetto delle quali è possibile per il depauperato agire per essere indennizzato da chi si sia arricchito in suo danno senza una giustificazione causale.

Ridurre l'art. 2042 c.c. a sola esplicitazione della portata residuale dell'azione condurrebbe ad affermare che il codice civile (*i*) nel qualificare (nell'art. 2041, primo comma, c.c.) l'azione come "generale", si da contrapporvi implicitamente quelle speciali e nominate, (*ii*) nell'attribuire ad essa un "carattere sussidiario" (così la rubrica dell'art. 2042 c.c.) e (*iii*) nel descriverla come residuale (tale, come s'è detto, è il contenuto dell'art. 2042 c.c.), si limiterebbe ad esporrebbe in tre modalità diverse il medesimo concetto giuridico. Il che appare quanto meno improbabile, almeno secondo una tecnica normativa consuevole, di cui il legislatore del '42 non era certo sprovvisto.

Del resto, anche nella dottrina il carattere di sussidiarietà appare inteso in una duplice accezione. Se una parte della dottrina collega all'art. 2042 c.c. il requisito di residualità dell'azione (salvo dubitare variamente della necessità od opportunità di una previsione espressa), per altri Autori (Breccia) detta norma – che altrimenti interpretata altro non sarebbe che una mera enfaticizzazione di una funzione di chiusura già chiarita dall'aggettivo "generale" adoperato nell'art. 2041 c.c. – costituirebbe il terreno elettivo dei casi in cui arricchimento e depauperamento vivono all'interno di una relazione trilatera. Quest'ultima caratterizzata dall'interposizione, tra il depauperato e l'arricchito, di un soggetto avente separati (e non giuridicamente collegati) rapporti con entrambi, i quali,

pertanto, sono tra loro terzi. Così inteso, l'art. 2042 c.c. rappresenterebbe la fonte normativa che attribuisce rilievo nell'ordinamento ai casi di arricchimento c.d. indiretto.

Tutto ciò, per le incertezze interpretative che genera, darebbe ragione a quanti ravvisano nell'art. 2042 c.c. una disposizione sostanzialmente inutile e di cui, in base all'esperienza di altri ordinamenti, si potrebbe fare a meno, senza che l'operatività dell'azione di arricchimento abbia a soffrirne.

Ma la norma c'è e va interpretata, se occorre evolutivamente.

Anche nella giurisprudenza di questa Corte il carattere residuale dell'azione ora compare quale mera variante sinonimica del concetto di sussidiarietà (v. n. 29988/18), ora sembra giustapporvisi, allorché in alcuni precedenti si afferma che detta azione "ha funzione sussidiaria e natura residuale" (cfr. nn. 15496/18, 11489/11 e 6537/84). Espressione, questa, che, pur ripetendosi per lo più in maniera tralaticia e senza particolari spiegazioni (secondo una tecnica omogenea a quella propria della produzione giurisprudenziale basata sul precedente), lascia intendere che le due nozioni richiamate non coincidano.

Del resto, quando si parla di sussidiarietà in ambito civilistico il pensiero corre ad azioni tra loro collegate in funzione di tutela completiva. E ciò è vero anche nel caso dell'azione di arricchimento, ove si pensi agli artt. 936 e ss. c.c., in cui, a fronte d'un medesimo fatto generatore, si combinano tra loro, sia pure alternativamente e non cumulativamente, azioni risarcitorie in forma specifica e rimedi indennitari.

Quale che sia la soluzione di una questione che, per le ragioni appena esposte, non mi sembra confinabile in un ambito meramente terminologico, va osservato che tradizionalmente dottrina e giurisprudenza hanno interpretato l'art. 2042 c.c. fondamentalmente come norma posta a presidio della positività dell'ordinamento (come, del resto, ha appena chiarito in maniera plastica la relazione del prof. Carusi). Premessa senz'altro condivisibile, e che costituisce, secondo la dottrina, un probabile lascito del progetto di codice civile italo-francese (non andato in porto per le note vicende storiche della seconda metà degli anni '30 del '900).

Partendo da questa premessa la giurisprudenza della Corte ha portato ad escludere la proponibilità dell'azione di arricchimento ove nell'ordinamento sia ravvisabile, secondo una valutazione da operare in astratto, un'azione basata su titolo legale o convenzionale che consenta al soggetto depauperato di conseguire il risarcimento del danno (v. S.U. nn. 9531/96, 28042/08 e 1484/81; e altre più recenti a sezioni semplici: nn. 843/20, 29988/18 e 11038/18). Infatti, solo se l'azione è tipica ciò è tecnicamente possibile, mentre se il rimedio alternativo dipende dall'applicazione di una clausola generale, l'apprezzamento può avvenire solo in concreto ed equivale a decidere nel merito se la pretesa dell'impoverito è fondata o meno.

Fino ad un passato recente tale principio è stato tenuto fermo anche se il rimedio alternativo all'azione generale di arricchimento è costituito da un'azione di risarcimento del danno da fatto illecito (ancora nel 2007, ad es. è stata ritenuta improponibile l'azione di arricchimento ove possa essere esperita l'azione risarcitoria nel caso di occupazione c.d. usurpativa di un fondo da parte della P.A.: v. n. 621/07).

Dire che tale valutazione vada operata in astratto significa cogliere, quale corollario, che l'azione di arricchimento è senz'altro esclusa se l'azione, fondata su titolo, si è pre-

scritta o se si è verificata una decadenza. E dunque, affermare il contrario, nel senso che tale apprezzamento dovrebbe essere operato in concreto, implicherebbe, *in primis*, rivedere la base teorica proprio di quest'ultimo – costante – indirizzo della giurisprudenza.

Simmetricamente, la stessa giurisprudenza della Corte ammette l'azione di arricchimento in caso di carenza originaria del rimedio alternativo, per difetto del titolo posto a suo fondamento (v. nn. 6295/13, 4492/10, 9584/98, 7136/96, 4269/95, 3682/81).

Coerenti a tale premessa, le pronunce secondo cui l'azione di arricchimento può essere valutata, se proposta in via subordinata rispetto a quella contrattuale articolata in via principale, solo allorché quest'ultima sia rigettata per un difetto del titolo posto a suo fondamento, ma non anche nel caso in cui di tale pretesa azionata in base a titolo contrattuale non siano fornite prove sufficienti all'accoglimento (v. nn. 14944/22, 11682/18, 6295/13 e numerose altre fino al 2007).

Questa tradizione interpretativa dell'azione di arricchimento è stata mantenuta a lungo, come si è detto, anche nel caso di rimedio alternativo basato su clausola, sicché si è ritenuta l'alternatività dell'azione di risarcimento extracontrattuale rispetto a quella votata a conseguire la sola indennità, questa assicurando un ristoro del pregiudizio più ridotto riguardo al risarcimento. Tradizione che ripete la propria giustificazione logico-giuridica dalla teoria dei diritti c.d. concorrenti, i quali, seppur diversi sotto il profilo quali-quantitativo, sono accomunati da un medesimo fatto generatore, sicché la soddisfazione dell'un diritto estingue la pretesa dell'altro.

E con questo si conferma, per contro, l'altra lettura dell'art. 2042 c.c. quale disposizione tesa ad evitare il cumulo di due forme diverse di reintegrazione d'un medesimo pregiudizio.

V'è da osservare, però, che quest'ultima *ratio* appare maggiormente pregnante nel sistema transalpino, che non consente il cumulo di due azioni – una contrattuale e l'altra extracontrattuale o, comunque, basata su clausola generale – cosa che il nostro ordinamento, invece, ammette.

Il primo serio tentativo di erodere sia pur parzialmente le basi di tale modo d'intendere la sussidiarietà dell'azione, si è avuto con la giurisprudenza successiva, la quale, grazie ai contributi di una parte della dottrina, ha osservato che la valutazione in via astratta dell'esistenza di rimedi alternativi, in grado di impedire la proponibilità dell'azione di arricchimento, non può operare nel caso di azione basata su clausola generale, perché l'atipicità stessa di tale azione è tale da non consentire quella valutazione *ex ante* e in astratto che individua il rimedio risarcitorio alternativo. Non senza aggiungere che tra azione di risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c. e azione di arricchimento non vi può essere, a ben vedere, una relazione di speciale a generale, essendo entrambe azioni di carattere generale.

Si potrebbe obiettare che l'indagine in astratto sull'esistenza di un rimedio alternativo è configurabile allo stesso modo in entrambi i casi, che si discuta di azione fondata su titolo legale o contrattuale ovvero su clausola generale, nel senso che non necessariamente in quest'ultima ipotesi lo scrutinio circa l'esistenza di un'azione tipica dovrebbe coincidere con l'esame di merito, piuttosto che con una questione a questo preliminare; e che, in ogni caso, il distinguo operato dalla giurisprudenza perde di utilità allorché

il rimedio tipico sia stato già esperito senza esito in una precedente e separata sede processuale.

Ad ogni modo è su tale giurisprudenza che si basa il ricorso la cui decisione è stata rimessa alle S.U., in cui si tratta di decidere se ed in qual misura tra un'azione precontrattuale esperita infruttuosamente e quella subordinata spiegata ai sensi dell'art. 2041 c.c. nel medesimo processo interceda il nesso di sussidiarietà enunciato dall'art. 2042 c.c.

Qualche piccola chiosa riguardo all'ordinanza di rimessione e alle considerazioni ivi svolte: a) è vero che le azioni sono atipiche perché generabili da una moltitudine di fattispecie, anche atipiche, ma l'assunto, di pura logica giuridica, non coglie e non risolve, visto che la giurisprudenza fa comunque riferimento a fattispecie "determinate" basate su titolo legale o convenzionale, e questo conferisce loro un innegabile tasso di tipicità; b) è vero, altresì, che la sussidiarietà dell'azione *ex art. 2041 c.c.* nasce, come pure precisato in dottrina, dall'esigenza di evitarne impieghi elusivi della legge, ma essendo ormai detta azione parte dell'ordinamento positivo e non più creazione pretoria, i limiti della sua operatività – è stato osservato sempre in dottrina (Sirena) – non sono dissimili da quelli generali che pervadono il sistema di diritto civile.

Indipendentemente da quella che potrà essere la soluzione delle S.U., si può dire che la giurisprudenza della Corte, in sintesi, contiene due fondamentali affermazioni, diverse per angolo visuale, ma perfettamente compatibili tra loro: la prima è che l'azione d'arricchimento non è impedita dalla carenza originaria del titolo posto a base del rimedio alternativo; la seconda è che, in ipotesi di "arricchimento indiretto", l'azione *ex art. 2041 c.c.* è esperibile soltanto contro il terzo che abbia conseguito l'indebita locupletazione nei confronti dell'istante in forza di un rapporto meramente di fatto (e perciò gratuito) con il soggetto obbligato verso il depauperato, resosi insolvente nei riguardi di quest'ultimo (v. nn. 10663/15, 29672/21 e 11656/02).

Potrebbe obiettarsi che la possibilità di indennizzare il soggetto depauperato a cagione del pregiudizio prodotto da un arricchimento c.d. indiretto sia stata esclusa dalle S.U. della Corte, con la nota sentenza n. 24772/08, per il ritenuto difetto dell'unicità del fatto generatore dell'una e dell'altra conseguenza. Ma è agevole replicare che proprio tale pronuncia ammette due eccezioni di ampia latitudine (l'arricchimento realizzato dalla P.A. in conseguenza della prestazione resa dall'impovertito ad un ente pubblico, e quello conseguito dal terzo a titolo gratuito), le quali non sembrano certo riducibili a casi di remota accidentalità. Non senza considerare che il famoso caso *Boudier*, verificatosi nella giurisprudenza francese e citato nella stessa motivazione della predetta sentenza delle S.U., descrive una fattispecie paradigmatica di arricchimento c.d. indiretto, dimostrandone l'appartenenza al DNA dell'azione generale di arricchimento senza causa.

Dunque, questi due indirizzi sopra citati predicano che l'azione *ex art. 2041 c.c.* non è impedita né dalla carenza *ab origine* del rimedio causale alternativo, né dalla perdita incolpevole dell'utilità di esso. Se ne inferisce che la sussidiarietà è un concetto più complesso e, soprattutto, irriducibile alla mera residualità, che ne rappresenta la cornice, non l'essenza.

Ma se così è, ove anche si teorizzasse che pure il concorso tra due azioni basate su clausole entrambe generali – risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale

e arricchimento senza causa – sia governato dal principio di cui all'art. 2042 c.c., sicché prevalga la prima delle due azioni per la primazia satisfattiva del risarcimento rispetto all'indennizzo, proprio il principio di sussidiarietà richiederebbe di verificare se la perdita del rimedio alternativo sia incolpevole, derivando essa non da un'obiettivo ragione di torto, ma dal difetto anch'esso originario delle relative condizioni di esercizio.

Si pensi, ad esempio, ad un'azione di responsabilità precontrattuale verso una P.A., respinta per il difetto – non immediatamente riconoscibile – del potere rappresentativo del funzionario che abbia condotto le trattative. Sarebbe sostenibile l'improponibilità dell'azione succedanea di arricchimento (impregiudicate, ovviamente, le relative condizioni di fondatezza), vista l'anzidetta circostanza che *ab origine* osta all'azione precontrattuale?

Non sembra, dunque, da escludere che la sussidiarietà, in definitiva, si annidi negli spazi lasciati aperti non già dalla sola inesistenza nell'ordinamento di un'altra azione idonea al caso, il che attiene alla residualità, ma dalla perdita incolpevole dell'azione alternativa o, meglio ancora, dell'utilità derivante da essa, sicché non importa se quest'ultima sia tipica ovvero esercitabile in virtù di clausola generale.

Lo stato dell'arte, infine, va completato con il richiamo alla pronuncia delle S.U. n. 22404/18, la quale, invertendo il precedente indirizzo, ha affermato che nel processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale è ammissibile la domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento formulata, in via subordinata, con la prima memoria ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c., qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa per incompatibilità a quella originariamente proposta.

Tale pronuncia, nata da un problema di indole processuale, indirettamente ribadisce un indirizzo costante che risale a S.U. n. 2157/75, secondo cui il carattere sussidiario dell'azione di arricchimento non ne preclude la possibilità d'introduzione in via di subordine, per il caso in cui sia negata l'esistenza di altra azione fondata su titolo specifico e proposta in via principale.

**ABSTRACT**

Il contributo trae spunto dalla questione interpretativa dell'art. 2042 c.c. di recente rimessa alle S.U. della Corte di cassazione, inerente al tema specifico della proponibilità dell'azione di arricchimento, ove il rimedio alternativo sia basato non su titolo legale o convenzionale, ma su clausola generale. L'Autore ripercorre le ragioni d'impianto della norma come interpretate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità, per cogliere, nell'incerta e non sempre consapevole distinzione tra carattere sussidiario e natura residuale dell'azione generale di arricchimento, elementi di conforto per una lettura evolutiva della norma, oltre l'originaria sua funzione quale presidio della positività dell'ordinamento giuridico. Recuperata all'interno della giurisprudenza del S.C. l'affermazione per cui l'azione di arricchimento è esercitabile sia ove difetti ab origine il titolo del rimedio causale alternativo, sia nelle ipotesi di arricchimento c.d. indiretto configurabili all'interno di relazioni trilateri, si rileva nelle soluzioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità un predicato comune, consistente nel ritenere tendenzialmente proponibile l'azione in ogni ipotesi di perdita incolpevole del rimedio alternativo o dell'utilità di esso. La conseguenza è che l'essenza sussidiaria dell'azione ex art. 2041 c.c., all'interno della sua cornice residuale, si annida negli spazi lasciati aperti da tale perdita incolpevole, sicché non rileva se il rimedio alternativo, la cui esistenza l'art. 2042 c.c. pone quale limite alla proponibilità dell'azione, sia tipico ovvero esercitabile in virtù di clausola generale.

The content is inspired by the interpretative issue of the art. 2042 c.c. recently returned to the S.U. of the Court of Cassation, which concerns the specific issue of the possibility of an enrichment action, in case an alternative solution is not based on laws or contracts, but on general clauses. In order to provide an advanced interpretation, the Author examines the reasons of the law (beyond its original function as a safeguard for the positivity of the legal system) in the same way as they are interpreted by the doctrine and the jurisprudence of legitimacy, considering that the distinction between the subsidiary nature and the residual nature of the enrichment action is not completely clear and it is not realized by everyone. As in jurisprudence the enrichment action is admissible when there is no alternative solution *ab origine* and in case the indirect enrichment is taken into account in trilateral relations, in jurisprudence of legitimacy a common point is provided: the action itself is admissible in case the alternative solutions are lost or when they turn out to be inefficient. As consequence, that subsidiary essence of the residual action ex art. 2041 c.c. is confirmed in case of unintentional loss, so it is not relevant whether the alternative solution, which influence the possibility of the action (art. 2042 c.c.), is provided by the law or exercisable by virtue of a general clause.



### L'azione di arricchimento può ancora considerarsi sussidiaria?

Paolo Gallo



Il legislatore italiano nel 1942 ha codificato l'azione di arricchimento senza causa recependo in pieno il modello francese, che considera un tale rimedio sussidiario (art. 2042 c.c.); in realtà questo non era l'unico modello disponibile a quell'epoca; il modello tedesco, codificato nel BGB del 1900, non prevede infatti la sussidiarietà dell'azione di arricchimento ed ammette espressamente l'esperibilità dell'azione di arricchimento nei casi di prescrizione del rimedio delittuale (§ 852 BGB). Il legislatore italiano pur potendo scegliere tra i due modelli, ha peraltro confermato quello francese, il quale del resto era già stato oggetto di recezione da parte della giurisprudenza all'inizio del ventesimo secolo<sup>1</sup>.

In base al modello franco italiano l'azione di arricchimento è dunque considerata sussidiaria<sup>2</sup>. Ne consegue che l'improponibilità dell'azione può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice<sup>3</sup>. Il requisito della sussidiarietà in realtà non appare come coessenziale al rimedio in questione, dato che l'azione di arricchimento non è considerata sussidiaria oltre che in Germania e nei Paesi di *common law*, anche nel nuovo codice civile olandese del 1992 (art. 6: 212), nonché nei progetti di disciplina europea<sup>4</sup>. In queste con-

<sup>1</sup> P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, VII, *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, Torino, 2018, 21 ss.

<sup>2</sup> Cass., 9 marzo 1983, n. 1738; Cass., 3 aprile 1990, n. 2679; Cass., 29 gennaio 1997, n. 895; Cass., 22 agosto 2003, n. 12347; Cass., S.U., 8 ottobre 2008, n. 24772; Cass., 12 novembre 2008, n. 27014; Cass., S.U., 25 novembre 2008, n. 28042; Cass., 9 gennaio 2014, n. 307; Cass., 27 ottobre 2015, n. 21786; Cass., 9 aprile 2018, n. 8694. SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 105.

<sup>3</sup> A. NAPOLI, 22 dicembre 2004; Cass., 5 agosto 2005, n. 16539; Cass., 18 aprile 2013, n. 9486; Cass., 14 gennaio 2014, n. 529; Cass., 3 novembre 2017, n. 26199; Cass., 26 gennaio 2018, n. 2046.

<sup>4</sup> *Principles of European Unjustified Enrichment Law*, a cura dello Study Group on a European Civil Code; consultabile nel sito: [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net), in cui piuttosto si concentra l'attenzione sulla mancanza di una giustificazione dell'arricchimento; sul punto M. GIORGIANNI, *L'arricchimento senza causa nel diritto italiano e tedesco*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 501, 522, 530, 534, in particolare 536.

dizioni occorre interrogarsi non solo in merito all'origine storica di questo requisito, ma anche circa la sua rilevanza attuale.

Per quel che riguarda l'origine storica non vi è alcun dubbio che il requisito della sussidiarietà nasce in area francese, in particolare grazie al contributo di Aubry e Rau<sup>5</sup>; in precedenza non vi erano infatti tracce di questo requisito né nel diritto romano né tanto meno nel diritto comune. Aubry e Rau volevano infatti evitare che un istituto di matrice giurisprudenziale potesse interferire con istituti previsti e disciplinati a livello legislativo. Si consideri ancora che il principio di specialità (*lex specialis derogat generali*) costituisce un cardine del sistema francese il quale in nessun caso consente il cumulo tra rimedi. In particolare, sempre in base al contributo di Aubry e Rau, il cumulo o concorso tra rimedi è rigorosamente escluso non solo in materia di arricchimento senza causa, ma anche di rimedi delittuali e contrattuali<sup>6</sup>. Questo quindi significa che se è previsto un rimedio specifico, per esempio di natura contrattuale, non sarà possibile invocare la responsabilità delittuale e tanto meno agire in arricchimento.

Per molto tempo anche la giurisprudenza italiana, in conformità a quella francese, ha quindi escluso la possibilità di scegliere tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. A partire dal 1949 la Corte di Cassazione ha però definitivamente ammesso la possibilità di concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale<sup>7</sup>. Questo significa che chi ha subito il danno nell'ambito dell'esecuzione di un contratto può scegliere se agire in responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.), o extracontrattuale (art. 2043 c.c.)<sup>8</sup>. Il che può risultare utilissimo nel caso in cui uno dei due rimedi sia più favorevole all'attore dell'altro; si pensi in particolare alla diversità dei termini di prescrizione, o sotto il profilo dell'onere della prova.

Il problema si pone soprattutto in materia di responsabilità medica, contratto di trasporto<sup>9</sup>, inadempimento doloso, violazione delle norme antinfortunistiche da parte del datore di lavoro<sup>10</sup>. È inoltre essenziale che l'inadempimento o il cattivo adempimento comporti la lesione di un diritto soggettivo assoluto della vittima, proprietà o integrità fisica<sup>11</sup>, vale a dire di una situazione giuridica soggettiva che compete al danneggiato indi-

<sup>5</sup> AUBRY e RAU, *Cours de droit civil francais*, IV ed., Paris 1871, vol. 4, §§ 441 ss., 725-726.

<sup>6</sup> Diffusamente sul punto: MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989.

<sup>7</sup> Cass., 31 dicembre 1949, n. 2630; Cass., 30 marzo 1951, n. 719.

<sup>8</sup> Cass., 22 settembre 1983, n. 5638; Cass., 27 febbraio 1986, n. 1277, in *Resp. civ. e prev.*, 1987, 254, con nota di MONATERI, *L'inadempimento del venditore integrante una responsabilità extracontrattuale nei confronti del compratore*; T. Reggio Calabria, 30 ottobre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 695; C. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2007, n. 969.

<sup>9</sup> Cass., 16 aprile 2003, n. 6099, in *Dir. trasp.*, 2004, 994; T. Reggio Calabria, 8 luglio 2006, in *Dir. mar.*, 2008, 542; in senso contrario: A. Palermo, 29 novembre 2003, in *Dir. trasp.*, 2005, 1105.

<sup>10</sup> Cass., 20 giugno 2001, n. 8381.

<sup>11</sup> Cass., 7 agosto 1962, n. 2441; Cass., 24 marzo 1966, n. 781: "Il concorso tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale, derivanti da un unico comportamento colposo o doloso, che importi lesione non soltanto dei diritti specifici derivanti dal contratto, ma anche dei

pendentemente dal contratto stesso<sup>12</sup>; in caso contrario qualsiasi debitore inadempiente sarebbe altresì responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c.<sup>13</sup>.

Quello che comunque appare incontestabile è che attualmente in Italia si è giunti a superare il divieto del cumulo o concorso per lo meno in materia di responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale; ma se così stanno le cose il problema che occorre porsi è se il mantenimento del divieto del cumulo o concorso sia giustificato in materia di arricchimento senza causa.

Si consideri ancora che la sussidiarietà è prevista solo con riferimento all'azione di arricchimento (art. 2042 c.c.) e non anche con riferimento alle azioni di indebito e gestione, le quali pur essendo espressione del principio generale che vieta di arricchirsi senza causa a spese di un altro, non sono dunque sussidiarie, il che già evidenzia una discontinuità nel sistema.

Si consideri inoltre che in genere l'azione di arricchimento è meno appetibile rispetto a quella aquiliana (art. 2043 c.c.), dato che mentre agendo in responsabilità civile (art. 2043 c.c.) è possibile ottenere un ristoro pieno del danno, agendo in arricchimento la restituzione ha luogo per l'appunto nei limiti dell'arricchimento, che può in concreto essere nettamente inferiore rispetto al danno. Si pensi per esempio ad una persona che utilizzi per bruciare nel caminetto legno pregiato di un vicino mobiliere; se si agisce in responsabilità civile è possibile ottenere un risarcimento pieno, pari al valore del legno pregiato bruciato (art. 2043 c.c.), se invece si agisce in arricchimento sarà unicamente possibile ottenere la devoluzione di una somma pari al valore di un corrispondente quantitativo di legno da ardere, il che può essere nettamente inferiore. Un discorso comparabile può ovviamente essere ripetuto per quel che riguarda i rapporti tra responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) ed arricchimento senza causa; anche in questo caso il rimedio contrattuale può infatti consentire un pieno risarcimento (art. 1223 c.c.) in luogo dell'azione di arricchimento che mira al recupero del solo arricchimento effettivamente conseguito.

Ma se così stanno le cose non si vede quali conseguenze catastrofiche potrebbero conseguire se fosse consentito scegliere non solo tra responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) e delittuale (art. 2043 c.c.), così come avviene già attualmente in Italia, ma anche tra rimedi risarcitori e restitutori, come invece si esclude possa avvenire<sup>14</sup>. È ovvio

---

diritti che alla persona offesa spettano indipendentemente dall'esistenza di un rapporto contrattuale, è ammissibile soltanto quando si tratti di diritti assoluti e primari, valenti *erga omnes*, quali il diritto alla vita, alla integrità e incolumità personale, alla proprietà, all'onore; mentre non può invocarsi la tutela derivante dalle norme che regolano la responsabilità aquiliana da parte di colui che vanta un diritto relativo, che riceva protezione proprio dalla disciplina legale del contratto”.

<sup>12</sup> Cass., 9 gennaio 1979, n. 119, in *Arch. civ.*, 1979, 330; Cass., 13 marzo 1998, n. 2750, in *Giur. it.*, 1999, 2279.

<sup>13</sup> SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale, in Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, VISINTINI (Cur.), Milano, 1984.

<sup>14</sup> Tra i rischi che venivano paventati vi era quello del sovvertimento sociale se gli operai fos-

che possibilità di scelta non significa possibilità di cumulare due risarcimenti o un risarcimento ed una restituzione. Posto che sono configurabili più possibilità di azioni, spetterà alla parte lesa la scelta tra una di esse, con la conseguenza che ove si opti per la responsabilità delittuale, non sarà possibile chiedere il medesimo risarcimento agendo in via contrattuale; parimenti ove si opti per il rimedio restitutorio non sarà possibile avanzare pretese anche sul piano del risarcimento del danno. Se inteso in questi termini il cumulo o concorso tra rimedi non crea problemi particolari, anzi amplia le possibilità di scelta della parte lesa, che potrà scegliere liberamente se agire in via contrattuale (art. 1218 c.c.), delittuale (art. 2043 c.c.), o ancora chiedere le restituzioni (art. 2041 c.c.), salve ovviamente le differenze sotto il profilo del *petitum*, che può variare anche notevolmente a seconda che si tratti di danni o di arricchimento, il che già di per sé potrebbe rendere meno appetibile il rimedio restitutorio rispetto a quello risarcitorio.

Resta ovviamente il nodo della differenza tra i termini di prescrizione, quinquennale se si tratta di responsabilità delittuale (art. 2947, 1° comma, c.c.), decennale se si tratta di responsabilità contrattuale (art. 2946 c.c.) e di rimedi restitutori (art. 2946 c.c.), il che potrebbe far sorgere il dubbio che proprio la scelta del rimedio possa costituire il mezzo per aggirare i termini di prescrizione. Si consideri tuttavia che in prospettiva questo potrebbe risultare un falso problema, dato che sia in Germania che in Francia è stata riformata la disciplina della prescrizione, rispettivamente nel 2002 e nel 2008, prevedendo un termine unico, triennale in Germania e quinquennale in Francia; se una tale riforma venisse attuata anche in Italia, come da tempo si auspica in dottrina<sup>15</sup>, ne conseguirebbe una notevole semplificazione della disciplina della prescrizione e soprattutto verrebbe meno la differenza tra rimedi sotto il profilo del termine di prescrizione. Ma quand'anche sussista una tale differenza sotto il profilo dei termini di prescrizione, come avviene ancora in Italia, resta il punto che i rimedi in questione non sono equivalenti sotto il profilo del *petitum*, con la conseguenza che già per questo motivo l'azione di arricchimento potrebbe risultare meno appetibile rispetto a quella delittuale o contrattuale sotto il profilo del *quantum*.

Ma se così stanno le cose, il problema sembrerebbe ridursi ai casi in cui il rimedio concorrente non è più esperibile per decorso dei termini di prescrizione. Ed è proprio in questo ambito che sono sorti i dubbi maggiori circa la possibilità di preferire l'azione in arricchimento dopo il decorso dei termini di prescrizione del rimedio concorrente. Secondo l'opinione tradizionale il requisito della sussidiarietà avrebbe infatti proprio la funzione di evitare che tramite l'azione di arricchimento si possano aggirare i termini di prescrizione specificamente previsti dal legislatore. In realtà si tratta di un falso timore, dato che come abbiamo già avuto modo di rilevare agendo in arricchimento è possibile

---

sero stati legittimati ad agire in arricchimento nei confronti del datore di lavoro per ottenere la riversione del c.d. plusvalore.

<sup>15</sup> P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, VIII, *L'impresa e le società, la tutela dei diritti, la prescrizione*, Torino, 2018, 485 ss.

ottenere meno del ristoro pieno del danno, con la conseguenza che in genere si preferirà il rimedio delittuale, salva la possibilità di agire ancora nei limiti dell'arricchimento effettivamente conseguito dopo la prescrizione del rimedio delittuale; il che non pare peraltro che potrebbe dar adito a risultati sconvolgenti o sovvertire l'intero sistema<sup>16</sup>, ove si consideri che attualmente in Italia una tale possibilità di scelta è del tutto ammessa in materia di concorso tra responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) e delittuale (art. 2043 c.c.). Si consideri ancora che la questione è specificamente disciplinata in Germania dal § 852 BGB, in base al quale anche dopo il decorso dei termini dell'azione risarcitoria è fatta salva la possibilità di agire per lo meno in arricchimento; il che ovviamente, specie prima della riforma della disciplina della prescrizione<sup>17</sup>, poteva risultare utilissimo, dato che mentre l'azione delittuale si prescriveva in tre anni, quella in arricchimento in ben trent'anni; né vi sono notizie che una tale regola abbia comportato problemi particolari nel sistema tedesco, suscitato critiche, sovvertito il sistema o altro ancora.

In Italia la questione è stata affrontata soprattutto dalla giurisprudenza la quale a partire dalla seconda metà degli anni cinquanta ha più volte ribadito l'impossibilità di agire in arricchimento nei casi di prescrizione e decadenza<sup>18</sup>. Salciarini, in epigrafe a una decisione del 1955<sup>19</sup>, non esitava a parlare di esequie dell'art. 2041 c.c., considerando che se un tale principio fosse stato esatto avrebbe praticamente comportato l'annullamento della norma sancita dall'art. 2041 c.c. La giurisprudenza non tenne però conto di questi rilievi, con la conseguenza che si consolidò sempre più una concezione della sussidiarietà "in astratto"<sup>20</sup>; in base alla quale ai fini dell'esclusione del rimedio non si richiede in concreto la prova di un rimedio concorrente concretamente fruibile, ma è

<sup>16</sup> Un timore di questo genere è stato espresso in modo piuttosto colorito da DRAKIDIS, *La subsidiarité, caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1961, 580, il quale paragona l'azione di arricchimento ad una sorta di Cavallo di Troia che si inserisce nella cittadella del diritto al pari di un "brulot susceptible de faire sauter tout l'edifice juridique"; ma si veda ora in senso critico: REMY, *Le principe de subsidiarité de l'action de in rem verso en droit français*, in MANNINO (Cur.), *L'arricchimento senza causa*, Torino, 2005, 71.

<sup>17</sup> Più ampiamente: P. GALLO, *Prescrizione e decadenza*, nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, Agg., Milano 2013; nonché ID., *Prescrizione e decadenza*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. GABRIELLI, Milano, 2015, sub artt., 2034 ss. cod. civ.

<sup>18</sup> Cass., 21 aprile 1955, n. 1125, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 689, con nota di SALCIARINI, *Esequie all'art. 2041 cod. civ.*; Cass., 7 maggio 1965, n. 837, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 114; Cass., 28 maggio 1965, n. 1969, in *F. pad.*, 1966, I, 893; Cass., 20 gennaio 1966, n. 2255, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1436; Cass., 26 marzo 1968, n. 947, in *Foro it.*, 1968, I, 1906; Cass., 2 aprile 1979, n. 1869; Cass., 1° ottobre 1975, n. 3097, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 732; Cass., 21 luglio 1979, n. 4398; Cass., 6 maggio 1980, n. 2983, in *Arch. civ.*, 1980, 651; Cass., 5 marzo 1987, n. 2318; Cass., 10 febbraio 1993, n. 1686, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 626; Cass., 5 aprile 2001, n. 5072; T. Catania, 15 luglio 2003, in *Giur. comm.*, 2004, II, 183; Cass., 10 giugno 2005, n. 12265; T. Napoli, 27 gennaio 2005; Cass., S.U., 25 novembre 2008, n. 28042; Cass., 29 dicembre 2011, n. 29916; Cass., 27 novembre 2018, n. 30614.

<sup>19</sup> SALCIARINI, *op. cit.*

<sup>20</sup> Cass., 3 ottobre 2007, n. 20747; Cass., 16 dicembre 2010, n. 25461; Cass., S.U., 28 aprile 2011, n. 9441.

sufficiente che un tale rimedio risulti configurato “in astratto”; a prescindere poi dal fatto che “in concreto” non risulti fruibile per questioni processuali o attinenti al merito<sup>21</sup>, o ancora per prescrizione o decadenza. Non condivisibile appare in particolare l’affermazione in base alla quale l’azione di arricchimento non sarebbe esperibile neppure nei casi in cui il rimedio concorrente sia risultato infruttuoso in quanto carente di taluno dei suoi requisiti<sup>22</sup>; proprio nei casi in questione risulterebbe infatti opportuna l’azione in arricchimento. Non condivisibile è altresì l’affermazione secondo la quale l’azione di arricchimento, proposta in via subordinata, non sarebbe ammissibile ove non sia fornita prova sufficiente all’accoglimento di un’azione contrattuale<sup>23</sup>. Si tratta ovviamente di interpretazioni frutto di una concezione particolarmente restrittiva della sussidiarietà, che meriterebbero di essere superate.

In genere la giurisprudenza ritiene peraltro che il rigetto della domanda in arricchimento per questioni di rito, come per esempio nel caso in cui sia stata proposta per la prima volta in appello, non esclude la proponibilità dell’azione in separato processo, il che è sicuramente condivisibile. Del tutto condivisibile è inoltre il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione ai sensi del quale l’azione di arricchimento è esperibile nel caso in cui la domanda concorrente fondata sul contratto sia stata respinta per inesistenza *ad origine* del contratto stesso<sup>24</sup>. Se infatti non sussistono altri rimedi è più che ovvio che il principio di sussidiarietà non può entrare in gioco; anzi proprio questi sono i casi in cui può risultare opportuno agire in arricchimento, tenuto conto dell’inconfigurabilità *ab origine* di altri rimedi. Il principio appare anzi talmente ovvio e scontato da far apparire quasi sorprendente che sia stato necessario enunciarlo in modo specifico!

Meno scontato appare invece il distinguo effettuato da parte della Corte di Cassazione là dove considera separatamente i casi di rigetto della domanda per questioni di rito o per inesistenza *ab origine* del rimedio concorrente, rispetto ai casi in cui la domanda è stata respinta per ragioni attinenti al merito.

In particolare la Corte di Cassazione ravvisa tre possibili ragioni in favore della sussidiarietà dell’azione di arricchimento. In primo luogo l’esigenza di evitare che il soggetto possa conseguire un duplice ristoro; ovviamente si tratta di un punto assolutamente condivisibile; si consideri tuttavia che per comune ammissione pluralità di azioni significa soltanto possibilità di scelta del rimedio da azionare e non tanto possibilità di cumulo tra

<sup>21</sup> Cass., 7 marzo 2014, n. 5396; T. Bari, 7 marzo 2016, n. 1271; T. Massa, 10 giugno 2016, n. 589; Cass., 30 giugno 2015, n. 13339; T. Ivrea, 8 gennaio 2016, n. 11; Cass., 12 gennaio 2022, n. 723.

<sup>22</sup> Cass., 21 luglio 1979, n. 4398; Cass., 19 giugno 1980, n. 3897.

<sup>23</sup> Cass., 2 aprile 2009, n. 8020; Cass., 13 marzo 2013, n. 6295; Cass., 2 agosto 2013, n. 18502, in *Giur. it.*, 2014, 1096, con nota critica di CARUSI, *Una fonte (inesauribile?) di equivoci: la sussidiarietà dell’azione di arricchimento*: “Quando non sia fornita prova sufficiente all’accoglimento di un’azione contrattuale, va dichiarata inammissibile l’azione di arricchimento senza causa proposta in via subordinata”; Cass., 20 giugno 2017, n. 15239; Cass., 14 maggio 2018, n. 11682; Cass., 11 maggio 2022, n. 14944; A. Perugia, 21 novembre 2022, n. 621.

<sup>24</sup> Cass., 5 maggio 2023, n. 13203.

essi. In secondo luogo la Corte di Cassazione paventa il rischio che con l'azione di arricchimento si possa aggirare un giudicato che ha escluso la configurabilità di un rimedio contrattuale; si consideri tuttavia che proprio nei casi in cui risulti infondata un'azione contrattuale per ragioni attinenti al merito, può residuare un problema di restituzioni, specie se il contratto ha avuto esecuzione ancorché parziale; si consideri tuttavia che se il contratto ha avuto esecuzione si pone un problema di indebito, più che non di arricchimento, o meglio ancora un problema di restituzioni contrattuali; se per esempio un contratto d'appalto non è stato eseguito come pattuito, non sorge il diritto alla devoluzione del corrispettivo, ma se il contratto ha avuto esecuzione ancorché parziale si pone un problema di restituzioni e quindi di indebito più che non di arricchimento. In ogni caso il rigetto della domanda contrattuale per ragioni attinenti al merito non esclude che se il contratto ha avuto esecuzione, ancorché parziale, possa porsi un problema restitutorio al fine di ristabilire lo *status quo ante*. In terzo luogo la Cassazione paventa il rischio che nei casi di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico il contraente possa cercare di ottenere quanto dovutogli agendo in arricchimento. Anche in questo caso la questione pare mal posta. Si consideri infatti che ancora una volta se il contratto, ancorché nullo per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico ha avuto esecuzione, si pone un problema non tanto di arricchimento senza causa, ma piuttosto di indebito o meglio ancora di restituzioni contrattuali. La ripetizione dell'indebito, che a differenza dell'azione di arricchimento non è sussidiaria, ha proprio come finalità quella di consentire il recupero di quanto effettuato in esecuzione di un contratto nullo. Si consideri ancora che nei casi di esecuzione di un contratto nullo l'unico limite per quel che riguarda la ripetibilità è costituito dalla contrarietà al buon costume, purché condivisa, di cui all'art. 2035 c.c. a cui fa eco l'art. 2126, 1° comma c.c. in materia di prestazioni lavorative. Ne consegue che anche in questo caso non si pone tanto un problema di sussidiarietà, tenuto altresì conto del fatto che non si verte in materia di arricchimento ma di indebito, ma piuttosto un problema di eventuale esclusione della pretesa restitutoria nei casi di pari turpitudine.

In questa prospettiva l'azione sarebbe esercitabile solo nei casi in cui *ab origine* non sussista un rimedio concorrente<sup>25</sup>; parimenti la possibilità di agire in arricchimento sarebbe esclusa anche nel caso in cui sussista un rimedio concorrente esperibile nei confronti di altre persone<sup>26</sup>. Ma se così stanno le cose, non è difficile rendersi conto come

<sup>25</sup> Cass., 8 giugno 1981, n. 3682; Cass., 6 settembre 1985, n. 4640, in *Foro it.*, 1986, I, 1628; Cass., 26 novembre 1986, n. 6981, in *Foro pad.*, 1989, I, 291; A. Cagliari, 10 marzo 1990, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 37, con nota di TEGAS; Cass., 8 agosto 1996, n. 7285; Cass., 25 settembre 1998, n. 9584; nullità del titolo: Cass., 2 aprile 2009, n. 8040; Cass., 16 dicembre 2010, n. 25461; Cass., 29 dicembre 2011, n. 29916; Cass., 6 settembre 2012, n. 14939; TAR Lazio, 9 febbraio 2012, n. 1306; T. Bari, 14 giugno 2012, n. 2150; T. Venezia, 17 maggio 2016; Cass., 17 gennaio 2017, n. 1034; Cass., 31 gennaio 2017, n. 2350.

<sup>26</sup> Cass., 6 giugno 1960, n. 1473, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 121, con nota di FENGLI; Cass., 11 luglio 1966, n. 1829; Cass., 19 aprile 1974, n. 1073; Cass., 4 maggio 1978, n. 2087; Cass., 10 febbraio 1993, n. 1686, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 626; Cass., 20 novembre 2002, n. 16340; Cass., 15 luglio 2003, n. 11067;

veramente le possibilità di applicazione dell'azione di arricchimento in Italia siano ridotte all'osso. In realtà tali conclusioni non discendono direttamente dall'art. 2042 c.c. Il principio di sussidiarietà sancito dall'art. 2042 c.c. non implica infatti di per sé la regola di sussidiarietà in astratto accolta dalla Corte di Cassazione; ben potendo questo articolo essere interpretato anche nel senso di consentire il ricorso ai rimedi restitutori per lo meno quando i rimedi concorrenti non sono più usufruibili per prescrizione: c.d. sussidiarietà in concreto<sup>27</sup>.

La regola enunciata dalla giurisprudenza non è cioè scritta nell'art. 2042 c.c., ma è solo una delle tante interpretazioni possibili; in particolare si tratta dell'interpretazione più restrittiva possibile<sup>28</sup>. Del resto sono ormai numerosi gli autori che hanno auspicato una revisione di una tale impostazione, in base alla considerazione che solo la presenza in concreto di un rimedio concorrente può escludere il ricorso all'azione di arricchimento: c.d. sussidiarietà in concreto<sup>29</sup>. Si consideri ancora che l'obiezione tradizionale secondo cui il concorso del rimedio restitutorio con quello risarcitorio consente di eludere i termini di prescrizione risulta del tutto priva di fondamento; a questo proposito è infatti sufficiente considerare la diversità dei rimedi in questione, che mirano rispettivamente

---

Cass., 26 marzo 2012, n. 4818; Cass., 31 gennaio 2017, n. 2350; Cass., 3 novembre 2017, n. 26199; Cass., 9 maggio 2018, n. 11038; Cass., 20 novembre 2018, n. 29988; Cass., 21 novembre 2018, n. 30109; Cass., 17 gennaio 2020, n. 843; Cass., 16 novembre 2020, n. 25879; si vedano però anche: Cass., 17 maggio 2007, n. 11461; Cass., 22 novembre 2017, n. 27827; Cass., 2 marzo 2021, n. 5665.

<sup>27</sup> In questo senso anche F. GIGLIO, *La actio de in rem verso nel sistema del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 249, 263, il quale ritiene che la sussidiarietà sia un elemento accidentale o esterno della fattispecie; DE GIORGI, *Profili problematici dell'azione ex art. 2041 cod. civ. contro il terzo*, in *Corr. giur.*, 2003, 1178, 1181; VENTURELLI, *Circolazione giuridica e ingiustizia del danno*, Brescia, 2005, 153, con recensione di MACARIO, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 371, 373; P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, in *Quaderni del dipartimento*, Trento, 2005, I, 7, 69; ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 338, 408, nota 74, *ivi* riferimenti anche al diritto spagnolo, dove si nota una analoga tendenza al progressivo superamento del requisito, di derivazione francese, della sussidiarietà dell'azione di arricchimento; BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromission en derecho ajeno*, Madrid, 1998, 104; analoghe tendenze evolutive sono ravvisabili del resto anche nel diritto francese: REMY, *Le principe de subsidiarité de l'action de in rem verso en droit français*, in MANNINO (Cur.), *L'arricchimento senza causa*, Torino, 2005, 71 ss.; *ivi* anche MOSCATI si è espresso a favore della sussidiarietà in concreto.

<sup>28</sup> SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 105, 116, ritiene che il principio di sussidiarietà debba essere inteso nel senso di escludere che il soggetto possa ottenere più volte, a titolo diverso, la riparazione dello stesso pregiudizio.

<sup>29</sup> MORI-CHECCUCCI, *L'arricchimento senza causa*, Firenze 1943, 241; FENGLI, *Sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 121; GAMBARO, *Occupazione acquisitiva*, in *Foro it.*, 1993, V, 389, 420; SPITALI, *L'arricchimento mediante intermediario e l'art. 2038 cod. civ.*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1861; CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio (e il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, in *Studi*, LIPARI, Milano 2008, I, 387, 393, nonché in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 67-83.

<sup>1b</sup> senso contrario si veda però P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano 1962, 42.

te al risarcimento del danno ed alla restituzione dell'arricchimento; entità che come è ben noto non necessariamente sono corrispondenti, senza contare le strettoie tipiche dell'azione di arricchimento, minor valore tra danno ed arricchimento, diversificazione dell'obbligazione restitutoria a seconda che vi sia buona o mala fede, irripetibilità delle prestazioni effettuate per una causa turpe (2035 c.c.), venir meno dell'arricchimento e così via<sup>30</sup>.

Sicuramente ammessa è peraltro la possibilità di proporre l'azione di arricchimento in via subordinata fin dal momento dell'inizio della causa, per l'eventualità che la domanda principale non trovi accoglimento per carenza *ab origine* dell'azione concorrente<sup>31</sup>. Parimenti si ritiene che il principio di sussidiarietà non impedisca che l'azione di arricchimento possa esercitarsi in concorrenza o in pendenza dell'azione primaria<sup>32</sup>, in via riconvenzionale<sup>33</sup> o dopo il rigetto dell'azione contrattuale<sup>34</sup>. Si tratta del resto di una concezione conforme alla natura ed alla funzione equitativa originaria dell'azione di arricchimento senza causa: consentire per lo meno il recupero nei limiti dell'arricchimento di quanto lucrato da altri senza causa, ogniquale volta nessun altro rimedio sia concretamente disponibile. Le sezioni unite hanno inoltre ritenuto che la domanda in arricchimento possa essere proposta per la prima volta anche con le memorie autorizzate dal giudice ai sensi dell'art. 183, 6° comma, c.p.c.<sup>35</sup>. La possibilità di chiedere la restituzione di un bene non esclude in ogni caso quella di agire anche in arricchimento<sup>36</sup>.

Da ultimo questi orientamenti favorevoli al progressivo superamento del principio di sussidiarietà dell'azione di arricchimento hanno iniziato a far breccia anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale in più occasioni ha distinto a seconda che si tratti di un'azione tipica che trova fondamento in un contratto o nella legge o viceversa di un rimedio che trova fondamento in clausole generali<sup>37</sup>, come per esempio

<sup>30</sup> SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 403 ss.

<sup>31</sup> Cass., 10 aprile 1985, n. 2374; Cass., 6 settembre 1985, n. 4640, in *Foro it.*, 1986, I, 1628; Cass., 5 marzo 1991, n. 2283; Cass., 20 marzo 1995, n. 3228; Cass., 3 marzo 1997, n. 1863; Cass., 29 marzo 2005, n. 6570; Cass., 10 agosto 2007, n. 17647; Cass., 21 luglio 2009, n. 16964; Cass., 24 febbraio 2010, n. 4492; Cass., 18 dicembre 2015, n. 25449; Cass., 8 settembre 2022, n. 26506; discute la questione: CARUSI, *Proposizione in via subordinata dell'azione di arricchimento, autorità del precedente giudiziale e stile delle sentenze*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 247-281.

<sup>32</sup> Cass., 29 marzo 2005, n. 6570, in *Giust. civ.*, 2006, 936.

<sup>33</sup> Cass., 5 dicembre 2017, n. 29114.

<sup>34</sup> Cass., 8 giugno 1981, n. 3682; Cass., 26 novembre 1986, n. 6981; Cass., 13 aprile 1995, n. 4269; Cass., 17 gennaio 2020, n. 979.

<sup>35</sup> Cass., S.U., 13 settembre 2018, n. 22404, in *Giur. it.*, 2019, con nota di P. GALLO, *Un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite in tema di proponibilità dell'azione di arricchimento senza causa*; Cass., 11 febbraio 2021, n. 3571.

<sup>36</sup> Cass., 3 maggio 1988, n. 3295; Cass., 30 novembre 2011, n. 25554.

<sup>37</sup> Cass., 22 novembre 2017, n. 27827.

la responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.)<sup>38</sup>, quella aquiliana (art. 2043 c.c.)<sup>39</sup> e così via, con conseguente ammissione della possibilità di scelta in questi secondi casi; ne consegue una progressiva erosione del principio di sussidiarietà specie con riferimento alla responsabilità aquiliana, il che può preludere ad un progressivo passaggio da una valutazione in astratto ad una valutazione in concreto della sussidiarietà. Ed è proprio in questo contesto che si inserisce una sentenza di rimessione della questione alle sezioni unite<sup>40</sup>. In queste condizioni pare sicuramente auspicabile una conferma da parte delle sezioni unite di un tale orientamento che vale a consentire il concorso o cumulo tra responsabilità civile (2043 c.c.) ed arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.); per le ragioni che abbiamo già avuto modo di rilevare un tale concorso non può produrre effetti sovversivi del sistema al pari del concorso tra responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) e delittuale (art. 2043 c.c.), già da tempo ammesso anche in Italia. Il problema è semmai se il principio di sussidiarietà, ancorché così ridimensionato, abbia ancora un senso o si tratti viceversa di un retaggio del passato, di matrice in particolare francese, che trova sempre meno riscontri sul piano europeo ed internazionale; basti a questo proposito ricordare che un tale principio è in corso di superamento anche nel diritto belga<sup>41</sup>.

Per la verità meriterebbe di essere rivista e ridiscussa l'intera questione della sussidiarietà, se non altro per il fatto che sotto questo profilo l'Italia e la Francia appaiono sempre più isolate nel panorama internazionale<sup>42</sup>; in effetti il problema non pare tanto quello di escludere l'eventuale cumulo tra più rimedi concorrenti; se effettivamente sussistono più possibilità d'azione spetterà al soggetto interessato decidere come meglio impostare la causa<sup>43</sup>. Il problema semmai è quello di evitare che mediante l'azione di ar-

<sup>38</sup> Cass., 22 marzo 2012, n. 4620.

<sup>39</sup> Cass., 22 novembre 2017, n. 27827; Cass., 17 gennaio 2020, n. 843, in *Giur. it.*, 2020, 1891, con nota di FABBRIZZI, *Risarcimento, ingiustificato arricchimento e sussidiarietà*.

<sup>40</sup> Cass., 20 febbraio 2023, n. 5222, in *NGCC*, 2023, I, 497, con nota di RUGGIERO, *Arricchimento ingiustificato. Sull'opportunità di una rilettura in concreto della clausola di sussidiarietà* e commento di P. GALLO, *Verso il superamento della sussidiarietà dell'azione di arricchimento*, *ivi*, II, 678-684; in *GI*, 2023, 1530, con note di CARUSI, *Buone notizie dalla Cassazione: l'interpretazione dell'art. 2042 c.c. verso l'esame delle Sezioni unite* e di CICERO, *Sulla sussidiarietà in astratto dell'azione di arricchimento*; in *RCP*, 2023, 742-751 con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato* e nota di GATTI, *Sussidiarietà dell'arricchimento senza causa: le sezioni unite sono chiamate ad esprimersi*, *ivi*, 766-788.

<sup>41</sup> Groupe GROTIUS POTHIER, *Regards comparatistes sur la réforme belge du droit de la responsabilité-extracontractuelle*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2020, 189-198, in partic. 190.

<sup>42</sup> Si è espresso in senso favorevole a questa impostazione: ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999, 213.

<sup>43</sup> SIRENA, *La gestione d'affari altrui*, Torino 1999, 148; *Id.*, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dr. e proc. civ.*, 2005, 105, 116 secondo il quale la *ratio* dell'art. 2042 deve ravvisarsi nell'esigenza di evitare un doppio risarcimento; ne consegue che non vi è alcun motivo per non consentire il concorso alternativo o integrativo dell'azione di arricchimento; in questo senso anche KUPISCH, *Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, 874.

ricchimento si cerchi di aggirare o frodare la legge (art. 1344 c.c.)<sup>44</sup>; ed è proprio in questa prospettiva che deve essere interpretato il principio di sussidiarietà<sup>45</sup>. Se per esempio esiste una specifica disposizione di legge la quale stabilisce che il conduttore (art. 1592 c.c.) o l'usufruttuario non ha diritto ad indennizzo per le spese (art. 1004 c.c.) od i miglioramenti (art. 985 c.c.) effettuati in costanza di rapporto, non sarà possibile cercare di aggirarla per il tramite dell'azione di arricchimento; al condomino cui non sia riconosciuto il diritto al rimborso delle spese sostenute per la gestione delle parti comuni per carenza del requisito dell'urgenza di cui all'art. 1134 c.c., non spetta neppure l'azione di arricchimento<sup>46</sup>; se il legislatore esclude la ripetizione delle prestazioni effettuate per una causa turpe (art. 2035 c.c.), non è possibile aggirare la norma agendo in arricchimento; se il legislatore ha specificamente escluso che il professionista non iscritto all'albo abbia azione per la retribuzione (art. 2231 c.c.), non è possibile aggirare la disposizione in oggetto per il tramite dell'azione di arricchimento (art. 2041 c.c.) e così via. Parimenti se in base ad un contratto determinati oneri risultano addossati su di una parte, il contraente svantaggiato non può invocare i principi dell'arricchimento senza causa al fine di riequilibrare il rapporto. Si immagini per esempio un contratto di appalto a forfait, con conseguente deroga all'art. 1664 c.c. ed esclusione della revisione del contratto in caso di incremento dei costi di esecuzione in corso d'opera. Se in base al contratto determinati rischi sono specificamente allocati nella sfera giuridica di una parte, non è possibile riallocarli tra le parti in virtù dell'azione di arricchimento, quand'anche una parte risulti avvantaggiata in virtù di un risparmio di spesa; se viene concluso un contratto aleatorio che in concreto avvantaggia uno dei due contraenti non è possibile riequilibrare il rapporto tra le parti in virtù dell'azione di arricchimento e così via<sup>47</sup>.

Appurato che nei casi in questione è esclusa la possibilità di agire in arricchimento, si potrebbe discutere se la ragione di una tale esclusione risieda nel principio di sussidiarietà o piuttosto in altri principi; si consideri a questo proposito che anche senza far ricorso alla sussidiarietà dell'azione, nei casi che abbiamo considerato l'azione in arricchimento è esclusa a monte dalla carenza del profilo dell'ingiustizia; se infatti l'arricchimento è giustificato in base alla legge o al contratto, non è senza causa e come conseguenza ulteriore non è possibile consentire l'esperibilità del rimedio<sup>48</sup>; ma se così stanno le cose dovrebbe risultare evidente che anche prescindendo completamente dal requisito della sussidiarietà, il rischio del sovvertimento del sistema è già adeguatamente scongiurato dal requisito dell'ingiustizia; se infatti l'arricchimento è giustificato in base alla legge o al contratto il rimedio non è esperibile; il che ancora una volta evidenzia la ridondanza del requisito della sussidiarietà.

<sup>44</sup> NICHOLAS, *Unjust Enrichment and Subsidiarity*, Studi Gorla, III, Milano, 1994, 2037, 2043.

<sup>45</sup> Cfr., C. Stato, IV sez., 22 marzo 1977, n. 209, in *Cons. Stato*, 1979, I, 288; T. Lecce, 11 ottobre 2016, n. 4237.

<sup>46</sup> Cass., 15 novembre 1994, n. 9629; Cass., 30 agosto 2017, n. 20528.

<sup>47</sup> Cass., 28 maggio 2009, n. 12550.

<sup>48</sup> Cass., 16 febbraio 2023, n. 4909.

In attesa di un'auspicata riforma del codice, anche per quel che riguarda i rimedi restitutori, la regola di cui all'art. 2042 c.c. a tutto concedere dovrebbe dunque essere interpretata in stretta connessione a quella di cui all'art. 1344 c.c.<sup>49</sup>. In base al combinato disposto degli artt. 2042 e 1344 c.c. deve pertanto essere esclusa ogni applicazione dell'azione di arricchimento la cui funzione sia quella di aggirare, escludere, o in qualche modo eludere l'applicazione di norme imperative o ancora riallocare determinati vantaggi o costi contrattuali in contrasto con quanto convenuto tra le parti. Come abbiamo già avuto modo di rilevare si tratta peraltro di risultati che possono essere raggiunti pianamente anche in applicazione del requisito dell'ingiustizia a riprova del carattere ridondante del modello franco italiano dell'azione di arricchimento. Il requisito della sussidiarietà se inteso in questi termini risulta essere in altre parole una sorta di doppione del requisito dell'ingiustizia e quindi come conseguenza ulteriore sostanzialmente inutile. Si tratta del resto di risultati che ricevono il conforto anche da parte della più recente dottrina la quale non ha esitato a ravvisare le cause della scarsa vitalità dell'azione di arricchimento nel nostro ordinamento nella sua configurazione eccessivamente restrittiva, ed in particolare nel requisito della sussidiarietà dell'azione<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Questa impostazione è stata accolta da C. Stato, IV sez., 7 maggio 2002, n. 2447: "... il principio di sussidiarietà dell'art. 2042 cod. civ., deve essere posto in stretta connessione con le disposizioni dell'art. 1344 cod. civ., pertanto la stessa è inammissibile qualora sia volta ad eludere gli effetti conseguenti alla violazione di norme imperative".

<sup>50</sup> DI MAJO, *Recensione*, a ZWEIGERT-KOTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 375, 382; A. NICOLUSSI, *Arricchimento senza causa e Bereicherungsrecht*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 287, 288; ID., *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano 1998; ASTONE, *op. cit.*

**ABSTRACT**

Sebbene tradizionalmente l'azione di arricchimento in base al modello franco-italiano sia considerata sussidiaria, non è così in altri ordinamenti come per esempio in Germania e nei Paesi di *common law* dove il rimedio può essere esperito anche dopo la prescrizione del rimedio principale. Del resto anche in Italia il principio di sussidiarietà è andato incontro ad un processo di progressiva erosione, specie in presenza di un rimedio concorrente che si fonda su di una clausola generale. In queste condizioni il requisito della sussidiarietà può apparire in via crescente del tutto inutile ed obsoleto, dato che nei casi in cui l'arricchimento è giustificato in base alla legge o al contratto, l'azione di arricchimento non è esperibile non tanto perché l'azione è sussidiaria, ma perché già a monte è carente il requisito dell'ingiustizia.

*Although traditionally the action for enrichment according to the Franco-Italian model is considered subsidiary, this is not the case in other jurisdictions such as Germany and common law countries where the remedy can be exercised even after the limitation period has expired. Moreover, in Italy too, the principle of subsidiarity has been progressively eroded, especially in the presence of a concurrent remedy based on a general clause. Under these conditions, the requirement of subsidiarity may increasingly appear completely useless and obsolete, since in cases where enrichment is justified on the basis of law or contract, the action for enrichment is not available not so much because the action is subsidiary, but because the enrichment is non unjust.*





### La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: considerazioni conclusive



Elena Bellisario

Le Sezioni Unite tornano ad affrontare la questione delle potenzialità applicative di un istituto classico, in grado di incidere – come ricordato dall'Avvocato Generale Renato Finocchi Ghersi – su un'ampissima varietà di rapporti (contrattuali, extracontrattuali, con la P.A.). Nelle considerazioni introduttive Claudio Scognamiglio ha sottolineato l'intreccio indissolubile del tema con la sua storia: esso si presta quindi ad una comparazione diacronica e sincronica e ci offre l'occasione per continuare a riflettere sulla discrezionalità dell'interprete.

Muovendo da queste premesse, proverò a fare una sintesi dello stato dell'arte e a individuare qualche possibile linea di sviluppo sulla base delle riflessioni anche oggi emerse.

Di fronte alla pluralità di nodi ancora da sciogliere, ben evidenziati da tutti i Relatori, fa quasi sorridere rileggere il passo della Relazione del Guardasigilli al Libro delle Obbligazioni (650) in cui si afferma che la regola della sussidiarietà esprime un principio che «non ha bisogno di essere illustrato»...

Evidentemente si ritenne che la codificazione avrebbe risolto ogni dubbio, ma – com'è noto – così non è stato, e il rimedio ha continuato ad essere oggetto di un dibattito «gravido di acrobazie logiche e di equivoci» (BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, 1, II ed., Torino, 1999, p. 986, e già *Id.*, *ibidem*, Torino, 1984). Forse, come ci ricorda il brocardo scolpito in quest'aula, è proprio il troppo discutere che ci ha fatto perdere di vista l'esatta portata della regola e lo stesso significato del concetto di "sussidiarietà".

In effetti, se cerchiamo di dare un contenuto, e anche una *ratio*, alla regola della sussidiarietà sulla base delle massime della giurisprudenza, emerge un quadro piuttosto complesso, dominato da un macro-orientamento molto restrittivo, quasi estremo, all'interno del quale convivono però taluni sotto-indirizzi intermedi, più moderati.

La giurisprudenza si concentra sul concetto di "possibilità" di esercitare un'azione alternativa, e sposa da decenni la nozione di sussidiarietà in astratto, in virtù della quale l'azione di arricchimento è preclusa quando l'impoverito *può*, o anche solo teoricamente *avrebbe potuto*, esercitare un'altra azione.

- Come detto, si tratta di una lettura alquanto estrema, che non distingue:
- quale sia l'azione alternativa ipoteticamente esercitabile e nei confronti di quale soggetto sia esercitabile;
  - quale sia l'esito concreto dell'esercizio di questa azione e, in caso di suo rigetto, quale sia la causa del rigetto, così trascinando nell'area della inammissibilità tutta una serie di ipotesi, tranne una: e cioè l'inesistenza *ab origine* di un qualunque altro rimedio ipoteticamente esperibile.

Questo esito è poi spesso corroborato da formule molto insidiose, come quella secondo cui l'azione è preclusa dalla «spettanza di un rimedio che risulti *infondato nel merito*» oppure «*infondato per difetto di prova*». Invero, come è stato osservato (in particolare da Donato Carusi), si tratta di formule poco felici e potenzialmente fonte di equivoci, data la loro genericità: difatti, non sono mancati casi in cui la giurisprudenza ha confuso ed equiparato il *difetto di prova* con il *difetto di prova del titolo*, col risultato, paradossale, di precludere l'azione di arricchimento anche quando, in realtà, l'azione alternativa era risultata infondata proprio per l'*inesistenza del titolo* posto a suo fondamento!

Questo orientamento, dunque, assegna alla sussidiarietà soprattutto, se non esclusivamente, la finalità di non consentire di *eludere l'esito sfavorevole dell'azione principale*, a prescindere dalla causa – di rito, di merito o di fatto – che abbia condotto all'insuccesso.

Da più di decennio a questa parte, però, pur formalmente ribadendo la rigorosa tesi della sussidiarietà in astratto, la giurisprudenza ha individuato alcune eccezioni, aprendo così il varco ad una interpretazione più elastica della regola e più sensibile alle riflessioni critiche della dottrina. In particolare, oltre alla duplice eccezione ammessa nei casi di arricchimento indiretto (Cass. SS.UU. n. 24772/2008), peraltro (come rilevato dalla Procuratrice Generale Rosa Maria Dell'Erba) così importante da tradursi in un *vulnus* della tesi dell'astrazione, la Cassazione ha operato una distinzione fra azioni tipiche e azioni basate su clausole generali: soltanto le prime sarebbero soggette alla sussidiarietà in astratto, e ciò – si afferma – non solo per evitare aggiramenti dei limiti dell'azione tipica, ma anche al fine di evitare duplicazioni risarcitorie. Diversamente, le azioni basate su clausole generali sarebbero sottratte alla regola, perché l'accertamento dell'esistenza di tali azioni richiederebbe un esame nel merito, cioè una verifica in concreto della loro fondatezza. Ma la stessa Cassazione mette ora in dubbio la correttezza di questa distinzione e ritiene opportuno rimettere la questione alle Sezioni Unite.

Dal canto suo, la dottrina più recente è molto critica nei confronti della sussidiarietà in astratto e – come anche oggi è stato ribadito, in particolare da Paolo Gallo – propone una diversa lettura dell'art. 2042 c.c., se non una sua *interpretatio abrogans*: ciò in considerazione tanto della matrice storica quanto della prospettiva comparata, trattandosi di una regola che non trova riscontro in altri ordinamenti europei, tranne in quello francese, né nel Progetto di un codice civile europeo.

Ma la norma esiste ed è pertanto necessario individuarne il senso e l'esatta portata.

D'altra parte, la tesi della "sussidiarietà in astratto", se portata alle sue estreme conseguenze – come sembra prospettare l'ordinanza di rimessione – finisce per escludere quasi sempre l'esercizio dell'azione, traducendosi all'opposto in una sorta di abrogazione di fatto dello stesso art. 2041 c.c.

In uno dei passaggi dell'ordinanza di rimessione si afferma che «occorre giustificare diversamente la ragione per la quale, se l'azione principale è basata su una clausola generale (...) la regola della *residualità* viene meno». Tuttavia – e anche il dibattito odierno lo ha evidenziato – occorrerebbe più di questo, apparendo, fra l'altro, discutibile la riduzione della sussidiarietà nei termini di mera “residualità” (in tal senso mi sembra si muovessero le considerazioni del Presidente Felice Manna) ed essendo auspicabile un generale ripensamento della regola, cosicché possa finalmente trovare una sistemazione concettualmente più chiara e operativamente più coerente.

Da più parti è stato evidenziato che dietro l'interpretazione più rigorosa della giurisprudenza sembra tuttora celarsi l'antico timore di un abuso di questo rimedio, un timore che risente dell'influenza del diritto francese e che affonda le sue radici nell'originario fondamento equitativo dell'istituto, che non a caso è stata definita «la più “romantica” delle azioni» (RICCA BARBÉRIS, citato da CARBONNIER, *Droit civil*, II, *Les biens et les obligations*, Paris, 1962, p. 718).

Tuttavia, è stato anche diffusamente sottolineato che questo timore è solo un retaggio del passato, oggi del tutto ingiustificato. La storia dell'istituto, infatti, dimostra non solo che una concezione dell'arricchimento ingiustificato come “rimedio di pura equità” è ormai tramontata, ma anche che il paventato pericolo di “attentati” alla certezza del diritto è sempre stato un pericolo «più immaginario che reale» (BRECCIA, *op. cit.*, p. 977), perché l'ordinamento giuridico già contiene, o comunque è in grado di sviluppare, adeguati meccanismi di controllo che intervengono a evitare un abuso del rimedio, e quindi a mantenere in equilibrio tutto il sistema. E ciò a prescindere dalla regola della sussidiarietà, che forse è stata inutilmente caricata di troppe funzioni.

Due considerazioni preliminari mi sembrano opportune: in primo luogo, se il legislatore ha inteso introdurre una clausola generale – e il rimedio è inequivocabilmente formulato nei termini di una clausola generale –, allora è da supporre che le ipotesi di arricchimento ingiustificato «non siano da considerare come eccezionali, ma piuttosto come espressioni tipiche di un fenomeno suscettibile di avere un'applicazione più estesa di quella normativamente prevista» (BRECCIA, *op. cit.*, p. 989). In secondo luogo, se è vero che l'azione di arricchimento ha una funzione integrativa dell'ordinamento, allora è altresì vero che da sempre il rimedio è espressione del *principio di effettività della tutela*. E tanto già basta a smontare la tesi della sussidiarietà in astratto, che evidentemente mal si concilia con quel principio.

Già qualche decennio fa, è stato osservato (BRECCIA, *op. cit.*, p. 1012) che tutti i dubbi e gli equivoci sulla sussidiarietà dell'azione nascono proprio dal fatto che ci si è sempre concentrati sul concetto di “possibilità” di esercitare un'altra azione (se si tratti di possibilità in astratto oppure in concreto, e in quest'ultimo caso se debba trattarsi di una possibilità in diritto oppure in fatto), e tutto questo – come abbiamo visto – non si è rivelato un modo proficuo di impostare la questione, perché ha finito per creare più problemi di quanti non ne abbia risolti.

In realtà, sempre secondo la stessa dottrina, il punto fondamentale che deve essere chiarito è *nei confronti di quale soggetto l'“altro” rimedio possa dirigersi*, dovendosi distin-

guere il caso in cui *l'altra azione esiste verso l'arricchito stesso*, dal caso in cui *l'altra azione esiste verso un terzo intermediario*.

Ebbene: secondo questa dottrina – che è rimasta isolata, ma che a mio avviso merita di essere ri-considerata – solo quest'ultimo caso (cioè quello degli arricchimenti mediati) è il *vero e unico* campo di applicazione della sussidiarietà; è in quest'ambito che sia ha una "sussidiarietà" in senso "proprio" o "specifico": cioè là dove l'azione concorrente sia rivolta nei confronti di una *persona diversa dall'arricchito*.

In questi casi, proprio in virtù della regola della sussidiarietà, l'azione di arricchimento non può essere esperita nei confronti dell'arricchito-terzo, perché appunto subordinata al previo esercizio del rimedio principale (nei confronti dell'intermediario), e resta *preclusa anche in caso di perdita del rimedio principale*, quale che sia la causa della perdita, con l'unica eccezione – ammessa in via equitativa, ma comunque desumibile dal sistema, in virtù del raccordo con l'art. 2038 c.c. – dell'ipotesi in cui l'intermediario sia stato infruttuosamente escusso e il terzo abbia acquistato gratuitamente. È dunque in questi casi che la regola della sussidiarietà assume un carattere «autonomo» e «pregnante» (BRECCIA, *op. cit.*, p. 1014) di *rimedio subordinato all'inutilità pratica dell'azione principale verso il terzo intermediario*.

Del resto, come anche oggi è stato ricordato, storicamente, nel diritto francese, la regola della sussidiarietà era in origine legata proprio agli arricchimenti trilaterali. E non è un caso che ordinamenti, come quello tedesco, che hanno rifiutato il modello dell'*actio de in rem verso* e adottato quello delle *condictiones* (escludendo quindi che il rimedio possa riguardare gli arricchimenti mediati/indiretti), non prevedono la regola della sussidiarietà.

Per quanto riguarda, invece, i casi *in cui l'altra azione sia esperibile nei confronti dello stesso arricchito* (arricchimenti bilaterali o diretti), la stessa dottrina suggerisce di distinguere quale sia l'azione esperibile sulla base del suo *contenuto*, verificando se sia *affine*, ossia *sostanzialmente* identico a quello dell'azione di arricchimento, o se invece sia *diverso* (BRECCIA, *op. cit.*, p. 1012).

Quando esiste un'azione alternativa avente un contenuto sostanzialmente identico all'azione di arricchimento – ad esempio un'azione *che trova titolo nella legge* o anche *in un contratto* là dove la domanda sia di *adempimento contrattuale* – è chiaro che l'azione di arricchimento sarà preclusa, ma, a ben vedere, l'impossibilità di avvalersene non dipende dalla regola della sussidiarietà, bensì dai noti principi generali sul concorso di norme, in virtù dei quali la norma speciale prevale su quella generale (BRECCIA, *op. cit.*, p. 1012-1013).

Del resto, anche sul piano processuale, come affermato dalle Sezioni unite (Cass. SS.UU. n. 22404/2018 anch'essa ricordata dalla Procuratrice Generale Rosa Maria Dell'Erba), la *domanda di adempimento contrattuale* e la *domanda di arricchimento* sono legate da un «rapporto di connessione per incompatibilità» in quanto dirette a chiedere, sostanzialmente, il medesimo bene della vita (sia pure come corrispettivo della prestazione in un caso, e come indennizzo volto a riequilibrare i patrimoni nell'altro).

Non necessariamente, però, questa «connessione per incompatibilità» ricorre quando il rimedio concorrente previsto dall'ordinamento è un rimedio risarcitorio. Co-

me evidenziato dalla dottrina – anche oggi qui presente – che si è a lungo occupata delle “interferenze” fra tutela restitutoria e tutela risarcitoria, il danno può coincidere con l'arricchimento, può essere maggiore e, altresì, può essere minore, e dunque ben potrebbe residuare uno spazio, non coperto dal rimedio risarcitorio, in cui l'azione di arricchimento ha autonomi margini di operatività (e viceversa).

Date le reciproche “sporgenze” tra i due rimedi, non vi è ragione che possa ostare a un loro concorso alternativo (l'uno in subordine all'altro, con scelta rimessa al danneggiato/impovertito) e anche a un concorso “complementare-integrativo” (se un rimedio va a coprire la tutela residua non assicurata dall'altro). Non vi osta la sussidiarietà, perché i due rimedi concorrenti hanno un contenuto diverso e tuttavia almeno in parte potenzialmente *compatibile*, e dunque si è fuori dall'ambito “proprio” di operatività della regola; né a ciò ostano tutte le *rationes* che alla sussidiarietà si vogliono assegnare: non il divieto di cumulo (che comunque discende dal sistema per la parte in cui le due tutele dovessero coincidere); non il rischio di sovvertire norme imperative (perché qui non si riscontra la violazione di nessuna norma imperativa); non il divieto di aggirare i limiti o l'esito sfavorevole dell'azione principale (perché, se anche questa fosse stata rigettata per assenza dei suoi presupposti, ben potrebbe residuare uno spazio per la diversa tutela chiesta in subordine).

C'è poi un altro punto importante che oggi è stato precisato e che è bene ribadire: quale che sia l'azione alternativa esperita, se questa ha esito sfavorevole, in realtà non è pertinente chiamare in causa la sussidiarietà per escludere *a priori* l'ammissibilità dell'azione di arricchimento, che andrà invece sempre esaminata se proposta in subordine al fallimento di quella principale (o anche in un altro successivo giudizio). Come infatti è stato evidenziato (in particolare da Donato Carusi), non possiamo far passare il principio secondo cui il ricorso all'azione di arricchimento dopo il rigetto di altra azione implica sempre e automaticamente un aggiramento della legge, rischiando così di negare il rimedio proprio quando serve, e cioè quando questo è l'*unico* rimedio a disposizione dell'impovertito.

Ovviamente l'azione di arricchimento non potrà essere esercitata per eludere la disciplina di un contratto liberamente concluso o per eludere una norma di legge che nega tutela: in effetti, guardando la casistica, quasi sempre si finisce per constatare che l'azione di arricchimento non poteva trovare ingresso (o meglio: non poteva essere accolta) non in virtù del dogma della sussidiarietà, bensì perché esisteva un valido titolo che giustificava quello spostamento patrimoniale, oppure perché comunque, anche in assenza di un titolo valido, mancava la prova dello spostamento patrimoniale ingiusto. Detto altrimenti: più che inammissibile, l'azione era palesemente infondata per la mancanza del presupposto di base dell'azione (l'ingiusto arricchimento di un soggetto in danno di un altro) ed è in ragione di ciò che il rimedio non poteva trovare accoglimento (e non in virtù della sussidiarietà).

Dunque, la prospettiva – suggerita dalla dottrina – secondo cui l'azione non può essere esercitata in frode alla legge è già presente e radicata nel diritto applicato e, a ben vedere, si tratta di una prospettiva che impone necessariamente di valutare caso per caso

se ricorre o no questo intento frodatorio, verificando quindi in concreto se l'azione sia esercitata per aggirare i limiti dell'azione principale o in violazione di norme cogenti.

In questa prospettiva, che impone una valutazione caso per caso, va risolto anche l'eventuale problema della prescrizione dell'azione alternativa. Pensiamo all'ipotesi di un'azione di rescissione prescritta: in questo caso l'azione di arricchimento va negata perché vi è un contratto valido, i cui gli effetti si consolidano col decorso della prescrizione, e questo vale a rendere "giustificato" quello spostamento patrimoniale. Lo stesso non può invece dirsi nell'ipotesi di azione extracontrattuale prescritta, posto che qui la prescrizione non vale, di per sé, a escludere *a priori* l'esistenza dei (diversi) presupposti per un'azione di arricchimento.

In conclusione, il punto importante sul quale ci richiama la dottrina a più riprese citata (BRECCIA, *op. cit.*, p. 1013-1014) è questo: quando alla sussidiarietà viene assegnata la funzione di impedire il cumulo di azioni, o la funzione di impedire che l'azione di arricchimento sia esercitata per aggirare la legge o per eludere l'esito sfavorevole dell'azione principale, in realtà si sta facendo riferimento ad un'altra nozione di "sussidiarietà", molto più "generica", che ci deriva soprattutto dall'influenza del diritto francese.

Dunque da decenni si discute sul concetto di sussidiarietà ma in «due accezioni» diverse, che spesso, però, purtroppo vengono sovrapposte e confuse: una più pregnante e specifica (che potremmo definire "sussidiarietà in senso forte") – cioè, come prima precisato, di "rimedio subordinato all'inutilità pratica dell'azione principale verso un soggetto diverso dall'arricchito" – e un'altra accezione più generica (che potremmo definire "sussidiarietà in senso debole"). E tuttavia, se intesa in questa accezione "generica" o "debole", abbiamo visto che la sussidiarietà non fa altro che sottolineare o ribadire quello che è già possibile desumere dal sistema, e cioè – come detto – ribadisce il criterio della prevalenza della norma speciale su quella generale, oppure ribadisce che nel fatto possono mancare gli stessi presupposti dell'azione di arricchimento (BRECCIA, *op. locc. citt.*).

Intesa in questo senso, dunque, la sussidiarietà fa già parte della logica dell'istituto, «designa la *ratio* stessa dell'art. 2041» (BRECCIA, *op. cit.*, p. 1014) e una regola *ad hoc* non sarebbe stata neppure necessaria, perché l'azione di arricchimento «non è un rimedio posto per rifare l'ordinamento» (TRABUCCHI, voce *Arricchimento (Azione di) (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 66), e dunque non può sovvertire o eludere l'operatività di specifiche norme imperative, né porsi in contrasto con principi guida prioritari.

## ABSTRACT

L'ordinanza interlocutoria n. 5222 del 20 febbraio 2023 ha offerto alle Sezioni Unite l'occasione per un ripensamento della sussidiarietà dell'azione di arricchimento, da tempo sollecitato dalla dottrina.

*Interlocutory ordinance no. 5222 of 20 February 2023 gave the United Sections the opportunity to rethink the subsidiarity of the enrichment action, long demanded by the doctrine.*



### «Cooperazione»: tra obbligazione e contratto\*

Matteo Dellacasa



**SOMMARIO:** **1.** Dove la cooperazione è accessoria alla prestazione... – **2.** ...e dove, invece, può costituire oggetto di obbligazione. – **3.** Per una integrazione tra diritto delle obbligazioni e diritto dei contratti: mora del creditore e risoluzione del contratto per inadempimento. – **4.** Quando la cooperazione non è necessaria per permettere l'adempimento dell'obbligazione, ma per supplire alle carenze dell'accordo contrattuale. – **5.** Le obbligazioni di cooperazione nel diritto applicato e il ruolo del giudice.

#### 1. Dove la cooperazione è accessoria alla prestazione...

Come risulta evidente dalla consultazione di un qualsiasi dizionario, «cooperazione» ha molteplici significati. La polisemia del termine permane anche limitando l'attenzione al diritto delle obbligazioni e dei contratti, sebbene su questo terreno sia possibile individuare un nucleo di significato condiviso, ricavabile per opposizione a quello del vocabolo «prestazione». Mentre quest'ultima impegna le energie e le risorse dello stesso soggetto che è obbligato a eseguirla – vale a dire, del debitore – la cooperazione incide in prima battuta sulla sfera della controparte, rimuovendo gli ostacoli che impediscono l'attuazione del rapporto. Oltre che a permettere l'adempimento dell'obbligazione, essa può risultare necessaria per identificare con precisione le prestazioni dovute dalle parti, favorire il loro adattamento a circostanze non previste, permettere il recupero di un rapporto reso instabile da un inadempimento rilevante ma non irreversibile.

Fermo restando che il bisogno di cooperazione si avverte nella misura in cui la prestazione, in sé e per sé considerata, non può soddisfare l'interesse del creditore, il significato del termine varia in dipendenza del fatto che si assuma la prospettiva unilaterale propria dell'obbligazione o quella bilaterale dei contratti di scambio.

---

\* Il testo riproduce con alcuni adattamenti la relazione svolta nel contesto del convegno *Le obbligazioni. Un dialogo intergenerazionale*, Pisa, 30 giugno 2022.

La disciplina della mora del creditore e del deposito liberatorio rinvenibile nel titolo delle obbligazioni (artt. 1206-1217 c.c.) verte sulla cooperazione all'adempimento: in questa sede si assume che la prestazione abbia una fisionomia definita e che il creditore non compia quanto strettamente necessario perché la stessa possa essere eseguita. Come è noto, le disposizioni appena menzionate sono state ricostruite diversamente, ritenendosi da alcuni che il creditore abbia l'onere di cooperare all'adempimento<sup>1</sup>; da altri, che tale condotta costituisca materia di un'obbligazione<sup>2</sup>. In base ad entrambe le opinioni, tuttavia, la cooperazione permane accessoria alla prestazione dovuta dal debitore, sicché non costituisce oggetto di un'obbligazione; ne consegue che la sua mancanza non giustifica l'applicazione dei rimedi che reagiscono all'inadempimento.

L'accessorietà della cooperazione alla prestazione dovuta dal debitore è coerente con l'area tematica nella quale sono collocati la mora del creditore e i procedimenti di liberazione coattiva del debitore: il diritto delle obbligazioni. Su questo terreno, le posizioni occupate dal debitore e dal creditore non sono intercambiabili, ma fisse. L'intera disciplina del titolo I, infatti, si fonda sul presupposto di un rapporto unilateralmente orientato, che vede il debitore obbligato ad eseguire una prestazione nei confronti del creditore.

In questa prospettiva non è concepibile un'inversione dei ruoli, che vedrebbe il creditore assumere la posizione di parte obbligata. La scelta di disciplinare l'obbligazione

<sup>1</sup> Cfr. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Milano, 2015, 258 s.; PICARO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto del creditore*, Napoli, 2012, 206 s.; CAMARDI, *Della mora del creditore*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di CUFFARO, Milano, 2012, sub art. 1206, 761 ss.; STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 401 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, 88 ss.; VENTURELLI, voce *Mora del creditore*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica* diretta da S. PATTI, 9, Milano, 2007, 679; MARASCO, *La mora del creditore*, in *Le obbligazioni*, a cura di FRANZONI, I, Milano, 2004, 658 ss.; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, XI, Milano, 1994, 433; Id., *Della mora del creditore, Artt. 1206-1217*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, Ed. Foro it., 1973, 41 ss.; BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, rist. agg., Milano, 2019, 374 ss., 393 s.; SALVESTRONI, *Sulla mancata «cooperazione» all'adempimento nel rapporto tra debitore e creditore divenuto incapace*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 309 ss. Nella vigenza del codice civile del 1865, cfr. BELLINI, *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1921, 36; SCUTO, *La mora del creditore*, Catania, 1905, 7, 92 ss.; BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Arch. giur.*, 1899, 40 ss., 278 ss.; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Parma, 1915, 51 s., ristampato da Napoli, 2022, con introduzione di PIRAINO.

<sup>2</sup> Cfr. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, *passim*, spec. 31-84 e 171-191; più di recente D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, in *Tratt. dir. civ. Lipari-Rescigno*, coordinato da ZOPPINI, III, 1, Milano, 2009, 207 ss.; Id., voce *Liberazione coattiva del debitore*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, 500 ss.; Id., *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 77 ss. Hanno ritenuto la cooperazione oggetto di un obbligo anche GENTILE, *La cooperazione creditoria. Mora accipiendi e collaborazione del creditore*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 241 ss.; RAVAZZONI, voce *Mora del creditore*, in *Noviss. Dig. It.*, X, Milano, 1964, 904. Sulla stessa linea anche GIACOBBE, voce *Mora del creditore (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 960 ss., 972 s.

come tale – quale figura astratta dagli atti e dai fatti che la generano (art. 1173 c.c.) – presenta evidenti vantaggi in termini di economia della regolamentazione, ma impedisce di ribaltare le posizioni delle parti. Come tutte le regole rinvenibili nel titolo I, quelle che delineano la mora del creditore e la liberazione coattiva del debitore implicano esclusivamente l'esistenza di un rapporto obbligatorio, che vede il debitore quale soggetto passivo e il creditore quale parte attiva; se all'interprete fosse concesso invertirne la direzione configurando la cooperazione quale oggetto di obbligazione, la funzione di tali regole risulterebbe vanificata e la loro applicazione preclusa.

La tutela accordata in questa sede al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione riflette la prospettiva fissa e unilaterale adottata dal legislatore. I rimedi applicabili incidono sull'obbligazione il cui adempimento risulta ostacolato o precluso dalla condotta non cooperativa del creditore senza ripercuotersi su altri aspetti del rapporto. Costituendo in mora il creditore, il debitore consegue una tutela provvisoria, che lo protegge dai pregiudizi e dai rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto. Di qui il diritto di ottenere il risarcimento del danno derivante dalla mora e il rimborso delle spese sostenute per la conservazione e la custodia del bene (art. 1207, c. 2 c.c.), l'esonero dal pagamento degli interessi corrispettivi e dei frutti non percepiti (art. 1207, c. 1 c.c.), il diritto di conseguire il pagamento del corrispettivo promesso – detratte le spese risparmiate e i guadagni alternativi conseguiti – nonostante l'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa non imputabile (art. 1207, c. 1 c.c.). Così protetto contro le conseguenze della dilatazione del rapporto, il debitore può liberarsi dell'obbligazione percorrendo uno dei procedimenti di liberazione coattiva previsti nella stessa unità sistematica: ci si riferisce, naturalmente, al deposito e al sequestro. Non essendo tali rimedi applicabili quando la prestazione ha ad oggetto un "fare", la liberazione del debitore consegue al verificarsi dei presupposti dell'impossibilità sopravvenuta (art. 1256, 2° comma c.c.)<sup>3</sup>; nel contesto di un rapporto di scambio, all'estinzione dell'obbligazione fa seguito la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c.).

In questa prospettiva i rimedi accordati al debitore incidono esclusivamente sull'obbligazione, modificandone il regime [come avviene a seguito della costituzione in mora del creditore] o determinandone l'estinzione [destinata a verificarsi grazie al deposito, al sequestro o all'impossibilità sopravvenuta di una prestazione di fare]. Per le ragioni indicate, resta estranea al campo visivo del legislatore e dei suoi interpreti l'eventualità che il difetto di cooperazione *costituisca* inadempimento di un'obbligazione, o che ad esso *si*

<sup>3</sup> Cfr. ADDANTE, *Della mora del creditore*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Artt. 1206-1217, Milano, 2017, 356 s.; MANIACI, *Obbligazioni di fare*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle obbligazioni*, a cura di CUFFARO, Milano, 2012, sub art. 1217, 957; D'AMICO, *Comportamento del creditore*, cit., 239 s.; VISINTINI, *Mora del creditore*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 9, 2ª ed., Milano, 1999, 204; CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., 443; ID., *Della mora del creditore*, cit., 272 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 431; BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, ad vocem, 9; NATOLI, BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, 219 ss.

accompagni l'inadempimento di un'obbligazione che vedrebbe il creditore nella posizione di parte obbligata.

Quello qui segnalato sembra essere un limite logico, connaturato alla scelta di disciplinare la cooperazione nel titolo delle obbligazioni. Lo conferma, tra l'altro, una riforma assai meditata come quella recentemente realizzata in Francia<sup>4</sup>. Il legislatore francese, che disciplina la cooperazione all'adempimento nel titolo delle obbligazioni, si preoccupa di coordinare la mora del creditore e la liberazione coattiva del debitore [*consignation*] integrandole in un procedimento unitario<sup>5</sup>; per converso, non prevede alcuna disposizione volta a coordinare i rimedi previsti in questa sede a favore del debitore con quelli che reagiscono all'inadempimento<sup>6</sup>.

È tuttavia evidente che quando l'obbligazione deriva da un contratto di scambio il difetto di cooperazione del creditore si accompagna spesso all'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva. Occorre allora ricostruire l'interazione tra i rimedi previsti a favore del debitore nel titolo delle obbligazioni e i rimedi accordati al medesimo soggetto quale creditore della prestazione corrispettiva.

## 2. ...e dove, invece, può costituire oggetto di obbligazione

La prospettiva cambia radicalmente dove la cooperazione all'adempimento viene considerata oggetto di un'obbligazione contrattuale, come avviene nei sistemi di *common*

---

<sup>4</sup> Dalla *Ordonnance* no. 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Il provvedimento introduce anche nel diritto francese la mora del creditore, regolamentandola insieme al deposito nel contesto del capo dedicato all'estinzione delle obbligazioni (artt. 1345-1345/2).

<sup>5</sup> Il debitore, infatti, può effettuare il deposito (di somme di denaro) o il sequestro (di altri beni) solo a condizione che siano decorsi almeno due mesi dalla data della costituzione in mora senza che l'impedimento rappresentato dal difetto di cooperazione sia venuto meno (art. 1345-1, al. 1). Al creditore viene così accordato un termine durante il quale può dimostrare l'insussistenza dei presupposti della mora e del conseguente deposito. Nel procedimento delineato dalla legge di riforma, il controllo giudiziale sui presupposti dei due rimedi non è necessario ma eventuale, in quanto rimesso all'iniziativa del creditore; se quest'ultimo non contesta la regolarità della costituzione in mora il debitore può effettuare il sequestro o il deposito, che lo liberano a decorrere dalla data in cui vengono notificati alla controparte (art. 1345-1, al. 3).

<sup>6</sup> Riproponiamo qui una valutazione espressa in altra sede: v., volendo, DELLACASA, *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore*, in *Tratt. Cicu-Messineo, Le obbligazioni*, VI, Milano, 2019, 23-25.

*law*<sup>7</sup> e nei principi internazionali modellati su di essi<sup>8</sup>. In mancanza di una disciplina generale delle obbligazioni analoga a quella rinvenibile nei codici civili europei, la cooperazione viene ricondotta sul terreno dei contratti di scambio, che vedono entrambe le parti assumere la posizione di debitore e creditore delle prestazioni integranti il sinallagma.

Si ammette, dunque, che il creditore di una prestazione sia obbligato a cooperare alla sua esecuzione, oltre che ad eseguire la controprestazione dovuta: il fatto che entrambi i contraenti assumano la posizione di parte debitrice e creditrice delle prestazioni contrattuali favorisce la qualificazione della cooperazione quale oggetto di un'obbligazione ulteriore. Viene così superato l'ostacolo di ordine logico che nella prospettiva fissa e unilaterale propria del diritto delle obbligazioni preclude l'applicabilità dei rimedi contro l'inadempimento. Compratore e committente sono obbligati a pagare il prezzo ma anche a cooperare alla consegna del bene, al compimento dell'opera o alla prestazione del servizio.

Sulla base di tale presupposto, la soluzione del conflitto innescato dal difetto di cooperazione viene indirizzata verso lo scioglimento del rapporto inattuato, che prelude alla conclusione di un contratto sostitutivo avente ad oggetto la prestazione rifiutata dal creditore. Infatti, da un lato il difetto di cooperazione, in quanto inadempimento di un'obbligazione, giustifica la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno; dall'altro, la legittimazione della parte fedele a pretendere l'attuazione dello scambio appare significativamente limitata. Quando una delle parti manifesta chiaramente di non essere più interessata a ricevere la prestazione, l'altra non può esigere il pagamento del corrispettivo quando avrebbe potuto concludere un contratto sostitutivo senza sostenere costi rilevanti, tale valutazione essendo condotta sulla base di un confronto tra le posizioni dei contraenti<sup>9</sup>. Se infatti, come avviene spesso, il debitore la cui prestazione è

<sup>7</sup> In relazione al diritto inglese, cfr. artt. 27, 37(2), 50 *Sale of Goods Act* 1979 (di seguito, SGA); con riferimento al diritto americano, cfr. §§ 2-301, 2-703(1) *Uniform Commercial Code* (di seguito, UCC). Per un confronto tra le soluzioni rispettivamente adottate nei sistemi anglosassoni e in quelli continentali, cfr. VAQUER, *Tender of Performance, Mora Creditoris and the (Common ?) Principles of European Contract Law*, 17 *Tul. Eur. & Civ. L. F.*, 83, 2002; TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Clarendon, 1988, 40 ss.

<sup>8</sup> Cfr. artt. 53, 60 *Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG); artt. 1:202, 1:301 n. 4; 8:101, *Comment, A Principles of European Contract Law* (PECL); artt. III-1:104, IV.A- 3:101, 3:104, IV.B-3:106, IV.B-5:103, IV.C- 2:103, IV.C-3:102, IV.C-4:102 *Draft Common Frame of Reference* (DCFR); artt. 3:001, 3:201 (*Sales*), 3:107, 4:101 (*Leases*), 1:104 (*Service Contracts*) *Principles of European Law* (PEL); artt. 5.1.3, 7.1.1 *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (PICC); artt. 123, 131 *Common European Sales Law* (CESL). In letteratura, cfr. O. LANDO, *Non Performance (Breach) of Contracts*, in *Towards a European Civil Code*, 4th ed., ed. by Hartkamp, Hesselink, Hondius, Mak, du Perron, Alphen aan den Rijn, 2011, 689; OLSEN, *The Choice of the Aggrieved Party. An Analysis of the Remedies in the Principles of European Contract Law*, 1 *Eur. Rev. Priv. L.*, 21, 40, 1999.

<sup>9</sup> Con riferimento al diritto americano, cfr. § 2-709 UCC. I redattori dello *Uniform Commercial Code* si preoccupano di precisare che la disciplina dettata dal § 2-709 è esaustiva: l'azione per il pagamento del prezzo, dunque, può essere esercitata solo al verificarsi delle condizioni previste dalla disposizione, mentre nelle altre ipotesi il venditore può esigere solo il risarcimento del danno

stata rifiutata è in grado di ricollocarla sul mercato sostenendo costi inferiori a quelli che graverebbero sulla controparte, l'attuazione dello scambio comporterebbe uno spreco di risorse: la parte fedele al contratto – nel nostro caso, il debitore della prestazione rifiutata – non può dunque pretendere il pagamento del corrispettivo, ma ha l'onere di ritornarla sul mercato<sup>10</sup>.

È appena il caso di aggiungere che qualora il prezzo di mercato della prestazione rifiutata dal creditore risulti inferiore a quello pattuito nel contesto del contratto inattuato, il debitore fedele al contratto può conseguire la differenza a titolo di risarcimento del danno, in applicazione dei comuni criteri che governano la determinazione del danno da risoluzione [*damages for total breach*]. Egli può inoltre conseguire il risarcimento del danno derivante dalla dilatazione del rapporto [*incidental damages*]<sup>11</sup> ed è protetto contro il rischio che la prestazione divenga impossibile se questo accade entro un ragionevole periodo di tempo da quando il creditore ha rifiutato la prestazione o non ha fornito la

---

(UCC, *Official Comment*, nn. 6, 7). I limiti che circoscrivono l'azione per il corrispettivo pecuniario vengono ricondotti al principio che impone alla parte fedele l'onere di limitare le conseguenze dannose dell'inadempimento: v., tra i molti, FORTIN, *Why There Should Be a Duty to Mitigate Liquidated Damages Clauses*, 38 *Hofstra L. Rev.* 285, 308, 2009; MARTIN, *Opportunistic Resales and the Uniform Commercial Code*, *U. Ill. L. Rev. Online*, 2016, 487, 502 s., testo e nt. 86. Una regola analoga si trova enunciata nel *Restatement 2nd of Contracts*, in relazione al principio che impone al contraente fedele l'onere di limitare il danno derivante dall'inadempimento: cfr. § 350, *Comment*, sub c. Regole analoghe si riscontrano nei principi internazionali: cfr. art. 9:101 PECL; artt. III.-3:301, IV.B-6:101 DCFR; artt. 4:101, *Comment*, D (*Sales*), 6:103 (*Lease*) PEL; art. 132(2) CESL.

Sensibilmente diversa la soluzione adottata nel diritto inglese dall'art. 49 SGA: quando il compratore rifiuta di ricevere il bene, infatti, il venditore può esigere il pagamento del prezzo se la proprietà è già stata trasferita al compratore o, alternativamente, se il contratto prevede che il prezzo debba essere pagato in una certa data, a prescindere dal fatto che il bene sia stato consegnato. Come si osserva in letteratura, al verificarsi di tali presupposti la disposizione permette al venditore di esigere il pagamento del prezzo anche se è in condizione di concludere agevolmente un contratto sostitutivo. Perspicuamente, sul punto, TREITEL, *The Law of Contract*, 12<sup>th</sup> ed., Milano, 2007, 1098: «a seller of goods who claims damages for non-acceptance may be under a duty to mitigate by reselling the goods; but once he has acquired the right to sue for the price there seems, in English law, to be no suggestion that he must mitigate even though he can easily resell and even though he is in a much better position than the buyer to do so».

<sup>10</sup> L'azione per il corrispettivo pecuniario, invece, non incontra alcun limite quando la prestazione in natura è stata accettata dal creditore: v., a titolo esemplificativo, CALAMARI, PERILLO, *On contracts*, 5<sup>th</sup> ed., West, 2003, 603 s.; BENFIELD JR., GREENFIELD, *Sales*, Foundation Press, 2007, 456, i quali osservano conclusivamente che «the seller has only a very limited right to recover the price from a reluctant buyer who does not have the goods» (corsivo aggiunto).

<sup>11</sup> In relazione ai quali, cfr. BARNES, ZALESNE, *A Unifying Theory of Contract Damage Rules*, 55 *Syracuse L. Rev.* 495 (2005); BARNES, ZALESNE, *The Shadow Code*, 56 *S.C. L. Rev.* 93 (2004); ANDERSON, *Incidental and Consequential Damages*, 7 *J. L. & Com.* 327, 1987. Il presupposto della responsabilità del compratore è un'offerta seria e attendibile, ma non assoggettata a requisiti formali né a convalida giudiziale: cfr. art. 37 SGA; §§ 2-503, 2-507, 2-710(1) UCC.

necessaria cooperazione<sup>12</sup>. Viene così accordata al debitore una tutela interinale, corrispondente a quella garantita nei sistemi a diritto codificato dalla mora del creditore.

La scelta di indirizzare verso la risoluzione e il risarcimento del danno la soluzione del conflitto innescato dal rifiuto della prestazione appare condivisibile e coerente con l'area tematica alla quale afferiscono le regole qui sintetizzate: quella dei contratti di scambio. I procedimenti di liberazione coattiva del debitore rinvenibili nel titolo delle obbligazioni [deposito e sequestro] comportano l'attribuzione della prestazione ad un soggetto non motivato a riceverla e a valorizzarla, come risulta dal fatto che il creditore ha precedentemente rifiutato un'offerta formale. Per effetto della risoluzione e della conseguente conclusione di un contratto sostitutivo, la prestazione rifiutata dal creditore viene invece destinata a chi è più interessato a farne un uso economicamente produttivo. La soluzione è preferibile, in quanto coerente con il criterio che privilegia l'attribuzione di beni e risorse ai soggetti che sono meglio in grado di valorizzarli.

È prevedibile, d'altra parte, che il debitore si orienti spontaneamente in questa direzione per limitare gli inconvenienti e i rischi ai quali è esposto a seguito del rifiuto della prestazione opposto dal creditore. Risolvendo il contratto e ricollocando la prestazione sul mercato, il debitore ne realizza il valore di scambio più rapidamente di quanto avverrebbe se ricorresse al deposito o al sequestro del bene ed esigesse il pagamento del corrispettivo pattuito mediante l'esercizio di un'azione di adempimento. Operando in questo modo, inoltre, il debitore attenua il rischio che il creditore disinteressato a ricevere la prestazione risulti insolvente, vanificando, così, il suo diritto di conseguire il pagamento del corrispettivo: non si tratta di un'eventualità rara, in quanto non di rado il rifiuto opposto dal creditore è motivato dalla mancanza delle risorse necessarie a garantire l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva. Ebbene, quando la prestazione viene scambiata sul mercato il rischio di insolvenza della controparte non interessa più l'intero ammontare del corrispettivo pattuito, ma l'eventuale differenza tra lo stesso e quello concordato nel contesto di un contratto sostitutivo, esigibile a titolo di risarcimento del danno. D'altra parte, le regole che proteggono il debitore contro gli inconvenienti e i rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto assecondano la ricerca di un interlocutore interessato a ricevere la prestazione rifiutata dal creditore; come ci apprestiamo a constatare, l'istituto della mora del creditore può svolgere nel nostro sistema una funzione analoga.

In definitiva, la riconduzione della cooperazione all'adempimento all'area tematica dei contratti di scambio favorisce per più di un motivo il ricorso alla risoluzione. Da un lato, essa rimuove l'ostacolo di ordine logico che impedisce di configurare la cooperazione quale oggetto di obbligazione, avvalorando l'applicazione dei rimedi contro l'inadem-

---

<sup>12</sup> Limitando nel tempo la portata della regola che pone a carico del creditore il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione si intende contrastare l'inerzia del debitore ed indurlo a ritornare tempestivamente sul mercato per valorizzare la prestazione: cfr. §§ 2-510(3), 2-709(1) UCC. In relazione al diritto inglese, una regola di imputazione del rischio si rinviene nell'art. 20(2) SGA.

pimento. Dall'altro, siccome muove dall'assunto in base al quale la prestazione rifiutata dal creditore è oggetto di scambio, assume che la medesima prestazione – anziché essere ineludibilmente destinata al creditore disinteressato a riceverla – possa essere ulteriormente valorizzata grazie alla risoluzione del contratto e al ricorso al mercato.

La rilevanza dell'area tematica alla quale è ricondotto il difetto di cooperazione risulta confermata da alcune disposizioni, rinvenibili nei codici civili europei, in base alle quali quando il compratore non riceve la merce preventivamente offerta il contratto si risolve alla scadenza del termine previsto per la consegna, anche se il prezzo non è ancora esigibile<sup>13</sup>. Esse confermano che quando il difetto di cooperazione viene ricondotto sul terreno del contratto, la soluzione più semplice e intuitiva del conflitto insorto tra le parti si identifica con la risoluzione. Poco importa, in questa prospettiva, che la mancata ricezione della merce costituisca inadempimento di un'obbligazione avente ad oggetto la stessa cooperazione o che, invece, assuma rilevanza in quanto prelude al mancato pagamento del corrispettivo. Ciò che rileva è che anche nei sistemi a diritto codificato il legislatore ammette la risoluzione quale conseguenza del difetto di cooperazione quando abbandona la prospettiva dell'obbligazione per assumere quella dei contratti di scambio.

### **3. Per una integrazione tra diritto delle obbligazioni e diritto dei contratti: mora del creditore e risoluzione del contratto per inadempimento**

Il codice civile italiano disciplina la cooperazione all'adempimento nel titolo delle obbligazioni, sicché non stupisce che le disposizioni di parte generale non contemplino la risoluzione tra i rimedi a tutela del debitore; come si è constatato alla fine del paragrafo precedente, da esse si distingue nettamente la disciplina della vendita mobiliare, che tuttavia ha carattere settoriale. Chi leggesse gli artt. 1206-1217 c.c. come un istituto chiuso e autosufficiente, privo di rapporti con l'ambito dei rimedi contro l'inadempimento, sarebbe portato a ritenere che l'unico itinerario percorribile dal debitore sia quello di costituire in mora il creditore e perdurando il difetto di cooperazione liberarsi dell'obbligazione tramite il deposito o il sequestro.

A nostro avviso, tuttavia, tale ricostruzione non meriterebbe di essere condivisa, in quanto anziché sviluppare le potenzialità del dato normativo ne accentuerebbe le difficoltà di adattamento alla realtà empirica. È da ritenere, per contro, che la mora del creditore delineata dal codificatore del '42 sia compatibile con la risoluzione del contratto per inadempimento, e che la relativa disciplina sia coerente con la scelta di sciogliere il rapporto inattuato e destinare la prestazione ad un altro soggetto interessato a riceverla. L'istituto, infatti, è modellato in modo tale da indurre il debitore pregiudicato dal difetto

---

<sup>13</sup> Cfr. art. 1657 *Code civil*; art. 1517, c. 2 c.c. V. anche il § 433(2) BGB.

di cooperazione a salvaguardare il valore di scambio della prestazione per poterla ricollocare sul mercato.

L'opinione è sostenibile sulla base di elementari riscontri storici e comparatistici.

È significativa, in primo luogo, la stessa scelta di recepire l'istituto di origine romanistica della *mora accipiendi*, ignorato invece dal *Code civil* francese del 1804 e dal codice civile previgente. Questi ultimi accordavano al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione la legittimazione a liberarsi dell'obbligazione effettuando il deposito del bene rifiutato dal creditore; non prevedevano, invece, rimedi volti a proteggere il debitore la cui offerta fosse stata rifiutata contro i pregiudizi e i rischi derivanti dalla dilatazione del rapporto<sup>14</sup>. Tale risultato veniva ipotizzato in dottrina e avvalorato da alcune pronunce giurisprudenziali per effetto di un'interpretazione apertamente creativa del dettato legislativo<sup>15</sup>. Date queste condizioni, tuttavia, la tutela accordata al debitore che si fosse limitato ad effettuare l'offerta senza procedere al deposito risultava precaria e instabile.

Ora, se per conseguire una tutela piena il debitore avrebbe dovuto dismettere la prestazione effettuando il deposito, quando il rapporto non attuato fosse sorto da un contratto a prestazioni corrispettive la via della risoluzione sarebbe risultata preclusa. Essendo tenuto a compiere il deposito, il debitore interessato ad essere tutelato contro il difetto di cooperazione non avrebbe potuto risolvere il contratto e valorizzare la prestazione ricollocandola sul mercato, ma avrebbe dovuto percorrere necessariamente la strada dell'attuazione coattiva del rapporto, esigendo il pagamento del corrispettivo mediante l'esercizio di un'azione di adempimento. Come si è anticipato, tale soluzione appare inefficiente in una prospettiva di carattere generale [perché attribuisce la prestazione ad un soggetto non interessato a riceverla, trascurando altri interlocutori più motivati a valorizzarla] oltre che rischiosa nell'ottica del debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione [in quanto subordina la realizzazione del valore di scambio della prestazione ad un procedimento che ha tempi lunghi ed esito incerto].

Introducendo la *mora accipiendi*, il codificatore del '42 anticipa al momento dell'offerta la tutela accordata al debitore, che risulta protetto contro la dilatazione del rapporto. Il debitore conserva la disponibilità della prestazione – che invece si troverebbe costretto a dismettere se fosse tenuto ad effettuare il deposito – e può tornare sul mercato per individuare un altro soggetto interessato a riceverla confidando nella protezione accordatagli dalla mora del creditore. In questo scenario, è assai probabile che il debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione sia legittimato a conseguire la risoluzione del

<sup>14</sup> Per un confronto tra le soluzioni adottate dal codice civile del '42 e quelle del codice civile previgente, a loro volta modellate sul dettato del *Code Napoléon*, cfr. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., 1 ss.; ID., *La cooperazione del creditore*, cit., 4 s., nt. 3. Nella letteratura più recente, cfr. CURSI, *La mora del creditore*, nel *Tratt. obbligazioni Garofalo-Talamanca*, Padova, 2010, 805 ss. e se si crede DELLACASA, *La cooperazione all'adempimento*, cit., 11-20.

<sup>15</sup> Per un'accurata ricostruzione, oltre che per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, si rinvia a CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., 10 ss.

contratto allegando a fondamento di essa l'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva. La conclusione, pacifica quando il creditore costituito in mora è già inadempiente, è sostenibile anche se la controprestazione non è ancora esigibile, in quanto il rifiuto dell'offerta formale effettuata dal debitore prelude con un ragionevole grado di certezza all'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva<sup>16</sup>: ci si riferisce, evidentemente, alla figura della risoluzione per inadempimento anticipato, che trova ampi riscontri in giurisprudenza<sup>17</sup>.

Ebbene, se da un lato il debitore che si è visto rifiutare l'offerta formale può liberarsi del rapporto inattuato mediante la risoluzione del contratto per inadempimento, dall'altro il regime della mora del creditore delineato dal codice civile vigente lo induce a preservare il valore di scambio della prestazione. Il codificatore, dunque, non si limita a recepire un istituto idoneo a proteggere contro le conseguenze del difetto di cooperazione anche il debitore che si orienta verso la risoluzione, preferendola al deposito, ma ne delinea i contorni in modo tale da indurre lo stesso debitore a salvaguardare la prestazione per poterla ricollocare sul mercato.

Per convincersene, è sufficiente confrontare la disciplina della mora rinvenibile nel codice civile italiano con quella tracciata dal BGB, che sotto l'influsso della pandettistica riproduce i lineamenti della figura ricavabili dalle fonti romane. Anche dopo aver effettuato la costituzione in mora, il debitore non è legittimato ad abbandonare la prestazione rifiutata dal creditore [come, invece, prevede il BGB in relazione alle obbligazioni aventi ad oggetto la consegna di immobili e navi<sup>18</sup>]; permane assoggettato al regime ordinario della responsabilità per inadempimento [la sua responsabilità essendo invece limitata al

<sup>16</sup> Per un'argomentazione meno sommaria v., se si crede, DELLACASA, *La cooperazione all'adempimento*, cit., 93-108.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., 21 dicembre 2012, n. 23823, in *Contratti*, 2013, 553, con nota di DELLA CHIESA, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*; Cass., 9 gennaio 1997, n. 97, in *Danno resp.*, 1997, 727, con nota di PRINCIGALLI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*; Cass., 10 aprile 1986, n. 2500, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 501, ed in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 155, con nota di CONTE, *Appunti in tema di mancato compimento dell'attività preparatoria e di risoluzione anticipata del contratto*; Cass., 17 marzo 1982, n. 1721, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1306, con nota di DE SANCTIS, *Inadempimento, prima della scadenza, del contratto di edizione*; Cass., 12 dicembre 1975, n. 4089, in *Foro it.*, 1976, I, 1613; Cass. 29 ottobre 1973, n. 2818, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 20 ss. (s.m.), con nota di TARTAGLIA, *Dichiarazione di risoluzione del contratto per fatti imputabili alla controparte e inadempimento prima del termine*; Cass., 27 luglio 1973, n. 2210, in *Foro it.*, 1974, I, 1769; Cass., 20 luglio 1971, n. 2335, in *Foro it.*, 1971, I, 2485; Cass., 18 maggio 1965, n. 956, in *Foro it.*, 1965, I, 1934; Cass., 8 ottobre 1963, n. 2677, in *Giust. civ.*, 1964, I, 651; Cass., 29 febbraio 1960, n. 364, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 35; Cass., 10 febbraio 1950, n. 271, in *Foro it.*, 1950, I, 1032. Sulla figura della risoluzione per inadempimento anticipato v., anche per ulteriori riferimenti, gli studi monografici di VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., e di PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008. Per una puntuale documentazione, ed un'analisi capillare, della giurisprudenza, cfr. VENTURELLI (a cura di), *La tutela sinallagmatica "anticipata" nei contratti a prestazioni corrispettive*, Torino, 2013.

<sup>18</sup> Cfr. § 303 BGB

dolo o alla colpa grave nel BGB<sup>19</sup> e nel *Code civil* riformato<sup>20</sup>]; fruisce di una tutela risarcitoria integrale, avendo diritto di essere compensato per tutte le spese sostenute e le occasioni di guadagno perse a causa della dilatazione del rapporto [il BGB prevedendo invece a suo favore solo un indennizzo per le spese di custodia e conservazione della *res*<sup>21</sup>]. Si assiste, dunque, ad una marcata evoluzione della fisionomia dell'istituto rispetto a quella attestata dalla tradizione romanistica: il debitore non fruisce di alcuna limitazione di responsabilità e viene tutelato integralmente contro il difetto di cooperazione, essendo così indotto a sostenere provvisoriamente gli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del rapporto per poter individuare un altro interlocutore interessato a ricevere la prestazione.

Se dunque le scelte effettuate dal codificatore del '42 nel configurare gli effetti sostanziali dell'istituto sono innovative e condivisibili, il procedimento che governa la costituzione in mora del creditore è macchinoso e defaticante. Ci si riferisce in particolare alla formalità dell'offerta (artt. 1208, comma 1°, n. 7; 1209, 1216, comma 1° c.c.; 73-75 artt.) e alla previsione della convalida giudiziale (art. 1207, comma 3° c.c.): due requisiti che non sembrano affatto coerenti con la connotazione provvisoria e interinale degli effetti della *mora accipiendi*. Introducendo l'istituto si sceglie di proteggere il debitore fin dal momento dell'offerta, sollevandolo dall'onere di ricorrere al deposito e permettendogli di conservare provvisoriamente la disponibilità della prestazione; senonché, il procedimento da seguire per effettuare la costituzione in mora ed accedere a tale primo livello di tutela è talmente laborioso e complesso da poter essere realisticamente attivato solo quando il debitore intende liberarsi definitivamente della prestazione ricorrendo al deposito o al sequestro.

I requisiti procedurali previsti dal codice civile vigente costituiscono il retaggio della legislazione anteriore, in cui, pure, la protezione accordata al debitore si esauriva nella legittimazione ad effettuare il deposito. Le formalità originariamente previste con riferimento a quest'ultimo per evitare abusi ai danni del creditore vengono estese alla *mora accipiendi*, che tuttavia si differenzia dal deposito in quanto offre al debitore una protezione provvisoria, in quanto destinata a cessare con l'estinzione dell'obbligazione. Nella prassi, tali requisiti hanno l'effetto di dissuadere il debitore dall'effettuare la costituzione in mora se non quando essendosi orientato verso il deposito è tenuto a seguire un procedimento altrettanto impegnativo. Sicché, in concreto, la mora del creditore tende ad assumere il ruolo di semplice preludio del deposito, assai più modesto di quello che potrebbe svolgere considerando solo la dimensione sostanziale dell'istituto. In prospettiva di riforma, la mora del creditore uscirebbe definitivamente dal cono d'ombra del deposito, per acquisire una concreta rilevanza sul piano applicativo, se si ritenesse

<sup>19</sup> Cfr. § 300 BGB.

<sup>20</sup> Cfr. art. 1345, al. 2 *Code civil*. Nello stesso senso dispone l'art. 6.64 del codice civile olandese (BW).

<sup>21</sup> Cfr. § 304 BGB.

sufficiente ad attivarla un'offerta informale – purché seria e attendibile – e si eliminasse la previsione del giudizio di convalida, rimettendo alle parti la decisione di promuovere il sindacato giudiziale sui presupposti della mora.

Non stupisce, dunque, che allo stato attuale i rimedi previsti dall'art. 1207 c.c. a favore del debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione vengano applicati assai raramente. Più spesso, la mora del creditore viene impropriamente evocata per risolvere problemi relativi alla gestione di un rapporto di scambio, come avviene in relazione al contratto di locazione di immobili urbani adibiti ad uso diverso da quello di abitazione.

Come è noto, quando il mancato rinnovo non è imputabile al conduttore gli è dovuto il pagamento di un'indennità che compensa la perdita dell'avviamento commerciale legato all'ubicazione dell'immobile (art. 34 l. 392/1978). La legge istituisce un rapporto di corresponsività tra la corresponsione dell'indennità di avviamento e la restituzione dell'immobile: il locatore, infatti, può ottenerne la consegna e il rilascio forzati solo se corrisponde al conduttore l'indennità (artt. 34, comma 3°; 69, comma 10° l. 392/1978). Qualora la medesima indennità non sia stata pagata, il conduttore non può essere considerato in *mora debendi* ai sensi dell'art. 1591 c.c., in quanto la mancata restituzione dell'immobile è giustificata dall'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva (art. 1460 c.c.). In giurisprudenza, tuttavia, si assume che tra le parti si instauri un rapporto di locazione *ex lege* tale da riprodurre nei suoi lineamenti essenziali quello estinto a seguito della scadenza del termine, sicché il conduttore che continua a detenere l'immobile senza ricevere l'indennità di avviamento resta obbligato pagare il canone precedentemente pattuito. Da tale obbligazione potrebbe liberarsi solo effettuando un'offerta formale di restituzione tale da costituire in mora il locatore<sup>22</sup>, ovvero procedendo al sequestro liberatorio<sup>23</sup>. All'offerta formale non vengono ricollegati gli effetti della *mora accipiendi*, ma una conseguenza del tutto arbitraria, qual è l'esonero dalla corresponsione del canone

---

<sup>22</sup> Cfr. Cass., 15 novembre 2017, n. 26950, in *Riv. giur. edil.*, 2017, I, 90; Cass., 25 giugno 2013, n. 15876, in *Arch. loc.*, 2014, 68; Cass., 17 dicembre 2010, n. 25638, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2043; Cass., 7 giugno 2006, n. 13345, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Locazione*, 154 ed in *Dir. prat. soc.*, 2006, f. 23, 52; Cass., 14 febbraio 2006, n. 3184, in *Guida dir.*, 2006, f. 18, 80 (s.m.) ed in *Rep. Foro it.*, 2006, *Locazione*, 155; Cass., 10 febbraio 2003, n. 1941, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1810, in *Giur. it.*, 2003, 1574 ed in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1479; Cass., 13 febbraio 2002, n. 2086, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Obbligazioni in genere*, 64; Cass. 17 ottobre 1995, n. 10820, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 292, con nota di DEL BENE, *Sull'inesigibilità del credito all'indennità per perdita di avviamento commerciale in assenza di offerta, ex parte conductoris, di riconsegna dell'immobile locato, ai sensi dell'art. 1216 c.c., in epoca successiva alla cessazione del rapporto di locazione - Costituzione in mora del locatore e responsabilità ex art. 1224 c.c.* Nella giurisprudenza di merito, v. App. Bari, 20 dicembre 2012, n. 1153, per esteso in *De Jure*.

<sup>23</sup> Cfr. Cass., 20 gennaio 2016, n. 890, in *Arch. loc.*, 2016, 402, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 889, con nota di M. FERMEGLIA, *Subordinazione dell'offerta di riconsegna dell'immobile locato al pagamento dell'indennità di avviamento*, ed in *Contratti*, 2016, 321, con nota di DELLACASA, *Quando la locazione commerciale giunge al termine: restituzione dell'immobile e corresponsione dell'indennità di avviamento tra mora accipiendi e mora debendi*, e 645 (s.m.), con nota di DELLA CHIESA, *Indennità di avviamento e restituzione dell'immobile locato*.

di locazione. Essa attiene al rapporto tra le prestazioni dovute dalle parti; dunque, alla gestione dello scambio che caratterizza questa fase del rapporto, per così dire “post-contrattuale”. Non ha invece alcuna attinenza alla tutela accordata al debitore pregiudicato dal difetto di cooperazione<sup>24</sup>.

Più numerose le pronunce che fanno riferimento alla mora del creditore sul terreno del rapporto di lavoro. Secondo una massima ricorrente in giurisprudenza, quando il datore di lavoro interrompe illegittimamente l’attuazione del rapporto il dipendente può ottenere il pagamento della retribuzione solo se ha offerto la prestazione lavorativa, costituendo in mora la controparte. La casistica è ampia e variegata, e una sua analisi dettagliata è incompatibile con le dimensioni del presente contributo<sup>25</sup>; in questa sede, dunque, ci limiteremo ad una considerazione di carattere generale. Dall’offerta della prestazione lavorativa non discendono gli effetti della mora del creditore, pure richiamata nel contesto delle motivazioni: non è infatti concepibile che il lavoratore sia tutelato contro i rischi e gli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del rapporto, in quanto il rifiuto di attuarlo opposto dal datore di lavoro ne determina l’estinzione, sia pure per la frazione corrispondente alle prestazioni che non sono state eseguite. La prestazione lavorativa deve essere necessariamente eseguita nel periodo pattuito, sicché quando il datore di lavoro ne interrompe l’esecuzione la stessa diviene impossibile<sup>26</sup>; né è ipotizzabile che il

<sup>24</sup> Come si è ritenuto in altra sede, alla quale si rinvia per una valutazione meno sommaria di tale indirizzo giurisprudenziale (DELLACASA, *Quando la locazione commerciale*, cit., 333-336), è praticabile una ricostruzione più aderente al dato normativo, oltre che preferibile per gli esiti ai quali conduce. Dato il rapporto di corrispettività tra indennità di avviamento e restituzione dell’immobile istituito dalla legge, la mancata corresponsione della somma da parte del locatore giustifica il rifiuto di restituire il locale opposto dal conduttore (art. 1460 c.c.), che dunque non può essere considerato in mora in relazione a nessuno degli effetti previsti dall’art. 1591 c.c. Se dunque il conduttore – non essendo in *mora debendi* – è esonerato non solo dal risarcimento del maggior danno, ma anche dal pagamento del canone, il locatore è indotto a corrispondere tempestivamente la somma dovuta per ottenere la restituzione dell’immobile, del quale altrimenti concederebbe il godimento senza alcuna contropartita. In attesa della corresponsione dell’indennità di avviamento, il conduttore detiene l’immobile precariamente, in quanto sa che dovrà abbandonarlo non appena la controparte avrà versato la somma dovuta; questo lo porta a differire gli investimenti che sarebbero altrimenti necessari per sviluppare la sua attività. Ebbene, inducendo il locatore a corrispondere tempestivamente l’indennità di avviamento la soluzione qui ipotizzata riduce la detenzione precaria dell’immobile da parte del conduttore e favorisce gli investimenti necessari per lo sviluppo dell’attività nei nuovi locali.

<sup>25</sup> Per un’analisi meno sommaria v., volendo, DELLACASA, *La cooperazione all’adempimento*, cit., 373-426.

<sup>26</sup> Come risulta dal noto passo di MENGONI, *Note sull’impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna, 1953, 282 s.: «il ritardo della prestazione di una o più singole opere, cioè di una o più giornate di lavoro, si risolve immediatamente in inadempimento definitivo, in quanto l’opera, nel momento stesso in cui scade senza che sia eseguito il lavoro, si consuma: le “*operae praeteritae*” sono, appunto “*operae peritae*”. Corrispondentemente, giusta l’art. 1463, il datore di lavoro rimane liberato “pro rata” dall’obbligazione di pagare la mercede». Dello stesso Autore v. anche *Note sull’inadempimento volontario nell’obbligazione di lavoro*, in

datore di lavoro possa pretenderne l'esecuzione differita, dopo aver impedito al lavoratore di adempiere nel periodo di tempo previsto dal contratto.

Anziché costituire in mora il datore di lavoro, l'offerta della prestazione lavorativa posta a carico del dipendente vale a smentire una sua ipotetica tolleranza nei confronti dell'interruzione del rapporto; non si può escludere, infatti, che il lavoratore l'abbia condivisa, in quanto ha interesse ad astenersi dall'attività lavorativa anche se ciò comporta il sacrificio del suo diritto a percepire la relativa retribuzione. L'offerta della prestazione lavorativa neutralizza, allora, un'eventuale eccezione di tolleranza del datore di lavoro: essa smentisce che l'interruzione del rapporto sia stata condivisa dal dipendente, interessato ad astenersi dall'attività lavorativa anche a costo di sacrificare il suo diritto di percepire la retribuzione.

La lettura qui proposta trova riscontro nell'analisi della casistica. L'offerta della prestazione viene ritenuta necessaria al verificarsi di fattispecie in relazione alle quali è ipotizzabile che il lavoratore presti acquiescenza all'interruzione del rapporto: è quanto si verifica in presenza di una clausola di risoluzione automatica nulla<sup>27</sup> e di un termine illegittimamente apposto al contratto<sup>28</sup>. L'onere di offrire la prestazione, invece, non è posto a carico del lavoratore - che, dunque, può conseguire ugualmente il pagamento della retribuzione - quando un'ipotetica eccezione di tolleranza del datore di lavoro sarebbe

---

*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 270 ss.

<sup>27</sup> Cfr. Cass., 30 aprile 2010, n. 10527, in *Rep. Foro it.*, 2010, *Lavoro (rapporto)*, 1501; Cass., 10 dicembre 2008, n. 29001, per esteso in *De Jure*; Cass., 7 giugno 2007, n. 13292, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Lavoro (rapporto)*, 1507; Cass., 10 ottobre 2006, n. 22342, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Lavoro (rapporto)*, 1581; Cass., 5 agosto 2004, n. 15130, in *Giust. civ.*, 2005, I, 104; Cass., 25 novembre 2003, n. 17987, in *Notiz. giur. lav.*, 2004, 345 ed in *Rep. Foro it.*, 2004, *Lavoro (rapporto)*, 927.

<sup>28</sup> Cfr. Cass., ord. 27 gennaio 2021, n. 1758, per esteso in *One Legale*; Cass., ord. 10 settembre 2018, n. 21947, *ivi*; Cass., 12 gennaio 2016, n. 286, *ivi*; Cass., 26 settembre 2013, n. 22057, per esteso in *De Jure*; Cass., 2 luglio 2009, n. 15515, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Lavoro (rapporto)*, 952; Cass., 27 maggio 2009, n. 12333, in *Notiz. giur. lav.*, 2009, 455; Cass., 3 ottobre 2008, n. 24592, per esteso in *De Jure*; Cass. 29 settembre 2008, n. 24294, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Lavoro (rapporto)*, 885; Cass., 13 aprile 2007, n. 8903, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Lavoro (rapporto)*, 852; Cass., 21 novembre 2006, n. 24655, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Lavoro (rapporto)*, 848; Cass., 3 marzo 2006, n. 4677, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2338; Cass., 21 febbraio 2006, n. 3717, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Lavoro (rapporto)*, 884; Cass., 27 ottobre 2005, n. 20858, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Lavoro (rapporto)*, 792; Cass., 5 ottobre 2004, n. 19899, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 3083; Cass., 25 novembre 2003, n. 17987, in *Notiz. giur. lav.*, 2004, 345; Cass., 22 ottobre 2003, n. 15827, in *Arch. civ.*, 2004, 332 ed in *Rep. Foro it.*, 2004, *Lavoro (rapporto)*, 928; Cass., 26 maggio 2003, n. 8366, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Lavoro (rapporto)*, 883; Cass., 26 maggio 2003, n. 8352, in *Notiz. giur. lav.*, 2003, 706; Cass., 17 ottobre 2001 n. 12697, in *Foro it.*, 2001, I, 3515; Cass., 26 maggio 2001 n. 7186, in *Rep. Foro it.*, 2001, *Lavoro (rapporto)*, 655; Cass., 27 febbraio 1998 n. 2192, in *Rep. Foro it.*, 1998, *Lavoro (rapporto)*, 707; Cass., 15 dicembre 1997, n. 12665, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 546 ed in *Dir. lav.*, 1998, II, 212; Cass., 4 ottobre 1996, n. 8695, in *Rep. Foro it.*, 1996, *Lavoro (rapporto)*, 540; Cass., 27 giugno 1996 n. 5930, in *Notiz. giur. lav.*, 1996, 512; Cass., 18 maggio 1995, n. 5482, in *Rep. Foro it.*, 1995, *Obbligazioni in genere*, 34; Cass., 21 ottobre 1994, n. 8672, in *Notiz. giur. lav.*, 1995, 129; Cass., sez. un., 5 marzo 1991, n. 2334, in *Foro it.*, 1991, I, 1100 ed in *Dir. lav.*, 1991, II, 149.

evidentemente infondata: è quanto accade a seguito del licenziamento illegittimo<sup>29</sup>, non essendo realisticamente ipotizzabile che in questa ipotesi il lavoratore abbia tollerato l'interruzione del rapporto.

Anche su questo terreno, la costituzione in mora del creditore è solo apparente. L'offerta della prestazione viene invece richiamata per giustificare soluzioni più correttamente argomentabili facendo riferimento ai comuni principi che governano l'applicazione dei rimedi contro l'inadempimento. Se l'interruzione del rapporto è stata condivisa - ciò che potrebbe ritenersi in assenza dell'offerta - si verifica una risoluzione "secca", non accompagnata dal risarcimento del danno: nemmeno il lavoratore, infatti, è interessato all'attuazione del rapporto. Quando invece l'iniziativa assunta dal datore di lavoro non è stata tollerata dal lavoratore, quest'ultimo vede tutelato il proprio interesse positivo, risultando legittimato a conseguire il pagamento della retribuzione o il risarcimento del danno: l'offerta della prestazione lavorativa avvalorata tale esito, in quanto incompatibile con l'ipotesi di una tolleranza verso l'interruzione del rapporto.

Risulta così confermato che mentre gli effetti della mora del creditore delineati dal titolo delle obbligazioni sono attivati assai raramente, la figura viene evocata dalla giurisprudenza per risolvere questioni che riguardano l'attuazione dei contratti di scambio o la gestione dello scenario conseguente al loro scioglimento. La tendenza lascia perplessi, e non solo perché la mora del creditore viene richiamata impropriamente: i riferimenti ad essa, infatti, sembrano sollevare problemi più rilevanti di quelli che sono chiamati a risolvere<sup>30</sup>.

Per altro verso, quando effettivamente si configura l'esigenza di tutelare il debitore contro le conseguenze del difetto di cooperazione trovano applicazione norme speciali, che escludono l'applicazione della disciplina contenuta nel titolo delle obbligazioni. Ci si riferisce in particolare al regime delle riserve, applicabile all'appaltatore pregiudicato dal difetto di cooperazione del committente pubblico<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. Cass., 6 giugno 2019, n. 15379, per esteso in *One legale*; Cass., 10 luglio 2013, n. 17122, per esteso in *De Jure*; Cass., 10 agosto 2007, n. 17606, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Lavoro (rapporto)*, 1344; Cass., 18 maggio 2006, n. 11670, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 936; Cass., 18 febbraio 2003, n. 2392, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 157 ed in *Notiz. giur. lav.*, 2003, 477; Cass., 21 marzo 2000, n. 3345, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, 467 ed in *Notiz. giur. lav.*, 2000, 485.

<sup>30</sup> Non è possibile in questa sede argomentare tale opinione: ci si permette di rinviare, dunque, al già citato *La cooperazione all'adempimento*, 359-426.

<sup>31</sup> Cfr. art. 121, c. 7 d.lgs. n. 36/2023, *Codice dei contratti pubblici*. Nella normativa previgente, cfr. art. 107, c. 4 d.lgs. n. 50/2016, *Codice dei contratti pubblici*; artt. 12, 26 d.P.R. n. 1063/1962, *Capitolato generale d'appalto per le opere pubbliche* e artt. 16, 53, 54, 89 r. d. n. 350/1895, *Regolamento per la direzione, la contabilità e la collaudazione dei lavori dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici*.

#### 4. Quando la cooperazione non è necessaria per permettere l'adempimento dell'obbligazione, ma per supplire alle carenze dell'accordo contrattuale

Fino a questo momento abbiamo considerato la cooperazione all'adempimento, che si identifica con la condotta necessaria per l'esecuzione della prestazione dovuta dalla controparte. Si è constatato che mentre nella prospettiva dell'obbligazione tale condotta occupa una posizione inevitabilmente accessoria rispetto alla prestazione, nell'ottica del contratto può essere considerata essa stessa oggetto di obbligazione, giustificando l'applicazione dei rimedi contro l'inadempimento.

Si è poi osservato che quando il difetto di cooperazione ostacola l'attuazione di un contratto di scambio la disciplina della mora del creditore contenuta nel titolo delle obbligazioni è compatibile con la risoluzione per inadempimento. Il debitore non fruisce di alcuna attenuazione di responsabilità e viene pienamente tutelato contro gli inconvenienti derivanti dalla dilatazione del rapporto, sicché è indotto a salvaguardare il valore di scambio della prestazione per poterla ricollocare sul mercato: la disciplina della mora, in definitiva, asseconda la scelta di puntare sulla risoluzione, preferendola al deposito. Senonché, il procedimento previsto dalla legge risulta talmente impegnativo da rendere alquanto improbabile il ricorso alla tutela assicurata al debitore dalla *mora accipiendi*, per sua natura interinale e provvisoria (art. 1207). In giurisprudenza, l'istituto viene invece evocato per argomentare soluzioni relative a rapporti di scambio contrattuali [lavoro subordinato] o post-contrattuali [locazione commerciale]: su questo terreno, tuttavia, la sua applicazione è solo apparente.

Ci chiediamo, ora, se la cooperazione che occorre ai fini dell'attuazione del contratto si esaurisca nella cooperazione all'adempimento. La risposta sarebbe positiva se le parti fossero in grado di prevedere, e dedurre ad oggetto di obbligazioni, tutti i comportamenti che l'attuazione del contratto richiede, ciò che avverrebbe qualora l'accordo potesse definire ogni aspetto dell'operazione economica, identificando le prestazioni dovute nelle diverse fasi del rapporto. Sappiamo, però, che non sempre questo avviene.

Il contratto prefigura un'operazione economica destinata a realizzarsi nel futuro, sia esso prossimo o lontano nel tempo. Talvolta – come avviene nell'esempio paradigmatico del contratto concluso dal turista con il distributore di benzina – la formazione dell'accordo non è preceduta da una significativa interazione tra le parti, che non è necessaria neppure ai fini dell'attuazione del rapporto; l'esecuzione delle prestazioni contrattuali avviene contestualmente alla conclusione dell'accordo o poco dopo di esso; i contraenti sono in grado di definire con precisione i lineamenti dell'operazione economica, deducendo ad oggetto di obbligazioni i comportamenti necessari per attuarla. Al verificarsi di queste condizioni – che in base ad una nota teoria elaborata negli USA integrano il modello del contratto *discrete*<sup>32</sup> – l'accordo governa efficacemente l'operazione economi-

<sup>32</sup> Ci si riferisce in particolare ai contributi di MACNEIL: *Adjustment of Long-Term Economic Re-*

ca programmata dalle parti e le obbligazioni che ne derivano definiscono i lineamenti dell'affare con un elevato grado di attendibilità.

In altri casi l'accordo è preceduto da una significativa interazione tra le parti, che dopo la sua conclusione permane necessaria per garantire una soddisfacente attuazione del rapporto; le prestazioni contrattuali vengono eseguite in modo continuativo o periodico, o decorso un considerevole periodo di tempo dal momento della conclusione dell'accordo; l'accordo delinea in modo solo approssimativo i lineamenti dell'operazione economica, la cui fisionomia è destinata ad essere definita con il progredire del rapporto. Il modello denominato "relazionale" (*relational*) qui sommariamente richiamato si caratterizza per il fatto che il contratto non è in grado di controllare efficacemente l'operazione economica programmata dalle parti. Quest'ultima, infatti, ha uno sviluppo in larga parte autonomo dall'accordo iniziale, che richiede alle parti un'interazione diversa da quella strettamente necessaria a permettere l'adempimento delle obbligazioni contrattuali: non si tratta di attuare un programma definito al momento della conclusione del contratto, ma di elaborare soluzioni volte a superare le criticità che minacciano l'attuazione del rapporto.

Tra i due estremi dello spettro (*discrete* e *relational*) esiste un'ampia gamma di soluzioni intermedie. Maggiore è la vicinanza rispetto al modello relazionale, minore la capacità dell'accordo di definire i lineamenti dell'operazione economica tramite il ricorso allo strumento tecnico dell'obbligazione.

È da valutare, allora, quale sia l'accezione di «cooperazione» adottata dal titolo delle obbligazioni, e se tale accezione sia sovrapponibile a quella rilevante sul terreno dei contratti di scambio. Ebbene, essendo focalizzato su una prestazione che assume ben definita, il titolo delle obbligazioni disciplina la cooperazione necessaria per la sua fisiologica esecuzione: è quella che in conformità ad un uso linguistico consolidato abbiamo indicato fino a questo momento come «cooperazione all'adempimento». Se invece ci si colloca nella prospettiva del contratto, risulta evidente che l'attuazione del rapporto non si esaurisce nella fisiologica esecuzione delle prestazioni oggetto di scambio e nella cooperazione che si rende necessaria in relazione ad esse. Su questo terreno la cooperazione all'adempimento può non essere sufficiente, perché viene meno il suo presupposto fondamentale: quello in base al quale i lineamenti dell'affare sono definiti in modo preciso e attendibile dall'accordo contrattuale e dalle obbligazioni che esso impone alle parti. Perché l'operazione economica possa essere attuata, è non di rado necessario che le parti cooperino per individuare soluzioni non previste al momento della conclusione dell'accordo e superare, così, le divergenze intercorrenti tra di esse.

Tra i fattori che generano il bisogno di cooperazione – intesa in questa seconda, più impegnativa accezione – si annoverano gli investimenti dedicati all'attuazione del contratto, che giustificano l'attribuzione del diritto di sanare l'inadempimento e l'imposi-

---

*lations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 *Nw. U. L. Rev.* 854, 856 ss. (1977-1978); *The Many Futures of Contracts*, 47 *S. Cal. L. Rev.* 691, 720 ss. (1974); *Restatement Second of Contracts and Presentation*, 60 *Va. L. Rev.* 589 (1974).

zione di un obbligo corrispondente al contraente fedele; la lunga durata del rapporto, che rende assai più probabile la necessità di concordarne un adattamento a circostanze sopravvenute; l'incompletezza dello stesso accordo, che non regolando aspetti importanti dell'operazione economica chiama le parti a cooperare per rimuovere le divergenze generate dai loro confliggenti interessi.

Come è evidente, i tre fattori indicati caratterizzano i contratti che si avvicinano al polo relazionale dello spettro. Il modello del contratto relazionale non può essere posto alla base di un'operazione di qualificazione analoga a quella che siamo abituati a compiere in relazione ai tipi contrattuali, in quanto non individua una fattispecie dai contorni ben definiti, ma solo caratteristiche comuni a rapporti eterogenei<sup>33</sup>. Esso non permette di delimitare una certa porzione della realtà empirica per riconnettervi determinati effetti giuridici, ma evidenzia che nell'area del contratto le componenti "accordo" e "relazione" hanno una rilevanza variabile in dipendenza delle caratteristiche del rapporto.

La teoria del contratto relazionale, nondimeno, può avere su questo terreno una valenza descrittiva e analitica. In relazione ai contratti che si avvicinano al modello *discrete*, la cooperazione necessaria per attuare il rapporto tende ad indentificarsi con quella stessa cooperazione all'adempimento che il codificatore del '42 disciplina nel titolo delle obbligazioni. Siccome l'accordo e le obbligazioni che esso impone alle parti identificano in modo tendenzialmente completo i comportamenti necessari alla realizzazione dell'affare, è sufficiente che i contraenti cooperino all'esecuzione delle prestazioni oggetto di scambio. Quando invece il rapporto si approssima all'estremo relazionale dello spettro, la cooperazione tra le parti non è orientata all'esecuzione di quanto pattuito, ma all'individuazione di soluzioni estranee al perimetro dell'accordo, ancorché attinenti alla sfera degli interessi economici che i contraenti hanno inteso perseguire per mezzo di esso.

## 5. Le obbligazioni di cooperazione nel diritto applicato e il ruolo del giudice

Le controversie che vedono le parti addebitarsi reciprocamente il fallimento dell'operazione economica, e la conseguente risoluzione del contratto, offrono un punto di vista sulla cooperazione alla quale si è fatto riferimento al termine del paragrafo precedente: quella che non si esaurisce nelle condotte necessarie a permettere l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, ma si manifesta in comportamenti estranei all'area dell'accordo e delle relative obbligazioni.

Quando entrambe le parti chiedono la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, la lite verte effettivamente sull'applicazione del secondo rimedio. Il giudice è

---

<sup>33</sup> Si è così ritenuto che il contratto relazionale costituisca una categoria sociologica piuttosto che giuridica, non potendosi identificare sulla base di essa le situazioni di fatto destinate ad essere sottoposte ad uno specifico regime: cfr. EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, 94 *Nw. U. L. Rev.* 805, 821 (2000).

chiamato a decidere quale dei due contraenti sia responsabile del collasso del rapporto, risultando così obbligato a risarcire il danno che ne deriva. In presenza di un inadempimento bilaterale occorre, dunque, identificare la parte il cui interesse ad attuare il contratto [*id est*, interesse positivo] merita di essere protetto e addebitare alla controparte il risarcimento del danno conseguente alla sua lesione<sup>34</sup>. Se poi a una domanda di risoluzione e risarcimento del danno si contrappone un'azione di adempimento, la tutela dell'interesse positivo della parte fedele al contratto investe la stessa attuazione dello scambio, trattandosi di valutare se il contratto si risolve con l'attribuzione di un risarcimento ovvero possa essere coattivamente attuato sulla base di una sentenza di condanna.

Ebbene, l'analisi della giurisprudenza denota che tale valutazione è relativamente semplice quando il fattore che genera la crisi del rapporto si identifica con la mancata o inesatta esecuzione delle prestazioni pattuite. La tentazione di rinunciare alla protezione dell'interesse positivo pronunciando una risoluzione “senza risarcimento” affiorante nella giurisprudenza di merito viene disattesa dalla S.C.: per quanto possibile, risoluzione e risarcimento devono essere addebitati ad una sola delle parti – quella che ha impedito l'attuazione dello scambio – giacché altrimenti la forza di legge del contratto sintetizzata nella formula dell'interesse positivo risulterebbe compromessa<sup>35</sup>.

A ben vedere, una risoluzione “secca”, non accompagnata dal risarcimento del danno, comporta un esito analogo a quello che si verificherebbe qualora fosse accertata la nullità del contratto. Senonché, presupposto del rimedio è che il contratto sia valido e vincolante: tale, dunque, da avere «forza di legge tra le parti» (art. 1372, comma 1° c.c.).

<sup>34</sup> Nella giurisprudenza italiana, come è noto, tale valutazione viene condotta sulla base di un confronto che porta ad addebitare la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno al contraente il cui inadempimento è anteriore, causalmente determinante quello della controparte, comparativamente più grave: v., tra le molte, Cass., ord. 9 febbraio 2021, n. 3009, in *Rep. Foro it.*, 2022, *Contratto in genere*, 199; Cass., 12 febbraio 2020, n. 3455 [si segnala che la massima (in *Rep. Foro it.*, 2020, *Contratto in genere*, 436), in base alla quale la risoluzione non può essere pronunciata in presenza di inadempimenti equivalenti, è fuorviante: la S.C. si limita a confermare la sentenza di secondo grado che aveva addebitato ad una delle parti la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno]; Cass., ord. 11 febbraio 2020, n. 3273, per esteso in *Foro Plus*; Cass., 8 agosto 2019, n. 21209, in *Rep. Foro it.*, 2019, *Contratto in genere*, 290; Cass., 22 maggio 2019, n. 13827, *ibidem*, *Contratto in genere*, 348; Cass., 16 maggio 2019, n. 13241, in *Foro it.*, 2019, I, 3655; Cass., 10 maggio 2019, n. 12549, in *Rep. Foro it.*, 2019, *Contratto in genere*, 292; Cass., 30 maggio 2017, n. 13627, in *Rep. Foro it.*, 2017, *Contratto in genere*, 403; Cass., 18 settembre 2015, n. 18320, in *Corr. giur.*, 2016, 801, con nota di DOLMETTA, *Clausola risolutiva espressa e incidenza sulla valutazione dell'importanza dell'inadempimento ex art. 1455 c.c.*; Cass., 11 giugno 2013, n. 14648, in *Foro it.*, 2013, I, 3478; Cass., 3 luglio 2013, n. 16637, in *Contratti*, 2014, 363 con nota di DELLA CHIESA, *Inadempimento reciproco e risoluzione del contratto*; Cass., 10 ottobre 2011, n. 20743, per esteso in *Foro Plus*; Cass., 13 dicembre 2010, n. 25159, *ivi*; Cass., 9 giugno 2010, n. 13840, in *Rep. Foro it.*, 2010, *Contratto in genere*, 504.

<sup>35</sup> Cfr. Cass., ord. 11 febbraio 2020, n. 3273, in *Notariato*, 2020, 163; Cass., 22 maggio 2019, n. 13827, *cit.*; Cass., 5 giugno 2018, n. 14409, in *Foro it.*, 2018, I, 3131; Cass., 3 febbraio 2015, n. 1904, per esteso in *Foro Plus*; Cass., 3 luglio 2013, n. 16637, *cit.*; Cass., 11 giugno 2013, n. 14648, *cit.*; Cass., 17 febbraio 2004, n. 2992, in *Giur. it.*, 2005, 32; Cass., 3 gennaio 2002, n. 27, in *Giur. it.*, 2002, 920.

La valutazione appare più delicata quando la crisi del rapporto non è dovuta alla mancata o inesatta esecuzione delle prestazioni pattuite dalle parti, ma ad un difetto della cooperazione che si rende necessaria oltre l'area delimitata dall'accordo contrattuale. Sia pure sommariamente, abbiamo già indicato le ragioni che alimentano il bisogno di cooperazione e che in assenza di essa precludono la realizzazione dell'operazione economica. Gli investimenti compiuti dalla parte inadempiente [come potrebbe essere l'appaltatore] per soddisfare specifiche esigenze di quella fedele al contratto [per ipotesi, il committente]: stante la difficoltà di ricollocare la prestazione sul mercato, essi giustificano la pretesa di sanare l'inadempimento per evitare la risoluzione. La durata del rapporto, che rende più probabile la necessità di un suo adattamento a circostanze sopravvenute. La debolezza dell'accordo, affetto da carenze che lo rendono inidoneo a governare la realizzazione dell'operazione economica: gli errori compiuti dalle parti al momento della formazione del contratto richiedono l'individuazione di nuove soluzioni, idonee a permettere la realizzazione dell'affare.

Un'indagine comparatistica svolta in altra sede ha identificato le soluzioni sperimentate in alcuni sistemi giuridici occidentali<sup>36</sup>. A partire dagli anni '70 del secolo scorso, la giurisprudenza francese avvalora la formula della *résolution aux torts réciproques*, o *aux torts partagés*<sup>37</sup>. Quando entrambe le parti sono inadempienti, e le violazioni ad esse imputabili possono essere accostate per gravità e rilevanza, risoluzione e risarcimento vengono addebitati ad entrambe, nella misura in cui hanno contribuito allo scioglimento del rapporto<sup>38</sup>. Il risarcimento rispettivamente dovuto viene compensato<sup>39</sup> o quantificato sulla base della frazione di responsabilità rispettivamente ascrivibile alle parti<sup>40</sup>; si rinuncia, così, a perseguire l'obiettivo di tutelare pienamente l'interesse positivo e di garantire al contratto forza di legge. Nel contesto delle pronunce che adottano tale soluzione, non si riscontra una narrativa volta a ricostruire la sequenza dei comportamenti che conduce alla crisi del rapporto. L'argomentazione non appare basata sui fatti, ma ap-

---

<sup>36</sup> V., se si crede, *Prestazione e cooperazione nei rimedi contro l'inadempimento: uno sguardo comparatistico*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 120.

<sup>37</sup> Cfr. Cass. com. 18 décembre 1972, *Bull. civ. IV*, n. 336. L'orientamento, al quale la dottrina presta attenzione soprattutto a seguito dei casi *Pierre Cardin* e *YSL* [v., rispettivamente, Cass. com. 10 février 1987, n. 85-16814, *Bull. civ. IV*, n. 42 e Cass. com. 11 mars 1986, n. 84-11690, *Bull. civ. IV*, n. 44, entrambe commentate da MAISTRE, *Résolution aux torts partagés et compensation simplement éventuelle des dommages-intérêts*, *RTD civ.* 1987, 542], trova riscontro nella giurisprudenza recente: cfr. Cass. com. 18 octobre 2011, n. 10-30871; Cass. 3e civ. 3 février 2009, n. 08-10253; Cass. com. 5 décembre 2000, n. 98-12827.

<sup>38</sup> Per un'accurata ricostruzione della giurisprudenza si rinvia a GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, L.G.D.J., 2007, 716 ss.

<sup>39</sup> Cfr. Cass. com. 18 octobre 2011, n. 10-30871, cit.; Cass. com. 5 décembre 2000, n. 98-12827, cit.; Cass. com. 11 mars 1986, n. 84-11690, cit.

<sup>40</sup> Cfr. Cass. Ire civ. 8 juillet 2003, n. 98-20475, *Bull. civ. I*, n. 162; Cass. com. 14 juin 2000, n. 97-20074; Cass. Ire civ. 22 mars 1988, n. 85-17970; Cass. com. 6 mars 1984, nn. 82-11350, 82-14517, *Bull. civ. IV*, n. 92.

piattita sul momento della decisione; essa avvalorata l'impressione che i comportamenti delle parti non siano consequenziali, ma indipendenti.

Negli Stati Uniti, al contrario, la giurisprudenza tende ad imputare ad una sola delle parti la responsabilità del fallimento dell'operazione economica, perseguendo l'obiettivo di tutelare pienamente l'interesse positivo del contraente deluso. Per pervenire a tale risultato, si costruiscono obbligazioni di cooperazione destinate a governare la fase patologica del rapporto e ad impedire che la divergenza tra gli interessi delle parti – acuitasi a seguito del verificarsi dell'inadempimento – precluda definitivamente la realizzazione dell'affare<sup>41</sup>.

Di qui il riconoscimento del diritto di sanare l'inadempimento a favore dell'appaltatore che sostiene investimenti rilevanti per eseguire una prestazione rispondente ad uno specifico interesse del committente; ad esso corrisponde l'obbligazione di cooperazione del committente, che in prima battuta deve limitarsi a sospendere il pagamento del corrispettivo, essendo legittimato risolvere il contratto solo se a seguito della sospensione l'inadempimento non viene sanato dalla controparte<sup>42</sup>. Sulla stessa linea si colloca l'obbligazione di segnalare l'inadempimento del quale la controparte non sia consapevole per consentirle di sanarlo ed evitare la risoluzione<sup>43</sup>. Se poi il contratto non definisce un aspetto importante dell'operazione economica, alimentando pretese ugualmente plausibili, la parte che lo risolve senza attendere l'esito della controversia promossa dall'altra sul presupposto della permanenza del rapporto è tenuta a risarcire il danno a prescindere dalla soluzione poi rivelatasi corretta<sup>44</sup>. Ancora, quando risulta dimostrato l'inadempimento

<sup>41</sup> Cfr. HILLMAN, *Keeping the Deal Together after Material Breach - Common Law Mitigation Rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts*, 47 U. Colo. L. Rev. 553, 1976; FARNSWORTH, *Contracts* 4<sup>th</sup> ed., cit., 562.

<sup>42</sup> Cfr. *Restatement 2nd of Contracts*, § 242; FARNSWORTH, *Contracts* 4<sup>th</sup> ed., cit., 566 ss. Se dunque il creditore scioglie il rapporto senza consentire al debitore di sanare l'inadempimento, rischia di vedersi addebitare il danno che consegue al fallimento dell'operazione: cfr. *Madden Phillips Constr. v. GGAT Dev. Corp.*, 315 S.W.3d 800 (2009); *RW Power Partners, L.P. v. Virginia Elec. & Power Co.*, 899 F. Supp. 1490 (1995); *Gibson v. City of Cranston*, 37 F.3d 731 (1994); *Fitz v. Coutinho*, 136 N.H. 721 (1993); *Walker & Co. v. Harrison*, 347 Mich. 630 (1957); *Turner Concrete Steel Co. v. Chester Constr. & Contracting Co.*, 271 Pa. 205 (1921). Viene parimenti condannata a risarcire il danno conseguente allo scioglimento del rapporto la parte che interrompe definitivamente l'esecuzione del contratto legittimamente sospesa dalla controparte: *Manganaro Corp. v. Hitt Constr., Inc.*, 193 F. Supp. 2d 88 (2002); *Magnet Resources, Inc. v. Summit MRI, Inc.*, 318 N.J. Super. 275 (1998); *K & G Constr. Co. v. Harris*, 223 Md. 305 (1960). Correlativamente, viene accolta la domanda di risarcimento del danno della parte che risolve il contratto dopo averne sospeso l'esecuzione, se l'altra parte non sana il proprio inadempimento: *U.W. Marx, Inc. v. Koko Constr., Inc.*, 124 A.D.3d 1121 (2015); *LBL Skysystems (USA), Inc. v. APG-Am., Inc.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 65142 (2006); *Aiello Constr. v. Nationwide Tractor Trailer Training & Placement Corp.*, 122 R.I. 861 (1980); *Watson v. Auburn Iron Works, Inc.*, 23 Ill. App. 3d 265 (1974).

<sup>43</sup> Cfr. *Shen Valley Masonary v. S. P. Cahill & Assocs.*, 57 Va. Cir. 189 (2001); *Liddle v. Petty*, 249 Mont. 442 (1991); *Stanley Gudyka Sales Co. v. Lacy Forest Products Co.*, 915 F.2d 273 (1990).

<sup>44</sup> Cfr. *Oak Ridge Constr. Co. v. Tolley*, 351 Pa. Super. 32 (1985); *Golf Carts, Inc. v. Mid-Pacific Count-*

mento dell'appaltatore, ma non è chiaro se esso abbia leso effettivamente l'interesse del committente, quest'ultimo può esigere assicurazioni in ordine alla funzionalità dell'opera parzialmente eseguita: ma qualora anziché operare in questo modo pretenda il rifacimento dell'opera, e a seguito del rifiuto dell'appaltatore gli precluda l'accesso al cantiere, egli risponde del danno da risoluzione<sup>45</sup>.

In questo ambito, il contraente non collaborativo risponde integralmente del risarcimento del danno conseguente alla risoluzione (*damages for total breach*). Le parti, dunque, sono ugualmente incentivate tanto ad eseguire le prestazioni pattuite, quanto a cooperare per superare le divergenze che altrimenti precluderebbero l'attuazione del contratto. L'individuazione del contraente al quale è imputabile la rottura della relazione implica un'attenta ricostruzione dei fatti che hanno generato la controversia. A differenza delle sentenze della Cassazione francese, che si limitano a constatare l'inadempimento di entrambe le parti per ripartire tra di esse la responsabilità del fallimento dell'operazione, quelle dei giudici statunitensi ricostruiscono la sequenza dei comportamenti che hanno condotto alla crisi del rapporto: solo su questa base, infatti, è possibile imputare il danno conseguente alla risoluzione ad una sola delle parti e tutelare pienamente l'interesse positivo dell'altra.

Ritornando, ora, al diritto italiano, si è anticipato che quando la controversia verte sulla mancata o inesatta esecuzione delle prestazioni contrattuali – come avviene, spesso, con riferimento al preliminare di vendita immobiliare – la Cassazione adotta un orientamento volto a garantire piena tutela all'interesse positivo della parte delusa, contrastando la tentazione di pronunciare una risoluzione senza risarcimento rinvenibile nella giurisprudenza di merito. Sul terreno segnato dall'accordo contrattuale e dalle obbligazioni che ne derivano, la S.C. italiana si distacca dalla Cassazione francese per avvicinarsi alle posizioni della giurisprudenza statunitense. Per quanto possibile, la responsabilità della rottura del rapporto deve essere imputata ad una sola delle parti, l'inadempimento della quale giustifica la mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta dall'altra.

Più raramente approdano all'attenzione della giurisprudenza italiana controversie incentrate sulla seconda delle accezioni di «cooperazione» alla quale abbiamo fatto riferimento: quella estranea al perimetro dell'accordo contrattuale e sollecitata, anzi, dalle carenze che lo rendono inidoneo a governare la realizzazione dell'operazione economica. Data la scarsità delle pronunce giurisprudenziali, è difficile individuare su questo terreno un orientamento univoco e coerente. Si può affermare, tuttavia, che quando in una prima fase la cooperazione funziona, in quanto le parti adottano soluzioni non previste dall'accordo contrattuale, la giurisprudenza è sensibile all'evoluzione della relazione; la

---

*ry Club*, 53 Haw. 357 (1972). Per una fattispecie in cui l'appaltatore ritenuto responsabile aveva disatteso la decisione di un soggetto terzo incaricato di risolvere le controversie relative all'esecuzione della prestazione (*engineer*), cfr. *Brickwood Contrs., Inc. v. City of Durham*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 17339 (1998).

<sup>45</sup> Cfr. *Carfield & Sons, Inc. v. Cowling*, 616 P.2d 1008 (1980). V. anche § 251 *Restatement 2nd of Contracts*; § 2-609 UCC.

lite viene infatti risolta addebitando la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno alla parte che ha disatteso le decisioni assunte nel corso del rapporto<sup>46</sup>. Se invece l'esecuzione del contratto non inizia neppure, in quanto le parti non riescono a concordare soluzioni idonee a sopperire alle lacune dell'accordo o a correggerne i difetti, l'esito del giudizio appare alquanto incerto. Su questo delicato terreno il principio di buona fede (art. 1375 c.c.) – pure, astrattamente idoneo a guidare la valutazione – non sembra aver alimentato l'elaborazione di obbligazioni di cooperazione analoghe a quelli riscontrabili nella giurisprudenza americana. In assenza di punti di riferimento sicuri ricavabili dalla normativa o dai precedenti giurisprudenziali, le pronunce del giudice di legittimità non perseguono un disegno organico e coerente, ma appaiono confezionate *a posteriori* alla luce della configurazione della fattispecie concreta.

L'esito di due controversie giunte all'attenzione della S.C. conferma la nostra impressione. In entrambi i casi, la lite nasce da evidenti carenze dell'accordo contrattuale, che non è in grado di governare la realizzazione dell'operazione economica prefigurata dalle parti.

Senonché, in una prima occasione vengono confermate le sentenze di merito che sulla base della constatata impossibilità di una produttiva interazione tra le parti avevano pronunciato una risoluzione senza risarcimento<sup>47</sup>. La conclusione viene avvalorata benché l'inadempimento del concessionario privato – obbligato ad iscriversi in uno speciale registro – fosse conseguente al fatto che il concedente pubblico non aveva fornito la cooperazione richiesta ai fini dell'esecuzione del contratto, in quanto non aveva ottenuto l'autorizzazione a gestire il servizio oggetto della concessione. Si ritiene che la conclusione sia giustificata dal rilievo – effettuato dal giudice di secondo grado – in base al quale il mancato conseguimento dell'autorizzazione da parte del committente pubblico sarebbe stato dovuto alla «farraginosità della normativa» ed alle stesse ridotte dimensioni dell'ente, non attrezzato per gestire un procedimento tanto aleatorio e complesso.

Ben diversa la posizione assunta dalla S.C. in una sentenza parimenti recente, relativa ad un contratto avente ad oggetto la manutenzione di un impianto destinato all'esercizio di un servizio pubblico<sup>48</sup>. Posto che il contratto prevedeva la prestazione di un servizio di manutenzione, mentre l'impianto, per le condizioni in cui si trovava, richiedeva di essere prima “messo in sicurezza”, l'appaltatore aveva chiesto di modificare i termini dell'accordo, imbattendosi in un sostanziale rifiuto del committente pubblico; a seguito di esso l'appaltatore si era astenuto dalla prestazione del servizio, sicché il committente aveva manifestato la volontà di risolvere il contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c. senza tuttavia esigere il risarcimento del danno.

<sup>46</sup> Cfr. Cass., 28 maggio 2001, n. 7242, in *Contratti*, 2001, 915; Trib. Reggio Emilia, 25 marzo 2014; Trib. Milano, 23 settembre 2013, entrambe per esteso in *One Legale*.

<sup>47</sup> Cfr. Cass., 6 marzo 2020, n. 6480, per esteso in *De Jure*.

<sup>48</sup> Cfr. Cass., ord. 23 marzo 2023, n. 8282, per esteso in *One Legale*.

La S.C. cassa allora la sentenza di secondo grado, che confermando la soluzione adottata in prima istanza aveva rigettato la domanda di risarcimento dell'appaltatore e ritenuto giustificata la risoluzione dichiarata dal committente benché la prestazione prevista dal contratto non potesse essere eseguita se non sulla base di un intervento volto a mettere in sicurezza l'impianto. Viene così disatteso l'argomento in base al quale la risoluzione dichiarata dal committente in conseguenza della mancata prestazione del servizio sarebbe stata giustificata, in quanto prima di concludere il contratto l'appaltatore aveva avuto la possibilità di ispezionare l'impianto e di constatare l'impossibilità di mantenerlo se non dopo averlo messo in sicurezza. Si ritiene, invece, che il committente fosse obbligato a cooperare con l'appaltatore per rimuovere gli ostacoli che precludevano l'attuazione del rapporto e si richiamano a questo proposito gli artt. 1206 e 1375 c.c.: delle due disposizioni citate, solo la seconda è pertinente, non essendo stati invocati da nessuna delle parti gli effetti della mora del creditore.

La divergenza tra i due approdi giurisprudenziali sembra dovuta non tanto ad una valutazione di ordine tecnico e giuridico, quanto ad un diverso modo di concepire il ruolo del giudice. Chi ritiene che quest'ultimo, in quanto estraneo al rapporto tra le parti, non disponga delle informazioni e delle competenze necessarie per gestire il conflitto insorto oltre il perimetro dell'accordo, considera con sfavore l'elaborazione di obbligazioni di cooperazione. Meglio restare aderenti all'accordo, come è stato originariamente concepito dalle parti, per fornire ad esse un fondamento sicuro sulla base del quale negoziare soluzioni idonee a risolvere la crisi del rapporto<sup>49</sup>.

Sembra in sintonia con tale punto di vista la soluzione che consiste nel risolvere seccamente, cioè senza l'attribuzione di un risarcimento, i contratti affetti da carenze tali da renderli inadatti a regolare l'operazione economica programmata dalle parti. Se il contratto non permette la realizzazione dell'affare, nessuna delle parti può pretendere di essere collocata nella situazione in cui si sarebbe trovata a seguito dell'esecuzione. È questa la conclusione alla quale perviene la S.C. nel primo dei due casi citati<sup>50</sup> e la sentenza di secondo grado cassata dal giudice di legittimità nel secondo<sup>51</sup>. Come si ricorderà, entrambi i giudici di merito avevano ritenuto che il committente avesse legittimamente invocato la risoluzione, reputando l'appaltatore inadempiente in quanto prima di impegnarsi ad effettuare il servizio aveva ispezionato l'impianto: e siccome il committente non aveva chiesto il risarcimento, il contratto era stato dichiarato risolto senza che l'interesse positivo di nessuna delle due parti risultasse protetto.

La soluzione adottata coincide con quella che avrebbe fatto seguito ad una declaratoria di nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto. Non essendo possibile presta-

---

<sup>49</sup> È questa la posizione di SCOTT, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 *Nw. U. L. Rev.*, 2000, 847, 875 s.

<sup>50</sup> Cass., 6 marzo 2020, n. 6480, cit.

<sup>51</sup> Quello in relazione al quale la S.C. si è espressa con ord. 23 marzo 2023, n. 8282, cit.: la narrativa identifica nella Corte d'Appello di Napoli il giudice che ha pronunciato la sentenza cassata, ma non ne indica gli estremi.

re il servizio di manutenzione senza prima mettere in sicurezza l'impianto, il contratto avrebbe potuto essere considerato nullo, con la conseguenza che nessuna delle parti sarebbe stata legittimata a pretendere l'adempimento o il risarcimento del danno. Come è evidente, un esito di questo tipo implica un'interpretazione del testo contrattuale aderente al suo tenore letterale – o comunque, alla volontà espressa dalle parti al momento della conclusione dell'accordo – e il rifiuto della prospettiva dell'integrazione, sulla base della quale avrebbe potuto essere giustificato l'adeguamento del rapporto al sopravvenire di nuove circostanze o al mutamento degli scenari contemplati dalle parti.

Ci sembra, per contro, che l'elaborazione giurisprudenziale di obbligazioni di cooperazione funzionali ad addebitare ad una sola delle parti la risoluzione e il risarcimento del danno implichi un maggior grado di fiducia nelle competenze e nel ruolo del giudice. Si ritiene, evidentemente, che quest'ultimo sia in grado di individuare le condotte necessarie a superare la crisi del rapporto anche se è estraneo ad esso ed interviene *a posteriori*, quando, ormai, l'affare ha perso ogni realistica possibilità di essere attuato.

È questa la prospettiva adottata dalla Cassazione nel contesto della pronuncia già ricordata<sup>52</sup>: si assume, infatti, che, sebbene la prestazione prevista dal contratto non potesse essere eseguita se non preceduta da un più impegnativo intervento di ristrutturazione dell'impianto, il committente sia venuto meno ad un'obbligazione di cooperazione. Al giudice di rinvio chiamato ad applicare il principio di diritto affermato dalla S.C. spetta il non facile compito di identificare la condotta dovuta. Nella fattispecie, essa sembra consistere in una rinegoziazione dei termini dell'accordo tale da includere nel suo oggetto l'intervento necessario per mettere in sicurezza l'impianto. Ciò che conduce il giudice, e lo studioso del diritto, su un terreno molto distante da quello della cooperazione all'adempimento disciplinata dal titolo delle obbligazioni.

## ABSTRACT

Il saggio analizza i significati e le funzioni del concetto di «cooperazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti, in contrapposizione dialettica con quello di «prestazione». Nella prospettiva fissa e unilaterale del diritto delle obbligazioni, la cooperazione è inevitabilmente accessoria alla prestazione, sicché la sua mancanza non giustifica l'applicazione dei rimedi contro inadempimento. Nell'ottica del diritto dei contratti, dove il creditore di una prestazione è anche debitore della prestazione corrispettiva, si ammette invece che la cooperazione costituisca oggetto di obbligazione e che l'inadempimento della stessa giustifichi l'applicazione dei corrispondenti rimedi. Su questo terreno la cooperazione acquisisce, tuttavia, una valenza ulteriore, che emerge, in sede giurisprudenziale, nelle controversie in materia di adempimento reciproco. Talvolta – ed in particolare, nei contratti che hanno una forte componente “relazionale” – le parti sono tenute a cooperare non tanto per rendere possibile l'adempimento delle obbliga-

<sup>52</sup> Cass., ord. 23 marzo 2023, n. 8282, cit.

zioni, quanto per supplire alle carenze dell'accordo contrattuale: dunque ad un difetto di programmazione dell'operazione economica.

*The essay scrutinizes the connotations and roles associated with the term «cooperation» in the law of obligations and in the law of contracts, establishing a dialectical comparison with the concept of «performance». Within the fixed and unilateral framework of the law of obligations, «cooperation» invariably assumes a subsidiary role to performance, and its absence does not warrant the application of remedies for non-performance. Conversely, within the framework of contract law, wherein the party entitled to receive a performance is simultaneously obliged to reciprocate with a counter performance, it is recognized that cooperation assumes the character of an obligation. The non-performance of this cooperative obligation justifies the application of remedies for breach of contract. Moreover, in certain instances – particularly in contracts characterized by a pronounced relational component – the parties are not only obliged to cooperate to facilitate the performance of their obligations but also to address deficiencies in the contractual arrangement, thereby rectifying defects in the economic operation's planning.*



### La incerta sorte dell'affinità dopo il divorzio

Francesca Cristiani



**SOMMARIO:** **1.** La questione demandata alla Corte Costituzionale. – **2.** L'affinità nell'ambito degli effetti personali del matrimonio che sopravvivono al divorzio. – **3.** Il vincolo di affinità nel quadro dell'evoluzione della famiglia. – **4.** Conclusioni.

#### 1. La questione demandata alla Corte Costituzionale

Con l'ordinanza interlocutoria 23 giugno 2023 n. 18064 ([https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/18064\\_06\\_2023\\_civ\\_noindex.pdf](https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/18064_06_2023_civ_noindex.pdf)) la Prima Sezione della Cassazione Civile ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 51 Cost., dell'art. 78, comma 3, c.c., nella parte in cui stabilisce che *“l'affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge da cui deriva, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati. Cessa se il matrimonio è dichiarato nullo, salvi gli effetti di cui all'art. 87, n. 4”, così prevedendo che il vincolo di affinità permanga per il parente del coniuge divorziato, malgrado il rapporto di coniuge da cui tale vincolo è stato determinato sia oramai sciolto.*

Il caso che ha dato origine all'ordinanza della Corte è relativo alla incompatibilità prevista dal Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, ai fini della partecipazione ad organismi degli Enti, per soggetti legati da rapporti familiari (nella fattispecie, si trattava della nomina ad assessore e vicesindaco del cognato del primo cittadino del Comune di Caposele, in quanto fratello della sua ex-moglie). Nello specifico, l'art. 64, n. 4 della predetta normativa così dispone: *“Il coniuge, gli ascendenti, i discendenti, i parenti e affini entro il terzo grado, del sindaco o del presidente della giunta provinciale, non possono far parte della rispettiva giunta né essere nominati rappresentanti del comune e della provincia”.*

A fronte del rigetto del ricorso proposto contro la nomina a vicesindaco del (già) cognato del primo cittadino espresso dal Tribunale di Avellino, la Corte d'Appello di Napoli, investita della questione, sulla scorta della dizione letterale dell'art. 78 c.c., che non contempla il venir meno del vincolo di affinità a seguito della cessazione del rapporto coniugale, ravvisava invece la sussistenza della incompatibilità alla nomina, in accogli-

mento dell'impugnazione proposta. Il legame familiare, non dissolto con il divorzio, giustificerebbe infatti la limitazione del diritto di elettorato passivo, potendo, in astratto, obiettivamente compromettere l'imparzialità dell'Organo.

Il problema sorge a seguito della constatazione che la norma del codice non è stata toccata dall'introduzione dell'istituto del divorzio, con la conseguenza che il venir meno del rapporto matrimoniale non determinerebbe la caducazione del vincolo di affinità, prevista espressamente soltanto in caso di annullamento del matrimonio e altrettanto espressamente, invece, esclusa nel caso di morte di uno dei coniugi.

L'interpretazione strettamente letterale operata dalla Corte d'Appello si pone alla base del ricorso in sede di legittimità, nel quale viene sostenuta la assimilazione strutturale, sotto il profilo dell'incidenza della volontà, tra matrimonio e divorzio, assimilazione che giustificerebbe la cessazione, in conseguenza del divorzio, degli effetti scaturiti dal vincolo:

*La caducazione del vincolo di affinità a seguito del divorzio trova la sua ragione nella sua origine che derivando da un atto volontario, quale il matrimonio, non può che venire meno quando con il divorzio, di natura altrettanto volontaria, si rompe il vincolo matrimoniale e i rapporti di affinità che da questo derivano.*

Nel ricorso si osserva inoltre come l'interpretazione della norma codicistica, richiamata dall'art. 64 del Testo Unico approvato con d.lsg. n. 267 del 2000 nel senso della riconosciuta persistenza del rapporto di affinità in caso di divorzio comporta:

*un'evidente disparità di trattamento tra chi abbia visto cessare gli effetti civili del matrimonio in conseguenza di una sentenza di annullamento e chi, invece, abbia ottenuto gli stessi effetti in virtù di una sentenza di divorzio, perché discrimina in base alla condizione personale del soggetto interessato e risulta, di conseguenza, ostativa alla partecipazione di costui all'organizzazione politica del paese e all'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza.*

In sede di trattazione del ricorso, la Suprema Corte, evidenziando il carattere nomofilattico delle questioni da esaminare, ha affrontato la tematica nella più ampia prospettiva, suggerita dallo stesso ricorrente, della interpretazione del dettato del terzo comma dell'art. 78 del codice civile, nella fattispecie concreta rilevante ai fini della incompatibilità come partecipante ad una giunta municipale presieduta dall'ex-cognato, sotto il profilo della sua sospetta incompatibilità con i principi costituzionali espressi negli artt. 2, 3 e 51.

La Cassazione ha preliminarmente osservato come l'art. 64 del suddetto Testo Unico faccia un implicito rinvio alle regole generali in relazione al vincolo di affinità, rilevando come:

*In mancanza di alcuna espressa regola che stabilisca la cessazione del vincolo in una simile evenienza, esso sembrerebbe dover persistere, inalterato, anche in caso di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.*

La sospetta incoerenza con precetti costituzionali sorge in virtù della considerazione che:

*L'annullamento del matrimonio e il suo scioglimento sono situazioni accomunate da un'evidente vicinanza sotto il profilo effettuale, dato che in entrambi i casi interviene un'iniziativa giudiziale funzionale alla demolizione del vincolo matrimoniale.*

Inoltre, l'interesse contrario al protrarsi della vita coniugale sarebbe evidentemente coincidente nel divorzio e nell'annullamento del matrimonio, indipendentemente dalla loro modalità di incidenza rispettivamente sul rapporto e sull'atto, con la conseguente opportunità di recidere, allo stesso modo:

*le reciproche ramificazioni e i complessi di diritti e doveri tra le parti del rapporto coniugale, senza alcuna apprezzabile differenza; cosicché eventuali labili differenze tra le cause di demolizione del medesimo rapporto matrimoniale perdono del tutto di significato in rapporto al persistere delle relazioni di affinità (specie quando, come ormai accade non di rado, i rapporti coniugali si succedano nel tempo e le relazioni di affinità si sovrappongano in una rete di status assai ampia ma proprio perciò sbiadita).*

Risulta inoltre, secondo la Corte, “fuori da ogni logica di sistema e di corrispondenza alla realtà sociale ipotizzare l'esistenza di affini del divorziato”, con il perdurare, in termini indissolubili, “di una relazione che scaturisce da un rapporto che, secondo l'ordinamento, ha natura dissolubile”, così che “appare senza senso voler conservare, oltre la distruzione del rapporto di base, quell'affinità che trova il suo significato soltanto nella proiezione di tale rapporto originario”.

La norma codicistica alla base della questione disciplina espressamente, e in maniera opposta, le conseguenze sul vincolo di affinità di due diverse evenienze, ovvero la morte del coniuge e l'annullamento del matrimonio.

L'assenza di un intervento del legislatore sull'art. 78 c.c. successivamente all'introduzione dell'istituto del divorzio ha determinato, come rilevato dalla Corte, la mancanza di una regola specifica atta a disciplinare la sorte del rapporto di affinità, nei casi di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Ed è proprio nella prospettiva di individuazione di tale regola, in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale sollecitata con l'ordinanza interlocutoria in commento, che si intende svolgere le riflessioni che seguono.

## **2. L'affinità nell'ambito degli effetti personali del matrimonio che sopravvivono al divorzio**

Alla perdita dello *status* di coniuge, che con la sentenza di divorzio cessa di esistere con efficacia *ex nunc*, fa da contraltare la obiettiva constatazione di alcuni perduranti effetti del vincolo che, pur attenendo maggiormente ad aspetti di carattere patrimoniale-

le<sup>1</sup>, con la peculiare rilevanza dell'assegno di divorzio<sup>2</sup>, investono anche alcuni profili di

<sup>1</sup> Gli effetti patrimoniali del vincolo coniugale che sopravvivono al divorzio si riferiscono essenzialmente alla pensione di reversibilità e alla ipotesi dell'assegno *post mortem* a carico dell'eredità. In relazione alle conseguenze del divorzio sul trattamento di fine rapporto e sulla pensione di reversibilità cfr., tra altri, CAMILLETI, *Alcune considerazioni sul diritto dell'ex coniuge divorziato a concorrere sull'indennità di fine rapporto e sulla pensione di reversibilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 637 ss. Diffusamente, in tema, cfr. GIACOBBE, VIRGADAMO, in *Trattato di diritto Civile*, diretto da SACCO, *Le persone e la famiglia*, 3, *Il Matrimonio Separazione personale e divorzio*, tomo II, 55 ss.; RIMINI, DANOVÌ, SCHLESINGER, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU, MESSINEO, MENGONI e continuato da SCHLESINGER, Milano, 2015, 167 ss.; specificamente, a proposito delle problematiche relative al presupposto legittimante della precedente titolarità dell'assegno in vita v. DOSSETTI, *Gli effetti della pronuncia di divorzio*, in *Il diritto di famiglia. Trattato diretto da BONILINI e CATTANEO*, vol. I, parte II, Torino, 2007, 857. Unanimente la dottrina rileva trattarsi di un diritto che sorge in capo al divorziato, sussistendone i presupposti, *iure proprio*, direttamente nei confronti dell'ente previdenziale, e non *iure successionis*: v., tra altri, CUFFARO, in ROSSI CARLEO, BELLISARIO, CUFFARO, *Famiglia e successioni. Le forme di circolazione della ricchezza familiare*, Torino, 2016, 204. Gli effetti patrimoniali che sopravvivono allo scioglimento del vincolo e che si riferiscono al mantenimento dei figli appaiono riconducibili al rapporto genitoriale piuttosto che a quello matrimoniale; cfr., in proposito, BATTELLI, *L'obbligo di mantenimento del figlio divenuto maggiorenne e la legittimazione a ricevere l'assegno nella crisi familiare*, in *Divorzio 1970-2020, Una riflessione collettiva*, a cura di CUFFARO, Milano, 2021, 307 ss.

<sup>2</sup> Sulla natura, sorte e quantificazione dell'assegno di divorzio il dibattito dottrinale e gli orientamenti della giurisprudenza sono estremamente variegati e complessi e non è questa la sede per poterne dar conto esaustivamente. Limitandosi ad alcuni dei contributi più recenti, proprio in relazione all'evoluzione della giurisprudenza, si vedano, tra altri, AL MUREDEN, *La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la valenza dell'apporto «extramatrimoniale»*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, Napoli, 2023, II, 1419 ss.; in *Divorzio 1970-2020, Una riflessione collettiva*, cit., cfr. ancora AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra diritto vivente, metodi di calcolo e intelligenza artificiale*, 271 ss.; BENANTI, *Criteri di accertamento dello squilibrio economico tra o coniugi e loro incidenza sulla determinazione dell'assegno divorzile*, 289 ss.; BIANCA, *La perdurante incertezza sulla natura dell'assegno divorzile*, 325 ss.; FAVILLI, *Assegno di divorzio e sorte delle attribuzioni patrimoniali pregresse*, 339; FORTINO, *La svolta dell'ordinanza n. 289995/2020 sulla funzione dell'assegno di divorzio: bilancio di cinquant'anni e prospettive per il futuro*, 349 ss.; LAZZARO, *Assegno di divorzio una tantum tra alea e corrispettivo*, 365 ss.; VENUTI, *Solidarietà postconiugale, assegno di divorzio e autonomia privata*, 383. Si vedano inoltre BALESTRA, *La crisi della comunione di vita*, in *Giust. civ.*, 2020, 30 ss.; BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*, in *Fam. e dir.*, 2018, 955 ss.; CARBONE, *Il contrasto giurisprudenziale sull'assegno all'ex coniuge divorziato tra tenore di vita "paraconiugale" e "dipendenza economica"*, in *Fam. e dir.*, 2018, 958 ss.; DOGLIOTTI, *L'assegno di divorzio tra clausole generali ed interventi "creativi" della giurisprudenza*, in *Fam. e dir.*, 2021, 41 ss.; PATTI, *Assegno di divorzio, il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2018, 1186; QUADRI, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2018, 971 ss. e, dello stesso Autore, *La Cassazione precisa la propria più recente ricostruzione in tema di assegno di divorzio con riferimento ad un caso limite*, in *Corr. Giur.*, 2019, 1174 ss.; SCHIRO', *Attribuzione e determinazione dell'assegno di divorzio: un lungo percorso giurisprudenziale*, in *Fam. e dir.*, 2019, 921 ss.; SALANITRO, *Riflessioni sistematiche su una proposta di riforma della disciplina dell'assegno divorzile*, in *Liber Amicorum* cit., II, 1839 ss.; SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, in *Fam. e dir.*, 2018, 983 ss.; SPADAFORA, *Il prezzo della fine dell'amore tra legge, giudice e contratto*, in *Dir. fam. e pers.*, 2020, 1035 ss.

natura personale.

In quest'ultima prospettiva, è oggetto di specifica attenzione del legislatore la questione relativa alla possibilità per la moglie, in presenza di specifiche condizioni, di conservare il cognome del marito<sup>3</sup>. La espressa possibilità di mantenere il cognome maritale costituisce una rilevante eccezione rispetto alla perdita degli effetti dello *status* coniugale e, come tale, viene interpretata molto riduttivamente dalla giurisprudenza, che mostra un atteggiamento di maggior apertura soltanto nell'ipotesi in cui la domanda sia presentata nell'interesse dei figli.

Al contrario, la legge nulla precisa in merito alla eventuale persistenza del vincolo di affinità a seguito di divorzio.

L'art. 78, 3° comma c.c. specifica che l'affinità non cessa per la morte del coniuge da cui deriva, mentre viene meno in caso di dichiarazione di nullità del matrimonio.

Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio non hanno costituito oggetto di alcuna considerazione, ai fini di un'eventuale modifica della norma. La latitanza legislativa sul punto, evidenziata da molti<sup>4</sup>, ha così diviso la dottrina in due differenti opzioni interpretative in ordine alla sopravvivenza del rapporto di affinità alla pronuncia di divorzio.

Autorevoli voci<sup>5</sup> si esprimono in senso favorevole alla persistenza dell'affinità, soluzione seguita anche dall'unica – a quanto consta – risalente pronuncia di legittimità<sup>6</sup> sul punto.

L'efficacia *ex nunc* della sentenza di divorzio porterebbe, secondo i sostenitori di questa interpretazione, ad equiparare la pronuncia all'evento morte, per il quale espressamente il legislatore esclude il venir meno dell'affinità.

<sup>3</sup> L'attuale disposizione, risultante dall'intervento legislativo del 1987, fa derivare dall'interesse della coniuge o dei figli la possibile deroga alla regola generale di perdita automatica del cognome del marito. V. in proposito, tra altri, recentemente, AGOSTINELLI, *La conservazione del cognome maritale dopo il divorzio nella prospettiva di un ripensamento del nome di famiglia*, in *Divorzio 1970-2020*, cit., 421 ss.; BUGETTI, in *Divorzio (presupposti ed effetti personali)*, in *Enc. Dir., I Tematici, IV, Famiglia*, Milano, 2022, 356.

<sup>4</sup> Cfr., tra altri, BONILINI, *Manuale di diritto della famiglia*, Torino, 2023, 40; DOSSETTI, *op. cit.*, 763; PARISI, *Della parentela e dell'affinità*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER diretto da BUSNELLI, Milano, 2016, 213; più recentemente parla di "latitanza legislativa" CARBONE, *Divorzio e affinità: una lacuna da colmare*, in *L.N.G.C.C.*, 2023, II, 432 ss.

<sup>5</sup> V. BIANCA, in *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 7° ed., a cura di BIANCA, SIRENA, Milano, 2023, 18; AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 259. Sostiene che "in mancanza di una norma specifica, il divorzio non esclude l'affinità" DOGLIOTTI, voce *Famiglia (dimensioni della)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., Torino, agg. 2019, 177 ss.

<sup>6</sup> Cfr. Cass. Civ. I, 7 giugno 1978 n. 2848, in *Foro It.*, 1979, I, c. 2927, citata anche dalla ordinanza in commento.

L'opinione prevalente, accolta anche da due più recenti pronunce di merito<sup>7</sup>, dipende per la cessazione del vincolo<sup>8</sup>, contestando l'opportunità di tale equiparazione. La dottrina che si esprime in questo senso evidenzia come il divorzio sia un intervento distruttore, provocato dalla volontà di porre fine al rapporto instaurato con il matrimonio, e per ciò stesso incompatibile con la sopravvivenza del vincolo di affinità, che ne costituisce la proiezione nell'ambito delle relazioni familiari.

Inoltre, l'assimilazione, negli effetti, tra nullità e scioglimento del matrimonio, disposta espressamente dal legislatore all'art. 87, n. 4 c.c., a proposito della persistenza dell'impedimento matrimoniale tra affini in linea retta, costituirebbe un ulteriore argomento a favore della interpretazione volta a parificare le due ipotesi ed a sostenere, per entrambe, che ne consegua il venir meno degli effetti del vincolo di affinità per tutti i casi non specificamente contemplati<sup>9</sup>.

Certamente gli argomenti in favore di una o dell'altra soluzione<sup>10</sup>, al di là del tenore letterale della norma in questione, non possono che essere inseriti in un più ampio oriz-

<sup>7</sup> V. le pronunce, pure richiamate dalla Corte, del Tribunale di Grosseto, 9 ottobre 2003, in *Dir. fam. e pers.* 2004, 48 e di Milano, sez. IX, 19 luglio 2017, in *Ilfamiliarista.it*, 17 ottobre 2017, con nota adesiva di FIGONE, *Autorizzabile il matrimonio tra affini in primo grado dopo il divorzio*, il quale evidenzia l'opportunità di un "ridimensionamento delle conseguenze ultrattive" del divorzio.

<sup>8</sup> Così RIMINI, DANOLI, SCHLESINGER, *op. cit.*, 95; DOSSETTI, *op. loc. cit.*; CATTANEO, *La parentela e l'affinità*, in *Il diritto di famiglia. Trattato* diretto da BONILINI e CATTANEO, cit., 58; ingiustificata la persistenza del vincolo di affinità dopo il divorzio secondo TRABUCCHI, *Gli affini del divorziato: un rapporto che non ha senso*, in *Giur. It.*, 1978, I, 2091 ss. e VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, in *Trattato Rescigno*, IV, tomo III, Torino, 1982, 879; A. e M. FINOCCHIARO, in *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, 2257, in relazione alla persistenza dell'obbligo alimentare a carico degli affini, contestano l'equiparazione tra morte e divorzio, basata sull'efficacia *ex nunc* di entrambe le ipotesi in relazione al vincolo, accentuando, invece, l'assimilazione tra nullità del matrimonio e divorzio in relazione all'esame dei comportamenti sociali, che evidenzia come i rapporti tra affini si estinguono in caso di pronuncia di nullità, mentre permangono in caso di morte di uno dei coniugi; ritiene che non ci sia ragione per mantenere in vita il rapporto di affinità con i parenti dell'ex-coniuge anche BONILINI, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI, RESCIGNO, coordinato da ZOPPINI, vol. I, t. II, *La Famiglia*, Milano, 2009, 81. Nello stesso senso, più recentemente, BUGETTI, *op. cit.*, 355. Auspica un intervento del legislatore verso tale soluzione CARBONE, *op. cit.*, 436.

<sup>9</sup> Valorizzano la equiparazione che l'art. 87 n. 4 c.c. opera tra quest'ultimo e il matrimonio dichiarato nullo, tra altri, QUADRI, voce *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., Torino, 1990, 534; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, X ed., 2023, 349, il quale, evidenziando come si tratti di un punto controverso, ritiene che tale norma, introdotta nel 1975, "consenta l'interpretazione estensiva dell'art. 78, comma 3 c.c., il cui testo risale al 1942, e così di equiparare le due distinte fattispecie della nullità e del divorzio anche ai fini dell'estinzione dell'affinità, e quindi, oltre l'ambito in cui il legislatore l'ha espressamente disposta".

<sup>10</sup> Riportano le diverse opinioni ed i rispettivi argomenti a sostegno, tra altri, FIGONE, *Parentela e affinità*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da ZATTI, II° ed., Milano, 2011, a cura di FERRANDO, 234; SALITO, *Parentela e affinità*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico* diretto da AUTORINO STANZIONE, Torino, 2011, 30.

zonte che si riferisce agli effetti dello scioglimento del vincolo matrimoniale, in relazione ai coniugi.

A questo proposito, si osserva come appaia costante la tendenza del legislatore, dopo l'introduzione del divorzio, a relegare in ambiti specifici ed espressamente individuati la persistenza degli effetti del rapporto matrimoniale oltre il suo scioglimento.

Recenti interventi normativi che hanno investito questioni relative all'ambito familiare, e, specificamente, aspetti nei quali poteva assumere rilevanza la persistenza degli effetti di un pregresso rapporto matrimoniale evidenziano la volontà di considerare esauriti gli effetti del vincolo, se non per quanto espressamente previsto.

In questo senso, interessante risulta il mancato riferimento al *divorziato* – che viene così equiparato ad ogni altro estraneo – come potenziale autore di azioni lesive, idonee a comportare la sospensione dalla successione e quindi possibile destinatario degli effetti dell'art. 463 *bis*, introdotto dalla legge n. 4 del 2018.

Né la normativa sull'indegnità, pur oggetto di modifica nel 2005<sup>11</sup>, nella individuazione delle diverse ipotesi, considerate tassative e insuscettibili di interpretazione analogica<sup>12</sup>, prende in alcuna considerazione l'ex-coniuge come possibile vittima della condotta, penalmente rilevante, posta in essere da chi può essere escluso dalla successione.

Anche l'analisi di queste disposizioni normative costituisce significativa conferma di una evoluzione tesa ad escludere l'esistenza di ulteriori ipotesi di sopravvivenza degli effetti dello *status* di coniuge, che vadano ad aggiungersi ai casi già accennati in apertura di queste riflessioni e ad altre specifiche indicazioni normative che pure hanno preso in considerazione la persona del "divorziato", anche in ambito penalistico e processualpenalistico<sup>13</sup>.

In altri termini, risulta evidente nell'attuale realtà normativa come lo scioglimento del vincolo coniugale, reso legittimo dalla legge del 1970, porti con sé, per l'ex-marito e l'ex-moglie, non soltanto il riacquisto della libertà di *status*, ma anche un sostanziale ritorno alla posizione di estraneità precedente alla celebrazione del matrimonio.

In questa prospettiva meritano senz'altro di essere valorizzate le riflessioni della Corte di Cassazione che, con specifico riferimento alla fattispecie relativa alla incompa-

<sup>11</sup> L'art. 1, comma 1, lett. c) della legge 8 luglio 2005, n. 137 ha introdotto il n. 3-*bis* all'art. 463 c.c.

<sup>12</sup> Sul carattere di tassatività delle ipotesi di indegnità la dottrina, più classica e più recente, è pressoché unanime: cfr. in proposito, anche per gli ampi riferimenti dottrinali, PIERAZZI, voce *Indegnità a succedere*, in *Dig. disc. priv., Sez. Civ.*, agg. 2016, Torino, 338 e OMODEI SALE', voce *Indegnità a succedere*, in *Dig. It. Sez. Civ.*, agg. III, Torino, 2007, 683, con gli ampi riferimenti dottrinali. *Contra* ASTONE, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, Torino, 2019, 127.

<sup>13</sup> A seguito della legge n. 4 del 2018 l'art. 577 c.p. riferisce anche al divorziato l'aggravante del reato di omicidio; l'art. 316-*bis* c.p.p. n. 1-*bis* prevede il riferimento al divorziato nell'indicazione dei possibili presupposti del sequestro conservativo, a garanzia del risarcimento dei danni civili subiti dai figli delle vittime. Per i richiami (e mancati richiami) al divorziato introdotti dalla citata legge del 2018, anche in relazione alla possibile sospensione del trattamento pensionistico, si rinvia a CRISTIANI, *Divorzio, indegnità e sospensione dalla successione*, in *Divorzio 1970-2020*, cit., 477 ss.

tibilità che ha dato origine al giudizio, pongono in evidenza la irragionevolezza di una opzione interpretativa che consentirebbe all'ex coniuge di essere immune da incompatibilità, ravvisando invece quest'ultima in riferimento ai parenti dell'ex-coniuge stesso, perché "si può parlare di ex-moglie, e non di ex cognato".

*In questo modo si finirebbe per sostenere che il divorzio comporta il venir meno del rapporto coniugale fra i suoi protagonisti, ma lascia inalterato il suo riflesso sui rispettivi parenti (o se si preferisce, che permane un vincolo quando è ormai definitivamente cessato il rapporto matrimoniale che vi ha dato causa), con la conseguenza che tutti gli effetti (sia attributivi che preclusivi) che gli affini condividono con gli sposi restano per i parenti del coniuge, pur venendo meno per quest'ultimo. Cosicché, nel caso di specie, al sindaco sarebbe stato possibile nominare in giunta la propria ex moglie, con la quale il rapporto di coniugio era definitivamente cessato, ma, paradossalmente, non il di lei fratello.*

In conclusione, apparirebbe in controtendenza e non sembrerebbe sorretta da obiettive giustificazioni una soluzione interpretativa che portasse a valorizzare la pregressa esistenza della relazione di affinità, che in realtà non costituisce niente altro che il riflesso nei confronti della cerchia familiare del vincolo matrimoniale tra i due coniugi, ormai venuto meno.

In quest'ottica, la ricostruzione del senso attuale del vincolo di affinità, nell'ambito della più generale evoluzione dei rapporti familiari, può costituire un ulteriore interessante spunto di riflessione.

### 3. Il vincolo di affinità nel quadro dell'evoluzione della famiglia

L'affinità comporta la proiezione del rapporto di coniugio nei confronti dei parenti rispettivamente dell'uno e dell'altro coniuge.

Il vincolo attribuisce rilevanza al rapporto che viene ad instaurarsi, a seguito della celebrazione del matrimonio, tra il coniuge e coloro che sono uniti all'altro da un legame di sangue, attribuendo all'inserimento del marito o della moglie nella famiglia di sangue dell'altro<sup>14</sup> conseguenze anche piuttosto rilevanti sul piano giuridico<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Per quanto la categoria dogmatica dell'*adfnitas* abbia subito un'evoluzione nel corso del tempo fino ad essere assimilata alla *cognatio*, anche con riferimento alla suddivisione in gradi, fin dalla sua origine in diritto romano l'affinità è strettamente collegata al *matrimonium sine manu*, con il quale si instauravano rapporti tra un coniuge e i parenti dell'altro: così GALENO, voce *Parentela e Affinità (dir. romano e vigente)* in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965.

<sup>15</sup> V. in proposito, anche per una ricostruzione storica dell'affinità, utile a giustificarne gli effetti, BARILLARO, *Della parentela e dell'affinità*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1970, 445 ss.; SALITO, *op. cit.*, 28 ss., parla di uno "status complesso" che discende dall'affinità.

Gli effetti dell'affinità si apprezzano specificamente in relazione agli impedimenti matrimoniali che ne scaturiscono, agli obblighi alimentari, alla legittimazione a proporre azioni in ambito di capacità, nonché in riferimento ad alcune incompatibilità che si riferiscono a rapporti di diritto pubblico ed alla idoneità del notaio a rogare atti, al riconoscimento della facoltà di astensione dal testimoniare ed alla previsione della non punibilità per alcuni reati.

Risulta dal complesso delle disposizioni normative che prendono in considerazione il rapporto di affinità come l'ordinamento ne configuri la rilevanza alla luce dell'acertato – e definito con il matrimonio – ingresso di un coniuge nella famiglia dell'altro, con gli obblighi e i diritti connessi alla solidarietà familiare che informa, dalla base, le relazioni che traggono origine dalla celebrazione del vincolo.

In altri termini, l'affinità costituisce il riflesso più immediato e diretto della concezione di famiglia originariamente centrata sul rapporto coniugale.

L'evoluzione di tale concezione di famiglia è stata oggetto di grande attenzione da parte della dottrina e non è certo questa la sede per riportarne gli orientamenti e gli esiti del dibattito.

Può però certamente essere rilevato, come dato inconfutabile, che "l'impianto famiglia" è oggi polarizzato sul rapporto di filiazione, che ne costituisce il cardine, rispetto al quale il vincolo matrimoniale tra i genitori rappresenta un elemento accidentale, ma non essenziale, né tantomeno imprescindibile<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Cfr., tra altri, ROSSI CARLEO, *La famiglia dei figli*, in *Lo status di figlio*, a cura di RESCIGNO, in *Giur. It.*, 2014, 1262 ss.; PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1309, rileva: "oggi, è lo status di figlio che per un verso instaura il vincolo di parentela e, per l'altro, prescinde dal rapporto esistente tra i genitori"; "è la famiglia che sopravvive alla crisi della coppia in funzione dei figli"; "l'indissolubilità della famiglia prende il posto di quella che si è voluta espungere dal matrimonio"; GORASSINI, *Il nuovo ordine della famiglia nella società del terzo millennio*, in *La famiglia all'imperfetto?*, Napoli, 2016, 15 ss.; SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 9, il quale sottolinea come "il matrimonio non si configuri più quale presupposto per dar vita a relazioni *legalmente* familiari, dato che esse sorgono oramai indipendentemente dalla sussistenza del vincolo e, più recentemente, in *Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari*, in Liber Amicorum per Paolo Zatti, cit., II, rileva come il rapporto genitori figli, sia quello "sul quale sembra debba essere ricostruito l'intero diritto di famiglia", al centro del quale – rileva ancora lo stesso Autore, in *La riforma e il diritto di famiglia. La prospettiva paidocentrica dal diritto sostanziale al diritto processuale*, in *N.L.C.C.*, 2023, 1056, "ci sono i figli minori i loro legami, i loro interessi e che l'ordinamento lascia liberi gli adulti in ordine ai loro rapporti, tanto che non più di famiglia si parla quanto piuttosto di famiglie". Sottolinea la centralità del figlio anche in relazione alla crisi della famiglia "come società naturale che il venir meno di un matrimonio non cancella" GIARDINA, in *Ruolo e diritti dei figli nella crisi e nella ricostituzione dell'ordine familiare*, in *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano, Atti del Convegno Ca' Foscari Venezia 11-13 novembre 2021*, a cura di CAMARDI, Padova, 2022, 193. Parla di "diritti riconosciuti al minore in qualsiasi contesto, a prescindere dal modello o dai modelli familiari in cui si trovino inseriti ed espressamente riaffermati in qualsiasi vicenda che possa comportare la disgregazione dell'originario nucleo familiare" ASTONE, voce *MINORE (relazioni con la comunità familiare)*, in *Enc.*

Paradigma esemplare di questa linea di tendenza è rappresentato dalla evoluzione della parentela, i cui effetti sono per espressa disposizione normativa, a seguito della novella del 2012, del tutto indifferenti all'esistenza di un vincolo matrimoniale tra i genitori<sup>17</sup>.

Pur tuttavia l'affinità resta imprescindibilmente connessa al matrimonio, il quale non è più, però, l'esclusivo fondamento della formazione familiare e, in particolare, ormai da oltre cinquanta anni ha perso il suo carattere di indissolubilità.

Queste sintetiche considerazioni sembrano indirizzare l'interprete verso una duplice direzione, che non si pone in alternativa, ma porta al raggiungimento di un medesimo risultato.

La prima strada percorre il cammino che muove dalla considerazione della affinità come effetto del vincolo matrimoniale, dissolto il quale sembrerebbe logico desumere che la dissoluzione si trasmetta automaticamente all'affinità, tranne per quanto espressamente previsto in contrario. Se il coniuge non è più tale a seguito del divorzio, quale può essere la ragione che giustifica la persistenza di un vincolo che si basava proprio sullo *status* di coniuge, ormai venuto meno?

La seconda via si inserisce in un itinerario caratterizzato da una sempre minore rilevanza attribuita al matrimonio come cardine della formazione famiglia, anche per la constatazione della sua sempre più frequente caducità<sup>18</sup>, con la conseguenza inevitabile

---

*Dir., I Tematici, IV - Famiglia, cit.*, 804.

<sup>17</sup> V., tra altri, VELLETTI, *La parentela a seguito della riforma (art. 74 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 1 della L. n. 219/2012)*, in *La riforma della filiazione*, a cura di BIANCA, Padova, 2015, 179. LUPO, *La parentela e i suoi effetti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da BONILINI, cit., vol. I, 48, CAMPIONE, in *Codice della famiglia*, a cura di SESTA, III ed., Milano, 2015, sub art. 74, 281 ss.; PATTI, *Riflessioni conclusive*, in *La riforma della filiazione*, cit., 1212; CRISTIANI, *Vincolo di parentela e mutazioni della famiglia*, 2019, 13.

<sup>18</sup> La mobilità e indeterminatezza dei legami familiari fondati sul vincolo coniugale nella società contemporanea è stata posta in luce da autorevole dottrina: cfr., tra altri, BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 1105 ss.; BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss.; PARADISO, *op. cit.*, 1306 ss. Prende in esame i diversi modelli familiari originati dal divorzio AL MUREDEN, *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi*, in *Fam e dir.*, 2021, 23 ss. Più recentemente si vedano, in tema, in *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano, Atti del Convegno cit.*, BUSNELLI, *Divorzio e famiglie, mezzo secolo di storia del diritto italiano. La parabola del matrimonio tra la crisi dell'istituto e la "resilienza" di una istituzionalizzazione familiare*, 9 ss.; DI NICOLA, *Differenziazione dei modelli familiari e pluralizzazione del legami di coppia*, 81 ss.; FERRANDO, *Divorzio e riforme degli istituti familiari*, 37 ss.; S. PATTI, *Dall'isola all'arcipelago?*, 49 ss.; SESTA, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, 67 ss. Rileva come si possano cogliere anche nel diritto di famiglia alcune tendenze proprie del moderno diritto delle società complesse, dove anche le organizzazioni deputate ai rapporti strettamente personali e genitoriali sono chiamate ad assecondare quei processi di mobilità e di continua ricomposizione sollecitati dal contesto tecnico, sociale ed economico (globale per un verso, precario per l'altro), nel quale le relazioni interpersonali prendono forma CAMARDI, *ivi*, *Presentazione*, 5.

di una corrispondente perdita di peso dei rapporti familiari che costituiscono “emanazione” del vincolo coniugale.

In questo percorso si inserisce anche la discussa questione del vincolo di affinità come conseguenza dell'unione civile. Com'è noto, tra le norme del codice civile espressamente dichiarate applicabili anche ai soggetti uniti civilmente, la legge n. 76 del 2016 non richiama l'art. 78, con la conseguenza che tra un membro dell'unione civile ed i parenti dell'altro non si costituisce alcun rapporto. Tale conclusione, incontestabile alla luce della lettera della legge, è stata oggetto di attenzione da parte della dottrina. Si è posto l'accento sul fatto che la previsione risulta pienamente coerente con la volontà del legislatore di escludere che all'unione civile sia attribuita la stessa capacità espansiva del matrimonio, evitando che chi contragga un'unione civile possa aspirare alla qualificazione di famiglia ai sensi dell'art. 29 Cost.<sup>19</sup>.

La scelta legislativa è stata peraltro pressoché unanimemente criticata in quanto si pone in contrasto con la coscienza sociale che determina, con il formarsi della coppia, un ingresso a pieno titolo di ciascun membro nella famiglia dell'altro<sup>20</sup>. Cosicché, come il coniuge diviene affine dei parenti dell'altro, non sembra ci sia obiettiva giustificazione per precludere analogo effetto riguardo ai parenti del *partner* dell'unione civile, principio ormai espresso dall'art. 74 c.c. a proposito della parentela naturale<sup>21</sup>.

Peraltro, si è ritenuto di non dover sopravvalutare, per la disciplina dell'unione civile, il mancato richiamo all'art. 78 cod. civ., e quindi al vincolo di affinità tra un *partner* ed i parenti dell'altro al fine di escludere che tale unione determini uno *status* familiare, originando un rapporto che esplica la sua “rilevanza nei confronti di terzi e della collettività”<sup>22</sup>, proprio ponendo l'accento sul fatto che il significato dell'affinità tende ad essere colto essenzialmente in quella prospettiva, ormai superata, che identificava il matrimonio come *alleanza tra famiglie*<sup>23</sup>. In altri termini, il peso della scelta legislativa – che

<sup>19</sup> Cfr. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, 885; FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *L.N.G.C.C.*, 2016, 1387; DE CRISTOFARO, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell'art. 1 della legge 20 maggio 2016 n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 5*, in *L.N.L.C.C.*, 2017, I, 101 ss.

<sup>20</sup> V. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* (l. 20 maggio 2016 n. 76), in *L.N.G.C.C.*, 2016, I, 370.

<sup>21</sup> Rileva AZZARRI, voce *Unioni civili (diritto civile)*, in *Enc. dir., I Tematici*, IV, cit., 1340, che la scelta del legislatore appare incoerente col valore assegnato alla parentela naturale dalla riforma della filiazione del 2012 ed anche con il rinvio della stessa legge ad alcune disposizioni la cui piena efficacia postula l'esistenza del rapporto di affinità.

<sup>22</sup> Cfr. FERRANDO, *Conclusioni*, in *L.N.G.C.C.*, 2016, 1777.

<sup>23</sup> V., in proposito, QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *L.N.G.C.C.*, 2016, II, 1694, il quale si domanda “se la scelta – anche se probabilmente senza averne una precisa intenzione – non abbia fatto qui emergere, nel regolamentare la valenza sociale dell'unione affettiva tra due persone, una possibile linea di tendenza evolutiva dell'ordinamento conforme alle dinamiche esistenziali in atto”.

rappresenta sicuramente un elemento di vistoso discrimine rispetto al rapporto di coniugio, determinando la mancanza di una precisa veste giuridica (e dunque di rilevanza, su questo piano) del rapporto tra parte dell'unione civile e parenti dall'altro – è stata ridimensionata dagli interpreti, proprio alla luce della constatazione di una sempre minore pregnanza del rapporto di affinità nella società odierna.

In relazione all'ordinanza in commento, tuttavia, l'esclusione dell'affinità per quanto si riferisce ai soggetti uniti civilmente sembra costituire ulteriore argomento a sostegno della cessazione dell'affinità a seguito del divorzio. La sopravvivenza del vincolo farebbe infatti persistere per i coniugi, nonostante l'intervenuto scioglimento del matrimonio, una posizione di irragionevole disparità rispetto agli uniti civilmente di fronte a situazione di incompatibilità neppure prospettabili per questi ultimi.

Il risultato dei due spunti interpretativi appena accennati va letto dunque nell'unica direzione di una progressiva svalutazione, recepita dalla normativa in quanto immanente nella coscienza sociale, della forza pervasiva e della efficacia permeante del vincolo matrimoniale, al di fuori dei suoi due protagonisti, che ne detengono non solo le chiavi di accesso, ma anche quelle della porta di uscita.

## 4. Conclusioni

La pronuncia della Corte Costituzionale sulla questione appare destinata a colmare una lacuna che si è creata nell'ordinamento a seguito dell'introduzione del principio della dissolubilità del vincolo matrimoniale, lacuna, come rileva la Corte di Cassazione, non risolvibile in via interpretativa, attraverso il ricorso all'analogia<sup>24</sup>, poiché, nel caso di specie, si ha

*come riferimento il testo di una norma scritta quando l'ipotesi non regolata non esisteva e lasciata inalterata a seguito dell'introduzione della legge sul divorzio. Si tratterebbe, così di intervenire, attraverso un ragionamento analogico, per aggiornare una norma piuttosto che per stabilire, sulla base delle sue regole (pensate rispetto a un qua-*

---

<sup>24</sup> Come è stato precisato dalla stessa Cassazione Civile, a Sezioni Unite, “La regola, secondo cui l'applicazione analogica presuppone la carenza di una norma nella indispensabile disciplina di una materia o di un caso (cfr. art. 14 preleggi), discende dal rilievo per cui, altrimenti, la scelta di riempire un preteso vuoto normativo sarebbe rimessa all'esclusivo arbitrio giurisdizionale, con conseguente compromissione delle prerogative riservate al potere legislativo e del principio di divisione dei poteri dello Stato. Onde non semplicemente perché una disposizione normativa non preveda una certa disciplina, in altre invece contemplata, costituisce ex se una lacuna normativa, da colmare facendo ricorso all'analogia ai sensi dell'art. 12 preleggi. Ciò tanto più quando si tratti di estendere l'applicazione di una disposizione specifica oltre l'ambito di applicazione delineato dal legislatore, ovvero di applicarla “analogicamente” a vicenda concreta da questi non contemplata ed in presenza di diversi presupposti integrativi della fattispecie”: in questo senso Cass. Civ., Sezioni Unite, 6 dicembre 2021, n. 38596, in *Diritto & Giustizia*, 2021, 10 dicembre.

*dro normativo del tutto diverso), quale sia la disciplina per la fattispecie non prevista. Un simile intervento avrebbe perciò natura non tanto interpretativa, ma integrativa della lacuna normativa (o creativa) ed essa non rientra nella funzione che l'art. 65 r.d. 12/1941 attribuisce a questa Corte.*

Alla luce delle considerazioni svolte, nonché delle convincenti argomentazioni della Corte di Cassazione – che evidenziano i risultati anche paradossali, in concreto, di una soluzione che confermi la persistenza del vincolo di affinità, in relazione a prospettate incompatibilità previste dalla legge, non più sussistenti neppure tra i coniugi – sembra difficile ipotizzare una decisione che possa prescindere dall'inquadramento della relazione di affinità nell'ambito dei rapporti familiari nella società contemporanea.

Rapporti nei quali, alla centralità dell'interesse del figlio ed alla preminenza dell'indissolubile vincolo genitoriale, indipendentemente dalla qualificazione della relazione tra i genitori, fa da parallelo la constatazione di una sempre maggiore caducità di quest'ultima e, conseguentemente, di tutti gli effetti alla stessa riconnessi.

Una soluzione che propendesse per una permanenza del vincolo di affinità, al di là ed oltre le ipotesi previste, da ritenere, a questo punto, tassative, sembrerebbe non solo in contrasto con l'evoluzione della coscienza sociale in relazione al modo di intendere i rapporti familiari, ma anche in controtendenza rispetto a scelte legislative, anche recenti, che ne appaiono invece consapevoli. Diverse valutazioni di merito e considerazioni, magari in astratto anche condivisibili, non possono che assumere un aspetto vagamente nostalgico che non può costituire fondamento di una corretta scelta interpretativa né tantomeno legislativa.

## ABSTRACT

La Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione con l'ordinanza in commento ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 78 del codice civile, in relazione agli artt. 2, 3 e 51 della Costituzione, nella parte in cui stabilisce che l'affinità cessa con l'annullamento del matrimonio, mentre sopravvive alla morte di uno dei coniugi, lasciando irrisolta la sorte del vincolo a seguito di divorzio. Il contributo si propone di analizzare le questioni sottese al problema, alla luce del significato che il rapporto di affinità assume oggi nel quadro più generale dell'evoluzione dei rapporti familiari.

*The First Civil Section of the Court of Cassation has raised the issue of the constitutional legitimacy of Article 78 of the Civil Code, in relation to Articles 2, 3, and 51 of the Constitution. This pertains to the provision stating that in-law relationships terminate with the annulment of marriage, while they persist in the event of one of the spouses' death. The destiny of in-law relationships after divorce remains unresolved. This paper aims to analyze the underlying concerns related to the issue, considering the significance that in-law relationships assume today within the broader context of the evolution of family relationships.*





### Sul rapporto tra danno da premorienza e danno da perdita di *chances* di sopravvivenza



Francesca Cerea

Cass. civ., sez. III, 19 settembre 2023, n. 26851 – Presidente: Travaglino – Relatore: Porreca

**SOMMARIO:** 1. Presupposti di risarcibilità del danno da premorienza. – 2. Inammissibilità della congiunta attribuzione del risarcimento del danno da premorienza e da perdita di *chances*. Quali eccezioni? – 3. Sulla liquidazione del danno da perdita anticipata della vita e da perdita di *chances*. – 4. Qualche questione aperta. – 5. Indicazioni di lettura.

#### 1. Presupposti di risarcibilità del danno da premorienza

Con la pronuncia n. 26851 la Cassazione torna ad occuparsi del danno da perdita di *chances*, in sintonia con alcuni dei principi già affermati nelle precedenti decisioni n. 28993 del 2019 e n. 5641 del 2018, riflettendo in maniera particolare sulla possibilità di risarcire congiuntamente il danno da perdita anticipata della vita e il danno da perdita di *chances* di sopravvivenza.

Si discute, nella specie, se il decesso di una paziente – affetta da patologia tumorale tardivamente diagnosticata e trattata – sia causalmente ricollegabile a negligenza medica e se siano alla stessa (deceduta nelle more del giudizio) risarcibili sia il danno da premorienza – da intendersi come «danno, non per non essere guarito ma, per non aver avuto una vita che si sarebbe protratta più a lungo e per un tempo determinato» – sia il danno da perdita di *chances* di sopravvivenza – vale a dire da perdita delle possibilità di sopravvivere anche oltre quel termine.

A riguardo la Corte osserva preliminarmente che

le conseguenze dannose della c.d. premorienza occorsa nelle more del giudizio vanno distinte a seconda che la morte sia indipendente o dipendente dall'errore medico.

Invero, in caso di morte indipendente dall'errore medico (fattispecie non sovrapponibile a quella oggetto della sentenza *de qua*), come peraltro già ribadito in altre occasioni dalla stessa Corte (Cass. civ., 29 dicembre 2021, n. 41933, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 1-2, 383; in senso conforme, Cass. civ., 26 maggio 2016, n. 10897; Cass. civ. (ord.), 15 febbraio 2019, n. 4551; Cass. civ., 26 giugno 2020, 12913), gli eredi del defunto hanno diritto *iure successionis* a un risarcimento del danno non patrimoniale parametrato alla durata della vita effettiva del danneggiato e non a quella statisticamente probabile. Diversamente si porrebbe ad un inammissibile risarcimento del danno da morte a favore della vittima (riconoscibile, viceversa, *iure proprio*, ma con diverso contenuto, ai congiunti) non essendo predicabile, nell'attuale sistema della responsabilità civile, la risarcibilità del danno tanatologico (Cass. sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 5, 1530; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 11, 20652, con nota di R. Pucella, *Le Sezioni Unite confermano il divieto di cittadinanza al danno da morte. Brevi note a Cass., sez. un., 22.7.2015, n. 15350*. In senso conforme: Cass. civ., 11 ottobre 2012, n. 17320; Cass. civ., 9 maggio 2011, n. 10107; in senso contrario Cass. civ., 23 gennaio 2014, n. 1361).

All'opposto, in ipotesi di morte dipendente – oltre che dalla condizione patologica del danneggiato – dall'errore medico, la Corte intende dare continuità al noto principio (Cass. civ., 21 luglio 2011, n. 15991, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 12, 2496; Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28986, in *Guida al dir.*, 2019, 49-50, 24 ss.; Cass. civ., 23 febbraio 2023, n. 5632, in *DeJure*; Cass. civ., 12 maggio 2023, n. 13037, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 4, 1268 ss.) per cui

qualora la produzione di un evento dannoso risulti riconducibile alla concomitanza di una condotta umana e di una causa naturale, tale ultima dovendosi ritenere lo stato patologico non riferibile alla prima, l'autore del fatto illecito risponde *in toto*, in base ai criteri di equivalenza della causalità materiale, dell'evento di danno eziologicamente riconducibile alla sua condotta, a nulla rilevando l'eventuale efficienza concausale anche dei suddetti eventi naturali, che possono invece rilevare, sul piano della causalità giuridica, ex art. 1223 cod. civ., ai fini della liquidazione, in chiave complessivamente equitativa, dei pregiudizi conseguenti, ascrivendo all'autore della condotta un obbligo risarcitorio che non comprenda anche le conseguenze dannose da rapportare, invece, all'autonoma e pregressa situazione patologica del danneggiato, non eziologicamente riferibile, cioè, a negligenza, imprudenza o imperizia del sanitario.

## 2. Inammissibilità della congiunta attribuzione del risarcimento del danno da premorienza e da perdita di *chances*. Quali eccezioni?

Un secondo ordine di considerazioni svolte dalla Terza sezione riguarda la distinzione tra danno da premorienza e danno da perdita di *chance* di sopravvivenza. Ad avviso dei giudici di legittimità, invero, una volta intervenuto l'evento morte l'incertezza eventistica (v. Cass. civ., 9 marzo 2018, n. 5641, in *Foro it.*, 2018, 5, I, 1579; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1291) – che costituisce il fondamento logico prima ancora che giuridico del danno da perdita di *chance* – viene smentita da quell'evento. Ne deriva – salvo ipotesi eccezionali – l'inammissibilità della congiunta attribuzione di un risarcimento da “perdita anticipata della vita” e da perdita di *chance* di sopravvivenza, trattandosi di voci di danno logicamente incompatibili.

Al fine di pervenire a una corretta individuazione e liquidazione delle poste risarcitorie invocabili dal danneggiato (ancora in vita al momento della decisione) o dagli eredi, *iure successionis*, in caso di decesso anticipato del congiunto, il Collegio offre una ricognizione delle possibili ipotesi in cui sia dato di discutere di danno da premorienza e da perdita di *chance*, delineandone per ciascuna fattispecie il concreto atteggiarsi.

1. Una prima gamma di ipotesi comprende i casi in cui la vittima sia già deceduta al momento dell'introduzione del giudizio da parte degli eredi. In questa circostanza sono, secondo la Corte, alternativamente concepibili e risarcibili *iure hereditario*, se allegati e provati, i danni conseguenti:

a) alla condotta del medico che abbia causato la perdita anticipata della vita del paziente (determinata nell'*an* e nel *quantum*), come danno biologico differenziale (peggiore qualità della vita effettivamente vissuta), considerato nella sua oggettività, e come danno morale da lucida consapevolezza della anticipazione della propria morte, eventualmente predicabile soltanto a far data dall'altrettanto eventuale acquisizione di tale consapevolezza in vita; (tale danno per la Corte individua il diritto *iure proprio* degli eredi, inteso quale pregiudizio da minor tempo vissuto dagli stessi con il proprio congiunto prematuramente scomparso, ovvero da «valore biologico relazionale residuo di cui non si è fruito»).

b) alla condotta del medico che abbia causato la perdita della possibilità di vivere più a lungo (non determinata né nell'*an* né nel *quantum*), come danno da perdita di *chances* di sopravvivenza.

In nessun caso sarà risarcibile *iure hereditario*, e tanto meno cumulabile con i pregiudizi di cui sopra, un danno da “perdita anticipata della vita” con riferimento al periodo di vita non vissuta dal paziente.

2. Nel caso in cui la vittima sia ancora vivente al momento della decisione, i pregiudizi liquidabili saranno morfologicamente identici a quelli indicati sub 1), se non per il fatto che il loro risarcimento sarà preteso dalla vittima stessa e non dai suoi eredi. Quanto al danno morale da futura morte anticipata, esso sarà «sicuramente predicabile (essendo il paziente ancora in vita) a far data dalla acquisizione della relativa consapevolezza».

3. Nell'ipotesi in cui la vittima, vivente al momento dell'introduzione del giudizio, sia deceduta al momento della liquidazione del danno:

a) se è certo che l'errore medico abbia causato la morte anticipata del paziente, si ricadrà nell'ipotesi di cui sopra, sub 1.a): il paziente può avere patito (e trasmesso agli eredi) un danno biologico (differenziale), e un danno morale da lucida consapevolezza della morte imminente, ma non un danno da "perdita anticipata della vita", risarcibile soltanto, nel perimetro sopra chiarito, *iure proprio* agli eredi, che potranno altresì proporre la relativa domanda in corso di causa, per ragioni di economia di giudizi [...];

b) se è incerto che l'errore medico abbia causato la morte del paziente, il paziente può avere patito, in relazione al tempo di vita vissuto (e trasmesso agli eredi), un danno da perdita delle *chances* di sopravvivenza, ma non un danno da "perdita anticipata della vita".

Secondo la Suprema Corte, dunque, deve affermarsi un generale principio di irrisarcibilità dell'ulteriore danno da perdita di *chance* in presenza di un danno da premorienza, salvo il caso, del tutto eccezionale, in cui si accerti, anche sulla base della prova scientifica acquisita, che esista, in relazione alle specifiche circostanze del caso, la seria, concreta e apprezzabile possibilità (sulla base dell'eziologica certezza della sua riconducibilità all'errore medico) che, oltre quel tempo già determinato di vita perduta, il paziente avrebbe potuto sopravvivere ancora più a lungo.

Resta inteso che per integrare gli estremi del danno risarcibile la *chance* dovrà attingere ai parametri della apprezzabilità, serietà e consistenza, rispetto ai quali il valore statistico/percentuale potrà costituire solamente criterio orientativo, onde distinguere la concreta possibilità dalla mera speranza (Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, in *Danno e resp.*, 2020, 1, 85, con nota di R. Pucella, *Colpa medica, evento di danno incerto e perdita di chances*).

### **3. Sulla liquidazione del danno da perdita anticipata della vita e da perdita di *chances***

Dalle riflessioni della Corte consegue che in caso di danno da premorienza potrà essere risarcito, sulla base del criterio del "più probabile che non", il danno biologico differenziale nelle sue due componenti: morale (intesa come sofferenza derivante dalla (eventuale) consapevolezza delle conseguenze sulla (ridotta) durata della propria vita) e dinamico-relazionale (in termini di peggioramento della qualità della vita sopportata negli ultimi tempi della malattia).

Tale risarcimento sarà riconosciuto con riferimento al tempo di vita effettivamente vissuto e non a quello non vissuto, che rappresenterebbe un inammissibile risarcimento del danno da morte (riconoscibile, come già osservato, *iure proprio*, ai congiunti ma non al danneggiato) in conformità a Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit.

La liquidazione del danno biologico cd. differenziale, ove dimostrato, dovrà in particolare modellarsi sui criteri propri della causalità giuridica e cioè con riferimento alla percentuale complessiva del danno (nella specie, l'85%), interamente ascritta all'agente sul piano della causalità materiale, da cui sottrarre quella, non imputabile all'errore medico (del 35%), il cui risultato (50%) postula una liquidazione "per sottrazione", tra il primo e il secondo valore numerico (85%-35%).

Tale danno potrà, poi, essere oggetto di "personalizzazione" da parte del giudice, con motivazione analitica e non stereotipata – come in più occasioni ribadito dalla stessa Corte (Cass., 31 gennaio 2019, n. 2788; Cass., 11 novembre 2019, n. 28988; Cass., 4 marzo 2021, n. 5865) – solo in presenza di conseguenze anomale o del tutto peculiari (tempestivamente allegare e provate dal danneggiato), mentre le conseguenze ordinariamente derivanti da pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età non giustificano alcuna "personalizzazione" in aumento.

Il danno da perdita di *chance* di sopravvivenza sarà invece risarcito, equitativamente, qualora vi sia incertezza sull'efficienza causale della condotta illecita *quoad mortem*, ma, al contempo, vi sia certezza eziologica che la condotta abbia cagionato la perdita della possibilità di vivere più a lungo (possibilità non concretamente accertabile nel *quantum* né predicabile quale certezza nell'*an*, a differenza del danno da premorienza). La valutazione equitativa di tale risarcimento non sarà, dunque, parametrabile, sia pur con le eventuali decurtazioni, né ai valori tabellari previsti per la perdita della vita, né a quelli del danno biologico temporaneo.

L'approdo cui giunge la Cassazione non trova, tuttavia, applicazione nel caso affrontato, in quanto secondo il Collegio la Corte d'Appello nel liquidare sia il danno da premorienza che il danno da perdita di *chances* ha eluso il proprio onere di motivazione, declinando diffusamente la stessa in termini di giustapposizioni apodittiche.

#### 4. Qualche questione aperta

La riflessione attorno al danno da perdita di *chance* in ambito sanitario (non si tratta dell'unico settore in cui la figura ha trovato riconoscimento. Anzi, a dire il vero, la stessa – di puro conio giurisprudenziale – nasce storicamente nell'ambito del danno patrimoniale e, normalmente, è una conseguenza della responsabilità contrattuale. Sul punto R. Pucella, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, 81 ss.; M. Franzoni, *La responsabilità sanitaria come perdita di chance?*, in *Danno e resp.*, 2021, 5, 605 ss.; E. Pavan, *L'accertamento probabilistico tra il danno da perdita di chance e il mancato raggiungimento del risultato (solo sperato)*, in *Danno e resp.*, 2023, 3, 307 ss. Sulle differenze intercorrenti tra il modello del danno da perdita di *chance* in ambito patrimoniale e nel settore medico v. P. Ziviz, *Quale modello per il risarcimento della perdita di chances di sopravvivenza?*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 5, 1490 ss.) occupa ormai da diverso tempo la giurisprudenza di legittimità che, sin dal *leading case* risalente al 2004 (Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Dir. e giust.*, con nota di M. Rossetti; in *Riv. it. med. leg.*, con commento di G.A. Norelli, *La "perdita di chance" di guarigione come danno conseguente alla condotta medica omissiva*), si è cimentata con il

tema delle *chances* perdute, vale a dire con il risarcimento del pregiudizio patito da chi, in conseguenza dell'errore del medico, non ha avuto la possibilità di sottoporsi a cure tempestive ed adeguate ed ha quindi perduto l'opportunità di guarire, di avere una migliore aspettativa di vita o una migliore qualità di vita pur nella malattia.

L'ammissibilità della categoria del danno da perdita di *chance* è stata per lungo tempo controversa (la questione era stata affrontata in dottrina già da G. Pacchioni, *Diritto civile italiano IV - Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, 111, il quale aveva ritenuto la *chance* perduta un interesse di mero fatto e in quanto tale non risarcibile. Anche la giurisprudenza più risalente si dimostrava ostile al suo riconoscimento: cfr. ad es., App. Roma, 22 febbraio 1951, in *Riv. circ. e traspr.*, 1952, 600; Trib. Roma, 24 novembre 1978, in *Temi rom.*, 1979, 434), anche a causa del frequente fraintendimento – talvolta ad opera degli stessi giudici – tra la probabilità come strumento per conseguire la dimostrazione di un fatto (cioè come criterio di accertamento causale) e la probabilità come oggetto stesso della lesione (la perdita di *chance* appunto, vale a dire la privazione della probabilità di conseguire un risultato sperato).

Non a caso, infatti, si rintraccia in più occasioni nella giurisprudenza una indebita sovrapposizione del profilo causale a quello dell'identificazione del danno (in materia di responsabilità dell'avvocato: Cass. civ., 6 febbraio 1998, n. 1286, in *Danno e resp.*, 1998, 343 e *ivi*, 1999, 441. In ambito medico: Cass. civ., 27 giugno 2018, n. 16919, in *Guida al dir.*, 2019, 11, 48; Cass. civ., 19 marzo 2018, n. 6688, in *Foro it.*, 2018, 5, I, 1579, con nota di R. Pardolesi-B. Tassone, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*), che sollecita il tentativo del paziente-attore che disponga di un dato probatorio solo probabile e per nulla certo di invocare un danno da morte, o da ridotta aspettativa di vita o da peggior qualità della vita rimasta, in quanto l'errore medico lo avrebbe privato di quelle *chances*. Ragione per cui una parte della dottrina ha ritenuto di poter definire la stessa teorizzazione del danno da perdita di *chance* in termini di «stampella della zoppia causale» (R. Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 64), laddove sovente si tende a «confondere il grado di incertezza della *chance* perduta con il grado di incertezza sul nesso causale».

Consapevole di tali disomogeneità interpretative la Suprema Corte interviene (Cass. civ., 9 marzo 2018, n. 5641, *cit.*; nello stesso solco Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, *cit.*) nel tentativo di razionalizzare il tema. In particolare i giudici restringono il perimetro di applicabilità delle *chances* a quello della «insanabile incertezza», in cui l'istruttoria (leggasi, essenzialmente, la CTU medico-legale) non consenta di pervenire, secondo la regola del «più probabile che non», al riconoscimento o all'esclusione della responsabilità del sanitario. Solo tale incertezza eventistica – ad avviso del Collegio – consente di discorrere legittimamente di *chance* perduta, la quale sarà risarcibile equitativamente se provato il nesso causale tra la condotta e l'evento incerto (la possibilità perduta) nella sua necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza.

Entro questo perimetro sembra collocarsi anche la recente pronuncia in commento, la quale, tuttavia, non pare affrontare alcuni dei nodi problematici della figura del danno da perdita di *chance*, che già parte della dottrina ha messo in luce a seguito delle precedenti pronunce in materia.

Se è vero che la decisione richiama i precedenti citati, ribadendo l'applicabilità del danno da perdita di *chance* entro il perimetro dell'«incertezza eventistica» (punto 4 e 4.5.1 della motivazione), è altrettanto vero che tale insanabile incertezza si traduce sul piano giuridico in insanabile incertezza del nesso di causa e cioè nel mancato raggiungimento da parte del danneggiato della dimostrazione che l'evento di danno è riferibile alla condotta del convenuto, circostanza che imporrebbe di per sé il rigetto della domanda. Come, quindi, secondo la Corte debba in concreto atteggiarsi la regola dell'«*all or nothing*» e in quale rapporto la stessa si ponga rispetto alla *chance* non trova spiegazione (salvo la ribadita necessità che tra la possibilità perduta e la condotta del sanitario debba sussistere un rapporto eziologico) (R. Pardolesi-B. Tassone, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*, cit.; R. Pucella, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 11, 1684).

Non affrontato appare, altresì, il profilo relativo alla prova della circostanza che quell'astratta probabilità di cui secondo la statistica e la letteratura scientifica il danneggiato avrebbe goduto se curato in tempo sia stata perduta a causa della condotta del sanitario (vedasi ad es., Trib. Reggio Emilia, 19 ottobre 2007, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 11, 2360 ss. con nota di L. Locatelli, *Le differenti vesti della chance perduta e i suoi criteri di risarcibilità*).

Si osserva in dottrina come non vi sia, invero, modo di dimostrare che la mancata concretizzazione di quell'ipotesi favorevole (in astratto, secondo le statistiche) sia dipesa – nel caso particolare – dalla condotta negligente del sanitario e non si sarebbe, invece, comunque verificata anche in assenza di colpa (R. Pucella, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, cit.); altri Studiosi osservano che, «se la miglior scienza ed esperienza insegnano che l'attore si sarebbe potuto trovare fra i sessanta pazienti in ogni caso spacciati, fra i trentasei salvati dall'opera del sanitario o fra i quattro comunque miracolati – e se il dato è stato già ricostruito a monte considerando tutti gli elementi rilevanti (l'età, il peso, i geni, lo stile di vita, le malattie ereditarie e chi più ne ha più ne metta) – resta ben poco margine per l'ulteriore accertamento che il giudice dovrebbe compiere in concreto» (R. Pardolesi-B. Tassone, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*, cit.).

La pronuncia in commento resta, infine, cristallizzata sul suo consolidato orientamento in materia di danno tanatologico, che proprio l'avvento della *chance* ha in una certa misura messo in crisi. Infatti, mentre il Collegio ammette pacificamente la risarcibilità della perdita di *chances* di sopravvivenza nei confronti del paziente, di converso nega in modo assoluto che allo stesso spetti un ristoro per la perdita della propria vita, pur a fronte della dimostrazione di un rapporto eziologico tra condotta illecita del sanitario e decesso (voce di danno, quest'ultima, che può essere solo risarcita agli eredi *iure proprio*). Tale differenza di trattamento appare – secondo parte della dottrina (P. Ziviz, *Quale modello per il risarcimento della perdita di chances di sopravvivenza?*, cit., 1504 s.; R. Pardolesi-B. Tassone, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*, cit., 1609 s.; D. Zorzit, *La perdita di chance ed il danno da morte: prove tecniche di resistenza e nuovi scenari*, in *Danno e resp.*, 2009, 11, 1121) – piuttosto stridente, nella misura in cui si concede ai congiunti il risarcimento di un pregiudizio che viene invece negato alla vittima stessa, in ossequio ai già richiamati orientamenti in tema di danno da morte.

## 5. Indicazioni di lettura

Sul danno da perdita di *chance* di sopravvivenza e da premorienza

R. Pucella, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, 81 ss.; Id., *Colpa medica, evento di danno incerto e perdita di chances*, in *Danno e resp.*, 2020, 1, 85; Id., *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 11, 1684; C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 132 ss.; Id., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 322; C. Scognamiglio, *Alla ricerca del danno risarcibile tra chances perdute e lesione del diritto di autodeterminazione (Commento a Cass. civ., III sez., 11 novembre 2019, n. 28993)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 305 ss.; Id., *Riflessioni in tema di risarcimento del danno per c.d. perdita della chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 6, 1742 ss.; M. Franzoni, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Milano, 2017, 306 ss.; Id., *La responsabilità sanitaria come perdita di chance?*, in *Danno e resp.*, 2021, 5, 605 ss.; M. Capecchi, *Dalla perdita di chances alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2020, 1, 45 ss.; D.M. Frenda, *Errore o ritardo nella diagnosi: quanto devono essere concrete le chances perdute?*, *ivi*, 2018, 3, 269 ss.; D. Zorzit, *La perdita di chance ed il danno da morte: prove tecniche di resistenza e nuovi scenari*, in *Danno e resp.*, 2009, 11, 1121; Ead., *Perdita di chance o nesso con l'evento morte? Una sentenza enigmatica*, *ivi*, 2022, 6, 737 ss.; P. Ziviz, *Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. e prev.*; Ead., *Quale modello per il risarcimento della perdita di chances di sopravvivenza?*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1490 ss.; E. Pavan, *L'accertamento probabilistico tra il danno da perdita di chance e il mancato raggiungimento del risultato (solo) sperato*, in *Danno e resp.*, 2023, 3, 307 ss.; E. Ronchi, *Perdita di chances, nesso causale e danno alla persona risarcibile nella responsabilità per colpa professionale sanitaria: aspetti medico-legali*, *ivi*, 2000, 840; M. Barcellona, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 945 ss.; R. Pardolesi, *Perdita di chance: quando il dottore gioca con la vita del paziente (nota a Cass. 27 marzo 2014, n. 7195)*, in *Foro it.*, 2014, I, 2152; R. Pardolesi-B. Tassone, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*, in *Foro it.*, 2018, I, 1607 ss.

### ABSTRACT

La Terza Sezione della Corte di Cassazione – mantenendosi nel solco della propria giurisprudenza precedente – chiarisce le differenze intercorrenti tra il danno da premorienza e il danno da perdita di *chances* di sopravvivenza, delineando le condizioni per il risarcimento – in via eccezionale – di entrambi i pregiudizi.

*The Third Section of the Court of Cassation – keeping in line with its own previous case law – clarifies the differences between the damage from premature death and the damage from loss of survival chances, outlining the conditions for compensation – on an exceptional basis – for both injuries.*



### Teorie e tecniche per l'ammissibilità della condizione sospensiva di adempimento nel contratto di transazione



Elisa Stracqualursi

Corte di Cassazione, sez. III, ordinanza interlocutoria, 18 settembre 2023, n. 26758

**SOMMARIO:** **1.** La condizione sospensiva di adempimento. Una giurisprudenza consolidata, ma poco argomentata. – **1.1.** Primi argomenti per superare l'apparente paradosso. Ammissibilità della condizione sospensiva di adempimento. – **1.2.** Ammissibilità della condizione di adempimento sospensiva di tutti gli effetti del contratto. – **1.3.** Autonomia della figura dalla promessa condizionata a una prestazione. – **2.** L'interesse dietro la condizione sospensiva di tutti gli effetti contrattuali. Il carattere estrinseco della condizione di adempimento. – **2.1.** L'interesse alla condizione sospensiva di adempimento nel contratto di transazione. La transazione semplice e quella novativa. – **2.2.** (*segue...*) Le transazioni con effetti obbligatori e con effetti traslativi. – **2.3.** La transazione condizionata. – **3.** Conclusioni. – **4.** Indicazioni di lettura.

#### 1. La condizione sospensiva di adempimento. Una giurisprudenza consolidata, ma poco argomentata

La terza sezione della Corte di cassazione ha rimesso in pubblica udienza la questione relativa all'ammissibilità di una condizione di adempimento sospensiva di tutti gli effetti del contratto e, in specie, di un contratto di transazione.

Dalla sintetica motivazione dell'ordinanza, emerge la portata paradossale degli effetti di questa condizione: «il contratto la cui efficacia è sospesa, in attesa della condizione, produrrebbe tuttavia l'obbligo di adempiere. E ciò sarebbe inammissibile».

Invero, la giurisprudenza di legittimità tendenzialmente ammette le c.d. condizioni (sospensive) di adempimento, riconoscendo in esse l'espressione dell'autonomia negoziale<sup>1</sup>.

E del resto, diversi interessi possono astrattamente giustificare l'inserimento di una condizione sospensiva di adempimento nell'accordo<sup>2</sup>; in genere ciò avviene nei contratti per il trasferimento di diritti reali, dove l'alienante che tema gli inconvenienti conseguenti al principio consensualistico può garantirsi che il trasferimento del bene sia subordinato all'adempimento della controprestazione. La casistica conosce, tuttavia, anche altri rapporti in cui vengono apposte clausole di questo tipo. Nel caso della transazione, in particolare, l'interesse che può spingere verso una scelta simile è quello di rimandare il superamento delle ragioni di lite al momento dell'adempimento delle reciproche concessioni (o di alcune di queste).

Tuttavia è la stessa diffusa accettazione del fenomeno che ha progressivamente portato la Corte di cassazione a non spendersi in argomentazioni dettagliate sulle ragioni e sui termini di tale ammissibilità, se non con fugaci richiami all'autonomia negoziale delle parti<sup>3</sup>.

La giurisprudenza non si sofferma, invece ad esempio, fatto che, condizionando tutti gli effetti del contratto all'adempimento di una delle obbligazioni, l'efficacia dello stesso è sospesa e il debitore diviene libero di adempiere quella che, a prima vista, non potrebbe dirsi un'obbligazione, se l'altro non può pretenderne l'adempimento.

Smontare il paradosso argomentativo non pare, tuttavia, impossibile. A tal fine, occorre prima di tutto verificare l'ammissibilità sul piano strutturale della condizione di adempimento sospensiva di tutti gli effetti contrattuali, per poi indagarne la meritevolezza, specie in relazione al contratto di transazione.

## **1.1. Primi argomenti per superare l'apparente paradosso. Ammissibilità della condizione sospensiva di adempimento**

Nella maggior parte dei casi, la condizione di adempimento sospende solo uno degli effetti<sup>4</sup> (specie quello traslativo) mentre, per il resto, il contratto è perfettamente valido ed efficace.

---

<sup>1</sup> Da ultimo, Cass, 22 marzo 2023, n. 8164; Cass., 30 marzo 2023, n. 9010 del 2023; Cass., 11 maggio 2022, n. 15020; Cass., 17 marzo 2021, n. 7422; Cass., 19 novembre 2021, n. 35524 del 2021.

<sup>2</sup> Si fa riferimento qui alle condizioni di adempimento propriamente intese. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996, 16 nota 37 sottolinea, infatti, che il sintagma *condizione di adempimento* viene talvolta promiscuamente riferito sia al caso dell'adempimento dedotto in una condizione (sospensiva) sia a quello dell'inadempimento dedotto in condizione (risolutiva).

<sup>3</sup> Esemplicativamente, Cass., 11 maggio 2022, n. 15020; Cass., 15 novembre 2006, n. 24299.

<sup>4</sup> Questi casi si prestano a una doppia lettura: o si interpreta la clausola condizionale come riferita, non all'intero contratto, bensì al "singolo patto" (come pure consente l'art. 1353 c.c.), oppure si può ritenere che la condizione incida su tutto il contratto, ma in modo differente: se una delle parti non adempie alla prestazione dedotta in condizione, da un lato impedisce il verificarsi

Ma la condizione di adempimento può sospendere anche gli effetti dell'intero contratto e perciò questo, pur rimanendo valido, è del tutto inefficace: di conseguenza, le prestazioni non sono esigibili e l'adempimento diviene il frutto di una libera scelta, spontanea e incoercibile (pur se inserita in un contesto orientato dalla buona fede, quale quello che si manifesta pendente una condizione<sup>5</sup>).

Quanto appena detto potrebbe creare dei dubbi sull'ammissibilità di una tale operazione. Infatti, teoricamente, il dovere o il potere dovrebbero essere sempre anteriori al momento dell'azione<sup>6</sup>. In questo caso, invece, l'esecuzione sembra precedere il momento dell'obbligo. E se in tal modo si è già realizzato l'interesse, si potrebbe, allora, persino credere che sia del tutto inutile postulare la nascita successiva dell'obbligo.

Per vincere tale paradosso, si può muovere dalle riflessioni di quella dottrina che ha superato alcune delle principali critiche riferite alla condizione di adempimento, relative sia alla natura incerta dell'oggetto dedotto in condizione, sia al carattere accidentale di quest'ultima.

Quanto, in particolare, all'incertezza dell'adempimento, alcuni Autori<sup>7</sup> – distinguendo l'obbligazione ad adempiere dall'adempimento inteso come fatto – hanno ammesso la deduzione di quest'ultimo in condizione, considerandolo un evento incerto, mentre «il fatto che il verificarsi dell'evento sia rimesso alla volontà di una delle parti [...] semplicemente incide sulla sua qualificazione come condizione potestativa»<sup>8</sup>.

La sistematica di tale distinzione permette di rispondere anche alle critiche di chi dubita dell'accidentalità della condizione di adempimento, sostenendo che questo sia elemento essenziale del negozio<sup>9</sup>. Se per 'accidentalità' si intende la sopravvivenza

---

dell'evento traslativo, e da un altro lato rende inefficaci anche gli effetti negoziali già sorti. Lo stesso evento, cioè, funge da condizione sospensiva degli effetti reali e risolutiva degli effetti obbligatori.

<sup>5</sup> Perciò, un'ipotesi di responsabilità più che derivare dall'inadempimento contrattuale, potrebbe sorgere dalla condotta scorretta tenuta in pendenza della condizione. Né osta a tale soluzione la natura potestativa della condizione (Cass. SSUU 19 settembre 2005, n. 18450). La dottrina considera invece incompatibile il rimedio di cui all'art. 1359 c.c.: da un lato, se la condizione è posta a tutela del creditore, ciò non esclude che anche la controparte nutra un interesse all'avveramento, al fine di realizzare lo scambio pattuito; da un altro lato, e soprattutto, tale rimedio si tradurrebbe di fatto nell'eliminazione della libertà che le parti hanno deciso di concedere al debitore della prestazione. Per ulteriori argomenti, v. LENZI, *sub. Art. 1353 c.c.*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di NAVARRETTA-ORESTANO, Padova, 2011, 263 ss.

<sup>6</sup> FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. giur.*, Milano, 1965, p. 315. Su questi presupposti sono state costruite le critiche di BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 2019, 517.

<sup>7</sup> PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, Milano, 2000, 437 ss. e anche AMADIO, *Atto dovuto ed evento condizionato*, in *Studium iuris*, 1998, 1049 che distingue la coercibilità, quale necessità ideale (*sollen*) dalla certezza che è solo necessità reale (*sein*). Sull'adempimento come fatto in sé incerto, v. anche SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2004, p. 147. Da ultimo, in giurisprudenza, Cass., 22 marzo 2023, n. 8164.

<sup>8</sup> LENZI, *sub. Art. 1353 c.c.*, *op. cit.*, 244.

<sup>9</sup> FUSCO, *L'adempimento come condizione del contratto*, in *Vita not.*, 1983, 308.

dell'atto all'estrapolazione della condizione<sup>10</sup>, in questa sorta di prova di resistenza, può essere essenziale l'adempimento inteso nella sua programmaticità, ma l'effettiva ricorrenza dell'adempimento, inteso come fatto, non è indispensabile per l'esistenza e la validità del negozio<sup>11</sup>.

## 1.2. Ammissibilità della condizione di adempimento sospensiva di tutti gli effetti del contratto

Dato atto dei principali argomenti per ammettere, in linea generale, la condizione di adempimento, resta ora da affrontare il dubbio più radicale e cioè se sia ammissibile anche una condizione di adempimento che sospende tutti gli effetti del contratto<sup>12</sup>.

Sul punto, persino una parte della dottrina che ammette, in linea generale, la condizione di adempimento mantiene qualche riserva<sup>13</sup>.

In particolare, c'è chi ha evidenziato in questi casi irrimediabile l'alterazione naturale dell'ordine logico di svolgimento della fattispecie negoziale, ritenendo che l'inesigibilità sia inquadrabile nell'«attuale inesistenza» del rapporto<sup>14</sup>.

Tuttavia, lo stesso Autore ha al contempo riconosciuto il «dinamismo che la figura contrattuale può assumere circa la naturale sequenza: conclusione del contratto, produzione degli effetti esecuzione»<sup>15</sup>, dinamismo che si manifesta ad esempio nei contratti reali, in cui l'esecuzione influenza la formazione stessa del contratto, e nei contratti preliminari con effetti anticipati, seppure dottrina e giurisprudenza concordino nel riconoscere non già la pretesa di una prestazione che a rigore troverebbe titolo solo nel definitivo, ma la presenza di patti aggiuntivi che ne arricchiscono lo schema causale<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> Così FALZEA, *Condizione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 2; ma già GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 58 e poi AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 126. Anche ad intendere in termini diversi il concetto di accidentalità, da contrapporre all'essenzialità degli elementi di un contratto tipico, il risultato non è diverso, poiché l'adempimento attiene alla fase esecutiva e non a quella programmatica dell'atto, nella quale avrebbe senso interrogarsi sulla tipicità; fermo restando che, in questa seconda accezione, la condizione di adempimento «non sollev[erebbe] un problema di illegittimità del congegno, quanto di (eventuale) atipicità del regolamento negoziale» (AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 125).

<sup>11</sup> LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, in *Riv. not.*, 1986, 89 ss.

<sup>12</sup> Dubbio che connota tra le altre le riflessioni di AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Roma-Napoli, 1942, 93; BIANCA, *Diritto privato. III. Il contratto*, op. cit., 517.

<sup>13</sup> Contro la possibilità di dedurre in condizione l'adempimento, con l'effetto di sospendere l'intero assetto di effetti: LENZI, *In tema di adempimento come condizione*, op. cit., 90; Id., *Condizione, autonomia, privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996, 42 e 73.

<sup>14</sup> Così BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 208.

<sup>15</sup> LENZI, *Condizione, autonomia, privata e funzione di autotutela*, op. cit., 42.

<sup>16</sup> GABRIELLI, *Contratto preliminare (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 415 ss. Cass., 16 marzo 2016, n. 5211; Cass., 1 marzo 2010, n. 4863. *Contra* LUMINOSO, *Vendita con effetti obbligatori e promessa di vendita*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 210 ss.; Buset, *Considerazioni sul c.d. preliminare ad effetti*

L'autonomia privata sembra, dunque, poter optare per un schema diverso. E proprio recuperando l'argomento speso nel precedente paragrafo, che distingue l'obbligo dal fatto dell'adempimento, è possibile ricostruire un paradigma ordinato di tale fenomeno.

Nel contratto i cui effetti sono tutti condizionati all'adempimento, viene attribuita al debitore la facoltà di scegliere *se* eseguire la prestazione e in ciò – sia detto incidentalmente – si sostanzia l'incertezza (mentre nel caso di un condizionamento limitato ad alcuni effetti, siccome la prestazione è senz'altro un obbligo, l'incertezza dipende piuttosto dalla possibilità che l'obbligo, nonostante il vincolo giuridico, non venga adempiuto). Ora, l'eventuale comportamento attuativo dell'interesse contribuisce a realizzare l'effetto giuridico con un atto che realizza «in un primo istante logico l'avveramento della condizione e la contestuale nascita dell'obbligo, ed in un secondo istante logico la realizzazione della situazione effettuale e dell'interesse negoziale»<sup>17</sup>.

I momenti dell'avveramento della condizione, dell'efficacia dell'obbligo e della sua esecuzione, pur temporalmente coincidenti, sono perciò distinti sul piano logico e compongono un paradigma che parrebbe del tutto ammissibile.

### 1.3. Autonomia della figura dalla promessa condizionata a una prestazione

È facile, a questo punto, notare una particolare somiglianza (se non con le obbligazioni naturali<sup>18</sup> o con fattispecie a formazione progressiva<sup>19</sup>) con la promessa condizionata a una prestazione<sup>20</sup> (c.d. *offer calling for an act*), che si risolve in un meccanismo incentivante, in cui se una parte tiene una certa condotta, diviene efficace la promessa della controprestazione, alla quale è attribuito valore premiale.

Le due figure giuridiche perseguono senza dubbio scopi simili. Ciononostante, non possono essere confuse<sup>21</sup>: diversamente dalla promessa, l'accordo condizionato all'adempimento produce effetti anche in pendenza di condizione, e la loro consistenza può essere ricavata da alcuni poteri, in primo luogo quelli conservativi, che danno sostanza all'aspettativa condizionale<sup>22</sup>, e quelli risarcitori in caso di violazione del dovere di buona fede di cui all'art. 1358 c.c. Infine, le prestazioni parziali, eseguite durante la fase di pendenza della condizione, non si risolvono in un mero indebito oggettivo<sup>23</sup>, proprio in

---

*anticipati: natura, qualificazione e disciplina applicabile*, in *Contratto e impr.*, 2019, 1478 ss.

<sup>17</sup> PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, *op. cit.*, 457.

<sup>18</sup> INANNACCONE, *L'adempimento dedotto in condizione*, in *Giur. i t.*, 1995, 332.

<sup>19</sup> Tuttavia, non siamo in presenza di un negozio ancora non perfezionato, bensì di un contratto valido e completo.

<sup>20</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, *op. cit.*, 463; BESOZZI, *La condizione di inadempimento*, *op. cit.*, 667; ROPPO, *Il contratto*, *op. cit.*, 582.

<sup>21</sup> Distingue le due figure, nonostante riscontri la vicinanza di intenti, BASINI, *La "promessa condizionata ad una prestazione": individuazione e ammissibilità della figura*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 200.

<sup>22</sup> Si veda, sul punto NATOLI, *Della condizione nel contratto*, in *Commentario del codice civile*, diretto da D'AMELIO e FINZI, Firenze, 1948, 459; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 797.

<sup>23</sup> Così BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. dir.*, Roma, 1989, 4, che considera l'azione di

virtù del fatto che – nonostante manchi l'obbligatorietà del comportamento – la presenza di un contratto pur sempre valido fornisce alla prestazione parziale una giustificazione causale, quantomeno in vista del futuro risultato di produzione degli effetti negoziali<sup>24</sup>.

## 2. L'interesse dietro la condizione sospensiva di tutti gli effetti contrattuali. Il carattere estrinseco della condizione di adempimento

Una tra le principali obiezioni all'ammissibilità della condizione di adempimento era che – diversamente dallo schema condizionale tipico, che dà rilievo a interessi esterni – dedurre in condizione l'adempimento finiva per essere un modo per «modellare le conseguenze dell'inattuazione dello scambio in maniera difforme da come “normalmente” la legge le configura»<sup>25</sup>.

In realtà, sotteso a tale condizione può celarsi un motivo, ulteriore rispetto al semplice interesse all'adempimento, a cui le parti intendono dare rilievo<sup>26</sup>: spesso è l'inadeguatezza del sistema di garanzie predisposto dall'ordinamento che spinge all'utilizzo di questi meccanismi di tutela, più rapidi ed efficienti, che assicurano il mantenimento di un determinato assetto patrimoniale se la controprestazione non viene adempiuta.

Non manca chi in passato ha criticato la tutela di tale interesse, che creerebbe costi sociali non adeguatamente bilanciati dall'esigenza di assecondare l'autonomia negoziale<sup>27</sup>. Ma tali critiche non trovano neppure un aggancio sul piano normativo<sup>28</sup>.

Non si può, allora, escludere la presenza di vantaggi tali da rendere meritevole l'apposizione della condizione, anche quando sospende l'intero assetto degli effetti contrattuali e rende la decisione sull'esecuzione del tutto libera. È vero che in tal modo il creditore della prestazione oggetto di condizione rinuncia alla pretesa di esatto adempimento, alla risoluzione per inadempimento e al risarcimento del danno da lesione dell'interesse c.d. positivo<sup>29</sup>. Ma nei prossimi paragrafi, l'analisi di alcuni aspetti del contratto di tran-

---

ripetizione in contrasto con il principio di buona fede.

<sup>24</sup> Così LENZI, *sub. Art. 1353 c.c., op. cit.*, 261. Parla di attribuzione patrimoniale *ob causam futuram*, già ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940, 125.

<sup>25</sup> BIANCA, *Diritto privato. III. Il contratto, op. cit.*, 517. Le risposte della dottrina favorevole alla condizione di adempimento per superare questo ostacolo sono varie. CALVO, *Deducibilità dell'adempimento in condizione e autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1994, 904, ad esempio, risolve il problema dell'estrinsicità riconducendo il fenomeno all'area dell'atipicità. Nel testo, si accoglie una tesi diversa.

<sup>26</sup> In questo senso, LENZI, *sub. Art. 1353 c.c., op. cit.*, 246.

<sup>27</sup> BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, 231.

<sup>28</sup> LENZI, *In tema di adempimento come condizione, op. cit.*, 93 sottolinea anche che la disciplina della risoluzione non rappresenta un principio generale capace di impedire lo sviluppo di meccanismi alternativi (così anche AMADIO, *La condizione di inadempimento, op. cit.*, 377).

<sup>29</sup> Così stando a una parte della giurisprudenza (Cass., 24 novembre 2003, n. 17859; Cass., 15 novembre 2006, n. 24299) che considera l'apposizione della condizione un meccanismo alternativo

sazione sarà tesa a far emergere alcuni interessi rilevanti e frequentemente rinvenibili in questo tipo di accordi.

## 2.1. L'interesse alla condizione sospensiva di adempimento nel contratto di transazione. La transazione semplice e quella novativa

Con il contratto di transazione le parti rinunciano alle rispettive pretese, in cambio di reciproche concessioni. Il negozio si compone, dunque, di due distinte parti<sup>30</sup>: una necessaria, che comporta la rinuncia e l'accettazione di reciproche pretese<sup>31</sup>, e una eventuale, che modifica o si sostituisce al precedente rapporto<sup>32</sup>.

La più classica tra le distinzioni interne al contratto di transazione è poi quella tra novative e semplici. Sullo stesso concetto di transazione novativa, la dottrina non è, tuttavia, d'accordo, nonostante la giurisprudenza abbia accolto una soluzione univoca.

Il dibattito è, invero, risalente. Parte della dottrina<sup>33</sup> riteneva che la natura dipendesse dall'oggetto della lite: se questa riguardava l'intera situazione precedente, ovvero il titolo, la cessazione della lite avrebbe necessariamente implicato l'estinzione del rapporto originario e dunque avrebbe richiesto una transazione novativa; viceversa, se la lite coinvolgeva solo uno o più aspetti, la transazione avrebbe integrato (e non sostituito) il rapporto iniziale. Tuttavia, si notò che la transazione poteva avere natura novativa anche quando la lite non avesse coinvolto il titolo del rapporto originario<sup>34</sup>. Così, mentre alcuni ritennero che «di transazione non novativa [...] si [potesse] parlare quando le parti, lasciando immutato l'oggetto della lite [...] si limitano a stabilire alcune modalità»<sup>35</sup>, altri sostennero che la natura novativa potesse essere colta solo guardando alla capacità del nuovo rapporto di sostituire (novativa) o integrare (non novativa) il precedente<sup>36</sup>. Invero,

---

all'obbligo, un vero e proprio esercizio legittimo di una facoltà riconosciuta alla parte. All'opposto, sembra più convincente ritenere che, con una clausola del genere, le parti non abbiano voluto negare la pretesa di risarcimento, bensì solo rafforzare la posizione di uno dei contraenti.

<sup>30</sup> DEL PRATO, *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, Torino, 2022, 41 parla di «efficacia minima della transazione», contrapponendola all'«effetto eventuale, ulteriore e più intenso» di tipo sostitutivo.

<sup>31</sup> E dunque, dalla transazione nascono un'azione – per ottenere l'esecuzione del nuovo regolamento – e un'eccezione – per respingere ogni pretesa riferita alla situazione preesistente. Così SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, 278, ripreso anche da DEL PRATO, *Fuori dal processo*, *op. cit.*, 47.

<sup>32</sup> Così D'ONOFRIO, *sub Art. 1965*, in *Commentario* a cura di SCIALOJA e BRANCA, 1974, 232 e SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, *op. cit.*, 277 ss.

<sup>33</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, *op. cit.*, 77 ss., spec. 81.

<sup>34</sup> Per questo profilo argomentativo, si veda SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 268 e più di recente, CICERO, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2014, 116 e PALAZZO, *Transazione*, in *Digesto disc. Priv.*, Torino, 1999, 414.

<sup>35</sup> D'ONOFRIO, *sub Art. 1965*, *op. cit.*, 231.

<sup>36</sup> NICOLÒ, *Transazione e novazione*, in *Raccolta di Scritti*, Milano, 1980, 1333.

più di recente, il dibattito si è arricchito con posizioni intermedie, che non ritengono le precedenti soluzioni tra loro incompatibili: la transazione può produrre effetti novativi sia se la lite investe il titolo sia se le parti intendono comunque comporre la controversia modificando l'oggetto del rapporto originario in termini incompatibili con esso<sup>37</sup>. Ancora, c'è chi, rilevando una costante incertezza, in giurisprudenza e in dottrina, nell'identificazione degli elementi costitutivi, auspica un «atteggiamento pragmatico volto a stabilire – di volta in volta ed in forza delle consuete regole di interpretazione – se le parti abbiano determinato, con il loro accordo, la definitiva cessazione della situazione che aveva occasionato la lite»<sup>38</sup>.

Si è, invece, tendenzialmente esclusa la necessità di accertare l'*animus novandi*<sup>39</sup>, in tal modo segnando una definitiva separazione tra transazione novativa e novazione<sup>40</sup>. Le diverse teorie trovano, infatti, tutte un punto di contatto nel riconoscere carattere novativo alla transazione che definisca un assetto oggettivamente incompatibile con il precedente<sup>41</sup>; di converso, se quest'ultimo viene solo integrato, la transazione non è novativa<sup>42</sup>.

## 2.2. (segue...) Le transazioni con effetti obbligatori e con effetti traslativi

La prima distinzione tra transazioni novative e non novative si intreccia con quella che separa le transazioni con effetti traslativi, che hanno generalmente esecuzione immediata<sup>43</sup>, da quelle con effetti obbligatori.

Le prime, quando abbiano carattere novativo, possono essere accostate – seppure non completamente assimilate – al funzionamento della *datio in solutum*, che estingue il

<sup>37</sup> DEL PRATO, *Fuori dal processo*, op. cit., 50.

<sup>38</sup> GENNARI, *La transazione novativa*, in *Obbl. Contr.*, 2007, 335.

<sup>39</sup> Ma contra, GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, 140 ss. che nota come la disciplina della parte generale del contratto non sia derogata dalle norme sulla transazione.

<sup>40</sup> Che richiede, all'art. 1230 c.c., sia l'accertamento dell'*animus novandi* sia quello dell'*aliquid novi*. Un'altra fondamentale ragione a sostegno della differenza riposa nel fatto che solo la novazione richiede l'esistenza dell'obbligazione originaria. Sul punto, SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, op.cit., p. 83 ss.; VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU e MESSINEO, Milano, 1986, p. 264; DEL PRATO, *Fuori dal processo*, op. cit., 47 e FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, 172.

<sup>41</sup> Su cui insistono MOSCARINI e CORBO, *Transazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998, 9.

<sup>42</sup> Questo è, del resto, anche il criterio adottato dalla giurisprudenza. Cass., 11 novembre 2016, n. 23064; Cass., 14 luglio 2011, n. 15444; Cass., 14 giugno 2006, n. 13717; Cass., 28 febbraio 2006, n. 4455; Cass., 23 febbraio 2006, n. 4008; Cass., 13 dicembre 2005, n. 27448; Cass., 19 maggio 2003, n. 7830; Cass., 10 febbraio 2003, n. 1950; Cass., 11 agosto 2000, n. 10657; Cass., 26 gennaio 1999, n. 710; Cass., 9 dicembre 1996, n. 10937.

<sup>43</sup> FRANZONI, *La transazione*, op. cit., 216 ss. presenta una varietà di ipotesi (qui semplificate nell'unica categoria degli effetti traslativi), riconoscendo l'unico caso di vera transazione traslativa nell'ipotesi di transazione su titolo nullo, in cui l'effetto reale si produce solo grazie al contratto di transazione.

precedente rapporto al momento dell'esecuzione della diversa prestazione, con fonte nel contratto di transazione<sup>44</sup>.

Nelle altre, seppure si realizzi immediatamente l'effetto della *pacificatio controversiae*, la soddisfazione di tutti gli interessi contrattuali si ottiene solo al momento dell'esecuzione delle reciproche concessioni dedotte in contratto<sup>45</sup>. Di conseguenza, se una delle due parti risulta inadempiente, l'altra potrà chiedere, in alternativa all'esatto adempimento, la risoluzione del contratto transattivo e la riviviscenza del precedente rapporto<sup>46</sup>. Questo a patto che non si sia estinto ovvero in caso di transazione novativa secondo la posizione più accreditata in dottrina<sup>47</sup> e univocamente seguita in giurisprudenza<sup>48</sup>, infatti, quando la transazione ha carattere novativo, il precedente rapporto si estingue, tanto che l'art. 1976 c.c. esclude il rimedio risolutorio, a favore di «una più salda tenuta del regolamento transattivo»<sup>49</sup> che altrimenti, se fosse risolto, lascerebbe le parti prive di qualsiasi rapporto.

L'art. 1976 c.c. ammette, tuttavia, un patto contrario. Ebbene, nel caso in cui, il contratto si risolva, in applicazione di uno specifico patto, alcuni sostengono che con la risoluzione non possa rivivere un rapporto ormai estinto<sup>50</sup> e il rimedio risolutorio potrebbe consentire solo il risarcimento del danno per la perdita di valore derivante dalla prestazione già eseguita e a cui non segue la controprestazione<sup>51</sup>.

Di converso, la dottrina maggioritaria esclude che l'effetto estintivo prodotto dal contratto possa sopravvivere all'avvenuta risoluzione, perciò in tal caso tornerebbe in vita l'obbligazione originaria estinta<sup>52</sup>. Ciò significa che quando le parti prevedono un patto

<sup>44</sup> Riconosce l'indubbia affinità RUGGERI, *Interesse a transigere e novazione del rapporto litigioso*, Napoli, 2002, 124. Sui rapporti tra *datio in solutum* e transazione, v. PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 2007, 379 e DEL PRATO, *Fuori dal processo*, op. cit., 14. Non sembra invece convincente la completa assimilazione: sul punto si vedano le considerazioni di FRANZONI, *La transazione*, op. cit., 477.

<sup>45</sup> Così SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, op. cit., 318.

<sup>46</sup> VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, op. cit., 432 ss.

<sup>47</sup> Per tutti, FRANZONI, *La transazione*, op. cit., 397.

<sup>48</sup> Cass., 7 marzo 2023, n. 6821; Cass., 9 dicembre 2019, n. 32109; Cass., 17 febbraio 2017, n. 4257; Cass., 10 febbraio 2003, n. 1950.

<sup>49</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, op. cit., 320.

<sup>50</sup> DEL PRATO, *Fuori dal processo*, op. cit., 130 ss., tranne per le transazioni c.d. "supposte come novative", per le quali le parti hanno previsto l'azione di risoluzione; similmente SANTORELLI, *La transazione "mista"*, Napoli, 2015, 156 ss.; PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Napoli, 1975, 151. In giurisprudenza si veda Cass., 9 dicembre 2019, n. 32109.

<sup>51</sup> Questa soluzione è proposta da FRANZONI, *La transazione*, op. cit., 397 (che suggerisce un agiustamento rispetto alla soluzione di Del Prato). Sembra però praticabile solo in presenza di un'azione risolutiva (similmente a quanto proposto da Cass. civ., 5 gennaio 1951, n. 22), poiché altrimenti «il contraente inadempiente si troverebbe a richiedere indietro, a titolo di risarcimento, quanto eseguito in adempimento di un contratto che permane valido e vincolante» (GENNARI, *La risoluzione della transazione novativa*, Milano, 2005, 224).

<sup>52</sup> FRANZONI, *La transazione*, op. cit., 410; BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, op. cit., 461. In giuri-

risolutivo, la transazione novativa porrebbe il precedente rapporto solo in uno stato di quiescenza.

Seguendo la soluzione maggioritaria, accolta anche in giurisprudenza, si distingue, dunque, tra le transazioni propriamente novative, che realizzano un definitivo effetto estintivo del rapporto precedente e le altre, non novative o comunque contenenti un patto di risoluzione, che lo pongono solo in uno stato di quiescenza. Queste ultime figure si avvicinano molto al meccanismo della condizione *risolutiva* di inadempimento<sup>53</sup>, e offrono perciò l'occasione per verificare, più in generale, la compatibilità delle condizioni di adempimento con il contratto di transazione e l'interesse ad esse sotteso.

### 2.3. La transazione condizionata

Superate alcune originarie posizioni contrarie<sup>54</sup>, tutti i tipi di transazione sono oggi generalmente ritenuti *condizionabili*<sup>55</sup>, purché la condizione non tocchi la causa del contratto, ovvero non ostacoli la concreta possibilità di risolvere la lite.

Su quest'ultimo punto occorre intendersi. La condizione sospensiva può riguardare tanto singole prestazioni quanto l'insieme degli effetti transattivi, di conseguenza le parti potrebbero decidere di sospendere anche l'effetto sostitutivo o integrativo del precedente rapporto nel suo complesso. Il limite di non porre una condizione che sia in contrasto con la causa transattiva significa, invece, che non può essere dedotto in condizione un «elemento interno al contenzioso, poiché in questo modo [...] si renderebbe incerta la volontà in ordine alla transazione stessa»<sup>56</sup>.

Tanto non sembra escludere la deducibilità in condizione dell'adempimento o dell'inadempimento delle prestazioni transattive: in tal caso non si mette in discussione la causa del contratto – come se si facesse dipendere la transazione dalla decisione giudiziale sul caso che si vorrebbe transigere<sup>57</sup> – poiché gli effetti dipendono da un fatto,

---

sprudenza Cass., 9 agosto 1969, n. 2974; Cass., 14 giugno 2006, n. 13717; Cass., 14 luglio 2011, n. 15444; Cass., 11 novembre 2016, n. 23064; Cass., 13 marzo 2019, n. 7194.

<sup>53</sup> Non a quella sospensiva, che non ammette neppure temporaneamente l'estinzione dell'obbligazione originaria. Per una ricostruzione in chiave sospensiva, v. invece SCALA, *Novità e contraddizioni nella giurisprudenza sulla dichiarazione di cessazione della materia del contendere nel processo civile*, in *Corr. giur.*, 2020, 1540.

<sup>54</sup> In particolare, D'ONOFRIO, *sub Art. 1965, op. cit.*, p. 229 che riteneva incompatibile la condizione sospensiva nella transazione relativa a una lite che potesse sorgere e fortemente limitata quella relativa a una lite già sorta. Anche BUTERA, *Delle transazioni*, Torino, 1933, 553 che si concentra sulla condizione risolutiva per inadempimento, la ritiene incompatibile con il contratto di transazione; e FLUMENE, *Causa e dissoluzione del negozio transattivo civile*, Sassari, 1928, 32. Per il superamento delle critiche, v. PALAZZO, *Transazione, op. cit.*, 386 ss.

<sup>55</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione, op. cit.*, 245 ss. In giurisprudenza si segnala, in particolare, Cass., 8 febbraio 1958, n. 388 che ha ammesso una condizione apposta per favorire una sola delle parti, che può recedere dalla transazione o trasformare il contratto in un negozio incondizionato.

<sup>56</sup> FRANZONI, *La transazione, op. cit.*, 274.

<sup>57</sup> PALAZZO, *Transazione, op. cit.*, ammette persino questa condizione.

l'adempimento, che nella sua materialità è estrinseco al programma transattivo e all'esito del contenzioso.

Ebbene, quando, nel contratto di transazione, è dedotto in condizione l'adempimento che sospende – come nel caso che ha dato origine a queste riflessioni – tutti gli effetti transattivi, si è di fronte a un *pactum de in solutum dando*<sup>58</sup>, che attribuisce al debitore il potere di modificare unilateralmente l'oggetto dell'obbligazione al momento dell'esecuzione<sup>59</sup>, posticipando l'effetto novativo<sup>60</sup>. Invece che sostituire al rapporto  $\alpha$  il rapporto  $\beta$ , che dovrà essere poi eseguito, il primo rapporto viene sostituito solo al momento dell'adempimento di  $\beta$  che contestualmente realizza la condizione, rende efficace l'obbligo e lo estingue mediante esecuzione.

Da questo meccanismo derivano alcuni vantaggi rispetto alle normali transazioni non novative o novative con patto risolutivo, che possono incarnare la sintesi degli interessi sottesa all'apposizione della condizione sospensiva e la rendono perciò meritevole. In primo luogo, l'inefficacia può essere ottenuta senza l'intervento giudiziario; inoltre, l'effetto reale che promana dalla condizione determina la prevalenza della posizione del creditore anche nei confronti dei terzi, così da aggirare i limiti di operatività della risoluzione. Nel frattempo, in pendenza della condizione, una parte è libera di adempiere alla prestazione, ma ciò non rende la condizione meramente potestativa, dal momento che l'adempimento ha l'effetto vantaggioso di superare la lite. L'altra parte, intanto, conserva la possibilità di far valere la lite di fronte al giudice<sup>61</sup>, vantaggio, questo, che le parti non avrebbero avuto neppure se avessero deciso di apporre una condizione risolutiva di inadempimento o una clausola risolutiva espressa, perché in questi casi fino al momento della risoluzione si producono tra le parti gli effetti del contratto transattivo. Di converso, nella pendenza della condizione sospensiva la transazione non produce effetti, perciò possibile esercitare l'azione giudiziaria, e se la condizione si avvera dopo la sentenza, quest'ultima prevarrà sulla prima.

<sup>58</sup> In dottrina, oltre a chi riporta il meccanismo entro le regole della *datio in solutum* (SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Contratto e impresa*, 2002, 1392), non manca chi ha qualificato questa figura come un'obbligazione con facoltà alternativa, «in quanto si sostanzia, in pratica, nella possibilità, per il debitore, di adempiere, a sua scelta, in due modi differenti, ma entrambi estintivi dell'obbligazione» (ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, 11 e 117 ss.).

<sup>59</sup> SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, op. cit., 1392 che ne riconosce la meritevolezza: «il nostro codice ignora una tale distinzione ma non impedisce alle parti di porre in essere un meccanismo analogo, meritevole di tutela ex art. 1322 c.c. ove si consideri la sua funzione satisfattoria di un credito esistente». In giurisprudenza, si è assimilato a un diritto di recesso: Cass., 24 novembre 2003, n. 17859.

<sup>60</sup> Sul punto, v. Cass., 7 marzo 2023, n. 6821.

<sup>61</sup> Così FRANZONI, *La transazione*, op. cit., 275; DEL PRATO, *Fuori dal processo*, op. cit., 58. In giurisprudenza, Cass., 7 marzo 2023, n. 6821.

### 3. Conclusioni

Sintetizzando le riflessioni sin qui svolte, mentre la transazione novativa senza patto risolutivo estingue definitivamente il precedente rapporto, in caso di patto risolutivo, invece, la soluzione più diffusa ritiene possibile, con la risoluzione, una riviviscenza dell'originario rapporto, similmente a quanto accade con la transazione non novativa.

Il meccanismo è simile a quello che si otterrebbe apponendo una condizione *risolutiva* di inadempimento, nonostante alcune peculiarità proprie di quest'ultimo istituto come la realtà degli effetti della condizione e la rinuncia al risarcimento del danno, che ne possono giustificare l'inserimento.

Ancora diverso è, però, il meccanismo con cui opera la condizione *sospensiva* di adempimento, che realizza, non una quiescenza del precedente rapporto, bensì la temporanea prosecuzione dello stesso, finché non sia eseguito quello sostitutivo che origina dalla transazione. Ed è questo il principale interesse che può giustificarne l'apposizione.

Tanto chiarito, la vicinanza tra i tre diversi meccanismi impegna, perciò, il giudice nella corretta interpretazione del contratto di transazione, partendo dall'interesse concreto perseguito dalle parti.

### 4. Indicazioni di lettura

#### Sulla condizione di adempimento.

Per le posizioni critiche rispetto all'ammissibilità della deduzione in condizione dell'adempimento, BIANCA, *Il contratto*, in *Il diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 544-546; FUSCO *Ancora in tema di adempimento come condizione*, in *Vita not.*, 1984, p. 291 ss. Id., *L'adempimento come condizione del contratto*, in *Vita not.*, 1983, p. 308 ss.; PELOSI, *La proprietà risolvibile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 217 ss.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 213; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 58 ss.

Per una posizione più moderata COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in *Trattato dei contratti*, diretto da GABRIELLI e RESCIGNO, Torino, 2006, p. 935. In senso favorevole, NARDI, *Il contratto si scioglie per l'avverarsi della condizione risolutiva potestativa, anzi no, per recesso unilaterale*, in *Nuova giur. civ.*, 2022, p. 858; BASINI, *La "promessa condizionata ad una prestazione": individuazione e ammissibilità della figura*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 200; GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 2002, p. 144 ss.; PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, Milano, 2000, p. 431 ss.; AMADIO, *Atto dovuto ed evento condizionale*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1048; DE CRISTOFARO, *Sulla c.d. condizione di adempimento*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1103; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996; LENZI, *L'adempimento dedotto in condizione*, in *Giur. it.*, 1995, p. 329 ss.; IANNACCONE, *L'adempimento dedotto in condizione*, in *Giur. it.*, 1995, p. 329; CALVO, *Deducibilità dell'adempimento in condizione e autonomia negoziale*, in *Giur. It.*, 1994, p. 901; MARMOCCHI, *Della condizione di adempimento della prestazione*, in *Riv. not.*, 1993, p. 483 ss; MAZZARA, *Promesse "condizionate" a una prestazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 344; LENZI, *In tema di adempimen-*

to come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina, in *Riv. not.*, 1986, p. 87 ss.; DI MAJO e GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 177 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958, p. 235 ss.;

### **Sul contratto di transazione e sulla sua condizionabilità.**

DEL PRATO, *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, Torino, 2022; SANTORELLI, *Transazione su titolo nullo. Applicabilità dell'art. 1972 c.c. nella distinzione fra transazione novativa e semplice*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1063; SCALA, *Novità e contraddizioni nella giurisprudenza sulla dichiarazione di cessazione della materia del contendere nel processo civile*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 1540; PONGELLI, *La transazione novativa*, Padova 2020; PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 2007, p. 379; GENNARI, *La risoluzione della transazione novativa*, Milano, 2005; RUGGERI, *Interesse a transigere e novazione del rapporto litigioso*, Napoli, 2002; FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, PALAZZO, *Transazione*, in *Digesto disc. Priv.*, Torino, 1999, p. 414; VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU e MESSINEO, Milano, 1986, p. 264 ss.; NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 433 e segg.; SANTOROPASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975; D'ONOFRIO, *sub Art. 1965*, in *Commentario* a cura di SCIALOJA e BRANCA, 1974, p. 232 ss.

### **ABSTRACT**

Lo studio si interroga sulla validità della condizione di adempimento sospensiva di tutti gli effetti del contratto e sugli interessi che possono essere soddisfatti con l'apposizione di tale clausola nei contratti di transazione.

*The text studies the validity of the condition if suspensive of all contractual effects and explores the interests that can be addressed by including such a clause, especially in a transaction agreement.*





### I civilisti e la verità

Roberto Conti intervista Aurelio Gentili e Renato Rordorf



Il viaggio sul pianeta verità procede in questo numero con un'intervista "a due" con il Professore Aurelio Gentili e con il Presidente Renato Rordorf.

### Le domande

**R.C.** *Cominciamo a ragionare sul tema della verità. Esiste la verità per un civilista nel tempo moderno? Nel saggio **Sulla odierna "incertezza" del diritto** (Giustizia civile on line) Paolo Grossi tende a smontare il mito della certezza del diritto come "verità" preferendo un'esperienza veritativa che molto prende dal fatto e dalla sua carnalità, capace di generare ciò che può dirsi, mi pare di capire, il vero diritto. Gli arnesi che il Professor Grossi utilizzava per attaccare il fortino della legge intesa come verità assoluta sono senz'altro noti a Voi meglio che a me. La vostra esperienza vi avvicina o vi allontana dall'idea grossiana di incertezza del diritto del nostro tempo?*

**A.G.** "Esiste la verità per un civilista nel tempo moderno?" No, secondo me la verità non esiste nel diritto. Mi si perdoni la pedanteria, ma come giurista aderente all'indirizzo di analisi del linguaggio considero molto importante il corretto uso dei termini. La verità, come insegna il neopositivismo logico, è riferibile solo a proposizioni descrittive di situazioni di fatto. Non, perciò, a proposizioni *prescrittive* come quelle del diritto. Queste non sono né vere né false. Se mai sono valide (o invalide). Ma il diritto non è valido se, come le scienze dure, corrisponde a un dato esterno: quale? Il diritto è valido se, come le scienze matematiche, date certe premesse – che sono un atto di scelta 'politica' – il procedimento razionale per rispondere alla domanda *quid juris* è corretto.

Mi sento quindi molto lontano da entrambe le posizioni ricordate, e guardo ad esse con apprensione. I portatori di verità sono nel diritto integralisti nefasti: affermando una pretesa verità di questo e di quello, vorrebbero imporre le loro ideologie. Certo, le scelte politiche che costituiscono le premesse dell'applicazione del diritto sono anch'esse espressione di ideologie. Ma in un sistema costituzionale queste premesse devono essere coerenti a principi fondamentali. E i principi fondamentali non sono delle 'verità', ma l'espressione di esigenze universali. Esigenze (libertà, uguaglianza, diritti) che nascono e sono avvertite proprio perché la verità è diversa: la libertà è minacciata, l'uguaglianza

non assicurata, i diritti non riconosciuti o non effettivi. E questa verità va corretta. Dunque ciò che è vero spesso non è buono, e ciò che è buono spesso non è vero. Ma non è a ciò che è vero che dobbiamo ispirare il nostro diritto, ma a ciò che è buono: il diritto serve a migliorare la realtà.

Per queste ragioni penso da un lato che le posizioni alla Grossi (ma bisogna ricordare anche gli studi di Nicola Lipari) siano una riedizione del giusnaturalismo, per cui *ex facto oritur jus*. Un brocardo falso e pernicioso: nei fatti non c'è valore, se non quello che attribuiamo loro, che è opinione, non verità. Mi spiego con un esempio: un uomo prende a picconare un'automobile. Qual è il valore giuridico di questo fatto? Non si può rispondere. Per rispondere occorre sapere: è sua? O altrui? Lo fa su incarico? O di sua iniziativa? È un rottamatore o un danneggiante? Per rispondere, insomma, ci vuole la proprietà, il contratto. Ma proprietà e contratto non sono nel fatto, non li puoi vedere e toccare. E allora il fatto è muto, non ha nessun valore, se non quello che gli diamo in base a ragioni che non sono nel fatto. Perciò la 'carnalità dei fatti' lasciamola stare. Ma dall'altro lato penso che difendere il fortino della legge come verità assoluta è solo veteropositivismo. Non c'è verità nella legge. Che l'azione di annullamento si prescriva in cinque anni e quella di rescissione in uno non è una verità, ma solo una soluzione dettata da ragioni pratiche, che potrebbe essere diversa. E non c'è verità nemmeno nei principi costituzionali e delle carte dei diritti. Per dire, un principio come l'uguaglianza non è 'vero' (di fatto gli uomini non sono per nulla uguali). È solo valido, nella misura in cui nessuno accetterebbe l'idea della propria inferiorità, ovvero pretenderebbe a fronte di una inferiorità di fatto (per esempio di condizione fisica o sociale) una legislazione che ripristinasse in diritto la sua uguaglianza sostanziale che manca in fatto.

In sintesi: i fatti (o meglio le loro descrizioni) sono veri o falsi, ma in sé non hanno valenza; invece il discorso giuridico sui fatti, cioè il diritto, non è né vero né falso: è un discorso prescrittivo e quindi non apofantico, che può solo avere buone o cattive ragioni per ciò che prescrive. Sono le buone ragioni che danno al diritto l'oggettività che erroneamente si spaccia per verità. Come fanno capire Habermas, Apel, Alexy. Non è una 'verità' che il ladro va punito e il debitore deve pagare: è che anche il ladro non vuol essere derubato e anche il debitore se fosse creditore vorrebbe essere pagato. E quindi razionalmente non possono obiettare alla norma che li costringe, per la 'contraddizione (pragmatica) che nol consente'.

**R.R.** "Verità" e "certezza" sono parole difficili da maneggiare. Parole dense di possibili significati diversi e di una miriade di differenti sfumature. Parole che alludono ad un dato ontologico, ad una realtà oggettiva, ma nondimeno spesso si inseriscono nella trama variegata delle soggettività e dei molteplici possibili punti di vista. Scavare a fondo nel significato di queste parole e dei corrispondenti concetti richiederebbe una competenza filosofica e linguistica che va ben al di là delle mie modeste capacità. Per rispondere alle suggestive domande di Roberto Conti non mi resta, allora, che fare appello alla mia quasi cinquantennale esperienza di magistrato, che si è dovuto misurare con il compito di dare risposte il più possibile certe (ed auspicabilmente giuste) a domande che presupponevano l'accertamento della verità di determinati fatti. Pur con la consapevolezza di quanto problematici siano questi termini ed il rapporto che tra essi intercorre, adopererò quindi

le parole verità e certezza nella comune accezione che si suole loro attribuire nel linguaggio corrente.

E vengo al punto: la certezza del diritto, nel nostro tempo, è ancora un valore, o è almeno un obiettivo da perseguire nei limiti del possibile, pur se non sempre si riesce a realizzarlo appieno? Sono convinto di sì ed a tale convinzione, per quel che vale, ho sempre cercato di serbarmi fedele nel corso della mia attività giurisdizionale.

Con ciò non intendo in alcun modo disconoscere l'importanza delle riflessioni di Paolo Grossi su questo tema. Da quel grande storico che era, Grossi ha registrato, nel passaggio dal medioevo all'età moderna, il progressivo affermarsi di una concezione del diritto come emanazione di un potere sovrano, prima impersonato dal Principe e poi dagli organismi deputati a rappresentare la volontà generale della nazione. In quel contesto il legislatore – ed in particolare il legislatore nazionale di ciascun singolo Paese sovrano – è parso voler assumere il ruolo di creatore onnipotente di un diritto che dalla fonte salda ed indiscutibile della legge pretenderebbe di ricavare la sua rigorosa certezza. Una visione, questa, forse più mitologica che reale, che trovava la sua giustificazione storica, al sorgere dell'età moderna, nell'esigenza di reagire al disordine ed all'arbitrarietà dei molteplici ordinamenti giuridici che avevano caratterizzato l'*ancien régime*, ma di cui appare assai dubbia la capacità di rispecchiare la realtà del nostro tempo, cioè di quella che lo stesso Grossi ama definire la "pos-modernità giuridica". Sarebbe difficile dargli torto su questo punto: è un'epoca, la nostra, nella quale l'emergere di centri sovranazionali di potere economico, le cui decisioni sono spesso assai più influenti di quelle dei singoli Stati nazionali, ed il proliferare di fonti giuridiche di diverso rango, nazionali e sovranazionali, fatalmente fanno scolorare l'immagine tradizionale di un legislatore onnipotente da cui promani un ordinamento giuridico dotato di granitica coerenza e capace di offrire un alto grado di certezza. È questo che il lucido pensiero di Paolo Grossi ci aiuta a comprendere quando ci ricorda che il diritto "*prima di essere potere, norma, sistema di categorie formali, è esperienza, è cioè una dimensione della vita sociale*" (*Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 52), per poi aggiungere che "*il necessario vincolo tra società e diritto implica la riscoperta della complessità di quest'ultimo*" (*ibidem*, pag. 53). Perciò, se mai ha avuto corso nella realtà la nota immagine di Montesquieu secondo la quale il giudice sarebbe solo la bocca della legge, di certo oggi essa non appare più affatto attuale, quanto meno nella sua absolutezza, perché il legislatore (chiunque egli sia) si esprime in molte lingue e forme diverse, onde risulta impossibile una trasposizione meramente meccanica del suo dire.

Ma che ne è, allora, della certezza del diritto? Grossi sembra svalutarla, annoverando anch'essa tra le mitologie giuridiche da cui ci si dovrebbe sbarazzare. Per certezza del diritto egli intende, però, principalmente la certezza della legge, nella statica accezione giuspositivistica di kelseniana memoria, come tale destinata a tramontare col "*trapasso da un'età di certezze, la modernità, a un'età, la nostra, la pos-modernità, percorsa da una continua dinamica interiore, segnata da una intensa mobilità e bisognosa di disciplinamenti elastici*" (*Il ritorno dal diritto*, Laterza, Bari, pag. 66). Ma è lo stesso Grossi a ricordarci che il diritto, lungi dal ridursi all'insieme dei comandi contenuti in codici o altri testi di legge, è espressione di valori insiti nel corpo sociale e da esso condivisi: valori che oggi

trovano i loro fondamentali punti di riferimento nei principi cui si ispira la Costituzione e che dovrebbero invernarsi in quello che è d'uso ormai chiamare il diritto vivente (*ibidem*, pagg. 81 e ss.). È dunque proprio e soprattutto con riferimento al diritto vivente, frutto fecondo dell'intreccio tra il testo di legge e l'interpretazione che se ne dà alla luce dei principi costituzionali (e sovranazionali europei), che mi pare debba porsi la questione della certezza del diritto.

Il diritto non può prescindere dall'aspirazione alla giustizia (su questo dovrò poi tornare rispondendo al successivo quesito) ed è anzitutto per un'elementare esigenza di giustizia che ci si deve sforzare di rendere certa, per quanto possibile, la *regula iuris*. Se, per poter realizzare legittimamente i propri interessi e le proprie aspirazioni nello svolgersi della vita civile, il cittadino deve attenersi a determinate regole, la cui violazione potrebbe anche esporlo al rischio di sanzioni, occorre che quelle regole egli possa conoscerle ed, in un regime democratico, anche comprenderne il senso, o almeno i principi cui esse si ispirano, per poterle condividere o eventualmente adoperarsi a mutarle. Se così non fosse, se cioè l'applicazione del diritto risultasse imprevedibile e capricciosamente variabile, sconfinerebbe nell'arbitrio: l'esercizio della giurisdizione si avvicinerebbe pericolosamente alla descrizione che ne fa Franz Kafka ne *Il Processo* ed il cittadino si troverebbe nella condizione del signor K, lo sfortunato protagonista di quel romanzo. Ne verrebbe anche, d'altronde, inevitabilmente leso il principio di eguaglianza (sostanziale), scolpito nell'art. 3 della Costituzione, perché a situazioni o comportamenti uguali corrisponderebbe un trattamento giuridico irragionevolmente diverso.

In quest'ottica, a rigor di termini, più ancora che di certezza del diritto, si dovrebbe forse parlare di prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Certezza e prevedibilità non sono, ovviamente, sinonimi, benché l'una condizioni l'altra. La certezza, se intesa come qualità di un dato di realtà (e non come mero convincimento soggettivo di taluno rispetto a quel dato), si lega indissolubilmente al concetto di verità assoluta e come tale, se riferita ad una norma giuridica, ne postula l'incontestabilità oggettiva. La prevedibilità, invece, la si apprezza ponendosi dal punto di vista del soggetto che della norma è destinatario. La certezza attiene alla norma, di cui attesta il carattere attuale di verità evidente, laddove la prevedibilità riguarda la decisione giudiziale e rinvia ad un evento futuro, per ciò stesso più o meno probabile, ma giammai assolutamente certo. Nulla vieta, naturalmente, di parlare anche di certezza relativa e di misurare il grado di certezza di un dato di realtà, ma in ambito giuridico ciò equivale a spostarsi sul piano della prevedibilità: quanto è probabile o improbabile che una determinata norma, in una ben specifica situazione, possa essere interpretata ed applicata in un senso o nell'altro. Ed è in questa accezione che mi sembra conservi tuttora la sua pregnanza valoriale la nozione di certezza del diritto, intesa, appunto, come prevedibilità delle decisioni scaturenti dall'applicazione della *regula iuris*. Valore irrinunciabile, per quanto già detto in tema di giustizia e di eguaglianza di trattamento, e tuttavia solo tendenzialmente perseguibile, proprio perché la complessità e la dinamicità degli odierni ordinamenti giuridici, nel continuo fluire del diritto vivente, è incompatibile con una visione statica del diritto ed altro non consente se non una prevedibilità tendenziale (ma non per questo meno importante) delle decisioni giurisdizionali.

**R.C.** *Ora che vi siete espressi sulla prima domanda verrà forse agevole collocarvi rispetto al tema verità diritto e giustizia. Voi ritenete che il diritto al quale può ambire una persona nell'ordinamento debba essere conformato alla legge data o meriti una verifica da parte dell'interprete in termini di "giustizia", e se sì in che limiti? Può, a Vostra opinione, l'esigenza di avvicinamento del diritto a canoni di giustizia (Scalisi) ed effettività (Vettori) dare luogo ad una metamorfosi o deriva soggettivistica del sistema che dir si vuole? Ci sono dei rimedi, eventualmente, affinché ciò non accada; ovvero non di deriva si dovrebbe parlare ma, semplicemente, di riconoscimento del giusto valore del diritto rispetto alle persone ed alla dignità che gli stessi possiedono?*

**A.G.** Del tema 'verità-diritto-giustizia' ho già detto come a mio avviso non ci sia alcun rapporto 'diritto-verità'. Se non sotto il profilo della prova. Ma anche qui c'è un rapporto relativo. Io non credo alla teoria dimostrativa della prova: i fatti intercorsi di cui si dibatte nel processo non si constatano. Credo piuttosto alla teoria argomentativa. I fatti entrano nel processo come rappresentazioni, documentali o testimoniali, da cui si induce argomentativamente che qualcosa sia o sia stato oppure no. Non per nulla tranne pochi casi di prova legale (dove non c'è spazio di apprezzamento) il principio di valutazione (valutazione, non constatazione) è il prudente apprezzamento. Il 'prudente apprezzamento' della prova da parte del giudice non avrebbe senso per la verità, che è tale o non è. Vado dunque a considerare solo l'altro rapporto, tra diritto e giustizia.

Qui, che un rapporto ci debba essere è un'ovvietà: nessun diritto ha mai affermato "sono vigente ma sono ingiusto!". Ma che ci debba essere non implica che ci sia, perché il diritto (*rectius*: i testi delle plurime fonti che regolano le relazioni tra gli uomini) lo possediamo, ma la Giustizia no. La giustizia è opinione, sentimento. La Giustizia (con la maiuscola) non la possiede nessuno. E se il giudice per inseguire la giustizia manipola il diritto (il testo della legge) non fa altro che far prevalere il suo personale sentimento. Innesca insomma una deriva soggettivistica peggiore dell'arida applicazione del *dictum* legale.

Ma è poi davvero così arida questa applicazione? Anche senza pretese di giustizia le disposizioni si interpretano, perché esse ammettono più sensi (non qualunque senso, però!) e occorre scegliere quello più giustificato. Nel soppesare le ragioni che giustificano una lettura del testo legale come migliore di un'altra il giudice può tenere conto di ragioni di giustizia, nel limite in cui quelle ragioni sono fondate su testi normativi (e allora libertà, eguaglianza, dignità, non discriminazione, diritti inviolabili, solidarietà, autodeterminazione, affidamento, buona fede, proporzionalità). E se nessuna delle interpretazioni possibili del testo soddisfa le esigenze di giustizia sottese a questi principi, il giudice lungi dall'interpretare contro il testo ha lo strumento della denuncia della (presunta) invalidità della disposizione. Questo il rimedio e questo il limite.

In questo rimedio e soprattutto in questo limite vedo la tutela della certezza del diritto. Sono assolutamente d'accordo con il Presidente Rordorf che essa sia tuttora un valore. E che sia una condizione per la giustizia nel diritto, come pure egli ci dice. E penso che la assicuri, nei limiti del possibile, non una pretesa conformità alla verità di non si

sa che, ma quel limite all'interpretazione di un testo, almeno esso certo, che ho appena detto.

**R.R.** Ho già espresso la mia convinzione secondo cui il diritto dovrebbe sempre tendere a realizzare un obiettivo di giustizia. Naturalmente mi rendo ben conto di come anche la parola ed il concetto di giustizia possano essere problematici e di come diritto e giustizia non si identifichino, ed è appena il caso di aggiungere che tanto meno la legalità formale di una data *regula iuris* basta a garantire che la si possa definire giusta (le ben note, tragiche esperienze del Novecento ce lo hanno ampiamente dimostrato). Ciò che mi preme sottolineare è però l'impossibilità d'intendere la funzione storica e sociale del diritto se non lo si pone in rapporto con quell'insieme di elementi valoriali ai quali siamo usi riferirci quando parliamo di giustizia.

Il diritto, da quando ha rinunciato (almeno in Occidente) al suo originario fondamento religioso, è una tecnica di organizzazione sociale, ma il modo in cui una società si organizza dipende sempre dai valori che la comunità riconosce ed ai quali il vivere in comune si ispira, e tra quei valori non manca mai anche il senso di giustizia, benché sia variabile nel tempo e nello spazio. Basterebbe a dimostrarlo la frequenza con la quale nei codici e negli altri testi normativi ricorrono le parole "giusto" o "giustificato", senza il bisogno di alcuna ulteriore specificazione, per non dire del ripetuto richiamo ad espressioni quali buona fede, correttezza, lealtà e simili, che implicano comportamenti ispirati ad un'ideale di giustizia, e del ruolo che in vario modo il legislatore attribuisce all'equità (integrativa, ma talvolta anche correttiva del diritto positivo): equità che non si saprebbe intendere se svincolata dall'idea del giusto. Ma sono soprattutto i principi ispiratori della Costituzione e delle molteplici Convenzioni e Carte dei diritti vigenti in ambito sovranazionale ad essere pregni di quei valori che si riassumono nel concetto di giustizia e che costituiscono la base logica e storica dei diritti fondamentali posti alla base anche del nostro ordinamento giuridico.

Alla domanda se il diritto al quale può ambire una persona nell'ordinamento debba essere conformato alla legge data o meriti una verifica da parte dell'interprete in termini di "giustizia" rispondo perciò che quella verifica mi pare senz'altro necessaria. Se l'interprete, ed in particolare il giudice, vi rinunciaste, credo che egli tradirebbe il compito che la società gli ha assegnato e si trasformerebbe in un arido burocrate della legge, intento solo a smaltire le pratiche che si accumulano sul suo tavolo. Puntualmente Giuseppe Vettori, dopo aver premesso che *"nessuno può ragionevolmente sottovalutare il ruolo della legge nell'assicurare eguaglianza, certezza e prevedibilità"*, osserva che oggi *"il diritto si colloca fra politica ed etica, in una posizione di piena autonomia: si avvicina assai più alla ricerca della misura e della giustizia che accompagna da millenni il pensiero umano"* (Dal *"diritto mite"* alla legge? Anche no, in *Questione giustizia*, Trimestrale 1/2020, pag. 85). Se poi si vogliono collegare verità e giustizia sino ad identificare l'una nell'altra, come nel pensiero di Vincenzo Scalisi (Per una ermeneutica giuridica «veritativa» orientata a giustizia, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pag. 1267), secondo il quale *"la verità del diritto altro non è che la sua giustizia"*, allora nulla vieta di affermare che il diritto deve rispondere ad un criterio di verità, sia pure inteso in senso non assoluto, giacché – come ci ricorda ancora Scalisi (*op. cit.*,

pag. 1270) – “neppure il diritto, allorché forma oggetto di attività ermeneutica, può sottrarsi e sfuggire al destino del Forse”.

Vi sono però almeno due aspetti che è indispensabile mettere meglio a fuoco.

Anzitutto, occorre ben chiarire che la ricerca del fondamento di giustizia nella decisione giurisdizionale non può mai tradursi in un esercizio di “diritto libero”, rimesso alla valutazione ed al convincimento di un giudice svincolato dal rispetto di regole pre-determinate, non foss’altro perché ciò finirebbe col mettere a repentaglio quell’esigenza di almeno tendenziale prevedibilità delle decisioni che a propria volta si àncora, come ho già detto, ad un fondamento di giustizia. Ma ci si deve altresì far carico dell’obiezione – formulata, tra gli altri, da Natalino Irti in diversi suoi scritti, uno dei quali già nel titolo evoca il tema di cui ci stiamo qui occupando (*Diritto senza verità*, Laterza, Bari, 2011) – secondo cui il venir meno dei tradizionali presupposti di natura religiosa o metafisica sui quali la costruzione dello Stato si è per gran tempo fondata avrebbe generato, anche in campo giuridico, un politeismo di valori nel cui ambito ciascuno sarebbe chiamato a scegliere, tra le tante possibili, la *Grundnorm* cui decide di attenersi. Emerge qui il tema del complicato rapporto tra il principio di legalità e l’istanza di giustizia. Non ci si può dimenticare che i giudici, come recita l’art. 101 della Costituzione, “sono soggetti soltanto alla legge”: soltanto ad essa, ma a quella sì. Il che è come dire che la ricerca del fondamento di giustizia delle decisioni giurisdizionali deve avvenire all’interno del perimetro segnato dalla legge, e mai al di fuori di esso. Il principio di legalità è un pilastro irrinunciabile dello stato di diritto e segna il limite – sovente elastico, ma che comunque occorre sforzarsi di individuare – oltre il quale il giudice non può spingersi neppure in nome di un’ipotizzata superiore istanza di giustizia, la quale non può essere affidata unicamente alla sensibilità individuale del singolo per non incorrere nel rischio del “*politeismo dei valori*” paventato da Irti.

In secondo luogo, mi sembra evidente che – come meglio cercherò di chiarire rispondendo ad un successivo quesito – il dato testuale della legge, al pari di ogni testo scritto, è sovente suscettibile di diverse possibili interpretazioni. È in questo spazio di discrezionalità interpretativa che si esplica la dialettica tra principio di legalità e ricerca della giustizia, alla quale il giudice può e deve essere sensibile nella scelta tra le diverse opzioni interpretative cui il testo legale si presta, senza eccedere i limiti segnati dal significato fatto palese delle parole di quel testo. Sovente non è una scelta facile, non foss’altro perché presuppone la profonda comprensione dei valori e degli interessi sottostanti al dato normativo e di come l’interpretazione di questo meglio possa soddisfare quei valori e quegli interessi in modo conforme a giustizia: una comprensione che richiede non solo un’adeguata competenza tecnico-giuridica, ma anche la capacità di calarsi nella realtà concreta in cui si radica la questione controversa e la sensibilità sociale indispensabile per percepirne tutti i risvolti. Anche per questo il giudice oggi non può concepire sé stesso come mera “bocca della legge”, né isolarsi in una torre d’avorio, se vuole svolgere sino in fondo il proprio compito ed essere all’altezza del ruolo che la società gli assegna.

Si corre così il rischio di una deriva soggettivistica della giurisdizione? Non mi sento di escluderlo del tutto, perché i confini segnati dalla legge, entro i quali si deve esercitare la discrezionalità interpretativa del giudice, si sono fatti nel tempo sempre più elastici

e, talvolta, non ben definibili. Credo, però, che sia possibile contenere quel rischio in limiti ragionevoli, o almeno che ci si dovrebbe sforzare di farlo. E lo si può fare, anzitutto, tenendo sempre ben presente che i valori di giustizia ai quali l'attività interpretativa ed applicativa delle norme di legge deve ispirarsi sono tali non in base ad una valutazione soggettiva ma in quanto trovino il loro fondamento nella Costituzione (o nelle Carte e Convenzioni internazionali da cui l'Italia è vincolata); in secondo luogo, rafforzando nei giudici la consapevolezza che la giurisdizione non è un esercizio individuale, perché ogni decisione deve confrontarsi con i precedenti e concorrere a formare orientamenti giurisprudenziali, non certo immutabili ma nemmeno capricciosamente erratici; infine prestando attenzione al fatto che la decisione giudiziaria deve sempre essere sorretta da adeguata motivazione, che costituisce lo strumento indispensabile mediante il quale il potere giurisdizionale si legittima, in un sistema democratico, il che consente a chiunque di valutare come quella funzione viene concretamente svolta ed al legislatore di dialogare con la giurisprudenza e di calibrare conseguentemente le proprie scelte normative.

Non scorgo, perciò, una contrapposizione netta tra il diritto vivente, ispirato a valori di giustizia, ed un diritto positivo che a quei valori sarebbe impenetrabile in quanto derivante la propria legittimazione unicamente dal rispetto delle regole stabilite per il suo procedimento formativo. E neppure condivido la visione di chi vorrebbe senz'altro attribuire alla giurisprudenza una funzione creatrice del diritto, equiparabile a quella del legislatore se non addirittura ed essa contrapposta. Mi sembra, invece, che la funzione della giurisprudenza sia – forse da sempre, ma oggi più che mai – integrativa del diritto di fonte legislativa: perché destinata a colmare lo spazio che immancabilmente separa l'astrattezza e generalità della norma dalla concretezza ed irriducibile specificità di ogni singola vicenda umana, a far emergere i valori di giustizia che nelle disposizioni di diritto positivo ed ancor più nel dettato costituzionale sono insiti ed, all'occorrenza, a ricostruire sulla base dei principi generali la regola del caso concreto quando essa non sia immediatamente rinvenibile in un qualche testo di legge.

**R.C.** *Il giurista alle prese con le fonti sovranazionali ed il significato loro attribuito dai rispettivi diritti viventi ritrova la verità nel complesso reticolo della tutela multilivello dei diritti. Come vi ponete rispetto al tema della pluralità delle fonti e dei diritti viventi? Li considerate produttivi di false verità in pregiudizio del diritto scritto?*

**A.G.** La domanda ha implicazioni che non condivido. No, non c'è nessuna verità nel reticolo della tutela multilivello dei diritti. Essa non si fonda su delle verità. Se mai si fonda sulle buone ragioni (ragioni di ragion pratica, non di constatazione di non si sa bene che) che giustificano la tutela. E il diritto vivente è solo un'interpretazione delle fonti, qui anche sovranazionali. Interpretazione di diritto vivente che può essere sbagliata, ed infatti viene spesso riveduta dalle Corti. Infine, anche le Carte dei diritti sono diritto scritto che nell'interpretazione diventa diritto vivente. Perciò penso semplicemente che il diritto scritto, con i suoi plurimi testi da plurime fonti, sia un non-sistema, e che la coerenza – che non c'è ma ci deve essere – sia obiettivo tassativo e risultato insicuro dell'interpretazione. Di qui la necessità del dialogo tra le Corti. E del loro dialogo con la dottrina. Se questo dialogo è condotto secondo una corretta procedura (se insomma tutte le ragioni pro

e contro sono considerate e logicamente confrontate) l'esito (non è vero, ma) è oggettivo, perché quando tutto è considerato, e convalidato o confutato, non ci sono più obiezioni. E allora è per forza (logica) giusto così. In questo vedo la funzione – non creatrice ma mediatrice – della giurisprudenza che or ora il Presidente Rordorf ci ha segnalato e che mi trova del tutto concorde. Certo, questo è solo un modello ideale, difficile da attuare. Ma è il modello che a mio avviso deve ispirare l'interprete. Del resto, per ripristinare la coerenza non c'è bisogno, al modo dell'iperbolico modello di Dworkin, di un giudice Hercules che sistemi l'intero universo del diritto: se (per dire) si deve decidere se i contratti a valle di cartelli sono nulli o solo postulano un risarcimento del danno non è necessario coinvolgere la responsabilità penale delle persone giuridiche, l'adozione speciale e gli accordi di programma del diritto amministrativo, e nemmeno la rescissione del contratto e il danno biologico. È solo il micro-sistema che va ricostruito.

**R.R.** False verità? Addirittura! Non direi.

La coesistenza tra fonti di diritto nazionali e sovranazionali indubbiamente può contribuire a rendere meno facilmente leggibile il quadro ordinamentale e, soprattutto, può ridurre il grado di interna coerenza. È fin troppo ovvio, infatti, che la composizione di tradizioni giuridiche diverse, inevitabile nella formazione di un diritto sovranazionale, rischia talvolta di condurre a soluzioni compromissorie, non particolarmente limpide, che perciò non di rado danno vita a testi normativi vaghi, se non addirittura ambigui, il cui recepimento nel diritto nazionale può risultare distonico e creare ulteriore incertezza. Né va dimenticato che tra le fonti di produzione normativa sovranazionale europeo figurano anche (sia pure con diversi effetti) le decisioni delle Corti europee di Lussemburgo e di Strasburgo, le quali richiedono, a loro volta, di essere interpretate per poterne ricavare orientamenti più o meno consolidati. Ma non sempre risulta agevole farlo, giacché le fonti di diritto di origine giurisprudenziale fatalmente presentano nel tempo oscillazioni e mutamenti di indirizzo dovuti anche alla specificità dei casi concreti che le hanno occasionate.

Ciò contribuisce a quel fenomeno cui ho già prima fatto cenno: ossia all'ampliamento dei limiti entro i quali si esplica la discrezionalità interpretativa del giudice, chiamato ad individuare ed applicare la *regula iuris* appropriata al caso concreto sottoposto al suo esame. E, tuttavia, quella *regula iuris* egli dovrà pur sempre ricercarla all'interno del perimetro segnato dall'insieme delle fonti normative nazionali e sovranazionali che la Costituzione gli vieta di trascendere. Il suo compito è divenuto nel corso dell'ultimo mezzo secolo man mano più difficile, ma non sono in fondo mutate né le regole d'ingaggio né la ragion d'essere della sua funzione.

Mi sembra poi appena il caso di aggiungere che, per riuscire a districarsi nel complesso reticolo della tutela multilivello dei diritti, che chiama spesso in causa non solo Corti costituzionali e Corti supreme nazionali ma anche Corti sovranazionali, è indispensabile vi sia un fruttuoso dialogo tra tutti questi diversi organi giurisdizionali, ciascuno operante nell'ambito della propria competenza ma non senza possibili sovrapposizioni, come l'esperienza di questi ultimi decenni ha ampiamente dimostrato. Ma qui mi fermo, perché il tema del dialogo tra le corti richiederebbe una trattazione ben più ampia di quella qui consentita.

**R.C.** *Verità e legge fra positivismo giuridico e costituzionalismo. È secondo voi possibile ricondurre ad unità (e verità) l'idea della legge come mera verità procedurale (Irti) e quella che attribuisce alla legge un contenuto valoriale permeato dai valori della persona umana? E ad prescindere dalla vostra opinione sulla domanda svolta, che ruolo ha, in una prospettiva di effettività e concretezza dell'esperienza giuridica, la Costituzione nel diritto civile per l'accademico e per il giudice?*

**A.G.** Quanto ho appena detto mostra chiaramente che credo (non alla verità, ma) alla validità della (interpretazione della) legge per via procedurale. È un fatto che oggi il pluralismo delle fonti e l'individuazione a livello costituzionale dei principi abbiano molto esteso la discrezionalità del giudice, come il Presidente Rordorf ci ha appena ricordato. Ma tanto più si impone, proprio per questo, l'esigenza da lui sottolineata di garantire per via procedurale, cioè attraverso una comparazione di norme e principi provenienti da fonti diverse, la validità dell'interpretazione della legge. E l'esigenza di ricercare la *regula juris* all'interno del perimetro delle fonti, e non in soggettivi sentimenti di giustizia.

Non credo invece alla via di attribuire alla legge un contenuto valoriale oggettivo per trarne risposte vere. Se davvero ci fosse la verità nel diritto come spiegheremmo la giurisprudenza evolutiva? La verità non cambia con le stagioni. Invece l'interpretazione cambia. Ma cambia perché in essa si introducono, o vengono a cadere, elementi che incidono sul risultato. Faccio un esempio: cinquant'anni fa la nostra Corte costituzionale rispondeva che è giusta la norma che manda in pensione le donne cinque anni prima, perché le restituisce al loro ruolo, che è di moglie e di madre. Oggi questo fa accapponare la pelle. Ma perché abbiamo preso coscienza che a sostegno del trattamento uguale della donna sta una esigenza di eguaglianza sostanziale (non una verità: la verità è anzi che ancor oggi la donna non gode di eguaglianza sostanziale). Esigenza che dunque non è 'vera', ma è valida, perché chiunque se vivesse quella condizione pretenderebbe tale eguaglianza.

Il discorso diretto sui valori non è certo verità! È pura ideologia. Purtroppo ancor oggi molte culture (altrove, ma anche in settori della nostra società) hanno una ideologia diversa da quella che emerge dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti: questa è la verità. E va bene solo per chi ci crede. Lo scopo del diritto invece è dare risposte a cui neppure chi non ci crede riesce ad opporre obiezioni razionali. Perciò è solo per via procedurale che possiamo testare tenuta ed incidenza dei valori: questi hanno tenuta non per sé ma solo quando sostenuti da buone ragioni che i loro oppositori avversano ma non riescono a confutare razionalmente. E la Costituzione e le Carte in questo sono determinanti, perché i principi che asseverano sono (con il limite della imperfezione delle cose umane) proprio quelli che ciascuno pretende per sé anche se per opportunismo non sempre li riconosce per gli altri.

Inoltre, vorrei ricondurre ad un po' di pragmatismo: innumerevoli casi, anche difficili, non scomodano i valori. Se si tratta di dire se il condebitore può aderire, nonostante la clausola che lo esclude, alla transazione sull'obbligazione solidale, o di dire se con l'appartamento è stata venduta anche la cantina non menzionata nell'articolato ma cerchiata in rosso nella planimetria allegata al rogito come parte integrante, a che servono i valori? La quotidianità del diritto per la maggior parte è questa.

**R.R.** A questa domanda credo di avere in parte già risposto. Il pessimismo di Irti, che scorge nella terzietà del giudice e nel rispetto delle regole procedurali il solo possibile argine alla deriva soggettivistica della giurisdizione per cui ciascuno sceglierebbe il proprio diritto (*Il salvagente della forma*, Laterza, Bari, 2007), mi sembra rischi di metter capo ad un diritto senz'anima, un diritto incapace di rispondere adeguatamente all'istanza di giustizia promanante dalla società ed essenziale al vivere civile e, per ciò stesso, incapace di porsi come regola dell'agire condivisa dalla comunità e da essa (almeno nella generalità dei casi) riconosciuta e rispettata: nel che, in fondo, risiede la funzione essenziale del diritto. È ovvio che i singoli giudici, al pari di qualsiasi altro individuo partecipe della vita sociale, possono essere portatori di diverse visioni del mondo, di differenti sensibilità, di idee politiche contrastanti; ma, nel loro quotidiano operare, hanno – debbono avere – in comune la stella polare costituita dai valori e dai principi espressi nella Costituzione, la quale è ben lungi dal dettare unicamente regole procedurali.

La rilevanza dei principi costituzionali nella pratica giurisdizionale dei nostri tribunali e delle nostre corti è andata crescendo col tempo ed appare oggi indiscutibile. L'ingresso della Costituzione (e poi dei Trattati europei e della Cedu) in un ordinamento da principio ancora formalmente caratterizzato da un sistema delle fonti che rispecchiava una concezione di sovranità assoluta del legislatore ordinario nazionale ha comportato la necessità di rileggere il testo delle leggi in senso conforme ai principi costituzionali (ed europei). Sempre più di frequente, nella motivazione di provvedimenti giudiziari, si parla oggi di interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione di legge che il giudice è chiamato ad applicare. È stata la stessa Corte costituzionale, d'altronde, ad incoraggiare il diffondersi di questa pratica interpretativa, chiarendo che una legge è incostituzionale non quando la si potrebbe interpretare in modo incompatibile con la Costituzione, bensì soltanto quando non vi sia alcuna possibilità di interpretarla conformemente a Costituzione. Al giudice ordinario resta perciò affidato il compito preliminare di vagliare ogni possibile interpretazione della legge, privilegiando quella meglio compatibile col dettato costituzionale ed investendo la Corte costituzionale solo se nessuna interpretazione conforme a Costituzione risulti possibile.

È un compito non facile, trattandosi spesso di coniugare regole di diritto positivo più o meno puntuali con principi di carattere generale, ricavabili dal testo costituzionale, e ponendosi perciò sovente il problema del se, o sino a qual punto, il significato della regola possa essere piegato, anche al di là del mero dato letterale, così da adeguarlo al principio costituzionale di riferimento. Di nuovo, quindi, ci si trova di fronte alla necessità di verificare quale sia il margine di discrezionalità interpretativa che al giudice è concesso e può anche accadere – è inutile negarlo – che si diano talvolta forzature nell'interpretazione del testo di legge, spinta oltre i limiti segnati dall'inequivoco significato delle parole (come paventa Massimo Luciani nella voce, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Encicl. dir.-Annali*, Milano, 2016, vol. IX, pp. 391 e ss.). Occorre certamente evitare il rischio di giungere di fatto, attraverso la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata, ad una sostanziale abrogazione *ope iudicis* di leggi ritenute non conformi alla Costituzione, sovrapponendo arbitrariamente il ruolo del giudice ordinario a quello del giudice costituzionale con poco rispetto del sistema di controllo accentrato di costituzionalità

delle leggi disegnato dalla Costituzione. Eludere l'intervento del giudice delle leggi – che ha efficacia *erga omnes* ed elimina definitivamente la disposizione incostituzionale dalla circolazione giuridica –, quando invece quell'intervento sarebbe richiesto, produce il risultato di rendere meno solido l'allineamento della normativa ordinaria ai precetti costituzionali cui quella è subordinata ed è perciò potenzialmente fattore di maggiore incertezza del diritto. Ma, al netto di queste possibili criticità, che il corretto esercizio della giurisdizione dovrebbe poter contenere, non può che essere positivamente apprezzato il fatto che il diritto vivente aspiri sempre più ad essere un diritto conforme ai principi costituzionali e che, nella coscienza comune dei giudici, i valori espressi dalla Costituzione (ed, in epoca ancor più recente, anche i principi del diritto sovranazionale europeo) abbiano assunto una pregnanza che inizialmente stentavano ad avere. È questa la linfa che alimenta l'ordinamento giuridico ed alla quale perciò il diritto vivente deve costantemente ispirarsi.

**R.C.** *Tremano i polsi a pensare alla risposta... Qual è, a Vostro avviso, il limite che l'interprete – recte, l'interpretazione – incontra nella ricerca della verità rispetto al testo della legge affinché non diventi onnipervasiva (Luciani)? Il riferimento al testo della legge come limite all'interpretazione è tale sempre e comunque (Corte cost. n. 183/2023)?*

**A.G.** Credo di aver già risposto: il testo della legge ammette, praticamente sempre, plurime interpretazioni (sia per la sua elasticità semantica, sia perché occorre tener conto di altre disposizioni, e di principi). Ma non ammette qualsiasi interpretazione. L'interprete ha il dovere di fornire quella più giustificata, perché deve chiudere la bocca a chi pretende un altro senso. Ma le interpretazioni non compatibili con il testo legale sono escluse! Se le impone la violazione di un principio normativo superiore (se insomma tutte le interpretazioni semanticamente possibili sono contro un principio inderogabile di livello superiore) l'interprete attraverso le procedure previste dichiarerà l'invalidità, non creerà la norma contro il testo. Per fare un esempio: quando la Cassazione pronunciandosi sulla forma del patto fiduciario immobiliare opta, contro il testo di un articolo di legge che prescrive lo scritto per i trasferimenti immobiliari, per la forma orale, perché alla fiducia ricorrono per lo più i familiari, restii a 'far carte tra loro', non interpreta, inventa! E questo – anche a parte il fatto che siamo in un sistema di diritto legislativo e non giurisprudenziale, anche a parte il fatto che da noi il giudice è soggetto alla legge e non la legge al giudice – non funziona: perché non chiude la bocca a chi può giustamente obiettare che nel nostro diritto il vincolo familiare non è un'esimente dal regime giuridico ordinario e dunque anche i familiari, se vogliono la tutela giuridica per gli scambi immobiliari fra loro, si devono adattare a 'far carte', come fanno, infatti, e come la legge pretende, e come la Cassazione riconosce nella stessa sentenza, quando si tratta di preconstituirsì la prova dello scambio fiduciario. E questo è dimostrazione del fatto che la tesi adottata non ha tenuta razionale: ammettere la forma orale quando si pretende la prova scritta è incoerente. Questo è solo un esempio. Ma fa capire una cosa: che una risposta giuridica è buona, cioè regge, ha tenuta, non quando è vera, ma quando è razionale, nel senso che chiunque ragionasse il caso con obiettività e tutto considerando, arriverebbe allo stesso esito.

**R.R.** Credo di aver già in effetti risposto anche a questa domanda. Riconosco che, nel concreto operare degli uomini in società, non è sempre agevole tracciare con nettezza il confine tra discrezionalità ed arbitrio; eppure, quando discorriamo di interpretazione delle leggi, non può farsene a meno.

Nessun giudice potrebbe seriamente accingersi a decidere una causa senza essersi prima interrogato sulla normativa applicabile e sul significato delle parole in cui quella normativa è espresso. Nessun avvocato immaginerebbe di articolare le difese del proprio cliente senza aver prima verificato quali sono i testi di legge cui fare riferimento. Anche se l'art. 12 delle preleggi non ci fosse, sarebbe pur sempre partendo dal dato letterale che, in un sistema di diritto scritto quale il nostro, necessariamente si svilupperebbe l'interpretazione del testo normativo, che segna il punto di partenza dell'opera dell'interprete ed, al medesimo tempo, ne definisce i confini. Ma il dato positivo e lessicale contenuto nella legge si offre sovente ad una pluralità di possibili significati e perciò richiede che si indaghi sul sottostante giudizio di valore che ha ispirato quel testo di legge e sugli interessi che il legislatore ha inteso tutelare. Quei valori e quegli interessi non sono però un dato storico, cristallizzato una volta per tutte nel tempo: essi evolvono, sia per effetto del mutamento sociale sia per il correlativo variare di altre norme sistematicamente correlate con quella che forma oggetto d'interpretazione, ed il diritto vivente perciò, a propria volta, si evolve sulla spinta di fattori propulsivi in parte esterni ed in parte interni alla stessa struttura normativa.

La regola legale è espressa in forma astratta e generale, ma la sua effettiva portata si manifesta appieno solo nell'applicazione alla mutevole e variabile realtà dei casi concreti. Mi piace talvolta paragonarla alle note musicali vergate dal compositore sul pentagramma, che solo all'atto dell'esecuzione e per il tramite dello strumentista possono davvero esprimere il loro significato artistico. Analoga è, per certi versi, la funzione del giudice quando traduce l'astratto precetto legale nella regola di diritto vivente che applica ad una fattispecie concreta, ma come il musicista che interpreta un brano di musica classica deve pur sempre serbarsi fedele alle indicazioni del compositore, così il giudice (e qualsiasi altro operatore del diritto) deve testare i limiti di elasticità della regola legale per poterne poi dar conto con adeguata motivazione. Almeno in una certa misura è sempre stato così, ma debbo ripetere che oggi i confini entro i quali si esercita l'opera dell'interprete sono divenuti più ampi, elastici e meno agevolmente definibili. Le cause di ciò sono ben note: l'estensione della domanda di giustizia a settori nuovi ed in parte ancora non del tutto esplorati, il peggiorare della qualità del prodotto normativo, il moltiplicarsi delle fonti di diritto e l'intreccio con fonti sovranazionali sovente ispirate a criteri e tradizioni giuridiche differenti. Alle accelerazioni della modernità, alle sfide della tecnica, al veloce mutamento della sensibilità sociale il legislatore nazionale (ma forse non solo quello nazionale) non sempre è in grado di dare risposte adeguate sul piano della produzione normativa. Ed oscilla spesso, contraddittoriamente, tra interventismo ed abdicazione, tra manifesti ideologici di deregolamentazione e spinte verso forme di iperregolazione minuziosa, quando non si rifugia nelle clausole generali che il giudice è chiamato di volta in volta a riempire di significato facendosi interprete della sensibilità sociale.

Questa situazione, comunque la si voglia valutare, accresce indiscutibilmente la complessità dell'opera dell'interprete e la sua conseguente responsabilità. Un giudice che pretendesse oggi di decidere i casi affidatigli unicamente rifacendosi al tradizionale paradigma del sillogismo decisorio – ossia al raffronto tra astratta fattispecie legale e fattispecie concreta (ammesso che vi riuscisse) – interpreterebbe il suo ruolo in modo inaccettabilmente burocratico; ma un giudice che pretendesse di decidere le cause prescindendo dal tenore della legge e spingendosi oltre qualsiasi significato plausibilmente ascrivibile al testo legale verrebbe meno al suo dovere e tradirebbe il suo giuramento di fedeltà alla Costituzione. La professionalità del giudice consiste oggi anche, e forse soprattutto, nella capacità di temperare questi due aspetti: nel saper trovare il giusto punto di equilibrio tra regole e principi. Gli si richiede l'approfondita conoscenza dei testi di legge ma anche un costante esercizio di quella prudenza che è insita nella radice stessa della parola *iuris-prudentia*. La quale prudenza qui però non va intesa come sinonimo di tremebonda cautela, bensì nel suo originario significato latino di avvedutezza, saggezza, consapevolezza del proprio agire ed attenzione alle conseguenze. Non a caso la *prudencia* (equivalente della greca a *φρόνησις*), al pari della giustizia, è una delle antiche virtù cardinali, anzi è menzionata come la prima di esse (*auriga virtutum*) perché indirizza e conduce tutte le altre.

**R.C.** *Il vero e il falso nella giurisprudenza della Corte di cassazione. Il giurista si trova spesso alle prese con orientamenti giurisprudenziali ondivaghi tra loro, a volte incoerenti anche se provenienti dal giudice tenuto alla nomofilachia. Rispetto a questa complessità del diritto vivente, il vero ed il falso come si misura, in casi del genere e come può essere giustificato agli occhi dei vostri interlocutori (parti, studenti, colleghi accademici)? Esiste qualche criterio orientativo, qualitativo, quantitativo, correlato alla motivazione delle singole pronunzie al quale Vi affidate usualmente – o pensate possa suggerirsi- all'atto di alimentare il ragionamento e la riflessione rispetto a questioni di natura teorico o pratica. Ritenete che questa "complessità" costituisca un valore o un disvalore nei tempi moderni? E pensate che l'intelligenza artificiale possa in qualche modo aiutare nell'individuare la soluzione vera, sempre che questa esista?*

**A.G.** Comincerò con l'osservare che agli occhi delle parti, degli studenti, dei colleghi accademici, ma prima di tutto dei cittadini, questo ondeggiare della giurisprudenza non può essere giustificato. Non tanto quando una sentenza muta l'orientamento perché adduce una ragione finora non considerata. Quanto quando con gli stessi fattori si fa un altro calcolo. Purtroppo accade, sempre più spesso, anche al massimo livello. La complessità d'altronde non è né un valore né un disvalore: è un dato di fatto, di cui si può solo prendere atto. Indicare rimedi è difficile. Ma una maggiore attenuazione delle oscillazioni, attraverso la nomofilachia, si otterrebbe se le motivazioni – soprattutto della giurisprudenza delle Sezioni Unite – fossero stese considerando uno per uno tutti i possibili argomenti pro e contro, per ciascuno offrendo il ragionamento che lo convalida o lo confuta, e da tale comparazione razionale traendo la decisione; e non semplicemente adottando una tesi, sia pure con il supporto di una motivazione. Allora al giudice succes-

sivo resterebbe poco o nulla per compiere un *revirement*. È la logica dell'art. 360-*bis* cpc: prevenire nuovi motivi che offrano elementi per mutare orientamento.

Quanto all'Intelligenza Artificiale, non credo affatto che essa possa aiutare nell'individuare la soluzione più corretta. E non lo credo per quel poco che so di come l'IA funziona: l'algoritmo si implementa ingurgitando miriadi di testi e riproducendone i contenuti adattati all'input, ma non possiede alcuna funzione di confronto critico fra loro. Sa mettere insieme osservazioni plausibili. Sa estrarre nuove decisioni dal materiale con cui è nutrito. Ma non sa ragionare. Perciò ci direbbe quello che si pensa, non quello che si deve pensare.

**R.R.** Ho l'impressione che il diritto – e men che mai il diritto vivente che s'incarna nel farsi quotidiano della giurisprudenza – mal si presti alla contrapposizione tra vero e falso (a meno di ricondurre la verità alla nozione di giustizia, alla maniera di Scalisi, come già prima accennato). Si può certo parlare della verità o della falsità della rappresentazione di un fatto accaduto nella vita quotidiana e del suo accertamento in giudizio (su questo tornerò in seguito), ma la decisione che un giudice è chiamato a prendere per accogliere o rigettare le domande che gli vengono rivolte implica anche una serie di ulteriori valutazioni giuridiche suscettibili piuttosto di essere misurate in termini di ragionevolezza e di plausibilità: ragion per cui è indispensabile che la decisione sia motivata in modo chiaro ed esauriente. Che se ne possano talvolta ricavare indicazioni contraddittorie è, in qualche misura, la conseguenza inevitabile del non essere il diritto una scienza esatta e dell'essere la magistratura un potere diffuso.

Che il diritto non sia una scienza esatta discende dalle infinite variabili del modo in cui le astratte fattispecie legali si rapportano, di volta in volta, alle concrete vicende della vita umana in relazione alle quali vengono chiamate in causa, nonché da quell'ineliminabile margine di discrezionalità interpretativa del dato normativo di cui ho già parlato e sul quale non è il caso perciò che mi soffermi ancora.

L'indipendenza di ciascun singolo giudice o di ciascun singolo collegio giudicante – indipendenza non solo da ogni altro potere esterno ma anche da possibili vincoli gerarchici interni allo stesso corpo giudiziario – è un pilastro irrinunciabile dello stato di diritto, ma è fatale che essa comporti il rischio del formarsi di orientamenti giurisprudenziali discordanti. Il diritto vivente, proprio perché tale, è per sua stessa natura mutevole ed, al pari di ogni altra manifestazione della vita, non può mai andare del tutto esente da contraddizioni.

Mi torna però allora alla mente l'osservazione di Michele Taruffo (*Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 56), il quale, dopo aver premesso che il diritto è divenuto un sistema vieppiù complesso, connotato da un crescente grado di caoticità, aggiunge che in quel caos occorre tuttavia sforzarsi di realizzare almeno delle “*isole di ordine*”. Ed è qui che si pone il tema della nomofilachia.

La nomofilachia non va vista come se si trattasse di uno strumento di conservazione di orientamenti fissati una volta per sempre, bensì come fattore ordinante del flusso giurisprudenziale, che non deve perdere il suo interno dinamismo ma deve (dovrebbe) riuscire ad evolvere non capricciosamente ed imprevedibilmente, bensì in modo ragionato e comprensibile.

So bene che la nomofilachia desta qualche diffidenza, se non addirittura ostilità, in una parte della dottrina processualciviltistica (penso, ad esempio, al recente scritto di Giuliano Scarselli, *La nomofilachia ed i suoi pericoli*, in *www.Giustizia insieme*, 23 ottobre 2023), perché si paventa che essa generi una sorta di dittatura del precedente e la si considera come un esercizio di autorità, da parte della Suprema corte, a scapito della libertà interpretativa da riconoscere ad ogni singolo giudice. Comprendo, ma mi sembra di poter formulare due obiezioni.

In primo luogo, vorrei sottolineare che la nomofilachia, pur costituendo indiscutibilmente uno dei compiti specifici della Corte di cassazione, non appartiene solo ad essa, né opera solo verticalmente dall'alto in basso. Anche i giudici di merito, di primo o di secondo grado, contribuiscono con le loro decisioni ad orientare la giurisprudenza, perché ogni decisione che sia chiaramente e compiutamente motivata, oltre a risolvere il caso specifico in rapporto al quale viene pronunciata, si candida a fungere da precedente per le possibili future decisioni su casi analoghi. La giurisprudenza si forma nelle sedi in cui si giudica il merito, prima ancora che in cassazione, ed occorre che anche i giudici di merito siano consapevoli della funzione nomofilattica delle loro pronunce, destinate a fungere da stimolo e da punto di riferimento anche per gli orientamenti che saranno successivamente assunti dalla Suprema corte.

In secondo luogo, credo che anche la sacrosanta libertà interpretativa di ciascun singolo giudice, al pari di ogni altra libertà, non possa essere intesa in senso assoluto, ma debba esser temperata con l'esigenza di non sacrificare altri valori sociali non meno rilevanti sotto il profilo costituzionale. Ho già cercato di spiegare perché la (sia pur relativa) prevedibilità delle decisioni giudiziarie ed il principio di parità di trattamento dei cittadini di fronte alla legge sono essenziali per il soddisfacimento di quella fondamentale esigenza di giustizia che è ben radicata nel nostro sistema costituzionale, oltre che nel sentire comune. Un giudice il quale pretendesse di risolvere il problema interpretativo che una causa gli ha posto senza interrogarsi su come quel medesimo problema è stato risolto da altri giudici prima di lui, e senza chiedersi se la sua soluzione ha qualche probabilità di reggere al vaglio di un'eventuale impugnazione, non solo farebbe mostra di un'imperdonabile presunzione, ma verrebbe meno ai suoi doveri professionali, perché metterebbe a repentaglio quei valori di giustizia che non risiedono solamente nell'interno della sua coscienza ma che impongono di tener conto anche di come il singolo provvedimento giurisdizionale si colloca rispetto all'insieme degli orientamenti giurisprudenziali in materia e delle conseguenze che ne possono derivare. Non si tratta di obbedire ciecamente al precetto di *stare decisis*, bensì di temperare – per dirla con Max Weber (*La politica come professione*, Mondadori, Milano, 2009) – l'etica della convinzione e l'etica della responsabilità. La libertà del giudice di decidere in piena indipendenza non è in discussione, ma si accompagna al dovere professionale di decidere avendo consapevolezza dello stato della giurisprudenza (ed, auspicabilmente, anche della dottrina) e di discostarsi all'occorrenza dai precedenti sulla base di una motivazione potenzialmente idonea a modificare l'orientamento consolidatisi sino a quel momento. È questa quella che a me piace definire nomofilachia dinamica: capace di adeguare la giurisprudenza al mutare dei tempi, ma ragionatamente e, per quanto possibile, ordinatamente.

Ben s'intende che ciò vale anche – direi, anzi, soprattutto – per la Corte di cassazione, la cui collocazione al vertice del sistema delle impugnazioni naturalmente le assegna un ruolo preminente nella formazione degli orientamenti giurisprudenziali. Se questi orientamenti appaiono eccessivamente ondivaghi o incoerenti, se si è giunti ad affermare che *“una giurisprudenza come quella prodotta dalla Cassazione italiana è paragonabile ad una specie di immenso supermercato in cui, con la dovuta pazienza, ognuno può trovare ciò che vuole”* (Taruffo, *op. cit.*, pag. 39), è segno di un malfunzionamento, le cui cause mi paiono da ricercare principalmente nell'abnorme quantità dei ricorsi che la Cassazione è chiamata a fronteggiare e, di conseguenza, nel numero eccessivamente elevato dei magistrati operanti nella Corte, che non facilita il confronto interno e la tempestiva conoscenza delle rispettive decisioni e genera inevitabilmente il rischio di disallineamenti e contrasti non sempre tempestivamente componibili da parte delle sezioni unite. Ciò è di ostacolo ad una nomofilachia davvero efficace. Qui, però, nuovamente sento di dovermi arrestare, perché altrimenti il discorso condurrebbe troppo lontano.

Non meno lontano potrebbe condurre il discorso sull'intelligenza artificiale come strumento per favorire la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni. Ammetto subito, però, di non possedere in questo campo conoscenze sufficienti per affrontare un tema così difficile; ed aggiungo che, come quasi sempre accade alle persone non più giovani, provo inevitabilmente un qualche disagio in presenza di novità idonee a modificare profondamente il *modus operandi* al quale una lunga esperienza di vita mi ha abituato. Forse è anche per questo che avverto una certa diffidenza verso l'uso dell'intelligenza artificiale in ambito giurisdizionale, se spinta al di là della semplice (ed utilissima) migliore ricognizione dei dati occorrenti al giudice per la sua decisione, sino a configurare veri e propri algoritmi decisorii capaci di produrre automaticamente un provvedimento. Ho la sensazione che, per questa via, si finisca in certo senso per replicare, in forma nuova, quella medesima visione, di cui prima parlavo, del diritto come un insieme ben definibile di regole astrattamente formulate dalle quali si pretende di trarre, attraverso un rigoroso procedimento logico, la soluzione di ciascun caso concreto: quasi una modernissima riedizione di quel mito contro il quale Paolo Grossi si è lungamente battuto. Ammesso pure che se ne possa ricavare un diritto più certo (non saprei definirlo “più vero”), ho il timore che si tratterebbe di un diritto meno umano, e forse spesso anche meno giusto. Soprattutto temo che ne sortirebbe una forma di giurisdizione meno trasparente e meno controllabile dall'esterno: quanti sono coloro in grado di valutare la correttezza dei presupposti sui quali un algoritmo decisorio potrebbe esser costruito e di verificare se esso sia stato bene o male applicato in una determinata fattispecie? Come motivare e come poi eventualmente impugnare una decisione che sia frutto di un algoritmo? Quale spazio residua per l'equità? Interrogativi ai quali – ripeto – non mi sento in grado di rispondere e che perciò affido alle più giovani generazioni, certo meglio attrezzate di me per confrontarsi con l'ormai vasto mondo dell'intelligenza artificiale.

**R.C.** *Quale domanda sul tema della verità vi sareste aspettati e non vi è stata rivolta?*

**A.G.** Questa: dato che il diritto non è che un discorso prescrittivo sui fatti, quindi è senza verità, che cosa mettere al suo posto? Spero che quanto ho detto faccia capire la mia risposta.

**R.R.** Confesso che, nel leggere questa ulteriore sollecitazione, mi sono detto: “Ma come! Non bastavano già tutte le complicate domande già propositeci? Il paziente lettore di questa intervista dovrà ora anche sopportare le ulteriori fantasie dell’intervistato?”. Poi, però, non ho resistito alla tentazione di rispondere alla provocazione, ed allora ho provato a fare qualche breve riflessione su un tema, la verità nel processo, che mi ha sempre intrigato e sul quale in altra sede mi è già capitato di soffermarmi.

Può dirsi che il processo (mi riferisco qui al processo civile) sia uno strumento di accertamento della verità? Servono a questo le regole che disciplinano l’onere della prova e quelle alle quali il giudice deve attenersi nel governo delle risultanze processuali, o si deve tener sempre ben distinta la verità processuale da quella storica e considerare quest’ultima estranea al processo?

Se il processo è visto essenzialmente come duello, o addirittura come giuoco (penso ad alcuni scritti di Bruno Cavallone, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pagg. 1548 e segg., e *Rien ne va plus (ancora sul processo come giuoco)*, *ivi*, 2018, pagg. 1128 e segg.), si potrebbe esser tentati di dire che le regole da cui è disciplinato il suo svolgimento esauriscono il loro scopo nel consentire che il giuoco si svolga e possa giungere a conclusione decretando, come che sia, un vincitore. Non sarebbe tanto importante, allora, che un determinato fatto sia stato o meno accertato come vero, quanto il modo in cui l’onere della prova di quel fatto si distribuisce tra le parti. Risiederebbe in questo la regola di chiusura del giuoco, quella che permette di decidere la causa anche in situazioni dubbie nelle quali, altrimenti, l’esito della partita rischierebbe di restare in sospeso.

Dico subito che questa visione del processo non mi persuade, anche se espressa in modo elegante e raffinato e quantunque si rifaccia ad archetipi culturali di grande suggestione, a partire dalla celebre figura, ideata dalla meravigliosa fantasia di Rabelais, del giudice Bridoye, il quale, non senza aver prima rigorosamente rispettato tutti i canoni del procedimento in contraddittorio, si ritira in camera di consiglio e decide la causa tirando i dadi (ed andrebbe qui citato anche il celebre scritto dello storico Johan Huizinga, *Homo ludens*, Einaudi, Torino, 2002). Non intendo certo negare che verità storica e verità processuale nella realtà non necessariamente coincidono. Il processo è la scena sulla quale taluni fatti vengono rappresentati, per poterli giudicare, e quasi mai la realtà di un fatto coincide del tutto con la sua rappresentazione. Ma, se è vero che questa discrepanza è in qualche misura inevitabile, mi sembra, tuttavia, che sia pur sempre fortemente avvertita nel mondo in cui viviamo la necessità di minimizzarla il più possibile.

Il processo non è fine a se stesso, ma ha una funzione strumentale: deve servire all’effettiva tutela dei diritti, garantita dalla Costituzione. La nozione di “giusto processo”, che si trova enunciata nell’art. 111 della Carta, postula che, sia pure solo tendenzialmente, il processo abbia come scopo l’accertamento della verità dei fatti (come non manca di ricordarci Taruffo nel suo scritto *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, pagg. 1305 e segg.). Se così non fosse, se a quell’istanza di verità si dovesse

ritenere che il processo sia del tutto indifferente, non si comprenderebbe come si possa pervenire alla corretta applicazione nel caso concreto delle regole di diritto e, dunque, ad un risultato di giustizia. Se davvero il processo si riducesse a mero gioco, prescindendo completamente da ogni aspirazione alla verità, e perciò alla giustizia, sarebbe davvero arduo definirlo “giusto”.

Sono perciò convinto che le regole processuali attraverso le quali si perviene all'accertamento giudiziale dei fatti controversi non siano solo funzionali a consentire un esito della lite, quale che esso sia, ma debbano esser concepite in modo da risultare il più possibile funzionali all'obiettivo di rendere giustizia. E mi pare che anche la regola sull'onere della prova si dimostri qualcosa di più di una semplice regola tecnica del gioco, come è confermato dalla sua indisponibilità, quando si tratti di diritti di cui le parti non possono disporre, e dalla nullità dei patti sulla prova, quando ne risulterebbe troppo difficile l'esercizio di un diritto (art. 2698 c.c.). Si tratta, in fondo, di una regola di buon senso, perché è logico che colui il quale sostiene una tesi disponga degli elementi di fatto idonei a dimostrarne la fondatezza e che, quindi, se egli non è in grado di riversare convincentemente quei fatti nel processo, si possa ragionevolmente supporre che non sono veri.

Certo, le presunzioni legali, gli svariati limiti all'ammissibilità dei mezzi di prova, i termini per l'esercizio delle attività processuali ed, in generale, l'insieme delle disposizioni che regolano il processo civile mirano a garantire che esso si svolga in modo ordinato e possibilmente celere (in teoria, s'intende, ch  sappiamo tutti quale sia invece la realt !), e che il giudice possa addivenire ad una decisione anche quando la verit  dei fatti sottoposti al suo esame gli appaia sfuggente. Questo per  non toglie che, per quanto possibile, nel rispetto delle regole processuali (le quali, d'altronde, spesso gli attribuiscono anche poteri di disporre d'ufficio determinati mezzi di prova e pur sempre gli affidano poi il compito di valutare liberamente le risultanze istruttorie), egli debba sforzarsi di raggiungere quel tanto di verit  che   compatibile con i limiti dell'umano. Bench  non del vero celeste si stia qui parlando, bens  di quello umano, vale anche per il giudice il monito di Dante: *“giammai non si sazia nostro intelletto se 'l ver non lo illustra”* (*Divina commedia – Paradiso – Canto IV, 124*).

\* \* \*

Le puntuali risposte del prof. Gentili alle domande che sono state anche a me rivolte mi inducono a fare ancora solo alcune brevi considerazioni.

Mi sembra di aver trovato, nelle risposte del prof. Gentili, non poche convergenze con quanto anche io mi sono sforzato di dire. Queste convergenze mi   parso di coglierle, in particolare, sia per quel che attiene alla necessit  di chiarire bene cosa s'intende per verit , quando la si associa al diritto ed alla giurisdizione, sia per ci  che concerne l'inevitabile latitudine interpretativa dei testi di legge e la necessit  che, tuttavia, l'interprete non varchi il confine pur sempre segnato da quei testi.

Gentili nega che vi sia verit  nella legge, come pure nei principi costituzionali e nelle carte dei diritti, perch  il diritto   un discorso prescrittivo ed, in quanto tale, non   n  vero n  falso. La verit  riguarda per  i fatti, nel loro storico accadere, ed entra per questa via nella sfera del diritto che, per essere applicato a quei fatti, richiede che essi siano

accertati: assume perciò rilievo, in ambito processuale, soprattutto sotto il profilo della prova. Ma anche sotto questo profilo – osserva Gentili – si tratta di una verità relativa. Ha certamente ragione: come anche io ho cercato di mettere in luce, non c'è necessaria coincidenza tra verità storica e verità processuale. Vorrei però ribadire che ciò non esime il giudice dallo sforzo di ricercare l'effettiva verità dei fatti sui quali si controverte, pur se nel rispetto delle regole processuali e con la consapevolezza dei limiti inerenti ad ogni giudizio umano, pena altrimenti la trasformazione del processo in un rito esoterico avulso da ogni pretesa di giustizia.

È proprio il rapporto tra diritto e giustizia – come bene evidenzia Gentili – ad essere al centro delle nostre riflessioni. Qui forse si manifesta una qualche differenza, non direi tanto di opinioni, quanto di accento e di sensibilità.

Fuor di dubbio: la ricerca di un ideale di giustizia non deve mai spingersi oltre i confini segnati dal testo della legge, benché questo sia sovente suscettibile di plurime interpretazioni; ed è altrettanto indubbio che la Giustizia, con l'iniziale maiuscola, non la possiede nessuno. Io sono però incline a pensare che i principi desumibili dalla Costituzione (nonché dagli strumenti di diritto sovranazionale ed internazionale cui essa rinvia) consentano di tracciare una mappa sufficientemente chiara di quell'insieme di valori ai quali siamo soliti alludere col termine giustizia. Ma tengo a sottolineare che la giustizia cui mi riferisco non è necessariamente fondata su presupposti giusnaturalistici, bensì rispecchia il modo in cui ogni comunità umana avverte di poter stare insieme in un determinato contesto storico e territoriale. Un sentimento perciò variabile, nel tempo e nello spazio, sia quanto ai suoi specifici contenuti sia quanto al modo in cui concretamente viene avvertito: ciò che oggi ci appare palesemente ingiusto – per esempio la schiavitù – in altre epoche poteva non apparire tale. L'impossibilità di tradurre la giustizia in un catalogo immutabile di precetti etici non toglie, però, che un bisogno di giustizia, comunque di volta in volta lo si intenda, appare – quello sì – connaturato all'essere umano o, quanto meno, alle donne ed agli uomini che sentono la necessità di vivere in società. Nessuna comunità sociale umana potrebbe sopravvivere senza un nucleo di valori di giustizia sufficientemente condiviso, quali che essi siano. Sta poi allo storico ricostruire come e dove quei valori mutano e si evolvono (o magari – perché no? – regrediscono) e sta al giudice individuarli, in base alla normativa (soprattutto costituzionale) di cui egli dispone e nello specifico contesto sociale in cui opera. Ma se il bisogno di giustizia, per vago e mutevole che sia, è un elemento insopprimibile dell'animo umano, allora la giurisdizione non può ignorarlo, se non vuole disumanizzarsi. Non sottovaluto il rischio di derive soggettivistiche, ma non mi riesce di pensare un'attività giurisdizionale che rinunci a perseguire questo obiettivo: un obiettivo il cui effettivo raggiungimento nessuno, certo, può mai garantire, ma al quale occorre pur sempre tendere. Ed occorre tendervi sapendo che solo per via dialettica ci si può avvicinare, confrontando le opinioni, misurandosi con la giurisprudenza e con la dottrina, accettando e governando ragionatamente le variazioni di indirizzo che l'evolvere dei tempi, degli ordinamenti e della sensibilità sociale inevitabilmente comporta. *“Lo scopo del diritto ... è dare risposte a cui neppure chi non ci crede riesce ad opporre obiezioni razionali. Perciò è solo per via procedurale che possiamo testare tenuta ed incidenza dei valori: questi hanno tenuta non per sé ma solo quando sostenuti da buone ragio-*

ni che i loro oppositori avversano ma non riescono a confutare razionalmente”. Così scrive Gentili ed io mi dichiaro perfettamente d'accordo con lui, ma spero di non tradire il suo pensiero se preciso che la “*via procedurale*” della quale egli parla consiste nel metodico confronto delle opinioni e non si riduce al tradizionale sillogismo che pretenderebbe di far scaturire la decisione, in modo quasi meccanico, dal rapporto tra fattispecie astratta contemplata dalla legge ed accadimento verificatosi nella concreta realtà, né, tanto meno, consiste nel solo rispetto formale delle regole di procedura. Regole di procedura che vanno rispettate, sia ben chiaro, ma che hanno solo valenza strumentale rispetto allo scopo cui il giudice deve mirare, che resta sempre il medesimo: rendere giustizia.

## Riflessione conclusiva

**R.C.** Se l'obiettivo dell'intervista a due civilisti di rango del mondo accademico e della giurisdizione era quello di disvelare ulteriori orizzonti attorno al tema della verità nel diritto civile, le risposte di Gentili e Rordorf sembrano testimoniare il raggiungimento dello scopo insieme all'utilità del tempo che Essi hanno dedicato alle risposte.

La raffinatezza culturale ed eleganza emerge in modo palese dal *fair play* da entrambi manifestato rispetto al dialogo successivo alle riflessioni che i due si sono scambiati. Un *fair play* che ha naturalmente orientato gli intervistati a cogliere i punti di convergenza dei loro ragionamenti, sfumando le divergenze al punto da sembrare che i due non siano poi tanto distanti nel pensare ai temi della verità e della giustizia rispetto al diritto. In questa prospettiva Gentili e Rordorf colgono una certa difficoltà ad usare il termine verità che si manifesta in Gentili negandone in termini assoluti ogni rilevanza e in Rordorf in un modo più elastico nel circoscriverne la portata, assimilandola ove possibile all'innato sentimento di giustizia che dovrebbe sempre e comunque risultare presente nel diritto.

Da qui la necessità di disvelare cos'è la verità nel diritto per chi scrive, peraltro in sintonia con pregresse riflessioni – sia consentito il rinvio a R. Conti, *Appunti su alcuni aspetti della verità nel diritto*, in *Diritticomparati*, n. 3/2022, 826 ss. –.

Un'idea sicuramente dicotomica rispetto al brocardo «*Auctoritas, non veritas, facit legem*» che, senza la pretesa di misurarsi con il tema verità in senso epistemologico muove, piuttosto, dal convincimento basilico per cui l'uomo comune, ma in qualche misura anche il giurista del nostro tempo – S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 112 –, maturano in forza dell'esperienza il convincimento, anche solo epidermico, per cui la verità circa le condotte alle quali adeguarsi o di cui prendere atto, offerta al corpo sociale, sia rappresentata, rispettivamente, dalla legge e dal processo destinato alla formazione della *res iudicata*. Nella pluralità di senso che si attribuisce al termine verità, dunque, nel diritto essa ci è apparsa soprattutto come valore, come prospettiva e per dirla con Massimo Vogliotti – *Perché una cattedra intitolata ad Alessandro Galante Garrone? La crisi dello Stato costituzionale di diritto, la distopia nichilistica e l'esigenza di una nuova educazione giuridica*, in *L'arcipelago del diritto. Lezioni per i futuri naviganti. In ricordo del decennale della cattedra Galante Garrone*, a cura di M. Vogliotti, Torino, 2022, 54 – come “funzione concettuale” che “attiviamo quando diciamo o pensiamo “è vero”, “è falso”, “non è vero”», fino

ad ipotizzare che il diritto, come il linguaggio, altro non è che una convenzione basata su veridicità e fiducia. Concetto sul quale parte della dottrina civilista torna ciclicamente ad interrogarsi – da ultimo, G. Vettori, *Ricerca la verità nel diritto*, in *Personaemercato.it*, n. 3/2023 –. Un'idea, quella della verità nel diritto che chi scrive sente al contempo come cogente e vaga ma quasi onnipresente perché continuamente alimentata da un'incessante opera di costruzione, ricostruzione e decostruzione di regole che si agitano nel processo e fuori dal processo.

Un'idea ricorrente, del resto nella magistratura anche di legittimità, bastando scorrere a ritroso il Foro italiano e ritrovare lo scritto di Borrè, Martinelli e Rovelli su *Unità e varietà nella giurisprudenza. A proposito della c.d. rotazione in Cassazione – Foro it.*, 1999, V, 45.

Seguendo le suggestioni qui riassunte si è ritenuto, secondo alcuni, che la legge sia affermazione di una verità astratta in ordine alla disciplina di un fatto come anche il giudicato, formatosi attraverso l'applicazione della legge, sia verità *assoluta* del processo perché in esso raccolta nel contraddittorio delle parti.

Entrambi gli elementi, la legge ed il giudizio, sono portatori di verità naturalmente considerate dal corpo sociale come “ultime verità” che affondano le loro radici nell'idea che la prima sia affermativa della verità fissata dal decisore politico, finché non sia privata della sua validità tanto quanto il giudicato contenuto nella sentenza. Giudicato che è vero nella misura in cui è formato attraverso l'applicazione delle leggi da parte del giudice ed in quanto comunemente considerato portatore di una ragionevole verità.

Tornando ora all'intervista, i nodi da sciogliere erano volti a verificare se, fino a che punto ed a quali condizioni oggi legge e giustizia possano appagare l'esigenza di verità di cui si è detto.

Se, dunque, questo era l'*humus* nel quale si pensò alle domande poste a Gentili e Rordorf sembra evidente la diversità di prospettiva che anima i due intervistati rispetto al ruolo del giudice e del diritto.

Una diversità che, orientando lo sguardo sulle posizioni espresse dal Prof. Gentili, segna in modo evidente la polarizzazione fra modi di pensare il diritto che non sembrano tra loro conciliabili e che lo stesso Gentili ha presente al punto da porsi apertamente su un versante inconciliabile rispetto a quello che guarda al diritto (vero) in tutt'altra prospettiva.

Del resto il senso di alcune domande era, in definitiva, quello di sondare il campo e verificare se fosse possibile una mediazione fra i civilisti che ritengono il diritto senza verità e quelli che, invece, al diritto attribuiscono il compito di ricercare la verità attraverso percorsi e metodi magari non sempre omogenei e che tuttavia, vuoi attraverso la centralità dell'ermeneutica, vuoi riempiendo direttamente il diritto di contenuti valoriali, vuoi valorizzando la centralità dei fatti e la coscienza sociale muovono dal presupposto che la legge non sia il punto di partenza e quello di arrivo al punto che ad essa nulla preceda e segua.

Si tratta di orizzonti in apparenza inconciliabili che scorrono e navigano su affluenti diversi, ai quali l'ostacolo a che si riuniscano alla foce sta forse nel fatto di intendere il

diritto come nuda e cruda procedura per come esso nasce dalla sua fonte di produzione, e valido, finché non ne sia caducata la forza in base alle regole procedurali.

La polarizzazione di cui si è detto, è bene chiarirlo subito, è assai presente anche nella componente giudiziaria italiana e contribuisce ad alimentare il sistema giustizia, ad arricchirlo di nuove verità, a descriverne volti diversi – sul punto v., volendo, R. Conti, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I “volti” delle Corte di Cassazione a confronto*, in *Giustiziainsieme*, 4 marzo 2021 – con tutto ciò che di rischioso e virtuoso tale situazione può determinare rispetto alla prevedibilità e certezza del diritto.

Ed in questo i due intervistati si ritrovano sinceramente e, indubbiamente, sembrano essere nel “vero” entrambi.

Ma deve forse fare riflettere il fatto che la prevedibilità del diritto vivente per come essa si declina come anche l’esigenza, dai nostri interlocutori coralmemente indicata insopprimibile, di certezza del diritto sono essi stessi valori fondamentali portanti dello Stato di diritto – *rule of law* – bilanciabili con altri valori costituzionali (v. G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubblico*, 2018, 517) e dal diritto al giusto processo che attinge la sua essenza anche nella CEDU – Corte Edu, 20 maggio 2008, Santos Pino c. Portogallo Corte Edu, 6 dicembre 2007, Beian c. Romania ma anche Corte Edu, 16 settembre 2014, Sepe e Di Leta c. Italia e, a voler essere sinceri, “prima” nella CEDU che nel riformato art. 111 Cost., il quale ne costituisce esemplare gemmazione per più parti. Questa prospettiva provammo a rappresentare qualche tempo fa, ritenendo che proprio la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e la certezza del diritto costituiscono espressioni commendevoli del giusto processo secondo la Corte edu, senza che ciò voglia dire sclerotizzazione del diritto, ma appunto capacità della giurisprudenza di elaborare i propri orientamenti e renderli dopo il confronto omogenei e, appunto prevedibili, salvo ripensamenti correlati alle mutate esigenze della società – R. Conti, *Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in *Consultaonline*, <https://giurcost.org/contents/giurcost//studi/conti5.pdf> –.

E proprio in questa prospettiva non può essere sottaciuta una recente pronuncia della Corte edu – Corte edu, 23 marzo 2023, *Ben Amamou c. Italia*, ric.n.49058/2020, spec. § 71, divenuta definitiva il 6 novembre 2023 –, intervenuta in un caso italiano destinato a far molto discutere, anche per la opinione dissenziente del giudice Raffaele Sabato, nella quale la violazione dell’art. 6 CEDU era stata invocata per il fatto che la Corte di cassazione avesse posto a base della decisione un orientamento giurisprudenziale in ordine all’interpretazione di una disposizione in materia di assicurazioni r.c.a. diverso da quello che costituiva “diritto vivente” al momento della proposizione della domanda giudiziale, del quale non si era discusso nel corso del giudizio e senza che esso, ritenuta decisivo dalla Corte edu, fossero state messe a conoscenza “le parti”. Una prospettiva valoriale che fa sistema con l’idea che il concetto di legalità non possa prescindere dalla aqualità della legge” intesa nel suo insieme come norma scritta e sua interpretazione, orientata a contenere precetti “chiari, precisi, accessibili” – cfr. Corte edu, 20 maggio 2000, Carbonara e Ventura c. Italia, Corte edu, 20 maggio 2000, Belcedere Alberghiera c. Italia –.

Si è insistito su questo aspetto perché al fondo dei ragionamenti di entrambi gli intervistati sembra, nemmeno sottotraccia, emergere un ragionare per valori.

Gentili e Rordorf, infatti, discorrono di prevedibilità, di certezza del diritto, di esigenza di ridurre i contrasti giurisprudenziali all'interno della Corte di Cassazione non ragionano forse per valori e non si orientano verso un diritto costruito sulla ragionevolezza, sul bilanciamento, sulla prevedibilità e non mostrano entrambi di credere nel "sistema" giustizia fatto "insieme di legge e di sua concretizzazione giurisprudenziale-v. di recente, sul punto G. Zagrebelsky, *Il futuro della Costituzione*, in *L'arcipelago del diritto*, cit., 92-? Non è la qualità della legge elemento essenziale del principio di legalità come scolpito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo tanto in ambito civile che in quello penale, inteso come connubio inscindibile fra disposizione e norma interpretata? Quando si dice che legge deve essere chiara precisa e non mostrare incertezze non si fa forse riferimento al connubio indissolubile legge diritto vivente, dando per scontato che la legge non può essere che valida? Quando dunque si parla di giurisprudenza come fonte del diritto lo si fa per rappresentare un'egemonia della seconda sul diritto scritto, una amorfa mutazione genetica dell'ordine giudiziario o al solo scopo di dimostrare che la legge in astratto misura la sua capacità regolatrice solo se e quando essa viene applicata?

Ed allora sembra difficile pensare che il diritto sia un'astrazione che vive senza la giurisprudenza e immaginare una calcolabilità del diritto senza la sua concretizzazione pur con il grado di incertezze che l'attuale sistema, proprio per effetto dell'avvento dello Stato costituzionale reca naturalmente con sé (cfr. ancora, G. Pino, cit.)? Interrogativi ai quali Gentili e Rordorf hanno offerto le loro intense risposte.

Ma se si vuole andare a fondo nel ragionamento sembra possibile davvero riconoscere che tra le due alternative, fra le due campate, in apparenza polari, vi sia in realtà la possibilità di originare un ponte di collegamento capace di mantenere entrambe le prospettive, collegandole e dando il giusto peso che esse meritano. Ciò nella prospettiva che la polarità non significa incomunicabilità ma invece collegamento inestricabile, al punto che un polo non può esservi se non vi è il contrario. Insomma due prospettive inverse che tuttavia si tengono, dialogano, si confrontano, prediligendo l'idea dell'*et et* a quella dell'*aut aut*.

Ed in effetti, Gentili e Rordorf sembrano tracciare la strada per il recupero di un dialogo quando entrambi riconoscono la centralità dell'interpretazione nel fare diritto e quando, appunto, sentono come forte l'anelito ad una giustizia prevedibile, salvo a ragionare sul fine e confine della stessa e sul valore che testo e contesto debbano "giocare" nell'attività ermeneutica.

E che sia appunto Rordorf a scandagliare il tema della valenza nomofilattica dei precedenti non sembra altro significare che nel giudice è richiesta una notevole e spiccata dose di consapevolezza del ruolo che egli è, oggi più che mai, chiamato a svolgere.

Un ruolo che lo fa elemento al contempo rappresentativo della giustizia, ogni volta che decide un caso posto alla sua attenzione, ma anche elemento di un più complesso meccanismo del "sistema giustizia" nel quale non può né deve dimenticare di essere parte di – e della posizione che egli occupa in – quel sistema. Di guisa che la decisione che egli adotta, potenzialmente destinata a divenire giudicato per chi la reclama e per chi la subisce, non può non richiedere nel suo autore una notevole consapevolezza di quanto essa sia in grado di condizionare la vita, l'esistenza, gli interessi dei destinatari e che per ciò

stesso non può essere frutto delle “invenzioni” del giudice ma deve essere agganciata alla legge, al senso che essa ha, alle regole dell’interpretazione al cui interno occupano uno spazio non marginale i valori fondamentali delle Carte dei diritti costituzionali – *id est* nella Costituzione e nelle Carte dei diritti di matrice sovranazionale – soprattutto applicati e interpretati in funzione nomofilattica dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. Il che non sottrae certo il giudice alla garanzia della soggezione soltanto alla legge che la Costituzione gli offre, ma lo responsabilizza al fine di garantire che quella guarentigia sia usata attingendo al massimo livello alle fonti scritte e del diritto vivente in modo da offrire al destinatario della risposta giudiziaria un risultato chiaro, intelligibile, persuasivo anche se, a volte, in dichiarato contrasto con l’indirizzo più o meno consolidato della giurisprudenza di legittimità.

Quella stessa esigenza che emerge, forte, nelle parole del presidente Rordorf espresse nella domanda a lui non rivolta ma da lui proposta, alla quale sembrano parimenti ispirate quelle dell’art. 193 del codice di procedura civile, quando impongono al c.t.u. che giura “di bene e fedelmente adempiere le funzioni affidategli al solo scopo di fare conoscere al giudice *la verità*”.

Una prospettiva quella dei poteri officiosi del giudice che, a dire delle S.U. civili-Cass. S.U. n. 3086/2022-, mostra una visione del processo che si orienta per disegno costituzionale in direzione della tendenziale giustizia della decisione e che in questa logica autorizza dunque il giudice a rilevare anche officiosamente i predetti fatti.

Un modello processuale che, proseguono le Sezioni Unite, “nel conferire al giudice il potere di promuovere d’ufficio i mezzi istruttori che vi sono disciplinati e nel veicolare l’esercizio in funzione di un’esigenza particolarmente qualificata che si riassume nel concetto di indispensabilità” ..., concorrono a delineare un modello processuale che nel corrente assetto costituzionale appare saldamente orientato in modo da garantire il primario valore della giustizia della decisione”.

Prospettiva alla quale chi scrive sente di aderire senza riserve e che vorrebbe lasciare da parte le piramidi ed i suprematismi quanto i portatori di verità assolute; prospettiva tesa, invece, a fare rete fra i tanti *costruttori di verità* che animano il corpo sociale ed a coglierne la reciproca indispensabilità, in un clima che deve essere, come ha scritto di recente Tommaso Greco, improntato alla fiducia (T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, 2021).

Sarà, forse, la scommessa rappresentata dall’Intelligenza artificiale nel diritto a mettere ancora una volta alla prova le certezze ed incertezze che assalgono il giurista sul suo ruolo nell’attuale società.

Grazie al Prof. Gentili ed al Presidente Rordorf per le loro riflessioni.





### La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle

Bianca Innamorati



Libertà e potere – diritto e dovere – uguaglianza e democrazia – sanzione e processo - rappresentazione e verità – sono solo alcuni dei “miti” che gravitano attorno al sistema giustizia e che con i loro interrogativi perenni ed intrinseci contrasti caratterizzano gli ordinamenti giuridici attuali, non meno dell’Atene del V secolo. Miti che l’Autore “mette in scena” in questo saggio<sup>1</sup> con una plastica raffigurazione degna degli stessi tragediografi da cui l’opera trae ispirazione.

Sebbene – ammonisce l’Autore sin dalle prime pagine – affermare che i temi della tragedia siano attinti dalla mitologia costituisca un’indebita modernizzazione tendente a fare della tragedia greca un’esegesi del mito, l’elemento del *mythos* connota in maniera peculiare ed originale lo statuto della tragedia circostanziandolo, anche nell’accezione penalistica propria del giurista.

Ebbene, la circostanza che Edipo si accechi ovvero subisca la stessa mutilazione ad opera dei servi di Creonte, lungi dal porsi come una mera variante espositiva, implica una diversa lettura dei fatti (di causa) e reca con sé un differente inquadramento dei problemi di giustizia che essi pongono e delle relative conseguenze.

Altro aspetto di rilevante interesse giuridico, sotteso alle “maglie del mito” che intesono la tragedia greca, è rappresentato da quella incessante riflessione sulla relazione eziologica cui il “discorso sui miti” (*id est* la mitologia) tenta di fornire risposte, onde appagare l’ansia di conoscere come si sono concretamente svolti i fatti. Ed è questa la stessa tensione gnoseologica di Edipo che, nella sua costante ricerca della verità che – inconsapevolmente – lo riguarda, reclama un disvelamento<sup>2</sup> al di là delle parvenze con una “rabbiosa curiosità” che fa dell’*Edipo re* il resoconto di un’inchiesta in cui si assiste alla creazione dolorosa di una verità a formazione progressiva, esito di un “percorso faticoso e lacerante”. Analogamente, nel “Prometeo incatenato”, il titano – per donare all’uomo la conoscenza e la coscienza, onde

<sup>1</sup> STOLFI, *La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle*, Bologna, 2022.

<sup>2</sup> A verità – nell’etimologia greca, *alêtheia* – trae origine dal verbo *lanthano* (nascondere) che, con l’alpha privativo, indica qualcosa che non è più nascosto: in questo senso il termine può essere tradotto come verità intesa nel senso di rivelazione e di svelamento.

affrancarlo dalla tirannia delle divinità e consentirgli di discernere la verità – ne subisce sulla propria carne le tragiche conseguenze.

Un cammino verso la verità profondamente diverso da quello al quale è chiamato il giudice del nostro tempo, in cui ciascun operatore di giustizia – secondo il proprio ruolo – è costruttore di una verità filtrata dalla carnalità dei fatti, rivisitata ed arricchita alla luce dei valori fondamentali dell'uomo che devono irrorare il giudizio di verità<sup>3</sup>.

Ebbene, mentre Eschilo priva inesorabilmente Prometeo di ogni “diritto alla speranza” rispetto ad una pena eterna inflitta da Zeus per il suo atto di hybris; Sofocle fa seguire a ritroso ad Edipo la sua catena eziologica attraverso un decorso causale ipotetico, fino al punto in cui niente può essergli ragionevolmente addebitato, invocando – egli stesso, il coro, ma anche lo stesso spettatore – a sua discolpa l'oracolo che gli aveva previsto il parricidio, ben prima che Edipo fosse stato concepito.

Sotto questo profilo, più che una “tragedia del mito”, sembrerebbe la sua propriamente una “tragedia del fato”.

Ma ecco che, anche ove non si volesse ritenere tale elemento profetico idoneo ad interrompere il nesso causale, emerge – in via subordinata – nelle varianti “mitiche” della tragedia di Edipo, una possibile ricostruzione dell'incontro al trivio come dominata dalla legittima difesa; elemento, questo, assente nell'*Edipo re* e, in ogni caso, disancorato – nell'esperienza greca – da quella necessaria simmetria tra offesa e difesa.

La valorizzazione di tale elemento, ben prima di incidere sul piano soggettivo nel senso di integrare un errore rilevante ai sensi dell'art. 60 c.p., tale da aver impedito l'accertamento dell'identità della vittima<sup>4</sup> rileva a monte sul versante oggettivo, al punto da privare il gesto parricida di Edipo di ogni valenza criminale in termini di anti giuridicità: Edipo non voleva uccidere il padre perché non sapeva lo fosse, ma nemmeno voleva uccidere *tout court*.

Sul punto, il Primo Presidente emerito della Corte di cassazione Piero Curzio<sup>5</sup> ha evidenziato che si potrebbe infatti sostenere che, pur non essendo un parricidio, quello commesso da Edipo è un omicidio, anzi un pluriomicidio. Ma la ricostruzione dei fatti, quale emerge dal racconto di Sofocle, è tale per cui se è vero che Edipo uccide Laio e tutti gli uomini della sua scorta tranne uno che riesce a fuggire, è altrettanto vero che non è stato lui a provocare, ma ha subito una violenza da parte di uomini armati ed in larga superiorità numerica, sicché non è possibile muovergli alcun rimprovero.

Ad analoghe conclusioni deve giungersi con riferimento all'ipotesi accusatoria che Edipo abbia posto in essere una minaccia grave nei confronti di Tiresia al fine di costringerlo a rivelare il nome di chi uccise Laio. Del resto, il coro così commenta l'alterco tra i due: “A noi sembra che abbiate parlato entrambi in preda all'ira”.

<sup>3</sup> Per queste ed altre riflessioni sul tema si rinvia a CONTI, *Appunti su alcuni aspetti della verità nel diritto*, in *Diritticomparati*, 3, 2022.

<sup>4</sup> Riguardante propriamente i rapporti tra offeso e colpevole e sicuramente applicabile all'ulteriore e diverso addebito a titolo di incesto per aver Edipo sposato Giocasta senza sapere che fosse sua madre.

<sup>5</sup> CONTI, *Il processo ad Edipo. La sentenza di assoluzione di Pietro Curzio*, in *Giustizia Insieme*, 23 luglio 2022.

E ancora, non vi sarebbe prova – secondo il paradigma dell'*id quod plerumque accidit* – che gli atti aberranti posti in essere da Edipo fossero in grado di “cagionare” l’epidemia sulla città, non potendosi ragionevolmente addurre a giustificazione di un evento calamitoso quale la pestilenza, secondo leggi – scientifiche o esperienziali – universali o quantomeno probabilistiche, una spiegazione basata sull’ira degli dèi. Sul punto l’Autore dà conto di una concezione preminente nell’antropologia, anche giuridica, greca basata sul concorso di vari fattori, analogamente a quanto previsto ai sensi dell’art. 41 c.p. sul concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute. In tal senso viene spiegato il c.d. *miasma*<sup>6</sup>, nozione presente anche nelle *Coefore* relativamente al matricidio di Oreste e nelle *Supplici*, consistente in una contagiosa colpevolezza: una contaminazione sorta per effetto immediato e diretto del crimine, nonché della sua mancata persecuzione, come tale idonea a qualificare la dimensione personale della responsabilità penale di una valenza collettiva.

Tratteggiati così brevemente e senza pretesa di completezza gli spunti sul piano sostanziale – della colpevolezza nonché dell’antigiuridicità e della causalità – offerti da quella “tragedia giudiziaria” che è la vicenda edipica e dalla sua puntuale disamina da parte dell’Autore, attraverso le lenti dell’“ironia tragica” e dell’“inconscio giuridico”; anche sul versante più strettamente processuale il personaggio di Edipo chiama il giurista moderno ad una riflessione sulla tipica ripartizione dei ruoli in un’indagine penale, nonché sulla *vexata quaestio* della separazione delle carriere.

Ed invero, dietro la sua *persona* (nel senso latino, proprio, di *maschera*<sup>7</sup>) si celano tanto l’imputato, quanto il magistrato inquirente e giudicante, nonché l’esecutore della pena. Edipo è colui che avvia l’inchiesta contro se stesso e poi la conduce a termine condannandosi ed (auto)infliggendosi la pena dell’acceccamento.

Ma v’è di più: egli è coinvolto in un’ulteriore scissione soggettiva quale, appunto, imputato e – al contempo – legittimato all’azione repressiva.

Il protagonista del suo stesso dramma afferma, infatti, di agire – mettendo in moto la macchina processuale – “come se Laio fosse suo padre”. Tanto che appare, come dà conto l’Autore, di estrema rilevanza nel contesto dell’Atene del V secolo in cui non esisteva alcuna forma diretta di repressione pubblica dell’omicidio, laddove all’unica azione esperibile era legittimata una limitata gamma di soggetti sostanzialmente coincidenti con i parenti della vittima; gli stessi ai quali, prima dell’istituzione dell’Areopago, sarebbe spettato il diritto-dovere di vendetta.

A ben vedere è propriamente in Eschilo e, in particolare, nella sua *Orestea*<sup>8</sup> – che l’Autore del saggio plasticamente definisce la “trilogia del sangue” – che si assiste alla emersione di una responsabilità individuale collegata all’imputabilità del fatto all’agente, che si innesta su quella concezione atavica dei rapporti di colpa tra generazioni e sui re-

<sup>6</sup> Dal greco, esalazione malsana, tendenzialmente emanata da sostanze organiche in decomposizione.

<sup>7</sup> Il latino *persona* indicava la *maschera* indossata dall’attore sulla scena per rendere più chiara e sonora la voce, laddove nel vocabolario giuridico la  *fictio* della persona differenzia invece i vari ruoli.

<sup>8</sup> Costituita dall’*Agamennone*, dalle *Eumenidi* e dalle *Coefore*.

lativi condizionamenti (familiari e sociali), configurando – sia pur con qualche forzatura storica – una sorta di sistema penale misto (oggettivo-soggettivo).

Sotto altro attiguo profilo, l'Autore ci dà evidenza di come nel mondo tragico di Eschilo vi sia profonda traccia del passaggio istituzionale da una forma di giustizia basata sulla violenza e sulla logica della ritorsione a quella assicurata dall'Areopago cui, nello specifico, Atena affida la decisione circa la sorte di Oreste. Traccia speculare di questo passaggio si rinviene anche nell'*Aiace* di Sofocle in occasione della procedura di assegnazione delle armi di Achille ad Odisseo che si chiude con un voto assunto dalla maggioranza dei giudici, come tale insindacabile in quanto emanazione di una terzietà prevalente rispetto all'unilaterale antagonismo dei contendenti.

Ma l'opera di Eschilo è testimonianza, oltre che dell'*invenzione*<sup>9</sup> del processo, attraverso la messa in scena della costituzione dell'Areopago, anche e soprattutto della cifra di violenza che il processo stesso – che pure intende combatterla – conserva. L'Autore dà diffusamente conto di questo dato calandolo nel contesto dell'Atene del V secolo, laddove il rito processuale si appuntava su di una logica competitiva, agonale in cui, per porre fine ad un conflitto, se ne instaurava un altro che dava veste istituzionale al primo senza mai esaurirlo. E ciò nella misura in cui, secondo un principio diffuso nella drammaturgia antica – specchio della società ateniese dell'epoca, coinvolta da aspre lacerazioni istituzionali – la vittoria (processuale) non era da sola sufficiente, occorrendo altresì la riconciliazione con i vinti e richiedendosi, a tal scopo, un tentativo di ricomposizione del conflitto; il che, sia pur con qualche adattamento, riconduce il giurista moderno alla riflessione anticipata sulla giustizia riparativa e sulla sua rinnovata considerazione, anche alla luce della recente riforma della giustizia penale.

Altrettanti spunti per l'interprete che si misura con l'impianto letterario della tragedia per coglierne riflessi in ambiti giuridico che traggono gemmazione da insanabili conflitti si rinvergono, ci ricorda l'Autore, anche negli altri lavori di Sofocle ed in particolare nell'*Antigone*. “La tragedia del *nómos*” si sviluppa, infatti, interamente attorno ad un conflitto tra norme apparentemente insolubile in quanto incardinato su posizioni eticamente inconciliabili al di fuori di quella che è, in un'ottica moderna costituzionalmente orientata, la via del bilanciamento tra pretese egualmente legittime e valori parimenti fondamentali, affinché nessuno di essi sia *tiranno*, per usare un'espressione ormai invalsa nel diritto vivente<sup>10</sup>.

Ed è questo un rischio insito non solo nella *tirannide* in senso proprio, ma anche nella stessa democrazia ateniese, secondo quella concezione tragica del potere che permea anche l'*Aiace* che l'Autore definisce la “tragedia del potere per eccellenza” e con la quale anticipa – oltre al delicato tema del suicidio – che non può non evocare al giurista di oggi

<sup>9</sup> Nell'accezione latina di “invenire” dal verbo “invenire” (cercare per trovare qualcosa), secondo la riflessione di Paolo Grossi, il significato di invenzione non è quello di uso comune, ma quello proprio del compito del giurista e, dunque, reperire il diritto che si forma spontaneamente nell'ambito della società. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, IV ed. rist., 2022.

<sup>10</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 85/2013, di recente v. Consiglio di Stato, sent. n. 7045/2021.

una serie di considerazioni sul diritto a lasciarsi morire – il tema, altrettanto delicato, della sepoltura e della sua doverosità in ossequio ai precetti divini e, più in generale, religiosi.

Nell'opera sofoclea il conflitto segue due direttrici: per un verso, si delinea, a monte, tra e la signoria democratica e virtuosa del *nómos* e lo spazio extralegale ed extra egualitario in cui si muove il tiranno.

Per altro verso, il conflitto si consuma, a valle, tra gli stessi *nómoi*: da un lato, il decreto di Creonte che è tiranno nella misura in cui si erge ad unico portatore della *verità* impressa con il divieto generale di sepoltura e, dall'altro, il precetto invocato da Antigone che è un personaggio *autonómos* in quanto osserva la legge posta da se stessa, laddove nel contesto tragico non trova posto il valore della giustizia autonoma e indipendente dal potere.

Ed è in questo rapporto di alterità tra la legge comune della collettività, generale e astratta (*koinón*) e la legge particolare, posta nell'interesse dell'individuo (*idion*), che si annida il conflitto insanabile e non già nel contenuto né nella forma (scritta od orale) dei due ordini normativi, al punto da far dubitare della stessa configurabilità di un'autentica antinomia, laddove la stessa condotta (la sepoltura) è vietata da una norma (specifica e tutta umana) e imposta da un'altra (universale e trascendente); principi, questi, a ben vedere, non riconducibili a norme vigenti nello stesso ordinamento. Dal che discende la mera apparenza del contrasto tra le due realtà nomiche, entrambe valide in quanto aventi un differenziato ambito di applicazione.

L'unica via di uscita ipotetica da questo destabilizzante contrasto sarebbe allora quella della moderazione (*metriotes*) e, dunque, del bilanciamento, così da ricomporre la frattura interna al corpo del *nómos* tra le sue leggi senza tempo ancorate al divino, da un lato, e le sue manifestazioni terrene connesse al potere dall'altro, in modo da “tesserle insieme”, prendendo atto dell'inidoneità delle prescrizioni cittadine ad esaurire l'orizzonte normativo e della conseguente necessità di integrazione con i precetti “superiori”. E ciò, si badi, senza sminuire il rango della disposizione disattesa dalla protagonista della tragedia e senza attrarre nel contrasto – tutto normativo – il profilo etico-religioso, sia pure lambito. La tragedia di Sofocle, così come quella di Eschilo, evoca infatti, al giurista del nostro tempo, “un'insopprimibile esigenza di giustizia umana, laica, terza ed imparziale, depurata da istanze deificanti ed invece tutta terrena, tutta tesa a verificare i fatti, le circostanze concrete, la carnalità di quei fatti ed il dolore che quei fatti hanno prodotto, a volte tanto laceranti quanto la pena inflitta...”<sup>11</sup>.

E tuttavia, nella tragedia greca, così come nell'Atene del V secolo caratterizzata dall'assenza di un'autentica scienza giuridica, non c'è spazio per un'opera di “ragionevole accomodamento” fra i diritti in gioco né, quindi, per la ricomposizione della dicotomia interna alla stessa legalità.

---

<sup>11</sup> CONTI, *Prometeo, il potere, l'uomo e la giustizia fra l'umano e il divino*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, 482-487.

Ogni riflessione sulla legge, nonché sulla natura, sugli scopi e sulle criticità del *nómos*, assume – secondo l'Autore – una portata più etico-politica che tecnico-giuridica, in cui ciascun valore “rischia di ribaltarsi nel suo doppio oscuro”, facendo riemergere quelle polarità cui sono ancorati i personaggi tragici al punto da rendere la loro risoluzione un mero auspicio (del coro) e, dunque, un mito”.

Una riflessione che, invece, deve oggi uscire dalle maglie del mito<sup>12</sup> e imporsi al giurista, nella consapevolezza che quel potenziale conflitto interno alla stessa legalità che nel mondo tragico della *polis* già inerisce ad ordini normativi differenti ma complementari – quello umano e individuale, da un lato, quello universale e sovraindividuale, dall'altro – si sviluppa e si arricchisce di ulteriori realtà normative in un contesto ordinamentale multilivello quale è quello attuale in cui, al piano nazionale delle tutele offerte dagli Stati – assimilabile, *mutatis mutandis*, a quello proprio di una città-Stato del V – secolo, si affianca quello sovranazionale, costituito da fonti che si strutturano in modo tale da generare continue interazioni tra i diversi plessi di regolamentazione normativa e giurisprudenziale.

E allora quella necessaria integrazione con i precetti “superiori”, in cui l'Autore individua lo strumento di ricomposizione del conflitto – senza, tuttavia, con ciò sminuire il rango del precetto interno, – costituisce il terreno fertile in cui i diritti fondamentali trovano la loro estrinsecazione spaziale e temporale, attraverso un processo osmotico di positivizzazione giuridica multilivello che non può prescindere dall'interpretazione giurisprudenziale in cui quelle fonti vivono, dando vita a loro volta non già ad un'ulteriore fonte del diritto tecnicamente intesa, non ad un'ulteriore antinomia, ma ad una certezza nuova fondata sulla cooperazione. In questa prospettiva è la centralità del fatto a consentire l'emersione dell'autentico significato della norma che si mette al servizio dei bisogni delle persone e della loro tensione per il perseguimento di una tutela dei diritti che sono proiezione della loro stessa esistenza: quell'ansia di conoscere che non è solo di Edipo ma di tutti gli individui che, nella propria unicità, abbisognano di risposte tanto calibrate quanto precise, effettive, concrete. E tanto è ancor più evidente in un contesto, quale quello tragico, in cui l'interprete che vi si accosta è chiamato ad offrire suggestioni e possibili chiavi di lettura che tendono a porre interrogativi piuttosto che dispensare risposte.

---

<sup>12</sup> “...ché se è bello che si trovino tanti spiriti critici, pronti a spiare, a scoprire e denunciare i miti, i miti duri a morire conservati o insinuati nella vita di oggi, penso per esempio al Barthes delle *Mythologies*, credo anche che dovremmo essere tutti così illuminati da essere capaci di credere a un mito, sapendo che è un mito”.

Sul “reasonable accommodation” tra diritti si richiama – anche per le pregiate considerazioni sotto il profilo etico-religioso – la notevole pronunzia delle Sezioni Unite in tema di libertà religiosa (positiva e negativa) in presenza del crocifisso nell'aula scolastica (Cass. S.U. n. 24414/2021).

GALLO, *I rapporti tra la parte generale e la parte speciale*, in *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del Codice penale*, Atti di un seminario tenuto a Siracusa nel 1979, Napoli, 1981, 159.



### L'avant-projet francese di riforma dei contratti speciali: una proposta per un diritto dei contratti più a misura dei suoi immediati fruitori\*



Sara Scola

**SOMMARIO:** 1. Origini e vicissitudini di una riforma attesa. – 2. I lineamenti dell'*avant-projet* di riforma dei contratti speciali. – 3. (Segue) La codificazione di principi consolidati di fonte giurisprudenziale. – 4. L'esempio paradigmatico del contratto di vendita: luci e ombre di un (ancora troppo incerto) rinnovamento del quadro normativo vigente in tema di vizi e difetti di conformità.

#### 1. Origini e vicissitudini di una riforma attesa

Con l'*avant-projet* di riforma dei contratti speciali, a cui è dedicata questa breve riflessione<sup>1</sup>, la Francia torna a interrogarsi – a distanza solo di pochi anni da un precedente tentativo rimasto incompiuto<sup>2</sup> – sull'opportunità di mettere mano alla disciplina di una

---

\* Lo scritto rientra nel Progetto di ricerca del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona dal titolo "Rinnovamento e semplificazione del diritto dei contratti nel contesto europeo: quali riforme per uno statuto contrattuale a misura del comune cittadino?", selezionato e finanziato dall'Università Italo-francese/Université Franco Italienne (UIF/UFI) nell'ambito del Programma LABEL scientifico 2022 (2° bando) - Attribuzione di patrocinio a iniziative italo-francesi di alto valore culturale e scientifico. Responsabile del Progetto: Dott.ssa Sara Scola.

<sup>1</sup> Il testo dell'*avant-projet*, nella versione commentata dagli stessi membri della Commissione di lavoro, è consultabile al seguente link: [https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art\\_pix/avant\\_projet\\_commente\\_juillet2022.pdf](https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/avant_projet_commente_juillet2022.pdf) (anche nel prosieguo, si farà sempre riferimento a tale versione). Illustrano le linee generali della proposta, pur sollevando alcune perplessità, CHANTEPIE, LATINA, *Observations générales sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, in *Recueil Dalloz*, 2022, 1716 ss.

<sup>2</sup> Si tratta del c.d. Progetto Capitant, proposta di riforma condotta dall'*Association Henri Ca-*

serie di contratti tipici di indiscussa importanza economico-sociale<sup>3</sup>, il cui tessuto normativo è ancora – salvo marginali interventi – quello originario del 1804.

La Commissione, costituita nel 2020 dal *Ministère de la Justice* sotto la presidenza del Prof. Philippe Stoffel-Munck e composta da membri di estrazione accademica e non solo<sup>4</sup>, ha, sia pure in punta di piedi e con «*les mains tremblantes*»<sup>5</sup>, elaborato un ambizioso – ancorché, come vedremo, prudente – progetto di rinnovamento di tale materia, che fa seguito alla nota riforma della disciplina generale del contratto intervenuta nel 2016<sup>6</sup>, con il fine di rendere siffatti contratti speciali più rispondenti alla realtà del nostro tempo<sup>7</sup>.

La proposta, sottoposta a pubblica consultazione sino a gennaio 2023, è stata presentata al Ministro della giustizia l'11 aprile 2023, ma non è ancora noto quali sviluppi concreti potrà sortire<sup>8</sup>.

Sono tre i gruppi di contratti presi in considerazione. Il primo è formato dai negozi che hanno come oggetto specifico quello di trasferire le utilità di una cosa, a titolo definitivo e oneroso (*vente, échange*), o temporaneo (*location, prêts*). Il secondo gruppo è costituito dai contratti che muovono le utilità di una persona o di un'organizzazione umana: qui ritroviamo, in ordine crescente di complessità, *dépôt, mandat* e *contrat d'entreprise*. Infine, vi sono, nel terzo gruppo, i *contrats aléatoires*<sup>9</sup>.

Non essendo possibile soffermarsi sulle singole disposizioni che compongono l'articolato programma riformatore, ci si limiterà in questa sede ad offrire uno sguardo d'insieme delle principali direttrici di rinnovamento che hanno guidato la Commissione nei suoi lavori, nell'auspicio di riuscire a scorgervi elementi che possano tornare di utilità

---

*pitant* ed elaborata in una prima versione nel 2017, successivamente ampliata e arricchita nel 2020 (consultabile al seguente link: <https://www.henricapitant.org/actions/offre-de-reforme-du-droit-des-contrats-speciaux/>). Ne offre una prima lettura, soffermandosi sulla genesi della riforma, anche CHAUVIRÉ, *Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant*, in *Revue des contrats*, 2017, 4, 622 ss.

<sup>3</sup> V. *infra*, nel testo, e *sub* nota 9.

<sup>4</sup> La Commissione è stata composta da sette professori universitari (P. Stoffel-Munck, P.-Y. Gautier, G. Lardeux, P. Puig, A. Sériaux, J.-B. Seube, A. Gouezel), un avvocato (J.-D. Bretzner) e un magistrato (Y. Maunand), coadiuvati anche da altri giuristi per le singole aree di attività.

<sup>5</sup> Così CATTALANO, *Le prix dans le projet de réforme des contrats spéciaux*, in corso di pubblicazione su *Pactum*.

<sup>6</sup> Disciplina introdotta dalla nota *Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016*, ratificata con modifiche mediante la l. n. 2018-287 du 20 avril 2018.

<sup>7</sup> V. anche il Comunicato stampa del Ministero della Giustizia francese dell' 11.4.2023, consultabile al seguente link: <https://www.justice.gouv.fr/actualites/espace-presse/projet-reforme-du-droit-contrats-speciaux>.

<sup>8</sup> Nel corso della consultazione sono stati raccolti 65 contributi da parte di professionisti e «*spécialistes du droit de tous horizons*» (v. ancora il Comunicato stampa, citato *sub* nota prec.).

<sup>9</sup> In questi termini si esprime STOFFEL-MUNCK, *Questions sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, in *Recueil Dalloz*, 2022, 1552. Dunque, l'*avant-projet* si occupa, nell'ordine, di: *contrats de vente et d'échange, contrat de location, contrat d'entreprise, contrats de prêt, contrats de dépôt et de séquestre, contrats aléatoires* e *mandat*.

anche per l'osservatore italiano, tanto in una chiave di rinnovata lettura delle norme di diritto interno, con particolare riguardo a quelle più da vicino ispirate al modello francese, quanto in una prospettiva *de lege ferenda*, sebbene tale approccio non sia, allo stato, nell'agenda del legislatore italiano<sup>10</sup>. Sul piano delle singole proposte normative, ci si soffermerà, invece, soltanto su una tra le più significative novità riguardanti la vendita, per molti versi paradigmatica delle scelte di dettaglio compiute dalla Commissione anche rispetto ad altri contratti tipici.

## 2. I lineamenti dell'avant-projet di riforma dei contratti speciali

Il progetto riformatore persegue obiettivi lodevoli, sebbene, come si dirà a breve, i risultati che raggiunge non risultino, sempre, pienamente soddisfacenti.

Traspare in primo luogo, in modo evidente, l'intento di modernizzare la disciplina oggetto di intervento, in ragione della rilevanza, enormemente maggiore rispetto al passato, che – specie in alcuni casi (si pensi, ad esempio, al prestito d'uso o al mandato) – taluni contratti assumono nel contesto odierno, nonché dell'impellente necessità di adattare l'impianto normativo alle esigenze della società contemporanea<sup>11</sup>. Al contempo, si intende, però, intervenire sulle disposizioni vigenti senza stravolgerle, ma facendo uso, all'opposto, di un certo grado di prudenza, ossia conservando quanto più possibile e modificando solo ciò che è necessario<sup>12</sup> e lasciando, per il resto, ampio spazio alla libertà e all'autonomia contrattuale delle parti<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> È rimasto incompiuto infatti anche il tentativo di riforma, avviato nell'ambito della XVIII Legislatura con il d.d.l. n. 1151 presentato al Senato in data 19 marzo 2019, il quale recava una delega al Governo per la revisione ed integrazione del codice civile in diversi ambiti, ivi compreso quello contrattuale (v., in particolare, art. 1, comma 1, lett. f-l del d.d.l.): per una efficace lettura dei tratti più significativi del provvedimento v. BALESTRA, CUFFARO, SCOGNAMIGLIO, VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. Giur.*, 2019, 589 ss.

<sup>11</sup> Tale aspetto è rimarcato anche dal *Directeur des affaires civiles et du Sceau*, J.-F. de Montgolfer, nella sua lettera di incarico alla Commissione (allegata all'avant-projet commentato – v. nota 1). Sul tema anche BOISMERY, *Le point de vue de l'universitaire : l'opportunité d'une réforme*, in *Revue des contrats*, 2022, 3, 105, rammentando che l'aspetto tecnologico e digitale era inesistente nel 1804 e ora riveste, invece, una importanza cruciale (v. *infra*, nel testo).

<sup>12</sup> In questo senso muove il richiamo, da parte del Presidente della Commissione, alle parole pronunciate da J.-E.-M. Portalis nel *Discours préliminaire au premier projet de Code civil. Discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804*, Bordeaux, 2004, 29: «*Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes*» (v. STOFFEL-MUNCK, *La préparation d'une réforme des contrats spéciaux*, in *Revue des contrats*, 2020, 4, 1).

<sup>13</sup> V., anche per le modalità con le quali si è cercato di preservare la libertà contrattuale, STOFFEL-MUNCK, *La préparation de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, in *Revue des contrats*, 2022, 3, 100 s. (peraltro, tale aspetto è ampiamente illustrato anche nella presentazione generale dell'avant-projet).

Tra le direttrici che hanno guidato l'operato della Commissione vi è poi l'intento di coordinare il regime dei contratti speciali con la disciplina generale del contratto, così come riscritta dalla riforma del 2016<sup>14</sup>. Si tratta di una scelta di metodo senz'altro condivisibile nella sua linea di fondo, essendo a tutti chiaro come la riforma del 2016 abbia dato luogo ad un disallineamento tra discipline contigue in potenza pernicioso per la certezza e l'efficienza del diritto e che reclama di essere prontamente risolto, anche se le soluzioni concrete con cui si è inteso dare risposta a questa istanza appaiono per molti versi ancora perfettibili<sup>15</sup>. Al riguardo, l'*avant-projet* si propone peraltro anche di correggere e integrare la stessa disciplina generale del contratto, proponendo alcuni efficaci correttivi. È il caso, ad esempio, dell'intervento proposto sull'art. 1165 c.c. fr., norma (generale) sulla fissazione unilaterale del prezzo nei contratti di servizi da molti giudicata ingiusta e che viene per questo privata di buona parte della sua portata dalla proposta di riforma, la quale sopprime tale facoltà con riguardo al principale contratto di servizi, il *contrat d'entreprise*<sup>16</sup>. O, ancora, può menzionarsi la *promesse unilatérale*, istituto unicamente giurisprudenziale sino alla riforma del 2016, che lo ha invece codificato nel riformulato art. 1124 c.c. fr. (relativo alla *promesse*), con una disposizione giudicata da più parti però insufficiente, e che per tale motivo viene ora affiancata, nell'attuale progetto di riforma dei contratti speciali, da una serie di regole supplementari<sup>17</sup>.

Ma l'elemento che, come una sorta di *fil rouge*, sembra pervadere, pur con diverse sfumature e intensità, la gran parte delle disposizioni della riforma *in fieri*, è l'intento di semplificare, riorganizzare e, ove opportuno completare, la disciplina dei contratti speciali, rendendola più intellegibile, fruibile e chiara per i contraenti<sup>18</sup>. La prassi dimostra

<sup>14</sup> V. nota 6.

<sup>15</sup> V. ad es. SÉRIAUX, *L'articulation du spécial et du général dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, in *Revue des contrats*, 2023, 1, 204 ss., il quale rimarca che il coordinamento tra le discipline può senz'altro essere ancora migliorato, tenuto conto che, allo stato attuale, si impone necessariamente un approccio plurale e diversificato alla disciplina generale, in base al singolo contratto speciale che viene preso in considerazione; inoltre, l'*avant-projet* evita, talvolta, il coordinamento con le altre discipline generali (al di fuori della cornice contrattuale) che in alcuni casi vengono in rilievo, limitandosi a meri rinvii senza ulteriori precisazioni (come nel caso dell'art. 2005 per la materia della responsabilità extracontrattuale).

<sup>16</sup> V. art. 1760 *avant-projet*. Sulle criticità dell'art. 1165 c.c., anche all'indomani del progetto Capitant, v. MÉNARD, *La fixation du prix dans les contrats de prestation de service à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, in *RTDCiv.*, 2019, 263 ss.

<sup>17</sup> V. in particolare, per il contratto di vendita, gli artt. 1588-1590 dell'*avant-projet*.

<sup>18</sup> Nella presentazione generale dell'*avant-projet* si precisa che: «l'esprit qui a présidé à ces nécessaires travaux a été de clarifier, quand c'était nécessaire, de simplifier, quand c'était possible, de moderniser, c'est-à-dire de s'ouvrir aux réalités faiblement considérées par le passé et de tenir compte de l'obsolescence de nombreuses règles spéciales»; aspetto, questo, ribadito dal Presidente in molte occasioni (v. ad es. STOFFEL-MUNCK, *La préparation d'une réforme*, cit., ove sottolinea l'importanza di rendere più comprensibile e prevedibile il regime di questi contratti speciali, di modo da stimolarne l'utilizzo) e valorizzato positivamente anche dal Ministro della giustizia cui è stato rimesso il lavoro, all'esito della consultazione pubblica: nel comunicato stampa dell'11.4.2023 (v. so-

quanto siffatto obiettivo di semplificazione meriti di essere salutato con favore: la lunghezza e complessità dei testi contrattuali, la presenza di clausole oscure, il fiorire dei tecnicismi, sono caratteri che connotano una parte sempre più ampia dei rapporti contrattuali che si riscontrano nella vita quotidiana, rendendo quantomai opportuno uno sforzo che, preservando integralmente la tipicità del singolo rapporto negoziale preso in considerazione, tenti di semplificare regole e schemi a disposizione dei contraenti, così come i relativi strumenti di diffusione e di applicazione, nell'ottica di una maggiore intelligibilità e fruibilità. Tutto ciò, è bene precisarlo, anche – e a maggior ragione – lì dove il rapporto non sia segnato da una specifica asimmetria contrattuale o non si evidenzino altre esigenze di tutela del contraente debole già prese in considerazione dal legislatore<sup>19</sup>.

La proposta francese si fa carico di queste esigenze in primo luogo razionalizzando la disciplina al fine di restituirle coerenza ed armonia oltre che limitando i fenomeni di c.d. superspecializzazione, che conducono ad una inutile proliferazione di contratti e complicano senza motivo la materia<sup>20</sup>. Nella volontà di rendere maggiormente accessibile la disciplina, sovente si è provveduto, sulle orme degli *avant-projets* precedenti, a concepire dapprima un nucleo di norme generali, dedicato alle disposizioni comuni a tutte le ipotesi rientranti in una determinata fattispecie contrattuale, e successivamente le ulteriori disposizioni, topograficamente distinte dalle prime, che ineriscono solo a determinate sotto-categorie<sup>21</sup>.

Altri, numerosi interventi sono stati operati per l'esigenza di chiarire e semplificare la materia: con riguardo al contratto di vendita si possono menzionare, oltre alla nuova veste conferita alla disciplina dei vizi<sup>22</sup>, anche il rinnovato regime della garanzia per l'evizione (artt. 1623-1632) e della vendita a corpo e a misura (artt. 1682-1685)<sup>23</sup>.

---

pra, nota 7) si legge infatti «pour Éric Dupond-Moretti, “Le groupe de travail a proposé un droit des contrats spéciaux adapté aux besoins actuels de nos concitoyens et de nos entreprises. Je souhaite que ces propositions ambitieuses servent de base solide à un droit des contrats spéciaux rénové, clarifié et sécurisé”».

<sup>19</sup> A titolo meramente esemplificativo, il pensiero corre alla disciplina della subfornitura (di cui alla l. 18 giugno 1998, n. 192) o, evidentemente, alla normativa consumeristica.

<sup>20</sup> BOISMERY, *Le point de vue*, cit., 106.

<sup>21</sup> Cfr. BOISMERY, *ibidem*. È da rimarcare, in particolare, l'opera di riorganizzazione sistematica compiuta per la disciplina della vendita: l'*avant-projet*, infatti, propone in primo luogo le *dispositions générales et communes à toutes les ventes* (Chapitre I) e, in seguito, le *dispositions propres à certaines ventes* (Chapitre II), che interessano solo alcuni tipi di vendita: si disciplinano qui le *ventes d'immeubles* (Section I) e la *cession de droits litigieux* (Section II). Sul tema v. pure LEVENEUR, *Premières vues sur l'avant-projet de réforme du droit de la vente et de l'échange*, in *Revue des contrats*, 2022, 3, 114 ss., che ritiene peraltro particolarmente apprezzabile la *sobriété rédactionnelle* che traspare dall'*avant-projet*, in un'epoca d'*inflation législative*: infatti, se il sistema vigente offre 130 articoli dedicati alla vendita e alla permuta (di cui 124 per la sola vendita), l'*avant-projet*, propone, invece una sensibile diminuzione: 96 articoli in totale per questi due contratti, di cui 94 dedicati alla vendita.

<sup>22</sup> Di cui si dirà *sub* par. 4.

<sup>23</sup> Lo dice chiaramente lo stesso *avant-projet* (p. 8) nella presentazione dei contratti di vendita e permuta.

Ed è proprio muovendo dall'obiettivo di avvicinare la disciplina del diritto dei contratti ai (comuni) contraenti che, probabilmente, si giustifica anche l'approccio realista più volte evocato dalla Commissione<sup>24</sup>. In tale prospettiva, che mira a tenere massimamente conto di quanto avviene nella prassi, si spiega, ad esempio, la scelta di distinguere, nell'ambito dei contratti di prestito, i prestiti *désintéressés* (ossia i prestiti d'uso c.d. amichevole) rispetto a quelli *intéressés* (realizzati in preparazione o unitamente a una operazione onerosa)<sup>25</sup> o, ancora, la scelta di prendere in considerazione alcuni schemi negoziali già diffusi nella pratica, come ad esempio la locazione il cui canone sia completato dalla fornitura di un bene o di un servizio<sup>26</sup>.

Sempre in questa direzione si colloca anche l'apertura dell'*avant-projet* al fenomeno digitale.

Nel segno della summenzionata prudenza che contraddistingue l'intero lavoro riformatore, non si è voluto costruire norme specificatamente dedicate alle c.d. nuove tecnologie, né tanto meno riservare una parte apposita del *Code civil* a questi profili, come invece prospettato in altri ordinamenti<sup>27</sup>.

Si propongono, piuttosto, alcuni mirati innesti all'interno della normativa vigente affinché la stessa possa acquisire duttilità e risultare in tal modo maggiormente idonea a ricomprendere, per quanto possibile, anche le nuove tecnologie e, più in generale, i nuovi istituti giuridici che il mondo virtuale reclama. Si spiegano, in questa linea, le modifiche apportate alle definizioni dei contratti di vendita (art. 1582), di locazione (art. 1712), di prestito d'uso (art. 1878) e di deposito (art. 1918), in cui è stato inserito un espresso riferimento ai beni immateriali<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> In questa prospettiva, è lo stesso Presidente della Commissione a ricordare, riprendendo le parole di altro giurista francese dedicatosi alla materia (cfr. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, 1969, 17), che il contratto è generalmente la trasposizione giuridica di una operazione economica e disciplinare un contratto significa tradurre in forma di equazione giuridica un problema economico: v. STOFFEL MUNCK, *La préparation de l'avant-projet*, cit., 99.

<sup>25</sup> Per i quali v. CATTALANO, *Le prêt*, in *Revue des contrats*, 2023, 1, 218 ss. (l'A. è stata direttamente coinvolta nei lavori dell'*avant-projet*). Cfr. pure DE GÉRY, *Le point de vue de l'avocat : l'opportunité de la réforme*, in *Revue des contrats*, 2022, 3, 112, il quale sottolinea, più in generale, che prestito, mandato e deposito sono ormai essenzialmente conclusi nell'ambito di «*échanges marchands ou intéressés*».

<sup>26</sup> V. art. 1710 dell'*avant-projet*. Questo aspetto, assieme ad altri, non solo favorisce un adeguamento alla realtà socio economica, ma contribuisce anche a dare risposte più chiare agli operatori del diritto: così BOISMERY, *Le point de vue*, cit., 107 s.

<sup>27</sup> Nell'ordinamento brasiliano, ad es., è allo studio una riforma del Codice civile che, nelle intenzioni della Commissione di giuristi coinvolta, dovrebbe prevedere la creazione di un *Livro de Direito Digital* all'interno del Codice (come risulta, da ultimo, dal programma di lavoro della Sottocommissione di *Direito digital* all'interno del *Plano de trabalho* della Commissione, presentato al Senato in data 28.9.2023).

<sup>28</sup> Sul tema BRUGUIÈRE, *L'avant-projet de réforme des contrats spéciaux, l'incorporel et les technologies nouvelles*, in *Revue des contrats*, 2023, 1, 52.

Nel nostro sistema, la precisazione, sul piano generale, in ordine alla possibilità che l'oggetto di siffatti contratti possa essere anche un bene immateriale potrebbe probabilmente (perlomeno di regola) ritenersi superflua, se è vero che la definizione stessa di «bene» è, secondo una lettura ormai ampiamente condivisa, in grado di racchiudere al suo interno anche le entità prive di corporeità<sup>29</sup>.

Ma è la scelta di metodo operata al riguardo dal gruppo di lavoro d'Oltalpe che si lascia, nel suo complesso, positivamente apprezzare. Sebbene criticata per l'eccesso di prudenza e per la mancata considerazione di alcune questioni di sicuro rilievo nel mondo dei contratti digitali<sup>30</sup>, l'impostazione seguita muove dal condivisibile intento di integrare chirurgicamente talune disposizioni del codice civile, adattandole – anche solo in piccola parte – al mondo digitale, evitando così che il diritto dei contratti possa apparire anacronistico rispetto alle esigenze avvertite dalla società contemporanea<sup>31</sup>, ma senza, di contro, sovvertirne l'impianto.

Invero, pare difficile immaginare di poter compiere una sistematica catalogazione – e, quindi, regolazione – del fenomeno digitale all'interno di un codice civile. Si tratta di un diritto fragile e in continua evoluzione, peraltro in larga parte dipendente nei suoi contenuti da fonti sovranazionali, e la cui rapida obsolescenza verosimilmente costringerebbe il legislatore ad adeguamenti periodici a cadenza molto ravvicinata, facendo perdere al codice il ruolo che gli appartiene, ossia quello di un paradigma di riferimento dotato di una – almeno tendenziale – stabilità e strutturato per non subire, se non nei limiti strettamente necessari, modifiche significative nel breve periodo.

La *kleine Lösung* che si delinea nell'*avant-projet* francese, intesa a contenere in modo mirato e sistematico l'innesto nel codice delle novità inerenti al digitale, lasciando la disciplina di dettaglio a normative speciali, pare, dunque, senz'altro preferibile. Come dimostra, peraltro, l'esperienza italiana, ben possono tali corpi normativi speciali rima-

<sup>29</sup> V., ad es., GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 98 ss.; riguardo al superamento della nozione più tradizionale di cosa, v., *ex multis*, SCOZZAFAVA, BELLANTE, *Beni proprietà e diritti reali*, I.1-I Beni, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, VII, Torino, 2007, 4. Sul fatto che «vi sono beni, i quali non sono cose», già SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 55; cfr. pure le riflessioni di BIONDI, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, IV, 1, Torino, 1956, 9 ss. Su questi temi v. anche F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 463 ss.

<sup>30</sup> Indubbiamente l'*avant-projet* lascia totalmente nell'ombra le più rilevanti questioni che l'ambiente digitale solleva (come, ad es., quella attinente al ruolo delle piattaforme digitali in alcuni contratti), che meriterebbero, pur di concerto con quanto già compiuto in materia dall'Unione europea, una più accurata presa in considerazione. Inoltre, anche le modifiche oggi compiute dall'*avant-projet* sulle definizioni di alcuni dei principali contratti lasciano trasparire dei limiti, se si considera che «incorporel ne veut pas dire numérique»: HUET, *Observations sur les deux avant-projets de réforme des principaux contrats*, in *Revue des contrats*, 2023, 3, 31 s.

<sup>31</sup> In questa direzione, salutando con favore il seppur mirato e contenuto intervento operato dall'*avant-projet* in quest'ambito, pare anche BRUGUIÈRE, *L'avant-projet de réforme*, cit., 52 s., pur dovendo rimarcare che «ce projet de réforme offre un cadre adapté à l'incorporel sans bien évidemment répondre à toutes les questions que les technologies nouvelles sont (seront) amenées à poser aux contrats spéciaux».

nere al di fuori del codice civile<sup>32</sup>, oppure, come sempre più sovente accade in questa materia, essere lasciati integralmente al legislatore europeo<sup>33</sup>.

### 3. (Segue) La codificazione di principi consolidati di fonte giurisprudenziale

Alle linee di indirizzo sin qui tratteggiate, se ne aggiunge poi un'altra, che traspare in maniera, se possibile, ancora più evidente imponendosi quale vera e propria chiave di impulso immanente all'intera trama complessiva del progetto.

La Commissione, come già proposto in passato in questo e in altri contesti del diritto dei contratti<sup>34</sup>, sceglie di codificare numerosi principi giurisprudenziali ritenuti ormai pacifici, largamente condivisi e non oggetto di dibattito, e per questo meritevoli di essere elevati al rango di norme di legge.

L'opportunità di questa scelta è sin troppo intuitiva, essendo chiaro ai giuristi d'Oltralpe, ma con una consapevolezza che dovrebbe essere ben presente anche a chi opera nell'ordinamento italiano, come un determinato ambito del diritto (che sia un istituto, un tipo contrattuale, un particolare rimedio o, più semplicemente, un insieme di problemi accomunati da un filo unificatore) non possa nel suo sviluppo, anche e soprattutto di dettaglio, essere affidato unicamente alle elaborazioni giurisprudenziali, sì da rimanere alla lunga orfano di ancoraggi normativi precisi, pena la compromissione di quel *plafond* minimo di certezza atto a garantire stabilità e uniformità all'applicazione. La codificazione di principi e regole non scritti ma connotati da elevata complessità perché derivanti dal sedimentarsi nel tempo di plurimi arresti giurisprudenziali, al punto da divenire intellegibili solo agli addetti ai lavori, risponde, dunque, anche all'altra esigenza, che l'*avant-projet* assai coerentemente persegue, di avvicinare il diritto dei contratti (speciali)

---

<sup>32</sup> Possono ricordarsi, ad es., le normative nazionali (seppur di matrice europea) inerenti al commercio elettronico (D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, di recepimento della Direttiva 2000/31/CE), alla vendita al consumatore (artt. 128-135-*septies* Cod. cons., disciplina recentemente novellata – proprio per tenere conto anche dei profili digitali – per effetto dell'attuazione della direttiva UE 2019/771), o, ancora, ai contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali (artt. 135-*octies*-135-*vicies ter* Cod. cons., normativa introdotta a seguito del recepimento della direttiva UE 2019/770).

<sup>33</sup> Qui pare d'obbligo il richiamo al recente regolamento sui servizi digitali (Reg. UE 2022/2065), che ha peraltro modificato la direttiva sul commercio elettronico (v. nota prec.): per un'illustrazione sia consentito rinviare a SCOLA, *Digital Services Act: occasioni mancate e prospettive future nella recente proposta di regolamento europeo per il mercato unico dei servizi digitali*, in *Contr. e impr./Europa*, 2022, 127 ss.

<sup>34</sup> Questo intento traspare non solo dal progetto Capitant, ma anche dalla stessa riforma della disciplina generale dei contratti, operata nel 2016 (v. sopra nota 6), in particolare per le norme dedicate alla durata del contratto (artt. 1210-1215 c.c.): lo rammenta VENCHIARUTTI, *Sfogliando le riviste francesi*, in *Accademia*, 2023, 864.

ai suoi più immediati fruitori, ovvero alle stesse parti contraenti, non necessariamente dotate degli strumenti per decifrare in modo corretto il quadro giurisprudenziale di riferimento (se non al costo di sobbarcarsi spese aggiuntive per rivolgersi alla consulenza di professionisti). In questa prospettiva si spiega l'intento della riforma, che mira, quindi, a restituire alla giurisprudenza il ruolo fondamentale che le compete, circoscritto primariamente all'esegesi del dato normativo, all'individuazione del corretto percorso ermeneutico, alla sapiente interpretazione della norma in funzione della sua corretta applicazione, senza travalicare, come troppo spesso anche in Francia a quanto pare è accaduto, in una funzione di libera supplenza o finanche di vera e propria sostituzione del precetto legislativo con ricostruzioni giurisprudenziali esse stesse creatrici di diritto<sup>35</sup>.

Auspicabile è, invece, – ed è questo l'intendimento che ispira l'avant projet francese – lì dove il principio giurisprudenziale è pacifico, largamente riconosciuto, frequentemente applicato e dotato di una intrinseca e – almeno tendenziale – stabilità (vagliabile nel medio-lungo periodo anche nel confronto con gli operatori del diritto), procedere, pur con i dovuti adattamenti, a una sua cristallizzazione all'interno di una norma di legge. Ciò non significa confinare il diritto positivo in una posizione servile rispetto alla giurisprudenza ma, al contrario, conferire certezza e (quantomeno maggior) completezza alle disposizioni normative, oltre che chiarezza e intellegibilità, rendendole anche sotto questo profilo maggiormente fruibili da parte di qualunque, comune potenziale contraente, generalmente poco avvezzo alla lettura di pronunce giurisprudenziali<sup>36</sup>.

Senza indugiare oltre sul punto, il lettore ben può, anche da solo, cogliere quanto questa impostazione potrebbe essere feconda anche per il diritto italiano, qualora il legislatore interno si decidesse a farla propria in sede di una futura, possibile, riforma della materia contrattuale (generale e speciale). Troppo spesso, infatti, anche nel nostro diritto dei contratti, seppure forse in forma meno pervasiva di quanto non avvenga per altri ambiti del diritto privato<sup>37</sup>, si riscontrano istituti che, a fronte di una scarna e frammentaria – se non del tutto nulla – disciplina legislativa, rinvergono la propria regolamentazione

<sup>35</sup> Cfr. DE GÉRY, *Le point de vue*, cit., 113, il quale, mutuando le parole di J.-E.-M. Portalis (v. *Discours préliminaire*, cit., 23), ricorda che «La jurisprudence est donc nécessaire, mais elle ne peut se substituer à la loi. "Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence, il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une"».

<sup>36</sup> L'avant-projet enuncia espressamente una serie di ipotesi ove sono stati codificati principi giurisprudenziali: si considerino ad es., nell'ambito della vendita, l'art. 1599 (sulla nullità relativa della vendita di un bene altrui), o gli artt. 1585-1586 (sui patti di preferenza): per ulteriori esempi v. LEVENEUR, *Premières vues*, cit., 117.

<sup>37</sup> Di prammatica è il riferimento, innanzitutto, al poliedrico e spesso sfuggente istituto del danno non patrimoniale, costretto a ricercare i suoi tratti fondanti quasi esclusivamente nel diritto vivente, salvo mutuare taluni frammenti di disciplina da normative settoriali (tra cui spicca, per varie ragioni, la materia assicurativa, come regolata dal D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, c.d. Codice delle assicurazioni private). Peraltro, in tema di danno non patrimoniale l'ordinamento francese presenta una condizione – per quanto attiene allo sbilanciamento tra norme di legge e regole di fonte giurisprudenziale – del tutto analoga alla nostra.

sia generale che di dettaglio nel contributo di una giurisprudenza non di rado fluviale nella sua estensione. Lì dove gli orientamenti siano, tuttavia, sufficientemente consolidati, possibile, ed anzi auspicabile, sarebbe un intervento razionalizzatore da parte del legislatore. È questo, ad esempio, il caso, del contratto preliminare, il quale meriterebbe una riorganizzazione dei pochi riferimenti sparsi presenti nel Codice civile italiano, con una sistemazione complessiva dell'istituto che è stata sin qui affidata al diritto vivente ma che risulta ad oggi perseguita in termini eccessivamente disorganici, e che invece potrebbe essere realizzata una volta per tutte in via normativa o sul piano generale (con la creazione di una disciplina organica di diritto generale dell'istituto) o quanto meno, come suggerisce proprio l'*avant-projet* di cui qui si discorre con riguardo all'ordinamento francese, anche soltanto intervenendo sulla disciplina della vendita, ossia il contratto che più si presta ad essere preceduto da una contrattazione preliminare<sup>38</sup>. A ciò potrebbe aggiungersi l'auspicabile presa in considerazione di altri aspetti, anch'essi da tempo vagliati dalla nostra giurisprudenza, quali, ad esempio, quelli attinenti alla configurabilità del c.d. preliminare di preliminare, all'ammissibilità del c.d. preliminare ad effetti anticipati o, sempre in questo contesto, alla qualificazione della situazione fattuale che si determina in capo al promissario acquirente che riceve il bene oggetto di pattuizione prima della stipula del contratto definitivo.

#### **4. L'esempio paradigmatico del contratto di vendita: luci e ombre di un (ancora troppo incerto) rinnovamento del quadro normativo vigente in tema di vizi e difetti di conformità**

Scendendo ora al dettaglio delle singole disposizioni elaborate dalla proposta in esame, pare utile soffermare l'attenzione su una delle novità più significative in materia di vendita che, perlomeno nelle intenzioni della Commissione che vi ha lavorato, è più di altre emblematica di come il progetto abbia inteso muoversi nel tradurre sul piano normativo obiettivi e direttrici dell'intera riforma<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Pur essendo d'obbligo dare atto delle ontologiche differenze di disciplina intercorrenti tra il sistema francese ed il nostro in quest'ambito (attinenti, in particolare, all'assetto rimediabile), viene qui in rilievo soprattutto l'intento di dare una veste normativa a una materia ad oggi largamente governata dalla giurisprudenza: di qui le scelte dell'*avant-projet* in ordine ai proposti artt. 1587 ss. (inseriti all'interno delle disposizioni generali sulla vendita) e artt. 1657 ss. (collocati tra le norme dedicate alla vendita immobiliare).

<sup>39</sup> Particolarmente incisivi, invero, sono anche gli interventi operati sulla stessa definizione di vendita, che, nella formulazione dell'*avant-projet*, si avvicina sempre più a quella italiana. In tal modo si intende chiarire e rafforzare il principio consensualistico o del consenso traslativo – ribadito pure all'art. 1609 della proposta – che sta tradizionalmente alla base di tale contratto nel diritto francese e che, pur pacificamente riconosciuto (e confermato dal vigente art. 1583 c.c., nonché consacrato dalla riforma del 2016 nell'art. 1196 c.c. per tutti i contratti ad effetto traslativo), non appare in modo così evidente dall'ambigua definizione di *vente* attualmente offerta dal *Code civil* (art.

Nell'intento di semplificare il diritto della vendita rendendolo maggiormente fruibile da parte dei contraenti, l'*avant-projet* ingloba entro un'unica definizione giuridica – quella di vizio (*rectius* di bene viziato) – tanto il vizio occulto quanto la non conformità del bene rispetto a ciò che era stato pattuito, eliminando ogni distinzione concettuale tra le due ipotesi; conseguentemente, anche l'apparato rimediabile viene ora integrato mediante la previsione della messa in conformità del bene<sup>40</sup>. In tal modo, si vuole affrontare e risolvere la controversa questione del sottile confine che, nel quadro normativo vigente, separa il vizio occulto – al quale si applica la relativa disciplina, con i rimedi conseguenti delle azioni redibitoria ed estimatoria – dalla non conformità del bene alle pattuizioni contrattuali, che viene considerata una inesecuzione dell'obbligazione di consegna e per la quale opera il generale regime dell'inadempimento<sup>41</sup>.

All'interprete italiano la questione richiama inevitabilmente, com'è naturale che sia, l'analogo ed altrettanto annoso problema, che da tempo affatica la dottrina e la giurisprudenza nazionali, dell'incerto spartiacque tra vizi e mancanza di qualità, da una parte, e c.d. *aliud pro alio*, dall'altra, in ragione della sensibile differenza di disciplina che distingue le prime due ipotesi – ancorate alle previsioni degli artt. 1490 ss. c.c. – da quella per ultimo menzionata, a tutti gli effetti considerata una fattispecie di inadempimento contrattuale, con la conseguenza, in particolare, che, in quest'ultimo caso, il compratore potrà esercitare i rimedi contro l'inadempimento (ivi compresa l'azione di esatto adempimento), senza dover soggiacere ai termini di decadenza e prescrizione imposti dalla disciplina dei vizi e della mancanza di qualità, essendo egli tenuto a rispettare soltanto il termine (ordinario) di prescrizione decennale<sup>42</sup>.

La proposta francese – peraltro non così inedita<sup>43</sup> – di rinsaldare tutte le suddette previsioni sotto l'ombrello di un'unica disciplina, se apprezzabile nella prospettiva di chiarezza e semplificazione che permea l'intero progetto riformatore, si espone, nondimeno, a talune non trascurabili criticità.

---

1582 c.c.): v. sul punto anche LEVENEUR, *Premières vues*, cit., 116 ss., che tuttavia sottolinea come la definizione qui proposta sia ulteriormente migliorabile, suggerendo la seguente formulazione, già prospettata da altri autori: «la vente est "le contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère un droit à une autre personne, l'acheteur, qui s'oblige à lui verser un prix en argent"» (v. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, III, 2, *Principaux contrats*, 5e éd., Paris, 1979, 9).

<sup>40</sup> V. in particolare gli artt. 1641 ss. dell'*avant-projet*.

<sup>41</sup> Sull'argomento, oltre ai contributi citati alle note seguenti, v. *ex multis* ZALEWSKI-SICARD, *De l'inhérence du vice caché à la chose vendue*, in *Gazette du Palais*, 2023, 17, 43 ss.

<sup>42</sup> Sul tema, ampiamente, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1993, 884 ss., e, più di recente, LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Milano, 2022, 509 ss.; TERRANOVA, *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, in VALENTINO (a cura di), *I contratti di vendita*, in *Tratt. contr. Rescigno e Gabrielli*, Torino, 2007, 1081 ss.; CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, Napoli, 2007, 211 ss.

<sup>43</sup> V. ad es. artt. 35 ss. Conv. Vienna dell'11.4.1980 sulla vendita internazionale di merci; v. pure nota 49.

Traspare, infatti, una scarsa coerenza tra le (ancor troppo) diverse fattispecie che si vorrebbe – un po' utopisticamente – blindare entro la normativa della garanzia per vizi, così come ingiustificata appare la disparità di trattamento che si verrebbe a creare tra l'inadempimento contrattuale all'interno della vendita – che, sempre seguendo questa prospettiva, verrebbe in molti casi assorbito entro la disciplina della garanzia per vizi – e l'inadempimento nell'ambito di altre fattispecie negoziali, che, salvo le specificità proprie dei singoli modelli contrattuali di volta in volta in considerazione, continuerebbe a seguire le regole generali<sup>44</sup>.

In questa direzione muove una parte della stessa dottrina francese, la quale ha rimarcato come, con la soluzione unificatrice così proposta, la posizione del venditore per il caso di difetto di conformità verrebbe irragionevolmente alleggerita, in quanto costui potrebbe beneficiare del breve termine di prescrizione previsto da siffatta disciplina e, inoltre, se in buona fede, non sarebbe tenuto al risarcimento di *dommages-intérêts*<sup>45</sup>.

A ciò si aggiunge il rilievo – a nostro avviso dirimente – che, se è vero che le parti possono escludere la garanzia per vizi, salvo in caso di mala fede del venditore<sup>46</sup>, questa possibilità – ragionevole e giustificabile in materia di vizi – pare invero eccessiva (perlomeno nella maggior parte dei casi) se riferita al caso del difetto di conformità, tenuto conto dell'*essenzialità* dell'obbligazione di consegna del bene conforme alle pattuizioni negoziali, che risulta incompatibile con una sua esclusione convenzionale<sup>47</sup>.

Di qui le ragioni per le quali si auspica l'abbandono del c.d. *monisme* «à la française», in favore di un ritorno all'*orthodoxe dualisme* caldeggiato dal progetto Capitant<sup>48</sup>.

Rilievi non molto dissimili possono, in definitiva, prospettarsi anche nel sistema italiano, se consideriamo che un insediamento delle fattispecie di c.d. *aliud pro alio* all'interno della disciplina della garanzia per vizi pare difficilmente predicabile, se non ragionando di una complessiva e pressoché integrale riscrittura dell'intera normativa – la

<sup>44</sup> V. ad es. le perplessità sollevate da POUMARÈDE, *Garantie des vices cachés versus délivrance conforme ou La grenouille qui se veut faire aussi grosse que le boeuf*, in *RDI*, 2023, 261, il quale osserva che l'artificio concettuale di fare diventare la non conformità un difetto del bene venduto rischia di indebolire l'apprezzabile proposta di semplificazione, tenuto anche conto che non tutte le norme concepite per i vizi occulti sono adattabili alle ipotesi inerenti ai difetti di conformità; senza contare, poi, che non si comprende la ragione per la quale l'inadempimento di un obbligo di consegna (quale è quello che si determina nel caso di un difetto di conformità) sia temporalmente circoscritto entro il breve termine previsto dalla disciplina. Parimenti critico è TOURNAFOND, *Faut-il élargir le domaine de la garantie des vices cachés dans la vente?*, in *Recueil Dalloz*, 2023, 349 ss.

<sup>45</sup> V. LEVENEUR, *Premières vues*, cit., 119, e cfr. POUMARÈDE, *ibidem*.

<sup>46</sup> Secondo l'art. 1643 c.c. fr. (e l'art. 1642 dell'*avant-projet*) che evoca l'art. 1490, comma 2, c.c. it.

<sup>47</sup> V. LEVENEUR, *ibidem*, che auspica il mantenimento della distinzione offerta dal progetto Capitant tra obbligo di consegna (art. 27) e garanzia per vizi (artt. 28 ss.); v. anche nota seguente.

<sup>48</sup> Espressioni mutuata da POUMARÈDE, *Garantie des vices cachés*, cit. Sulle obbligazioni del venditore nel progetto Capitant: BUCHER, *Les obligations du vendeur dans l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant*, in *Gazette du Palais*, 2020, 29, 16 ss.

quale non dovrebbe più essere plasmata sul (solo) concetto di vizio occulto – che però allo stato non pare all'orizzonte<sup>49</sup>.

Al contempo, l'esperienza francese suggerisce però una (duplice) chiave di lettura che può rivelarsi proficua anche nel nostro sistema.

In primo luogo, l'analisi del dato positivo ad oggi vigente porta ad affermare – o meglio confermare – che la nostra disciplina è già in grado di racchiudere al suo interno una serie di ipotesi che potrebbero rientrare nel concetto di difetto di conformità, riservando loro un trattamento giuridico di fatto analogo a quello previsto per il caso dei vizi<sup>50</sup>.

Per quanto concerne, invece, i difetti di conformità destinati a ricadere nell'imbuto del c.d. *aliud pro alio* si potrebbe ragionare, nella prospettiva di future riforme, in merito alla possibilità di operare una distinzione in ragione della *gravità* del difetto di conformità che viene in considerazione, prospettando di intervenire chirurgicamente sulla normativa vigente in materia di vizi e mancanza di qualità affinché la stessa sia idonea a ricomprendervi solo i difetti di conformità più *lievi*, lasciando, invece, entro la più generale cornice dell'inadempimento contrattuale, le ipotesi più gravi.

Nel – sicuramente non facile – compito di coniare i criteri che consentano la summenzionata distinzione, il cui elenco non potrà che essere esemplificativo atteso l'ampissimo e legislativamente ingovernabile ventaglio di operazioni economiche che possono essere perseguite attraverso lo schema della vendita, si potrà, proprio sulle orme di quanto proposto in Francia, trarre linfa dalle più rilevanti soluzioni giurisprudenziali già largamente utilizzate in quest'ambito, le quali opportunamente valorizzano fattori variabili come il genere merceologico, le dimensioni, il valore del bene compravenduto, e via ulteriormente discorrendo<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Ciò potrebbe, semmai, avvenire spostando il baricentro sulla non conformità, come suggerisce la disciplina consumeristica: sulla funzione «assorbente» della non conformità rispetto a vizi e c.d. *aliud pro alio* nella novellata disciplina della vendita ai consumatori, v. LUMINOSO, *La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del d.lgs. n. 170/2021)*, in *Europa e dir. priv.*, 2022, 497 ss.

<sup>50</sup> Non a caso, largamente diffusa è l'opinione secondo cui l'azione *ex art. 1497 c.c.* rientrerebbe nella disciplina ordinaria dell'inadempimento contrattuale, salvo l'onere di denuncia e l'applicazione dei termini di decadenza e prescrizione (per una sintesi, v. A. ZACCARIA, sub *art. 1497 c.c.*, in *Comm. breve al Codice civile Cian-Trabucchi*, 2022, 1650).

È noto, inoltre, che, sebbene l'*art. 1497 c.c.* contempli solo il rimedio della risoluzione del contratto, largamente condivisa è l'opinione che sia esercitabile anche l'azione estimatoria, con ciò portando a una sostanziale equiparazione con la disciplina dei vizi (cfr. C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 892).

<sup>51</sup> Tra gli esempi ritraibili dalla giurisprudenza, si ha c.d. *aliud pro alio* ad es. in caso di consegna di una cosa di genere del tutto differente da quello pattuito, o di una cosa che difetta delle particolari qualità necessarie per assolvere alla sua naturale funzione economico-sociale o alla funzione che le parti abbiano assunto come essenziale, oppure là dove l'impiego della cosa sia condizionato al rilascio di autorizzazioni amministrative, etc. (*ex multis*, tra le più celebri, Cass., 30 marzo 2006, n. 7561, Cass., 19 dicembre 2013, n. 28419, Cass., 5 novembre 1990, n. 10616).

In attesa di conoscere se l'*avant-projet* francese riceverà un riscontro positivo in quell'ordinamento, non resta che evidenziare come, almeno in Italia, il cammino verso il ripensamento organico di questi aspetti centrali nella disciplina della vendita e di altri contratti tipici si appalesi, invero, come ancora lungo, probabilmente anche in ragione del latente timore reverenziale che paralizza qualsiasi legislatore quando si tratta di porre mano a categorie concettuali e normative così profondamente radicate nel tessuto tradizionale del diritto dei contratti.

Ma, come insegna uno dei padri illustri della codificazione napoleonica, «*tout ce qui est ancien a été nouveau. L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles, ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes*»<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire*, cit., 29.



### Emilio Betti e Aurelio Candian: due ‘giuristi missionari’

Mauro Grondona



Poche e, diciamo pure, inadeguate parole, queste mie, offerte a lettrici e lettori sperabilmente numerosi ma soprattutto interessati alla storia delle idee (la disciplina che noi tutti, e proprio in quanto giuristi, pratichiamo – chi consapevolmente, chi inconsapevolmente), per dare rapidissimo conto (‘recensire’ sarebbe appunto verbo ardimentoso, o comunque improprio, in questo caso, e usato da parte mia, se non altro perché, per effettivamente recensire, bisognerebbe tenere sotto il proprio saldo controllo culturale epoche, persone, scuole, contesti, metodi, contingenze politiche, esigenze economiche, vicende universitarie – non raramente intricate: ma rispetto a tutto ciò, purtroppo, non posso che dichiararmi poco più di un orecchiante) di un volume<sup>1</sup> straordinariamente ricco di novità di contenuti, di direttive metodologiche, di risultati e di prospettive di ricerca per ulteriormente ampliare, in un futuro prossimo, la conoscenza di un ambito – già come tale certo ampio – della storia delle idee giuridiche (dunque, giuspolitiche, giusfilosofiche, giuseconomiche, giussociologiche, giusantropologiche), non soltanto molto promettente e interessante in sé, ma, io direi anche, capace al contempo di illuminare non pochi aspetti del contesto, in senso lato, istituzionale italiano, tanto del passato quanto del presente, a cavallo – come sempre – tra continuità e discontinuità.

Cerchiamo allora di procedere, almeno, con un qualche ordine espositivo, e dunque diciamo, ovvero ribadiamo, con maggior precisione: in primo luogo, l’oggetto della ricerca configura un ambito tanto ampio quanto promettente soprattutto perché, in buona parte, ancora da scandagliare a fondo (o, comunque, da scandagliare con quella acribia metodologica e con quella onestà intellettuale che connota l’intero volume).

Mi riferisco, in particolare, al quarantennio 1920-1960, due anni certamente di comodo (ma necessariamente successivo, il *terminus a quo*, al primo conflitto mondiale, e necessariamente anteriore, il *terminus ad quem*, alla presa di coscienza e d’atto, da parte del ceto giuridico, della generale costituzionalizzazione del diritto, ovvero del successo

<sup>1</sup> BIROCCHI, MURA, *La missione del giurista. L’itinerario parallelo di Emilio Betti e Aurelio Candian*, Torino, 2022.

della visione promozionale dell'intero apparato dello Stato di diritto, ovvero ancora, vorrei dire con nettezza, dell'inarrestabile cammino – la cui spinta propulsiva certo non è esaurita e, anzi, abbisogna di una efficace messa a punto non ulteriormente rinviabile – della visione promozionale del diritto quale istituzione della libertà), sì (e comunque, proprio in chiusura del volume, a p. 406, appunto si legge: «Gli anni Sessanta segnarono uno spartiacque fra la cultura giuridica al centro della storia che qui si è provato a raccontare e la stagione costituzionale che ne seguì»), ma ricompresi all'interno di un periodo – come infatti benissimo mostra questo libro – ricco di tendenze e di contrapposizioni (quando non di vere e proprie incomprensioni) metodologiche, le quali, da un lato, hanno accompagnato la scienza giuridica nel proprio percorso di irrobustimento dogmatico (ma, come noto, di dogmatica non ne esiste solo una) e di autoriflessione critica (funzionale all'irrobustimento medesimo), e, dall'altro lato, hanno messo in discussione lo statuto epistemologico di quella stessa scienza giuridica che, proprio a partire dagli anni Sessanta (e qui, direi, quale rilievo meramente incidentale, uno studio in parallelo – pur, ma solo in parte, già autorevolmente compiuto da Cesare Pinelli<sup>2</sup>, il quale non ha però appunto esaurito tutte le questioni in campo – sul concetto, sul senso, sulla portata socio-politica dell'interpretazione in Betti e in Ascarelli sarebbe assai utile anche rispetto a una compiuta ricostruzione, ben attenta al profilo teorico-generale e filosofico-politico, di quella specifica traiettoria dell'ermeneutica giuridica che ha, senza dubbio, e a mio avviso beneficamente, potenziato la sensibilità sociale del giurista<sup>3</sup>, nonché la concezione del diritto quale struttura regolativa, e diciamo pure ordinante, da valutarsi in termini di *policy considerations*, non già, o non più solo, in termini di coerenza sistematica, o in termini di struttura sistematizzata, e cioè adottandosi uno sguardo che, proprio in quanto sistematico, alla fine, resta tutto interno all'ordinamento giuridico: un approccio, questo, oggi non più appagante, ammesso che lo fosse nel passato, se non altro perché autoreferenziale; ma il diritto esiste solo in relazione con ciò che a esso è esterno – uno studio in parallelo, dicevo, più nel senso della consonanza, che non della dissonanza, tra Betti e Ascarelli, e nonostante, come ben noto, la netta presa di distanza bettiana rispetto all'idea – o a talune idee di lui – ascarelliana di interpretazione), ha iniziato a operare consapevolmente in quanto politica del diritto, dunque scienza giuridica, ovvero – se si preferisce – dogmatica giuridica politicamente orientata, cioè socialmente sensibile al tema della costruzione dello spazio della vita associata, quindi del vivere aggregato. Che è, poi, l'eterno problema, nobilmente Straussiano<sup>4</sup>, dell'ordine politico giusto, e dunque

---

<sup>2</sup> PINELLI, *Il confronto sull'interpretazione fra Emilio Betti e Vezio Crisafulli e il contributo di Tullio Ascarelli*, in *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, IV, Roma, 2010, 67 ss.

<sup>3</sup> BIROCCHI, MURA, *La missione del giurista*, cit., 385 ss., e in particolare p. 388, a proposito dell'ermeneutica bettiana non solo in funzione ricognitiva ma anche in funzione normativa.

<sup>4</sup> Da vedere senz'altro ALTINI, *La storia della filosofia come filosofia politica. Carl Schmitt e Leo Strauss lettori di Thomas Hobbes*, Pisa, 2022 (nuova ed.).

del diritto e della giustizia (ovvero di un diritto che nella giustizia possa rispecchiarsi), nei loro reciproci rapporti con l'individuo e con la collettività<sup>5</sup>.

È perciò sperabile (ma non potrà che essere così, vista l'eccellenza di questo libro<sup>6</sup>: non esito, nello scrivere ciò, e non mi fa certamente velo l'amicizia con l'autrice e con l'autore del volume, dal quale ultimo molto ho imparato e continuo a imparare, leggendolo e ascoltandolo: propizi furono, e sono, gli incontri interdisciplinari organizzati dal veramente benemerito 'Istituto Emilio Betti di scienza e teoria del diritto nella storia e nella società'<sup>7</sup>, ottimamente presieduto, con garbata fermezza, dal prof. Luca Loschiavo, al quale va il ringraziamento di moltissimi giuristi, soprattutto perché hanno – abbiamo – potuto apprendere molto: la gioia più grande per chi, come noi tutti, si occupi di cultura nel senso più pieno e forte, nonché orgoglioso, del termine) che l'opera qui segnalata offra l'occasione per riprendere pressoché ogni aspetto, tanto particolare quanto generale (e anche generalizzabile, nel senso che subito cerco di precisare), della storia intellettuale di Betti e Candian.

Una storia, ovviamente, che non è tutta e soltanto interna alla biografia intellettuale di essi (significativa, senza dubbio, ma che, in sé, rimarrebbe poi ristretta, in termini conoscitivi, alla sfera dei giuristi, o, peggio, dei privatisti); al contrario (e questo è il secondo rilievo, sopra appena accennato, che qui riprendo), è una storia intellettuale che, dall'originaria (e che ovviamente non va perduta) dimensione della biografia di una singola personalità (dimensione, se non altro, più facilmente controllabile, rispetto alla 'biografia intellettuale di un'epoca'; ma non deve allora passare sotto silenzio che il Cap. III del volume, pp. 83-122, è interamente dedicato proprio alla biografia intellettuale... di una rivista: la celeberrima *Temì emiliana*, fondata nel 1924 – la rivista vedrà poi una seconda serie, col titolo abbreviato in *Temì*, a partire dal 1946, e fino al 1978 – da un Candian non ancora cattedratico), assume spontaneamente (cioè, proprio in ragione della consapevo-

---

<sup>5</sup> Faccio qui riferimento al problema dell'ordine giuspolitico non per caso, e neppure genericamente, rispetto all'oggetto del volume: nella parte finale ('Epilogo', p. 405), infatti, leggiamo una densissima e sintetica riflessione che proprio sul problema dell'ordine in Betti e in Candian si concentra: «Nell'intersezione tra diritto, politica e cultura, il concetto di *ordine* non poteva che essere declinato diversamente nelle rispettive visioni, che pure muovevano dalla comune critica al modello individualistico-liberale ottocentesco: per Betti le esigenze di modernità erano state ben interpretate dal fascismo, che innestandosi sulla tradizione aveva introdotto nel sistema elementi decisionisti in direzione sociale; per Candian, invece, l'*ordine moderno* doveva mantenere fermi i principi garantistici del vecchio modello, con le opportune aperture alla socialità del lavoro e della vita civile. Nella vivezza delle somiglianze e dei contrasti, il loro percorso parallelo mostra quanto sarebbe riduttivo cercarne una definizione entro indirizzi dottrinali diffusi nel loro tempo (kelsenismo/schmittismo, ad esempio, o positivismo/storicismo)» (corsivo orig.).

<sup>6</sup> Una eccellenza attestata dalle già numerose presentazioni e discussioni pubbliche cui il libro ha dato luogo; eguale successo esso ha meritato e ulteriormente meriterà in sede recensoria: nel momento in cui scrivo (ottobre 2023), segnalo un puntuale intervento di MONGIANO, nella *Riv. st. dir. it.*, 1/2023, 295 ss. Altre recensioni certamente appariranno.

<sup>7</sup> <https://emiliobetti.hypotheses.org/>.

lezza metodologica alla base della ricerca, in ragione dell'ampiezza di prospettiva della ricerca – non c'è pagina del libro che non attesti la rigorosa applicazione dell'approccio in termini di 'biography in context', e l'indice dei nomi ne è perfetto testimone –, nonché della sensibilità culturale del ricercatore) le vesti di esemplare (ma io direi imprescindibile) strumento di conoscenza, appunto, di un'intera epoca: conoscenza, sia chiaro, nel senso, cui facevo cenno in apertura, della storia delle idee, cioè della storia culturale (dall'angolazione, naturalmente, della cultura giuspolitica, come tale necessariamente trasversale all'area della cultura giuridica e del pensiero giuridico).

Siamo perciò di fronte, aggiungerei a questo punto, a un esempio perfettamente riuscito (anche se, volutamente, non teorizzato) di ricerca di impostazione microstorica: laddove – come tante volte precisato da Carlo Ginzburg – il prefisso 'micro' non attiene alla dimensione dell'oggetto di studio, ma alla potenza della lente che nell'indagine viene utilizzata, permettendo essa, così, di vedere nitidamente ciò che altrimenti rimarrebbe ignorato, o al più solo intuito.

Nessuno vorrà allora stupirsi se affermo che, a queste condizioni, è perfettamente legittimo procedere a una generalizzazione in senso critico-ricostruttivo: certo, non già a una generalizzazione delle biografie, ma dell'idea di giurista presente in Betti e in Candian, e che il volume porta perfettamente alla luce: un'idea di giurista che non significa né assenza di contraddizioni interna (in Betti e in Candian), né assenza di contrasti esterni (tra Betti e Candian, reciprocamente, ma anche contro Betti e Candian); dunque l'approccio in termini di generalizzazione serve solo per esprimere meglio il seguente (già accennato, e peraltro ovvio) concetto: una dettagliata e accurata ricostruzione di singoli percorsi culturali ha il gran pregio di illuminare (anche problematicamente, s'intende) spazi temporali ben più estesi, rispetto alle vite dei singoli. Ecco che allora la vicenda umana e intellettuale (anche gli aspetti esistenziali sono presenti, quando opportuno, senza che, come ovvio, prevalgano sugli altri) di Emilio Betti e Aurelio Candian, che è singolare in quanto vicenda umana di due persone, ma che è appunto generalizzabile, nel senso che si è detto, se si guarda al contesto e ai contesti – interni ed esterni alla disciplina del diritto – nel corso dei decenni nei quali entrambi hanno operato, è in questo senso anche una storia d'Italia, dunque di tutti noi, in quanto giuristi italiani, e di questa storia il lettore diviene presto curioso di conoscere l'esito. Curiosità agevolmente soddisfatta, perché il libro (pur non esile: sono esattamente 406 pagine di testo; e non è il caso di precisare che, spesso, la lettura dell'apparato critico, oltre che un piacere intellettuale, è assai utile, quando non indispensabile, per completare, dettagliare, rifinire, problematizzare la riflessione o la ricostruzione che dal testo emerge) è scritto in uno stile non solo lineare, ma coinvolgente (in più di una pagina anche emotivamente, non solo intellettualmente) e direi pure avvincente; uno stile che certamente invoglia il lettore al rapido avanzamento (ne sarebbe assai lieto Carnelutti, il quale – in reciproca e secca polemica con il pur amico Betti – ricordò a quest'ultimo che l'autore deve meritarsi la pazienza del lettore; e Betti, a causa del suo stile, questa pazienza non se l'era meritata affatto, secondo Carnelutti: p. 394 e nota 208), trasmettendogli assai bene quella curiosità e quel desiderio di voler conoscere e di voler capire che hanno animato la ricerca.

Detto fin qui brevissimamente e assai sommariamente qualcosa sui pregi del volume, vediamo altrettanto brevissimamente il contenuto.

I sette capitoli sono preceduti da un 'Prologo' e seguiti un 'Epilogo', nei quali si tracciano le coordinate della ricerca. Che in sostanza sono le seguenti: due figure quali Betti e Candian, per tante ragioni diversissime – l'introverso e fascista Betti, da un lato; l'estroverso e socialisteeggiante Candian, dall'altro; ma entrambi allievi di Gino Segrè (p. 2; e v. il § 2 del Cap. I, "Un Maestro per due: Gino Segrè", pp. 20-25) –, «si incontrano nella condivisione del metodo che univa strettamente la teoria alla pratica, nell'abbracciare la concezione unitaria del diritto rispetto alla quale la specializzazione era solo eventuale, nel considerare centrale l'attività interpretativa del giurista; alla ricerca della norma applicabile, tra codici e legislazione speciale, il caso concreto doveva essere maneggiato con una dogmatica forte e però anche sensibile alla storia» (p. 2).

Ecco che, allora, per riprende il cenno di poco sopra, la microstoria diventa storia *tout court*, e diventa storia politico-culturale e antropologia del costume accademico-intellettuale italiano (ma anche di un modo, assai diffuso, di essere italiani: molto amare le parole di Candian che si leggono a p. 293), quando il clima politico non è dei più propizi alla libertà, ovvero quando il professare il senso della responsabilità individuale e la moralità ha un prezzo elevato, a partire dall'isolamento.

Candian: non un giurista isolato, ma un giurista fuori dal coro, come recita il titolo del § 6 del Cap. IV.

Betti, sostanzialmente un isolato, e non solo nel dopoguerra, per comprensibili rancori politici.

Betti, sì, isolato, ma che – e ciò senza dubbio va a suo onore –, pur intimamente fascista, ovvero, e meglio, giurista autoritario (cfr. p. 319), per il quale un ordine oggettivo delle cose, nelle cose, tra le cose, era non solo un'esigenza teoretica imprescindibile, ma anche un risultato scientificamente attingibile (di qui, detto trasversalmente, quell'evidente contrasto tra il Betti che si dichiara sempre, quasi enfaticamente, aperto al dialogo, in conformità all'autentico spirito scientifico – e coi giovani, o con taluni di essi, egli certamente lo fu: lo splendido, veramente e profondamente istruttivo carteggio con La Pira mette in ottima luce Betti, attento, sensibile, paziente, e in cattiva luce La Pira, arrogante, pretenzioso, maldestro –, e il Betti che invece oppone spesso «rifiuti formulati *ex ante* sulla base delle proprie inclinazioni personali e dei propri indirizzi culturali e filosofici», p. 391), non seguì affatto la nuova dogmatica 'fascisticamente orientata' del pessimo Giuseppe Maggiore, autore, nel 1939, di "Razza e Fascismo"; giurista che è però opportuno leggere, o rileggere, ancor oggi, quale contravveleno, ma non già contro, genericamente, la politicità del diritto (il diritto è politica, e accanto alla politica legislativa, del legislatore, c'è la politica del diritto, dei giuristi – teorici o pratici che siano; consapevoli o meno che siano), quanto contro, specificamente, determinate politiche del diritto attuate dai giuristi (e qui il tema della libertà individuale e della responsabilità sociale del giurista – democratico o autoritario che sia – sta in primo piano: tutto ciò è del resto perfettamente attestato dall'idea stessa di 'missione del giurista' incarnata dalle vite accademiche di Betti e di Candian).

Ma allora vorrei aggiungere, tra parentesi: imbattersi in Maggiore e nelle sue proposte a sostegno di una dogmatica politicamente orientata in senso totalitario dovrebbe mettere in guardi i molti – invero, i troppi – che tuttora si ostinano a tracciare una fallace equazione: creatività dell'interprete = totalitarismo giuridico, anzi giudiziario, giurisdizionale.

Tuttavia, e fortunatamente, le idee, come i dogmi, a meno che ci si voglia attardare in una, ormai anche teologicamente, antimoderna *Dogmengeschichte*, esistono e, soprattutto, possono essere ricostruite solo in senso relazionale, ovvero rispetto ai contesti nei quali esse operano: altrimenti siamo nel campo, se non della falsificazione storiografica, della inattendibilità, ovvero dell'ideologismo, contro cui ogni scienza autentica ha il dovere di battersi.

Orbene, si potrà certo guardare con antipatia culturale al portentoso fenomeno di una creatività giurisdizionale che così tanto ha inciso nella concezione stessa dell'attuale stato di diritto liberal-democratico<sup>8</sup>; si potrà certo affermare, come ora rileva, da par suo, Massimo Luciani, che il pluralismo di oggi è «un pluralismo [...] sovente selvaggio e anarchico; un pluralismo dei poteri (economico-finanziari, soprattutto), più che delle libertà»<sup>9</sup>, però occorre allora anche subito aggiungere, o precisare, che alla consolidazione dell'attuale pluralismo – che non può essere certo inteso, in sé, quale avversario dello stato di diritto, e che andrebbe pensato piuttosto quale componente fondamentale di esso, ovviamente rispetto all'attuale contesto – ha certo contribuito un attivismo delle Corti che non è stato e non è il frutto di un ideologico autoritarismo giudiziario, o di un ideologismo autoritario quale malsano prodotto delle attuali società aperte: le Corti hanno accolto pretese individuali e collettive, all'interno, io direi, di una socialmente assai vantaggiosa logica catalattica, che, con buona pace di molti avversari di Hayek di ieri e di oggi, resta un punto di notevole forza, e oggi più di ieri, dell'intera costruzione teorica di lui – semmai, quindi, da irrobustire e non da abbattere<sup>10</sup>. Resta il fatto che l'assimilazione della discrezionalità all'arbitrio, e dunque a un procedimento argomentativo come tale incompatibile con lo stato di diritto, è una posizione teorica inappagante, se non altro a fronte, empiricamente, di quanto di oggettivamente vantaggioso, in termini sia economici sia esistenziali, il modello di un giudice costruttore di argomentazioni in chiave di politica del diritto liberal-democratica ha prodotto.

Ma questa era una parentesi, appunto.

Torniamo al «silenzio discordo» (p. 217) che fortunatamente Betti oppose contro la chiamata alle armi per una nuova (e raccapricciante) dogmatica: «La distanza dal Betti di

<sup>8</sup> Cfr. in questa linea il bel volume di FRANCESCA BENATTI, *Essere giudice oggi. L'esperienza di Justice Scalia*, Milano, 2023.

<sup>9</sup> LUCIANI, Paolo Grossi, *la Costituzione e le due legalità*, in *Quaderni fiorentini*, 53/2023, II, 995 ss., a 1010, <https://www.quadernifiorentini.eu/quaderni/52/index.htm>.

<sup>10</sup> Per spunti di riflessione nonché applicativi, cfr. ora LAMATTINA, *Il sistema formativo europeo tra competizione e modello hayekiano di conoscenza*, Center for European Studies – CES Working Papers 2023/3, [https://www.centrostudieuropei.it/cse/wp-3\\_2023\\_lamattina/](https://www.centrostudieuropei.it/cse/wp-3_2023_lamattina/).

allora [qui il riferimento è al 1926, anno in cui Maggiore dà alle stampe la sua prolusione al corso di filosofia del diritto del 1925, intitolata "La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica": cfr. p. 217, testo e nota 165] era notevole: per un verso, la scienza giuridica era confinata [da Maggiore] in un ruolo marginale, forse solo formativa (non rientrava nella giurisprudenza creativa, che invece riguardava la magistratura); per un altro, sebbene Maggiore insistesse per una dogmatica tecnica – non sociologica o filosofica –, il vincolo di diretta subordinazione alla politica era palese. Di fronte a una proposta che predicava in effetti l'uso politico della dogmatica e sviliva la scienza di scuola il giurista camerte andò per la sua strada e certo preferì considerare come interlocutore principale de Francisci» (p. 219).

A questo punto del discorso, e dovendomi necessariamente avviare alla conclusione, proprio perché ho fatto più volte riferimento alla portata generalizzante dell'analisi svolta da Birocchi e Mura, conviene fermare l'attenzione del lettore su sei aspetti di fondamentale importanza:

- i) «L'irruzione del fascismo suscitò atteggiamenti diversi e contrastanti: il programma, all'inizio molto confuso, poté incuriosire e anche attirare, persino affascinare i più giovani; come in altri campi intellettuali, non pochi giuristi di ispirazione liberale pensarono di poterlo utilizzare in funzione dell'ordine sociale; altri ancora rimasero a guardare, diffidenti, ma sostanzialmente inerti; pochissimi si opposero allo smantellamento del vecchio ordinamento o manifestarono la loro contrarietà» (p. 400);
- ii) «Di certo con l'avvento del regime non venne meno il ruolo fondamentale della scienza giuridica. Il fascismo non poteva rinunciare alle due funzioni di costruzione e di stabilizzazione dell'ordinamento, ma tale ruolo fu svolto in definitiva con la sottomissione alla politica autoritaria, incanalato e dunque compresso nella sua libera espressione e necessariamente impoverito rispetto alle sue potenzialità. Si può pensare ai problemi dell'organizzazione del lavoro, legati alle rinnovate forme della produzione industriale, alle esigenze della socialità operaia e dei consumi di massa, al bisogno di rimodellare i ritmi e i modi di vivere nelle città e nelle campagne: la ricetta, dettata sin dal 1926 dal costruttore-principe del regime, Alfredo Rocco, fu quella di incanalare il tutto nella cappa asfittica del corporativismo, che vide effettivamente impegnati fior di giuristi negli anni Trenta e che finì per rivelarsi un'impalcatura burocratica per neutralizzare la lotta di classe» (ivi);
- iii) «[I]l corporativismo non consistette semplicemente di leggi imposte dal regime [...] [f]u invece in primo luogo un fenomeno culturale, che penetrò nell'economia, nelle istituzioni e ovviamente nel diritto; e fu del resto diritto vigente, sicché non c'è da chiedersi se Vassalli, Romano, Carnelutti, Vivante o Ascarelli fossero corporativisti, bensì come rispettivamente declinarono quella cultura. Dal canto suo Candian astrae il corporativismo dalla politica (il regime fascista e il duce non erano mai menzionati) e lo spiegava agli studenti come un cambio di paradigma rispetto alla condizione atomistica del commerciante contenuta nei codici ottocenteschi, che erano quelli vigenti; ora nell'organizzazione del lavoro si guardava alla socialità e all'interesse collettivo, che spingevano a una gestione unitaria e funzionale dell'economia. Il che poi proponeva un'alterazione, forse addirittura radicale, del comparto privatistico, ove

- si riducevano gli spazi per le norme dispositive, e del rapporto tra privato e pubblico» (pp. 132-133; corsivo orig.);
- iv) «[L]a dittatura mussoliniana attrasse a sé il tesoro di professionalità intellettuale borghese cresciuto entro il comparto giuridico universitario nei primi due decenni del secolo, concedendo alle scuole disciplinari l'autonomia, ma nel contempo condizionandola pesantemente (requisito della tessera per i partecipanti ai concorsi, intromissione nelle nomine delle commissioni concorsuali e nelle chiamate, controllo sulle relazioni internazionali). Le resistenze furono perciò frastagliate, puramente difensive – ad esempio, sul principio della divisione dei poteri, l'indipendenza della magistratura e le garanzie dei diritti – e in progressivo affievolimento (una parte dei firmatari del manifesto Croce ripiegò in silenzio o addirittura passò dall'altra parte). La ridotta autonomia si riverberò sulle iniziative, essenzialmente incanalate entro la cultura del regime totalitario» (p. 401);
- v) «Consapevoli della propria raffinata strumentazione e coscienti del proprio vantaggio utilitaristico rispetto ad altre branche del sapere, in quella cultura lavorarono gli esponenti della scienza giuridica italiana, talvolta illudendosi di poter condizionare il regime e, *ex post*, accreditando la propria neutralità e indipendenza. In tal modo, per autodifesa o per convenienza, essi ridussero il giurista a tecnico di una disciplina e, socialmente, a quella figura di uomo medio che – dipinta da tre artisti della penna quali Satta, Calamandrei e Jemolo – sostanziosamente la base del consenso per il regime. Ma il carattere di 'medietà passiva' non raffigura realisticamente l'operato di coloro che, nel mondo del diritto, costituivano comunque un'élite; fu per lo più un consenso 'attivo', nel senso che comportò un'opera consapevole e oggettivamente utile all'ordine totalitario mussoliniano. Come realisticamente confessava Jemolo nel 1945, la maggior parte dei quadri dell'Università, della giurisdizione e dell'amministrazione svolse un ruolo di sostegno, anzi di ossatura portante» (pp. 401-402);
- vi) Emilio Betti e Aurelio Candian, se divisi da «opposte posizioni politiche», erano però uniti dalle «loro vedute sul ruolo della scienza che maneggiavano, concepita in stretta connessione con il sociale. Fecero parte di una schiera ristretta di giuristi e in qualche modo controcorrente, innanzitutto per il senso religioso del dovere, da cui derivava un forte atteggiamento critico: contro il conformismo (considerato un male della società di massa), il lassismo accademico, l'impreparazione di giudici e avvocati, la sciatteria dell'amministrazione. Alla base c'era un moralismo non di maniera, che non di rado si traduceva in espressioni di sdegno o in invettive [e ivi, p. 404, in nota 19, si legge: "Così in particolare in tante noterelle della *Temì* per Candian; quanto a Betti le *Notazioni autobiografiche* sono una miniera di autocoscienza morale"]. Agli aspetti critici corrispondeva tuttavia una vena costruttiva di istituti in grado di esprimere un ideale razionale del vivere comune. Per entrambi si può parlare di un pensiero giuridico militante e, senza contraddizione con il rilevato spirito controcorrente, di un forte senso delle istituzioni. Entro la temperie culturale in cui vissero, i due giuristi appaiono fuori dal coro – è il segno di personalità robuste –, ma ben addentro ai temi giuridici del loro tempo. Dotati di una strumentazione al servizio di un'impostazione storicistica dell'ordinamento, entrambi credevano nel

ruolo centrale dell'interpretazione, di scuola o del foro, e insistevano di conseguenza sulla necessità di una solida preparazione giuridica che consentisse una dogmatica di tipo dinamico. In entrambi era viva la tensione tra il pragmatismo e il sistema, riconducibile del resto all'insegnamento dei venerati maestri, Sraffa e Segré. In quel gioco ovviamente contava ben più la giurisprudenza (pratica e teorica) che non il legislatore; non stupisce, così, che sia Candian sia Betti vagheggiassero un ordinamento senza troppi ingombri di leggi, in modo da lasciar campo, appunto, all'interpretazione dei principi e delle disposizioni esistenti. Là dove i due giuristi divergevano era nella considerazione del positivismo in relazione al principio della separazione dei poteri, che Candian tenne fermo nel suo operare, prima durante e dopo la dittatura: come una circolare ministeriale non poteva interpretare il chiaro dettato della legge stravolgendola, così il giurista (pratico o di scuola) non poteva forzare le disposizioni legislative in significato non insito in esse. Betti invece non amava il principio della separazione, che per lui sapeva di illuminismo e di architettura istituzionale 'atomistica', sicché nel proporre il suo sistema teorico nel dopoguerra affidava alla giurisprudenza margini interpretativi eccedenti la concezione positivistica del diritto» (pp. 404-405).

Queste sei citazioni sono molto probabilmente troppo lunghe, se soprattutto si considera l'assai modesta estensione del mio intervento. È senz'altro vero; e tuttavia ho preferito dare il più possibile la parola agli autori, sia per la complessiva delicatezza del tema (qui alludo ovviamente alla compromissione col fascismo dei giuristi in quanto ceto, prima ancora che in quanto singole individualità; da questo punto di vista, rievocando il saggio tarelliano sui 'quattro buoni giuristi per una cattiva azione', si può osservare: era Tarello ad avere ragione e non i suoi critici, come la più avanzata e innovativa storiografia sta mettendo in luce da qualche tempo, e il volume di Italo Birocchi e Eloisa Mura meritoriamente apporta un contributo di conoscenza decisivo anche su questo aspetto), sia perché dalle parole appena citate emerge benissimo, a mio modo di vedere, il perfetto equilibrio che nel libro è stato trovato tra la dimensione relativa alle due personalità, che sono l'oggetto principale, o comunque immediato, della ricerca, e il contesto generale, che non può essere né dimenticato, né messo in ombra, a pena dell'attendibilità dell'intera ricostruzione, sotto il profilo storiografico (che è ovviamente l'unico che a tutti noi interessa), sia, altresì, perché le parole appena citate riescono a esprimere con efficacia e in modo molto trasparente il senso profondo di questa ricerca, che, ovviamente, non è una banale (o comunque sterile, oggi) caccia alle responsabilità intellettuali dell'uno o dell'altro (o anche di un'intera generazione di giuristi), delle debolezze, delle manchevolezze, delle contraddizioni rispetto all'ideale di giurista da entrambi predicato; è, al contrario, la messa in luce di ciò che c'è di singolare e di esemplare (e dunque di storiograficamente significativo) nella vicenda di questi due grandi giuristi: una singolarità e una esemplarità che sono tali proprio rispetto all'inevitabile intreccio con l'esperienza totalitaria vissuta – anch'essa, peraltro, piuttosto frastagliata, almeno in una certa fase storica.

Nel libro non si giudica in termini morali<sup>11</sup>, o lo si fa raramente.

Si è infatti detto di Maggiore, ma certo bene non esce neppure Alberto Asquini: non voglio qui allora omettere di riferire il severo e giusto rilievo di Italo Birocchi sulla «[d]avvero vergognosa [...] annotazione [...] a commento del rastrellamento contro gli ebrei» (p. 282, nota 92).

Il libro serve a comprendere, non a condannare ma nemmeno a giustificare: comprendere, fino in fondo, o comunque il più possibile, quale è stato il senso politico, tecnico, morale di un lavoro giuridico di un intero ceto, che, trovandosi a operare in presenza di determinate condizioni storiche e all'interno di un regime illiberale, necessariamente, attraverso la propria attività, ha espresso – come non sarebbe stato del resto possibile evitare – una determinata linea di politica del diritto, all'interno di un conflitto tra autoritarismo e libertà, implicando tale scelta «la rivisitazione del rapporto tra dogmatica e storia, tra teoria e prassi, tra certezza e dinamicità del diritto» (p. 175), che è poi il consueto terreno sul quale la cultura giuridica e il pensiero giuridico (intesi quale due possibili forme rappresentative della giuridicità: cfr. p. 386, testo e nota 181) operano in costante dialettica.

---

<sup>11</sup> Pure in questo caso, alla base di un siffatto atteggiamento c'è anche (o soprattutto) una ragione metodologica, che riporta lo sguardo alla storia della cultura giuridica e al dopoguerra: «Non si tratta, naturalmente, di classificare i giuristi in 'buoni' o 'cattivi'; e nemmeno di lanciare strali alla rinfusa contro l'intero ceto, magari in nome della ragion di Stato o di partito. Alla fine ci potrebbero apparire anche loro, al pari di tanti intellettuali delle lettere, quali spettatori del naufragio della guerra; ma l'immagine non calza, perché i giuristi furono essi stessi naufraghi che si salvarono. E ripresero subito il lavoro, così come lo sapevano fare (alcuni conquistati dal verbo della Costituzione), coscienti che la ricostruzione incombeva» (p. 406).