



Accademia

Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani

Direttore: **Vincenzo Cuffaro**

numero **dieci** Gennaio - Aprile 2026

- **CONFRONTI**

*Federico Silvio Toniato, Ilaria Riva, Rolando Quadri,
Massimo Basile, Massimo Paradiso, Gaetano Guzzardi,
Andrea Nervi*

- **ORIENTAMENTI**

*Enrico Minervini, Marco Dell'Utri, Francesca Cristiani,
Caterina Murgo, Francesco Molinaro*

- **OPINIONI**

*Giulia Donadio, Andrea Maria Garofalo, Stefania Pia
Perrino, Filippo Macrì*

- **INTERSEZIONI**

*Antonio Padoa-Schioppa, Vincenzo Zeno-Zencovich,
Roberto Conti, Irene Stolzi, Valerio Pescatore, Francesco
Gambino, Mauro Grondona, Maria Vita De Giorgi,
Veronica Montani*

- **OSSERVATORI**

Ángel Francisco Carrasco Perera

Sommario

p. 5

CONFRONTI

FEDERICO SILVIO TONIATO, Il diritto civile come insegnamento e testimonianza: rime obbligate e parallele tra Maestri | *Civil Law as teaching and testimony: obligatory and parallel rhymes among Masters*

» 9

ILARIA RIVA, La rinuncia alla proprietà immobiliare tra effetti diretti, effetti riflessi e costi sociali | *Renunciation of real estate ownership: direct effects, indirect effects and social costs*

» 19

ROLANDO QUADRI, Dall'intervento delle sezioni unite alla nuova disciplina della rinuncia alla proprietà immobiliare: uno sviluppo contraddittorio? | *From the intervention of the united sections to the new regulation of renunciation of real estate property: a contradictory development?*

» 41

MASSIMO BASILE, La prevenzione degli illeciti civili al tempo delle Autorità di vigilanza e garanzia | *Preventing civil wrongful acts in the age of authorities*

» 55

MASSIMO PARADISO, Emergenza climatica e tutela dell'ambiente. Dal risarcimento del danno al risanamento ambientale | *Climate emergency and environmental protection. From damage compensation to environmental remediation*

» 89

GAETANO GUZZARDI, Lo statuto regolativo dei rapporti giuridici online | *The regulatory framework of online legal relations*

» 113

ANDREA NERVI, I consorzi dei sistemi EPR (*Extended Producer Responsibility*): una tipologia di enti meritevole di attenzione in prospettiva sistematica | *EPR (Extended Producer Responsibility) consortia: a type of entity worthy of systematic attention*

» 133

ORIENTAMENTI

ENRICO MINERVINI, <i>Le online dispute resolution The online dispute resolution mechanism</i>	»	153
MARCO DELL'UTRI, <i>Responsabilità sanitaria e intelligenza artificiale. Appunti su diagnosi e cura Medical liability and artificial intelligence: notes on diagnosis and treatment</i>	»	163
FRANCESCA CRISTIANI, <i>La Corte Costituzionale muove un altro passo verso l'unificazione dell'adozione dei minori The Constitutional Court advances further toward unified child adoption rules</i>	»	195
CATERINA MURGO, <i>La relazione tra conviventi e la disciplina della prescrizione: il decorso del tempo tra fatto e diritto nella tutela dei legami familiari The relation among the cohabitants and the legal prescription: the time and the protection of the family relationships</i>	»	211
FRANCESCO MOLINARO, <i>La pena privata nella disciplina delle locazioni Private penalty in lease agreements</i>	»	227

OPINIONI

GIULIA DONADIO, <i>Successione necessaria e circolazione dei beni nel nuovo sistema codicistico. Riflessioni a prima lettura sulla riforma degli artt. 561 e 563 c.c. The reform of articles 561 and 563 of the Italian Civil Code: first reflections</i>	»	247
ANDREA MARIA GAROFALO, <i>Due attese riforme: il ridimensionamento dell'azione di restituzione a tutela dei legittimari e le nuove modalità di trascrizione degli acquisti mortis causa Two long-awaited reforms: the reshaping of the restitution action protecting forced heirs and the new rules governing the registration of acquisitions mortis causa</i>	»	263
STEFANIA PIA PERRINO, <i>Pseudonimizzazione e rischio di re-identificazione Pseudonymisation and the re-identification risk</i>	»	291
FILIPPO MACRÌ, <i>La misura del premio nell'interpretazione del contratto di assicurazione The premium amount in the interpretation of insurance contracts</i>	»	309

INTERSEZIONI

- ANTONIO PADOA-SCHIOPPA, *Conversando di storia del diritto | Talking about legal history* » 329
- VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, *Il moscone e l'intelligenza artificiale | Artificial intelligence and the blowfly* » 347
- ROBERTO CONTI, *Verità e processo civile*, intervista a Mauro Di Marzio, Bruno Sassani, Romano Vaccarella e Paolo Spaziani | *Truth and civil procedure an interview to Mauro Di Marzio, Bruno Sassani, Romano Vaccarella and Paolo Spaziani* » 357
- IRENE STOLZI, *Il diritto e l'umano | Law and humanity* » 385
- VALERIO PESCATORE, *Il 'tutto' di Balzac e lo sguardo del giurista | Balzac's 'totality' and the jurist's perspective* » 391
- FRANCESCO GAMBINO, *La grammatica narrativa nel discorso giuridico | Narrative grammar in legal discourse* » 399
- MAURO GRONDONA, *Con Giuseppe Guizzi alla scoperta di Balzac giurista e, forse ancor più, sociologo (ma un po' arrabbiato) del diritto | With Giuseppe Guizzi, exploring Balzac: a jurist, and perhaps even more, a sociologist (though somewhat irritable) of law* » 405
- MARIA VITA DE GIORGI e VERONICA MONTANI, *I gruppi intermedi nell'era dell'algoritmo: un dialogo tra due generazioni | Intermediate groups in the age of the algorithm: a dialogue between two generations* » 413

OSSERVATORI

- ÁNGEL FRANCISCO CARRASCO PERERA, *Responsabilidad bancaria en el manejo de cuentas de personas con discapacidad | Banks duty of care in the management of disable people accounts* » 425

SOMMARIO

Il lettore assiduo avrà constatato come **ACCADEMIA** vada assumendo una sua peculiare fisionomia, coniugando l'attenta osservazione dei nuovi rilevanti accadimenti normativi e giurisprudenziali con la riflessione sul più vasto contesto culturale nel quale si colloca l'esperienza del diritto civile.

Il secondo aspetto è messo particolarmente in evidenza dai contributi presenti nelle varie sezioni del primo fascicolo del 2026. Così, nel saggio che apre la sezione **CONFRONTI**, **Federico Toniato** delinea in parallelo il ruolo che Massimo Bianca e Nicolò Lipari hanno rivestito sul piano della cultura giuridica, osservando che il giurista, interprete credibile del clima del tempo, è contemporaneamente letterato, artigiano e critico del diritto. La dimensione culturale del giurista è del resto messa autorevolmente in luce nella conversazione autobiografica che **Antonio Padoa-Schioppa** ha avuto la cortesia di consegnare alle pagine di **ACCADEMIA**, mostrando, nella sezione **INTERSEZIONI**, quanto sia proficua l'analisi della legislazione, della dottrina, della prassi e della giurisprudenza riguardate nella prospettiva storica; una storia che, come insegna l'Autore, non si può

comprendere se non si considera cosa è successo fuori d'Italia.

Alla dimensione storica anche d'Oltralpe, hanno appunto riguardo le riflessioni che, nella medesima sezione, **Irene Stolzi**, **Valerio Pescatore**, **Francesco Gambino** e **Mauro Grondona** svolgono intorno al discorso giuridico restituito dal discorso letterario, recependo le suggestioni che provengono dal secondo e più recente libro che Giuseppe Guizzi ha dedicato al suo amato Balzac.

Ancora nella sezione **INTERSEZIONI**, la spiritosa sagacia di **Vincenzo Zeno-Zencovich** avverte come di fronte alla cultura digitale, quale si è andata evolvendo in un breve (se misurato con la storia del genere umano) arco di tempo, sino al più recente approdo dell'IA, non sia condivisibile l'approccio allarmato, sovente acriticamente diffuso tra i giuristi, ai quali invece suggerisce di mettere meglio a fuoco il valore della non arrestabile innovazione informatica e di studiare i modi per renderla meno generatrice di problemi e di eventi dannosi.

La brillante sollecitazione trova immediate e articolate risposte in altri contributi.

Da un lato, nella sezione **ORIENTAMENTI**, l'accurata riflessione sulle ODR svolta da **Enrico Minervini** spiega come proprio il ricorso a sistemi di IA possa agevolare e favorire la risoluzione delle controversie *online* e l'attenta analisi di **Marco Dell'Utri** individua nell'uso dell'IA un elemento di arricchimento del dialogo tra paziente e medico nell'ambito della relazione di cura, di sicuro interesse per l'alleanza terapeutica.

Dall'altro, mentre **Stefania Pia Perrino** mette in luce, nella sezione **OPINIONI**, come la pseudonimizzazione dei dati, di per sé idonea ad escludere il pesante apparato regolatorio imposto dal GDPR, non è valsa ad evitare interventi giurisprudenziali della Corte di Giustizia sul 'rischio' di re-identificazione, lo studio che **Gaetano Guzzardi** dedica, nella sezione **Confronti**, al mercato delle piattaforme digitali ribadisce invece la necessità di una regolamentazione che non abdichi alla dimensione assiologica, facendo ricorso ai principi e ad un uso più incisivo ma metodologicamente controllato delle clausole generali.

L'attenzione agli accadimenti normativi è rivolta innanzi tutto, ed ovviamente, alle modifiche delle disposizioni del codice civile in materia di successioni, indirizzate a semplificare la circolazione degli acquisti donativi più che ad erodere la posizione dei legittimari. Nella sezione **OPINIONI**, i contributi di **Giulia Donadio** e **Andrea Maria Garofalo** illustrano efficacemente la portata della novella. Ancora su un recente accadimento normativo, di reazione alla nota

pronuncia delle Sezioni Unite n. 23093/2025 sull'ammissibilità della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare, alla quale **Accademia** ha dedicato attenzione nei precedenti fascicoli, intervengono **Ilaria Riva** e **Rolando Quadri** nella sezione **CONFRONTI**, spiegando con accurate riflessioni e diversità di accenti le criticità della nuova disposizione di legge.

Le riflessioni dei giuristi non sono sempre e solo rivolte alle novità normative, mentre sovente considerano il significato di disposizioni già da tempo vigenti. Ne offrono significativa testimonianza i rilievi che, nella sezione **INTERSEZIONI**, **Maria Vita De Giorgi** e **Veronica Montani** rivolgono ai gruppi intermedi, la cui scarna disciplina nel libro primo del codice civile ha rappresentato il modello delle forme di partecipazione e di associazionismo del Novecento e che ora deve confrontarsi con altre forme di aggregazione indotte dai *social media*. Ed ancora le considerazioni che **Andrea Nervi**, nella sezione **CONFRONTI**, muovendo da una normativa di settore risalente, svolge sulla forma 'consorzio', con un intelligente recupero delle regole di organizzazione e di responsabilità.

Al tema della responsabilità sono altresì dedicati, nella medesima sezione, i contributi di **Massimo Basile** che traccia il quadro sapiente della funzione di prevenzione degli illeciti svolta dalle Autorità di Vigilanza, e di **Massimo Paradiso** che compie l'accurata e suggestiva ricostruzione del ruolo da assegnare al danno ambientale, nella cui disciplina coglie

la torsione dalla funzione riparatoria alla funzione di tutela del bene ambiente.

Anche nella sezione **OSSERVATORI** il saggio di **Angel Francisco Carrasco Perera** è dedicato al tema della responsabilità, esaminato nel dettaglio con riferimento alla legge spagnola del 2021 sulla tutela degli incapaci ed approfondito con riguardo ad una specifica decisione.

Diversi e diversamente rilevanti episodi giurisprudenziali sono oggetto di accurate analisi.

Nella sezione **ORIENTAMENTI**, **Francesca Cristiani** torna sulla disciplina dell'adozione ed esamina ora la sentenza della Corte Costituzionale n. 210/2025 che, con riferimento all'adozione in casi particolari, ha rimosso il divieto di sostituzione del cognome dell'adottato con quello dell'adottante. **Caterina Murgo** illustra la decisione della Corte Costituzionale n. 7/ 2026 che, nella prospettiva della sospensione del decorso del termine di prescrizione, conferma il rilievo sociale ormai assegnato alla convivenza di fatto.

Nella medesima sezione, **Francesco Molinaro** svolge un'attenta ricostruzione del ruolo delle pene private che non solo trovano da tempo controverso riconoscimento nella giurisprudenza, ma sembrano incontrare il favore del legislatore in settori specifici dell'esperienza, qual è quello delle locazioni. Nella sezione **OPINIONI**, **Filippo Macrì** dà contro della recente decisione della Cassazione che invita a riconsiderare l'altrettanto controverso tema delle polizze *claims made*

In risposta alle acute ed intriganti domande di **Roberto Conti**, il lettore troverà, nella sezione **INTERSEZIONI**, una conversazione a più voci su una questione centrale del diritto e del processo, del diritto che si realizza nel processo civile. Tra due insigni processualciviliisti, **Romano Vaccarella** e **Bruno Sassani**, e due autorevoli magistrati, **Mauro Di Marzio** e **Paolo Spaziani**, si svolge un dialogo serrato sul quesito, anzi sui quesiti, di come tramite il processo possa essere raggiunta la verità, di quale verità possa dirsi realizzata nel processo e in definitiva, per riprendere le parole di Capograssi poste in esergo, quale sia oggi il senso del processo. Buona lettura!



Il diritto civile come insegnamento e testimonianza: rime obbligate e parallele tra Maestri



Federico Silvio Toniato

Segretario Generale del Senato della Repubblica

La riflessione giuridica contemporanea viene a cadenzarsi secondo un intreccio di consonanze e dissonanze tra giuristi e operatori del diritto, tra i cosiddetti teorici e pratici. Una serie pressoché sterminata di esemplificazioni potrebbe indurci a ritenere del tutto prevalente negli studi giuridici la costruzione del ragionamento modulata sull'adesione o sulla contrarietà alle tesi sostenute dagli uni o dagli altri – *ad adiuvandum* ovvero *per differentiam*. Ne è raffigurazione plastica la sommatoria delle citazioni a piè di pagina che, talvolta, supera la stessa trama del testo scritto. Talaltra, la conoscenza tra giuristi si declina in un rapporto meno frontale e più di segno personale, all'interno del quale il garbo reciproco e la considerazione tra Maestri tendono a rifuggire i richiami incrociati, quasi una sorta di pudore per non apparire distanti nelle tesi sostenute, anche laddove le divergenze possano apparire preponderanti.

Tra Cesare Massimo Bianca e Nicolò Lipari si era instaurato un registro diverso: il dialogo ideale tra loro non avveniva attraverso la dinamica delle citazioni, ma conservava la rarità – che per chi ne è stato allievo era sinonimo di esemplarità – di sapersi ascoltare, per intraprendere dalla conoscenza reciproca strade distinte di riflessione, che in molti casi si dirigevano verso mete comuni.

Uno dei capisaldi del loro magistero è diventato emblema della loro stessa testimonianza di vita: l'autonomia dell'interprete, la sua centralità e decisività per la comprensione del fenomeno giuridico.

Fin dai primi lavori monografici, Bianca e Lipari hanno considerato l'interpretazione del diritto come espressione unitaria dell'ermeneutica giuridica, estesa tanto alla legge, quanto al fenomeno sociale, ed ancora, comprensiva degli atti posti in essere dai singoli individui nella definizione dei rapporti giuridici meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento. Ferma la distinzione tra interpretazione della legge, interpretazione delle sentenze, interpretazione del contratto, Bianca e Lipari concordano su un assunto di vertice: che non vi può essere ragionamento giuridico senza un interprete autonomo rispetto al soggetto autore o destinatario della norma. Il diritto privato non è diritto pri-

vativistico anche quando viene definito – con ricchezza di ascendenze e rimandi culturali – «diritto dei privati» (Widar Cesarini Sforza).

Per Bianca e Lipari, presupposto dell'interpretazione giuridica non è l'autonomia dell'interprete issata quale piedistallo autoreferenziale di superiorità rispetto al caso concreto. Nel loro insegnamento, l'autonomia in senso non autoreferenziale significa capacità di entrare dentro il caso concreto con una postura di terzietà. Il cuore del loro pensiero risiede proprio nella consapevolezza che si è interpreti della norma nella misura in cui si comprendono le situazioni concrete, con un grado di attenzione al caso non inferiore all'approfondimento delle motivazioni ideali sottostanti la tessitura regolatoria, la cosiddetta «intenzione del legislatore» articolata nella sua storicità e attualità.

La stringata e apodittica definizione di un'intenzione del legislatore presunta, reale o immaginata alla stregua di un criterio di pensabilità astratta della norma non è rinvenibile nella scarna decisione finale, ma comprende i cosiddetti «materiali della legge», tema discusso di recente nel corso di una meritoria iniziativa al Consiglio di Stato. Nella sessione presieduta da Lipari, Vincenzo Roppo ha dimostrato l'omnicomprensività del lemma «materiali», sommatoria di relazioni, approfondimenti, documentazioni ancillari al testo approvato, sia coevi sia – questo è il punto – successivi alla sua approvazione. Per chi è tenacemente appassionato del diritto parlamentare, è stato acquisito alla scontatezza considerare nel prisma dell'intenzione del legislatore non solo le tesi sostenute dalle parti che hanno concorso all'approvazione della legge, ma anche le posizioni contrarie ovvero di astensione. È già *in nuce* nel momento genetico della norma il germe rigoglioso del «consorzio degli interpreti», giacché il significato da attribuire alla norma si condensa proprio nelle ragioni poste a suo sostegno ovvero a sua opposizione, dentro una cornice di tesi e antitesi per la quale “giudice” finale non sarà l'autore o l'oppositore, né il destinatario, ma l'interprete terzo, garante della saldatura tra precetto e comportamento.

La curvatura ermeneutica consente a Bianca e Lipari di considerarsi non in contrasto alla granitica opera di Emilio Betti, secondo tuttavia una lettura del grande Maestro diversa da quella offerta da Natalino Irti, centrata, quest'ultima, sulla oggettiva valutazione del dato normativo, assunta a criterio univoco ed esaustivo per ogni flessione di significato.

Non si può anche solo sul piano logico essere operatori e cultori del diritto senza esserne interpreti, ma anche l'interprete cadrebbe nella trappola della precomprensione dei giudizi se non si considerasse a sua volta critico del proprio e dell'altrui pensiero. Essere «indipendenti da se stessi» (Enrico Scoditti) è esercizio necessario per l'interprete e per ogni operatore del diritto. Il giurista è contemporaneamente letterato, artigiano, critico del diritto.

A ragione, pertanto, può considerarsi per Bianca e Lipari quanto vale per Benedetto Croce: la filosofia come storiografia, la storiografia come biografia.

Le biografie di Bianca e Lipari sono state coerenti rispetto al loro impegno per il diritto, ma diversificate nei modi concreti di inveramento. Bianca ha accompagnato alcune scelte legislative fondamentali, con il suo consiglio e il suo contributo anche personale: una per tutte, la riforma sulla filiazione, che ha contrassegnato la sua vita accademica e

professionale, fino all'approvazione di norme di civiltà giuridica sintetizzabili iconicamente nel principio che «si è figli dei propri genitori», senza distinzioni o discriminazioni di sorta. Inesausto, Bianca si proponeva poi di intraprendere una nuova battaglia per le fragilità psichiche, per dare una veste giuridica autonoma ad alcune intuizioni di Franco Basaglia.

Bianca ne ha fatto una ragione di vita: è stato *consigliere* del legislatore, nell'accezione veritiera racchiusa nell'etimo *consilium*, dove a prevalere è l'elemento di condivisione del suffisso *cum*, rispetto allo stesso principio indicato come auspicabile.

Lipari ha segnato, invece, il proprio contributo per il diritto anche come *legislatore*, motivandolo con lo sforzo di ricondurre un ordinamento sempre più segmentato, disarticolato, asistemático, entro il disegno di un sistema coerente e razionale. Per Lipari, la razionalità giuridica si colloca all'interno della giurisprudenza, in una sorta di ideale continuità con il pensiero di Giuseppe Capograssi – il «Socrate cattolico», secondo l'illuminata definizione di Arturo Carlo Jemolo, di Enrico Giuseppe Opocher – maestro di filosofia del diritto alla facoltà patavina per l'allora allievo Lipari, di Pietro Piovani – per il quale l'effettività significa cogliere l'essenziale del fenomeno giuridico.

I discorsi parlamentari in Senato dipingono Lipari come interprete di un pensiero cattolico rinnovato nella storia contemporanea e da qui l'amicizia personale e ideale profondissima con Pietro Scoppola. Dall'esperienza senatoriale, Lipari attingerà linfa anche per la successiva ripresa accademica e di insegnamento.

Nelle sue lezioni alla Sapienza lo strumento di indagine più ricorrente sarà il paradosso, non assunto a tecnica retorica asfittica, ma a punto di leva assiologica, fondata sulla lettura di Italo Mancini del pensiero di Giuseppe Capograssi: *Suicidio e preghiera – Teologia del paradosso*.

Bianca e Lipari hanno attraversato l'evoluzione della riflessione giuridica del Novecento, caratterizzata dall'ampliamento dell'impronta esegetica dell'interprete rispetto alla disposizione scritta, verso un'analisi sistematica e critica delle norme, nella prospettiva dell'acquisizione ponderata del pensiero politico ed economico posto alla base dell'attività del decisore pubblico.

Entrambi hanno declinato e radicato i mutamenti negli studi giuridici attraverso un glossario di priorità semantiche che potremmo così sintetizzare: per Bianca, nella triade effettività, autorità di fatto e di diritto, istituzioni e famiglia; per Lipari, nella sequenza fiducia, rapporti di fatto e cortesia, spirito di liberalità e di gratuità, diritto privato europeo.

Il secolo scorso è stato attraversato dall'irrompere nella civilistica di fasi appassionanti: la costituzionalizzazione della costruzione codicistica, l'analisi politica, l'analisi economica del diritto, la comparazione giuridica, l'osmosi dei principi di *common law* con i tratti continentali di *civil law*, la pervasività del diritto europeo, la sociologia del diritto. Per quest'ultimo riferimento, si coglie un punto di divergenza tra l'idea di Lipari, che considera la dinamica sociale alla stregua di uno svolgimento *naturale* dei rapporti giuridici e l'ancoraggio di Bianca alla peculiare connotazione *artificiale* della sintassi normativa, che in Natalino Irti si viene ad articolare in modo del tutto peculiare come premessa ineludibile alla breccia aperta dalla "tecnica" nella stessa rappresentazione del diritto, nel dialogo schietto e articolato con Emanuele Severino.

Per Lipari, nella memorabile prolusione barese, la finestra sociologica va aperta rispetto alla norma e la porta della dogmatica va dischiusa rispetto alla realtà. Per Bianca, la sociologia descrive il fenomeno sociale, la dogmatica lo ricostruisce. Le prolusioni di Bari – per Lipari – e di Catania – per Bianca – vanno lette come un dittico a partiture parallele, passaggio ineludibile dalla logica dei testi alla comprensione dei contesti. La «comprensione del diritto» (Giuseppe Zaccaria) muove dall'intreccio norma e fatto, per dipanarlo: tanto la lettera abbisogna dell'esperienza, quanto la realtà acquisisce un senso compiuto solo attraverso una regola ordinante.

Per entrambi, tuttavia, la distinzione tra giuridico e politico resta essenziale nel riconoscimento del ruolo del giudice come terzo, imparziale nel giudicare, sì in nome del popolo, ma non secondo le pulsioni emotive contingenti, piuttosto sul fondamento civico e costituzionale delle ragioni fondative della comunità.

La terzietà – alla Alexandre Kojève – del giudice e, più in generale, dell'interprete, non può disgiungersi dalla terzietà del legislatore, entro la comune prospettiva che chi è arbitro nel decidere non possa rischiare di essere arbitrario nel disporre. L'antidoto essenziale all'abuso del diritto è il paradigma della reciprocità, che nel codice civile si traduce in sinallagma, nel dettato costituzionale nella solidarietà, l'uno e l'altra astretti ad un dato di coerenza rappresentato dalla buona fede oggettiva intesa come correttezza che, da clausola generale, dispiega il multiforme plesso semantico della reciprocità come principio e valore fondante di ogni rapporto giuridico: tra privati, tra privato e pubbliche potestà, tra poteri dello Stato e Istituzioni europee. Al torchio calligrafico del positivismo fondato sul legicentrismo, si offre l'alternativa di un diritto considerato sintesi di interpretazione e applicazione (Hans-Georg Gadamer), nel solco dell'effettività giuridica, cerniera tra codificazione e consolidazione (Mario Enrico Viora).

Le soluzioni e le tecniche di ragionamento proposte in sede dottrinale si sono cristallizzate in proposizioni normative – per tutti, valgono i richiami alla citata riforma sulla filiazione, per Bianca, e al volontariato, per Lipari – ma con una non casuale pregnanza anche in pronunce e massime della Suprema Corte. Solo a titolo di mera esemplificazione, mi limito a ricordare il divieto del patto commissorio, il significato della colpa nell'inadempimento dell'obbligazione, la buona fede oggettiva nell'esecuzione del contratto e, sull'altro versante, l'intreccio tra rapporto fiduciario, aspettativa di diritto e diretta applicabilità delle norme costituzionali ai rapporti privati.

Sintomatica del loro discorrere parallelo e non puntellato da citazioni incrociate è l'affermazione del principio dell'effettività giuridica quale espressione cardine del diritto vivente, contrapposta all'ossario dell'esegesi e della dogmatica antiche, pur richiamate con puntigliosa precisione filologica.

Le risposte offerte da Bianca e Lipari all'eterogenesi dei fini e dei significati delle categorie classiche sono plasticamente consegnate a due opere di ampiezza pari alla profondità di analisi: i volumi del Diritto civile e il Trattato di diritto privato europeo. Per Bianca, il diritto civile è immersione della regola dentro la realtà, dove il precedente giurisprudenziale è essenziale non perché formante – secondo la nota definizione di Alessandro Pizzorusso – ma in quanto bussola che orienta l'interprete. Per Lipari, il diritto privato europeo è superamento della barriera tra ordinamenti che, compenetrandosi,

formano un unico ordinamento e, rinviando l'uno all'altro, fondano un'unica economia, nell'accezione etimologica *oikonomia*, orientata ai valori condivisi della comunità degli interpreti. Economia non più scomponibile nella distinzione – autorevolmente proposta da Stefano Zamagni e, più di recente, da Luigino Bruni – tra economia del mercato, economia dello Stato, economia civile del volontariato, perché anche i rapporti privatistici e quelli pubblici non possono sottrarsi al criterio unificante della gratuità come chiave di verifica finale della giustizia sociale.

Per Bianca e Lipari l'effettività giuridica, assunta a criterio comune e sistematico del fenomeno giuridico, non significa disattendere la terzietà del giudice, ma riconoscerne l'intrinseca complementarità rispetto alla terzietà del legislatore, all'insegna dell'autonomia dell'uno e dell'altro nell'interpretare, per il primo, prioritariamente il precetto e, per il secondo, essenzialmente l'interesse sottostante la decisione normativa. Se la legge difettesse del requisito della generalità e dell'astrattezza, verrebbe a configurarsi alla stregua di un provvedimento, non giustiziabile secondo le tutele della giurisdizione amministrativa, ma solo attraverso il sindacato di costituzionalità eventuale e dilatato nel tempo. La legge provvedimento si configura come una crepa non tanto rispetto alla cristallina purezza del *drafting* costituzionale, quanto piuttosto in relazione alla eguaglianza di cui all'articolo 3 Cost. e della sua declinazione come reciprocità, solidarietà ed equità. Tutela dei diritti e giustiziabilità sono intrecciati anche nella giurisdizione amministrativa, in particolare nella sua articolazione – la necessità del doppio grado previsto in Costituzione, cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, sentenze n. 16 del 2024 e n. 10 del 2025 – e nella sua effettività, che rappresenta una condizione irrinunciabile di giustizia sostanziale (Enrico Zampetti).

La tutela dei diritti si configura pienamente come diritto sostanziale e non meramente processuale nel diritto civile, nel diritto costituzionale, nel diritto amministrativo e tale configurazione tuttavia non è al di fuori, ma si innerva nella giurisdizione, per la quale nessuna categoria è appannaggio esclusivo di una disciplina, cosicché anche per il diritto civile può parlarsi fondatamente di legittimità dei comportamenti privati se valutati alla stregua della buona fede oggettiva ossia della correttezza, come conformità alla norma, non più solo come esclusione della sua violazione in termini di mera legalità.

All'Università Sapienza, agli inizi degli anni Novanta, si facilitò, per allievi e giovani studenti di Giurisprudenza, la scoperta di affinità parallele non dichiarate tra diritto civile, diritto costituzionale, diritto amministrativo. Le fonti del diritto hanno rappresentato il punto di partenza per Sorrentino, il punto di arrivo per Lipari, un *topos in itinere* per Bianca. Un percorso diacronico e permanente, quello delle fonti del diritto, idealmente tratteggiato dalla declinazione della voce legalità, dall'originaria impostazione di Sergio Fois alla reinterpretazione ultima di Massimo Vogliotti, che Lipari non rinunciava mai di ricordare. Nessuno sconfinamento incrociato tra diritto civile, costituzionale, amministrativo, ma la cartina di tornasole definitiva su un tratto identitario delle istituzioni di diritto privato – nobile dicitura dei corsi del primo anno – quale premessa, anzi «introduzione» (Guido Alpa) all'intero spettro delle discipline giuridiche.

Per Bianca e Lipari, il principio di effettività fonda un diritto giusto contro l'arbitrarietà, ma si distingue, in Lipari, come diritto *riconosciuto* e, in Bianca, come diritto

accettato. Sembrano in apparenza sovrapponibili i sintagmi *diritto riconosciuto* e *diritto accettato*, entrambi espressione di una avveduta presa d'atto da parte dei consociati dell'obbligo giuridico e della correlata sanzionabilità, ancorché potenzialmente disattesi e inosservati in concreto. Tuttavia, nel *riconoscimento* vi è un elemento peculiare, che oggi si sarebbe portati a sintetizzare nella parola *datità*, mentre, nell'*accettazione*, risulta prevalente la *condivisione*, ossia la co-partecipazione nel percorso di emersione della *regula iuris*.

Il diritto come atto di *riconoscimento*, per Lipari, e il diritto come atto di *accettazione*, in Bianca, si incontrano nell'interpretazione giuridica terza, imparziale, e ciononostante non asettica, ma immersa nella realtà. Per Lipari e per Bianca, potremmo ricordare la celeberrima espressione usata nel film *Una giusta causa*, attribuita alla giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, Ruth Bader-Ginsburg: il giudice non si fa influenzare dal tempo della giornata, ma è interprete credibile del clima del tempo. Bianca intende il principio di effettività come fonte del diritto; Lipari definisce il diritto vivente come diritto *in fieri*, in maniera non dissimile da Paolo Grossi, per il quale l'«invenzione» del diritto non travalica i confini dei poteri dello Stato, perché non si configura come creatività, ma come rispetto del precetto che viene rilevato e si rivela nella concretezza e nella storia.

Al di là, tuttavia, delle etichettature nominalistiche, per Bianca e Lipari il diritto vivente è la traduzione sul piano pratico del principio di effettività, rispetto al quale il giudice è interprete «autentico», mutuando una definizione tipica e pensata originariamente per il legislatore.

Se il «legislatore autentico» è chiamato a circoscrivere l'atto di legislazione interpretativa entro la cornice della irretroattività e del contenuto rappresentato *in nuce* nella disposizione primigenia, il «giudice autentico» è il traduttore di quella che la linguistica più affinata ha enucleato come «norma sommersa» (Luca Serianni), dentro la razionale definizione della *norma implicita* estraibile dal complesso ordinamentale. A questa stregua, i principi non sono rinvenuti per deduzione sillogistica, ma coesistono rispetto alla norma (Bianca) ovvero la precedono fondandola (Lipari). Principi e norme sono effettivi nella irrinunciabile tensione verso i valori costituzionali e, più in generale, del diritto. I valori sono i soli a poter ordinare la pulviscolare proliferazione delle norme in un coerente mosaico di composizione dei conflitti: «l'applicazione del diritto è concretizzazione di un universale» (Luigi Mengoni).

Dal principio di effettività e dal ruolo del giudice come interprete terzo, imparziale e autentico, deriva la possibilità di considerare la giurisprudenza non come fonte di produzione analoga alla legge, ma come fonte privilegiata di cognizione del diritto, al di là di ogni formalismo, nel rispetto della *forma* come criterio di definizione del principio di separazione e, allo stesso tempo, di collaborazione tra poteri dello Stato.

La riduzione positivista non è solo quella compendiata nelle norme scritte. La trappola è sostituire il positivismo scritto con il positivismo fattuale. Ci si svincola dalla trappola del neopositivismo se si riconosce la giustizia come tensione costante. Non sono più i soli legislatori e giudici chiamati in causa: è riduzionismo positivista sia l'esclusivismo del *dictum* proveniente dal detentore del potere – legislativo e giudiziario, sia l'assertività senza misura della logica sottesa al *vox populi vox Dei*.

Il principio di effettività porta a superare la stessa divaricazione tra diritto *posto* e diritto *riconosciuto*, nella prospettiva del paradigma del diritto *receptito*, il *ius receptum* del diritto romano classico. Ancora una volta il bacino accademico della Sapienza fece incontrare la civilistica di Bianca e Lipari con il diritto romano, in una reciprocità vera con i corsi di Mario Talamanca e Luigi Capogrossi Colognesi.

Per Bianca e per Lipari, la metodologia non è antecedente rispetto all'interpretazione giuridica, ma è definita da una ermeneutica che è, all'un tempo, *comprensione* e *traduzione*, segnatamente, del dato di realtà e del formante normativo. Il diritto si viene a configurare, sia per il contenuto, sia per il metodo, come scienza *pratica*, distinta dalla contingenza occasionale, ma indefettibilmente strutturata nella immanenza, ossia nel concreto svolgimento delle relazioni sociali.

Dopo la iniziale stagione monografica e specialistica, Bianca e Lipari hanno proposto una del tutto peculiare interpretazione della manualistica istituzionale. Per loro, dottrina e didattica si saldavano in una tradizione nobile e alta della civilistica italiana: i manuali per l'insegnamento.

Anche per Bianca e Lipari, la ricchissima e pregiata manualistica del diritto civile non è espressione di un raffinato genere letterario, ma un vero e proprio *discorso sul metodo*.

Per Bianca, la manualistica è rigorosa metodica di riordino sistematico degli istituti sotto la lente di ingrandimento non deformante del trattato, guidato, per contenuti e stile, da un unico autore. Per Lipari, la manualistica è ricerca aperta e plurale per cogliere i fermenti e gli sconvolgimenti delle categorie classiche, fino alla loro sistematica decostruzione. Lipari cita Derrida sul piano delle categorie, mentre oggi emerge lo slittamento semantico dalla decostruzione alla decompressione e decreazione del diritto nella riflessione di Byung-Chul Han. Anche per Lipari vale il richiamo che Han – autore non citato dal Maestro – propone ad un'idea di diritto dove si affievolisce il criterio di autorità a favore della composizione degli interessi secondo una lettura di equilibrio della giuridicità, che il filosofo ancora alla tradizione orientale. Per Bianca e Lipari valgono metodi diversi e mete non predefinite, entrambi, però, accomunati da una passione comune: l'insegnamento.

L'insegnamento non dottrinario coglie la necessità dell'istruire, dell'immettere i saperi, come ancillare all'educazione, dell'estrarre il sapere dalla rielaborazione personale, affinché chi insegna lasci il segno – *in-segnare* – e si lasci sorprendere dai segni nuovi dei tempi incipienti. Il discorso sul metodo è superare la barriera docente - discente, è dialogo, è attraversare le proprie parole con le parole apprese dall'altro, tiene insieme istruzione, educazione, insegnamento, fuori da ogni paternalismo e a favore della persona.

Distinguere la *contingenza* del diritto dalla *immanenza* dell'esperienza giuridica, secondo la definizione data da Giuseppe Capogrossi, per Bianca e Lipari significa credere nella tensione verso la giustizia, assunta come valore sottostante e fondativo del diritto.

Le scuole che hanno preso le mosse dalla riflessione di Bianca e Lipari non hanno chiarito se per i Maestri il diritto fosse, ancorché distinto dalla morale, comunque intrinsecamente valutativo e assiologico. Certamente, per Bianca e Lipari l'immanenza del diritto nel contesto sociale non era scindibile dalla trascendenza di valori superiori,

laicamente intesi come giustificazione della norma. Per Bianca e per Lipari, la trascendenza dei valori, calata nella storia delle relazioni, significa avere fede nel diritto. Non è quindi inappropriato accostare Cesare Massimo Bianca e Nicolò Lipari a Rosario Livatino e a Piero Calamandrei, quando indicavano, rispettivamente, nella chiarezza dei comportamenti e nella chiarezza della Costituzione, i bastioni posti a difesa dello Stato democratico di diritto.

Il principio di effettività non crea distonie o sovrapposizioni di ruoli tra legislatore e giudice, ma incontro di linguaggi, che permettono al diritto di vivere nella storia (Giuseppe Ferrari).

Il rapporto tra diritto e storia non è affatto secondario nella riflessione dei Maestri. Per Bianca, la storia del diritto non è intesa come mera codificazione temporale degli eventi, ma come spazio di comprensione dei fenomeni. Vanno lette congiuntamente le pagine del Diritto civile, volume n. 1, e del saggio *Ex facto oritur ius*, per non fermarsi all'elemento nitido del criterio discrezionale tra fatti del passato – storia – e del presente – diritto – e correttamente inquadrare tale aspetto descrittivo nei contesti finanche etimologici che gli storici hanno assunto per riconoscere «l'accettazione sociale della norma» come «il fatto dal quale scaturisce il diritto».

Per Lipari, la storia non è retrospettiva, ma memoria del futuro. Potremmo con commozione ricordare l'ultimo intervento tenuto in occasione dell'omaggio resoagli da amici e allievi per il suo compleanno. Si staglia una parola sopra le altre: speranza. Per Lipari la storia non era – sono sue parole – «attesa», ma «speranza», non cronaca o tappa da raggiungere, ma rivelazione e trasformazione.

Nel dialogo sul rapporto tra Diritto e Bibbia con Antonio Pitta, Lipari sembra rifarsi alla definizione di regimi di storicità di François Hartog: *chronos, kairos, crisis*. Il diritto segna il tempo opportuno sottraendolo agli opportunismi, smaschera la logica degli eventi – evenemenziale, avrebbe detto Fernand Braudel – per la corretta valutazione della realtà, non fa soccombere nello sconforto di fronte alla tragedia e agli abissi che negano l'umanità, per riscattare nella giustizia il debole, il povero, lo sconfitto. Il diritto vive nel presente senza cadere nella trappola del presentismo, perché premessa alla tenuta della giustizia, all'*aion*, tempo duraturo ed eterno.

Lipari usa per sé alla fine della sua biografia terrena la stessa parola che aveva proposto molti decenni prima per ricordare Rosario Nicolò: speranza!

Per Bianca e per Lipari è possibile, anzi necessario, tenere sullo stesso piano norme, principî, valori, non per un afflato idealistico, ma per dare un senso all'esperienza giuridica. L'effettività non è relativismo etico, ma arricchimento tra identità e alterità.

Lo stile incalzante ed entusiasta di Nicolò Lipari e quello, sia di presenza sia di parola di Cesare Massimo Bianca, incline alla temperanza, poggiano sulla convinzione che la giustizia è radicata nei valori. Giustizia e temperanza sono magari parole controtempo, come suggerisce Gennaro Carillo, ma ancora capaci di sorprendere e orientare.

Nella comune ammirazione per Angelo Falzea e sulla scia di Rosario Nicolò e Michele Giorgianni, Lipari e Bianca considerano l'analogia *legis* e *iuris* come tecnica fondativa di ogni ragionamento giuridico. Lo snodo decisivo per il diritto civile è recepire attraverso l'analogia il principio di ragionevolezza, che in se stessa esprime il valore dell'egua-

gianza formale come punto di gravità dell'ordinamento. Per i Maestri l'analogia non è una scorciatoia, né un'uscita dal tracciato della legalità, direi di più, con Natalino Irti, della «legalità linguistica».

Valgano come unico esempio chiarissimo gli studi sulla famiglia. Bianca e Lipari nulla negano all'istituto classico in termini di valore, principio e norma. Ciononostante, nulla impedisce loro di considerare esperienze e realtà ulteriori in termini di comunità e formazioni sociali. Si avverte nettamente la piena maturazione dell'intuizione sorgiva di Livio Paladin sul parametro del terzo nella definizione della regola ragionevole secondo Costituzione.

Per il diritto civile vale il richiamo all'analogia sia per similitudine sia per dissimilitudine, in forza della quale anche la ragionevolezza non può che distaccarsi da qualsivoglia tentazione di astrattismo, per immergersi nell'effettività concreta in chiave di giustizia. Il diritto giusto si accompagna alle parole giuste, al mezzo giuridico non eccedente i fini dell'ordinamento, al «fatto» sottratto all'imperiosità della «forza», alla maniera di Rudolf von Jhering – *vis* – e calibrato invece sulla «fortezza» – *virtus* – e sulla coerenza intellettuale dei giuristi positivi. La giustizia presuppone la ragionevolezza, che a sua volta impone all'interprete il «controllo di coerenza in vista delle decisioni di altri casi» (Niklas Luhmann).

Pertanto, sì giurista positivo, purché, secondo la suggestione di Gustav Mahler, non adoratore delle ceneri, ma custode del fuoco dei valori.

L'analogia è tecnica e metodo di interpretazione della norma e di comprensione della realtà. Si avverte pressante la preoccupazione del sovvertimento della tecnica da mezzo a fine (Umberto Galimberti). Se «la tecnica è il mondo» e «la natura diventa il mezzo», il diritto conserva intatto il valore di garanzia e tutela dell'umanità.

In un mondo in crisi e lacerato nelle relazioni internazionali e avvolto dalle fascinazioni tecnologiche e innovative vale la pena proporre uno stato sociale di diritto, dal *laissez faire* ad un rinnovato *lawfare*.

Forse l'analogia classica tra similitudine e dissimilitudine rischia di infrangersi nel realismo terminale descritto da Guido Oldani, dove la stessa similitudine è rovesciata e l'artificiale connota il naturale e non viceversa. A fronte della slabbratura dei concetti, il recupero dei valori non è un'opinione, né un'opzione, ma condizione indefettibile del pensiero.

A chi dice «la fine dell'etica», possiamo rispondere, con Marco Maria Olivetti, che «l'etica è la filosofia prima, anzi, anteriore». A chi in modo convincente dimostra la necessità di superare lo iato, usato in modo fuorviante come fendente ideologico, tra giusnaturalismo e giuspositivismo, Olivetti risponde, da un lato, affermando l'inesistenza di un'essenza dell'essere umano, ma, dall'altro, riconoscendo che tale essenza è però «immaginata», perché «senza siffatta immaginazione l'essere e l'umano non si coapparterrebbero».

L'istanza di giustizia si configura come aspettativa ragionevole, che porta a superare ogni logica di puro e autoreferenziale soggettivismo attraverso il passaggio dall'analogia *logis* e *iuris*, all'«analogia del soggetto» come presupposto ontologico dell'eguaglianza e della libertà personale. Il personalismo filosofico del Novecento incontra la teoria della

soggettività giuridica attraverso l'analogia dei soggetti di diritto, centro di imputazione degli effetti, dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili.

Negli scritti di Cesare Massimo Bianca si ritrova l'espressione «coscienza sociale». Negli scritti di Nicolò Lipari, a cadenza regolare, il riferimento al «contesto sociale». Le loro parole riecheggiano una storia antica.

Pochi minuti prima delle ore 17 del 27 dicembre 1947, a Palazzo Giustiniani del Senato della Repubblica, alla presenza di Umberto Terracini, Presidente dell'Assemblea Costituente, Enrico De Nicola, Capo Provvisorio dello Stato, rivolto ad Alcide De Gasperi, Presidente del Consiglio dei Ministri, pronunciò le seguenti parole: «L'ho letta attentamente. Possiamo firmare con sicura coscienza».

In quel contesto autorevole e credibile, rappresentativo icasticamente dell'articolazione plurale delle ascendenze politiche e culturali, non si stagliò cenno di sorpresa per la parola «coscienza»: parola non scritta, né posta, ma pronunciata e presupposto della firma della Costituzione, che allo scoccare del tempo stabilito venne posta in calce a tre identiche copie. «Contesto» e «coscienza» sociale per Cesare Massimo Bianca e Nicolò Lipari sono stati punti di ancoraggio roccioso, senza timidezze o titubanze, ai valori costituzionali, costitutivi del diritto giusto.

La fede *nel* diritto è svincolata dai laccioli delle credenze, degli apriorismi e si commisura alla credibilità dei suoi artefici. La trincea della legalità contro l'abuso del diritto è tracciata da giuristi, interpreti fedeli della legge, perché capaci di comprendere la realtà vissuta come dimensione della ragione genetica del diritto: la giustizia.

Il diritto usa la forma e si fonda sulla giustizia. Il diritto solo espressione della volontà – legislativa, giurisdizionale, privata, collettiva – si depauperava, perché rinuncia alla dimensione della conoscenza e della comprensione della società.

Al giurista non si chiede di essere alla moda, ma di essere avveduto dell'attualità della sua missione. Un pensiero alla moda non è sempre attuale.



La rinuncia alla proprietà immobiliare tra effetti diretti, effetti riflessi e costi sociali



Ilaria Riva

Prof. ass. dell'Università di Torino

SOMMARIO: 1. Un affresco del dibattito sulla rinuncia alla proprietà immobiliare. – 2. L'ammissibilità in astratto della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare. – 3. Il sindacato sulla meritevolezza in concreto, nella prospettiva dell'intento perseguito. – 4. *Segue.* L'utilità di un raffronto con la rinuncia all'eredità. – 5. Il sindacato sulla meritevolezza in concreto, nella prospettiva dell'effetto realizzato. – 6. La responsabilità per i danni cagionati a terzi dalla cosa in custodia e la rilevanza della notificazione allo Stato della rinuncia abdicativa. – 7. I costi di manutenzione straordinaria.

1. Un affresco del dibattito sulla rinuncia alla proprietà immobiliare

La rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare costituisce un tema fortemente divisivo, sotto molteplici aspetti, a partire dalla sua stessa ammissibilità in astratto nell'ordinamento giuridico italiano.

Una volta superato in positivo questo primo scoglio, le opinioni divergono, sia in merito alla sua qualificazione, di atto negoziale o di atto giuridico in senso stretto, sia in relazione alla sua natura, recettizia o non recettizia, sia ancora riguardo all'inquadramento giuridico del conseguente acquisto in capo allo Stato, dai più, ma non unanimemente, ritenuto a titolo originario e non rifiutabile; per finire con la questione maggiormente interessata dal dibattito scientifico attuale, concernente la possibilità di un sindacato di liceità o meritevolezza della causa in concreto dell'atto.

Un confronto articolato che, come è noto, trova ora un punto di approdo, quanto meno nel diritto applicato, nella recente presa di posizione della Corte di Cassazione a

sezioni unite dell'agosto dello scorso anno¹, a cui ha poi prontamente fatto seguito un discutibile intervento del legislatore, in occasione della Legge di Bilancio 2026, sul quale si tornerà fra breve. La rilevanza del tema, nonostante tali apporti dei formanti giurisprudenziale e legislativo, resta intatta, così come merita ancora una riflessione la questione, tuttora aperta, della gestione delle cd. “esternalità negative” prodotte da immobili “antieconomici” spettanti allo Stato a seguito di rinuncia da parte del proprietario, tema di grande complessità che riflette le diverse impostazioni sul modo di concepire i rapporti tra Stato e privato, tra interesse collettivo e interesse individuale.

Prima di affrontare i citati aspetti, merita osservare come alla disputa sulla ammissibilità dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare abbia fortemente contribuito l'approccio lacunoso al tema del legislatore del 1942: della rinuncia alla proprietà immobiliare scorgiamo infatti nel codice civile qualche traccia qua e là, in contesti specifici (abbandono del fondo servente, rinuncia alla quota del partecipante in comunione, rinuncia alla comunione del muro, rinuncia alla nuda proprietà nella cautela sociniana) e in relazione a profili secondari (la forma, la pubblicità), tracce inidonee, da sole, a offrire in via definitiva una risposta al quesito se si possa o meno rinunciare alla proprietà immobiliare.

La stessa previsione contenuta nell'art. 827 c.c. risulta equivoca, da un lato per la scelta di non menzionare esplicitamente un effetto acquisitivo della proprietà (i beni immobili che non sono in proprietà di nessuno “spettano”, e non “appartengono”, al patrimonio dello Stato) e dall'altro per il suo incerto perimetro applicativo, non chiarendo in forza di quali vicende un bene immobile possa risultare in proprietà di nessuno e nota essendo la tesi secondo cui la disposizione *de qua* sarebbe stata introdotta al solo scopo di evitare la sopravvivenza, alla data di entrata in vigore del codice civile, di eventuali beni immobili privi di proprietario².

Peraltro, è ragionevole supporre che all'epoca dell'elaborazione del vigente codice civile, di una disciplina più compiuta dell'istituto non si sentisse una forte necessità o quantomeno utilità, in un contesto socio-economico in cui la proprietà immobiliare era, per tradizione, la ricchezza della famiglia, e dunque non era ragionevolmente pensabile un interesse alla dismissione. Ciò è dimostrato dal fatto che solo recentemente, e nello specifico con la crisi economica dei primi anni Duemila, si è iniziato a fare ricorso in misura significativa alla rinuncia alla proprietà immobiliare, risultando talora difficile per i proprietari, e poi per i loro eredi, fare fronte ai costi di conservazione, ristrutturazione, risanamento o demolizione di taluni cespiti, lasciati spesso in uno stato di abbandono. Il fenomeno è parallelo al crescente numero di rinunce all'eredità, da parte di chiamati impossibilitati ad affrontare le relative imposte e spese.

Da tali considerazioni emerge un dato importante: il tema della rinuncia alla proprietà, nella prassi operativa, riguarda essenzialmente beni cd. antieconomici (perico-

¹ Cass., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093.

² DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018, 192; LA PORTA, *La rinuncia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 484 ss.

lanti, abusivi, in stato di dissesto idrogeologico, ecc.): laddove, infatti, l'acquisto del bene rappresenti un arricchimento, lo strumento più efficace e meno controverso per la realizzazione dell'obiettivo è la donazione, che però esige l'accettazione dello Stato.

Proprio a fronte del crescente fenomeno di atti unilaterali di dismissione di beni degradati e dei conseguenti timori di sostenibilità economica da parte dello Stato, si è animata la disputa sull'ammissibilità dell'istituto, con diverse voci espressione di differenti prospettive³.

Come è stato anticipato, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 11 agosto 2025 n. 23093, si è espressa in favore dell'istituto, tramite una pronuncia che ci si limiterà qui a riassumere in estrema sintesi: la rinuncia al diritto di proprietà su beni immobili, si è affermato, è ammissibile e configura un negozio giuridico unilaterale⁴, non

³ Rilevanti in proposito sono stati: l'opinione favorevole del Notariato (cfr. BELLINIA, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento*, Studio n. 216-2014/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del CNN il 21 marzo 2014. Dello stesso A., v. *Considerazioni sulla rinuncia alla proprietà: si pronunciano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 989), l'opinione dell'Avvocatura dello Stato, favorevole a una valutazione di meritevolezza della causa in concreto [PALATIello, *Rinuncia al diritto di proprietà immobiliare. L'eventuale esperimento dell'actio nullitatis*, Parere (di massima) dell'Avvocatura Generale dello Stato del 14 marzo 2018; si veda anche F. SCOGNAMIGLIO, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà*, in *Rass. Adv. Stato*, 2023, 210], il contrasto all'interno della magistratura amministrativa [per la tesi negativa: TAR Puglia, 17 settembre 2008, n. 2131, TAR Piemonte, 28 marzo 2018, n. 368, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 1547, con nota di CALOIARO ("La rinuncia abdicativa non è ammessa in via generale dal nostro ordinamento, non potendo essere desunta in via interpretativa da norme che disciplinano casi specifici di rinuncia, dai quali semmai si dovrebbe ricavare che il legislatore ha voluto ammettere solo figure tipiche di rinuncia. In particolare, dall'analisi delle norme codicistiche che contemplano ipotesi di rinuncia ai diritti reali su cosa altrui è lecito presumere che il legislatore abbia ammesso solo quelle fattispecie di rinuncia abdicativa a diritti immobiliari che non determinano una "vacatio" nella titolarità del bene, con conseguente nullità dei negozi potenzialmente idonei a determinarla e, su tutti, della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare"); per la tesi positiva: TAR Veneto, 14 novembre 2019, n. 1232] e all'interno della magistratura ordinaria [per l'opinione negativa, cfr. Trib. Genova, ord., 5 febbraio 2019, in *Riv. not.*, 2019, 581; per l'opinione favorevole, cfr. Trib. Trento, decr., 23 dicembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, 1975; Trib. Rovereto, 22 maggio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 2833; App. Genova, 27 novembre 2018, n. 675; Trib. Firenze, 15 settembre 2022, n. 2529; Trib. Napoli, 31 ottobre 2023 ("le caratteristiche particolari dell'immobile non hanno incidenza alcuna sull'efficacia della rinuncia, sicché la convenienza o meno dell'acquisto in capo allo Stato non è elemento che può invalidare l'atto"); Trib. L'Aquila, 15 gennaio 2024, in *Nuova giur. civ.*, 2024, 530; App. L'Aquila, 27 novembre 2025 («non può ricavarsi dall'art. 42, secondo comma, Cost., un dovere di essere e di restare proprietario per "motivi di interesse generale". Inoltre, esprimendo la rinuncia abdicativa alla proprietà di un immobile essenzialmente l'interesse negativo del proprietario a disfarsi della titolarità del bene, non è configurabile un abuso di tale atto di esercizio della facoltà dominicale di disposizione diretto a concretizzare un interesse positivo diverso da quello che ne giustifica il riconoscimento e a raggiungere un risultato economico non meritato»)].

⁴ La qualifica in termini di negozio giuridico è ampiamente condivisa sia in dottrina sia in giurisprudenza (Cass., 5 febbraio 1969, n. 387, in *Foro it.*, 1969, I, 1978), trattandosi di una manifestazione di volontà diretta al perseguimento di uno specifico scopo, qual è la dismissione del diritto

recettizio, con causa meramente abdicativa cui segue, quale effetto indiretto e mediato, un acquisto a titolo originario⁵, non rifiutabile, da parte dello Stato ai sensi dell'art. 827 c.c.⁶. In quanto mero atto dismissivo, essa persegue sempre un interesse che è di per sé meritevole di tutela.

2. L'ammissibilità in astratto della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare

In linea di principio, le Sezioni unite della Cassazione riconoscono dunque senza riserve la libera rinunciabilità del diritto di proprietà su beni immobili.

Su questa affermazione, che riflette l'opinione prevalente in dottrina⁷, si può concordare, per diverse ragioni, la più significativa delle quali mi pare essere la configurabilità della facoltà di rinuncia quale estrinsecazione – seppure estrema – del potere dispositivo riconosciuto al proprietario⁸, senza distinzione tra beni mobili e beni immobili, dall'art. 832 c.c., non ravvisandosi nell'ordinamento specifici “limiti” in tal senso. Un conto è ragionare sull'eventuale immeritevolezza dell'interesse perseguito, ma sul punto si tornerà più avanti, altro è escludere in radice l'esercizio di una facoltà intrinseca al po-

(MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, I. Parte generale, Napoli, 1992, 58: “La rinuncia si configura sempre come negozio giuridico: la volontà dell'effetto che qualifica l'atto negoziale si riferisce all'effetto essenziale e qualificante la fattispecie (e cioè la perdita del diritto); gli altri effetti, che come vedremo si dicono riflessi, non svolgono alcun ruolo ai fini della qualificazione della fattispecie e pertanto non valgono a conferire o meno alla rinuncia la sostanza di atto non negoziale o di negozio giuridico”). Del tutto minoritaria è invece l'opinione che configura la rinuncia come atto giuridico in senso stretto: PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940, 15 ss.; BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, e in giurisprudenza, Cass., 9 marzo 1956, n. 701, in *Giust. civ.*, 1956, I, 1729.

⁵ Il titolo in forza del quale la proprietà spetta allo Stato non è la rinuncia, ma la situazione di vacanza dell'immobile.

⁶ La decisione ripercorre letture classiche in tema di rinuncia: PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli 1940, 164 ss.; BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1149; P. PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. not.*, 1968, 345 ss.

⁷ Già in passato, cfr. ATZERI-VACCA, *Delle rinunce secondo il codice civile italiano*, 2 ed., Torino 1915, 114 ss. Più di recente, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, VI, Milano 1999, 406; IACCARINO, *La rinuncia al diritto di (com)proprietà nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2016, 578 ss.; BRIZZOLARI, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 187 ss.; BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Napoli 2017; R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli 2018; BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, cit.; RENDA, *Derive e approdi in tema di rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Eur. dir. priv.*, 2024, 1 ss.

⁸ MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 927; R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare*, cit., 5. Per una diversa impostazione, FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, Napoli, 2019. Più in generale sul tema, v. PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Id.*, *Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, 33 ss.

tere dispositivo. Là dove il legislatore ha voluto negare la possibilità di rinuncia, il divieto è stato espresso in maniera inequivoca.

Si potrebbe opporre la circostanza che il diritto di proprietà, a differenza dei diritti di credito e dei diritti reali su cosa altrui, non dà vita a una relazione intersoggettiva (fatto salvo, a posteriori, il rapporto che si viene a creare in caso di lesione della proprietà)⁹: in essi, la dialettica tra creditore e debitore, o tra titolare del diritto reale minore e nudo proprietario, fa sì che alla rinuncia segua – ancorché quale effetto riflesso – una modificazione dal lato soggettivo oppure una estinzione del rapporto giuridico¹⁰. Tale relazione mancherebbe invece nel diritto di proprietà, dove la rinuncia non potrebbe essere qualificata quale dismissione della titolarità del rapporto (a prescindere dal conseguente effetto estintivo o modificativo del medesimo), non essendovi, di base, un rapporto.

Ora, tale osservazione non mi pare decisiva. Si può muovere dalla constatazione che non è affatto scontato che la rinuncia debba necessariamente incidere su un rapporto giuridico: tra l'altro, sembrerebbe deporre in senso opposto la pacifica rinunciabilità – tramite abbandono – delle cose mobili. Ma oltre a ciò, non è del tutto esatto affermare che a fondamento del diritto di proprietà immobiliare non sussista un rapporto giuridico: non è ravvisabile certamente una relazione intersoggettiva assimilabile al diritto obbligatorio, e nemmeno una coesistenza di situazioni giuridiche soggettive analoghe ai diritti reali minori, tuttavia è dallo stesso art. 827 c.c. che si evince l'embrione di un rapporto intersoggettivo, tra il proprietario e lo Stato¹¹.

⁹ MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, cit., 52 ss. Si tratta di un'argomentazione sottesa all'orientamento contrario all'ammissibilità dell'istituto: cfr. TAR Piemonte, 28 marzo 2018, n. 368 “in tutti i casi in cui il Codice civile ha espressamente ammesso la rinuncia ad un diritto reale risultano accomunati dal fatto che a fronte della rinuncia la proprietà immobiliare non rimane “acefala”, perché in tali casi la rinuncia provoca l'estinzione del diritto reale minore e la correlativa riespansione della piena proprietà; ovvero, trattandosi di diritti reali minori in comunione, provoca l'accrescimento delle quote altrui sul diritto reale minore”.

¹⁰ “Quest'ultimo, invero, con il venir meno del soggetto attivo, perde quel requisito di determinatezza necessario per la sua esistenza e, in mancanza di una fattispecie modificativa, si estingue”: MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, cit., 88; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9 ed., Napoli, 1971, 218: “La rinuncia, come negozio essenzialmente abdicativo, non ha in nessun caso altra conseguenza che l'estinzione del rapporto, per uscita dal medesimo del soggetto attivo”.

¹¹ Più precisamente, l'opinione prevalente ritiene che gli immobili vacanti divengano di proprietà dello Stato e, in rappresentanza di esso, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, mentre l'Agenzia del Demanio ne è mero gestore ai sensi dell'art. 65 del D.lgs. n. 300/1999 (da ultimo, Cass., sez. trib., 11 gennaio 2025, n. 727). Quasi unanimemente si ritiene altresì che l'acquisto dei beni del defunto da parte dello Stato in mancanza di altri successibili, a norma dell'art. 586 cod. civ., avviene “iure successionis” e, quindi, a titolo derivativo, mentre l'acquisto dei beni immobili “che non sono in proprietà di alcuno”, previsto dall'art. 827 cod. civ., avviene a titolo originario (in giurisprudenza, tra le tante, Cass., 11 marzo 1995, n. 2862, in *Corriere Giur.*, 1995, 954, con nota di Caringella). Si discostano da questa impostazione, ravvisando un acquisto a titolo derivativo

Senza volere rievocare qui l'antica concezione del dominio eminente, che condurrebbe a complesse disamine sulla natura – quale erede o successore per diritto di sovranità – dell'acquisto dello Stato di eredità vacanti¹², basti osservare come non possa negarsi la sussistenza di un rapporto giuridicamente rilevante dello Stato sul patrimonio immobiliare situato entro i confini nazionali, che si estrinseca da un lato in una forma di potere, dall'altro in un dovere di governo nell'interesse della collettività, tema quest'ultimo sul quale si avrà modo di tornare nel prosieguo del ragionamento. Molteplici sono le estrinsecazioni di tale relazione giuridicamente rilevante¹³, che ha quale riferimento il bene, ma indirettamente è in grado di animare un vero e proprio rapporto tra privato proprietario e Stato, e che trova il suo compimento nella regola secondo cui "spettano" alla Stato gli immobili che non sono di proprietà di alcuno.

dello Stato a seguito della rinuncia da parte del proprietario, FOLLIERI, *La proprietà insostenibile, Rinuncia alla proprietà immobiliare tra interesse privato e ragioni della collettività*, Napoli 2022, 102 e CIATTI CAIMI, *La successione dello Stato*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di CALVO e G. PERLINGIERI, I, Napoli, 2013, 627 ss. argomentando dalla circostanza che ne è richiesta la trascrizione ai sensi dell'art. 2644 c.c. In questo senso, in precedenza, DEIANA, voce *Abbandono (derelictio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 11. Per una critica alla scelta politica di attribuire allo Stato i beni immobili vacanti, v. MATTEI, *La proprietà*, in *Tratt. Sacco*, 2 ed., 2, Torino 2015, 188 ss.

¹² SANTORO-PASSARELLI, *Teoria della successione legittima dello Stato*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, 497. In una risalente pronuncia in tema di servitù, la Suprema Corte, interpretando la fattispecie dell'abbandono liberatorio di cui all'art. 1070 c.c., nel silenzio della norma sul punto, ha stabilito che nel caso in cui il proprietario del fondo servente, al fine di liberarsi dalle obbligazioni (*propter rem*) sullo stesso gravanti, decida di abbandonare il proprio fondo e il proprietario del fondo dominante, non intenda acquistarlo, il fondo è da considerare *res nullius*, con conseguente acquisizione dello stesso al patrimonio dello Stato (Cass., 22 giugno 1963, n. 1681, in *Foro pad.*, 1964, I, 1122). In materia, TESCARO, *Fiscus post omnes. La posizione subalterna dello Stato nella dinamica della successione mortis causa*, Milano, 2022; CIATTI CAIMI, *La successione dello Stato*, cit., 630; ID., *La successione dello Stato in Francesco Santoro-Passarelli*, in *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1920-1935)*, a cura di G. PERLINGIERI, Napoli, 2024, 101; SICA, *La successione dello Stato. Dalla lezione di Santoro-Passarelli all'attualità*, ivi, 1283; MANGONE, *Lo Stato: un successore universale per diritto di sovranità*, in *Dir. succ. fam.*, 2024, 559.

¹³ Nell'ambito del diritto internazionale privato, si pensi al riconoscimento del diritto di uno Stato, che preveda l'acquisto *iure imperii* dei beni immobili di un'eredità vacante, di acquisire tali beni situati sul suo territorio, qualora secondo la legge applicabile alla successione non vi siano disposizioni a causa di morte che istituiscano eredi o legatari, né persone fisiche che abbiano diritto di succedere per legge: è quanto prevede l'art. 33 del Regolamento UE n. 650/2012 sulle successioni internazionali. Sul punto, BONOMI – WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015, 437; TESCARO, *Fiscus post omnes. La posizione subalterna dello Stato nella dinamica della successione mortis causa*, cit., 66; VAGNI, *La successione dello Stato. Profili di diritto comparato ed europeo*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 283 ss.

3. Il sindacato sulla meritevolezza in concreto, nella prospettiva dell'intento perseguito

Superati così gli ostacoli all'ammissibilità in linea astratta della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare, occorre declinare il ragionamento in relazione al caso concreto, ovvero agli specifici intenti che muovono il rinunciante, e chiedersi se tale piano d'indagine possa avere qualche rilevanza giuridica sull'atto posto in essere. Le Sezioni Unite della Cassazione rispondono negativamente: appare di particolare interesse l'affermazione secondo cui «la rinuncia alla proprietà immobiliare espressa dal titolare trova causa e quindi anche riscontro della meritevolezza dell'interesse perseguito, in sé stessa». E ancora: «allorché la rinuncia alla proprietà immobiliare, atto di esercizio del potere di disposizione patrimoniale del proprietario funzionalmente diretto alla perdita del diritto, appaia, non di meno, animata da “un fine egoistico”¹⁴, non può comprendersi tra i possibili margini di intervento del giudice un rilievo di nullità virtuale per contrasto con il precetto dell'art. 42, secondo comma, Cost., o di nullità per illiceità della causa o del motivo: ciò sia perché le limitazioni della proprietà, preordinate ad assicurarne la funzione sociale, devono essere stabilite dal legislatore, sia perché non può ricavarsi dall'art. 42, secondo comma, Cost., un dovere di essere e di restare proprietario per “motivi di interesse generale”. Inoltre, esprimendo la rinuncia abdicativa alla proprietà di un immobile essenzialmente l'interesse negativo del proprietario a disfarsi della titolarità del bene, non è configurabile un abuso di tale atto di esercizio della facoltà dominicale di disposizione diretto a concretizzare un interesse positivo diverso da quello che ne giustifica il riconoscimento e a raggiungere un risultato economico non meritato».

L'affermazione, nella sua fermezza e definitività, potrebbe suscitare e ha suscitato qualche perplessità¹⁵. L'argomento della Corte si fonda sulla netta cesura tra l'effetto essenziale e diretto della rinuncia, la dismissione del diritto, e l'effetto riflesso dell'acquisto in capo al terzo: si tratta di un'affermazione largamente condivisa¹⁶, che tuttavia non sembra in sé sufficiente a giustificare pienamente il risvolto applicativo testé evocato¹⁷.

¹⁴ Dal citato parere dell'Avvocatura Generale dello Stato del 14 marzo 2018 si possono trarre le principali motivazioni egoistiche che possono indurre un proprietario e rinunciare al diritto di proprietà: 1. Evitare spese di manutenzione straordinaria di immobili divenuti col tempo degradati e bisognosi di interventi che ristrutturazioni urgenti; 2. Evitare spese di bonifica di suoli inquinati; 3. Evitare di pagarle imposte sugli immobili; 4. Liberarsi di immobili poco interessanti da un punto di vista economico perché ad esempio situati in zone poco accessibili, degradate non commerciabili.

¹⁵ V. per esempio CICCIO, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare. Prime chiose critiche a margine delle sezioni unite*, in *Riv. not.*, 2025, 1257.

¹⁶ V. per tutti SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 218. Secondo Bona, l'acquisto da parte dello Stato nemmeno sarebbe un effetto riflesso dell'atto di rinuncia, ma una conseguenza ulteriore (BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Napoli, 2017, 78 ss.)

¹⁷ Parte della dottrina ammette che la rinuncia possa essere qualificata come liberalità indiretta, sottoposta alla disciplina dell'art. 809 c.c. con i necessari contemperamenti dovuti al suo carat-

Sotto diversa prospettiva, la pronuncia sembra in qualche misura accostarsi all'opinione che esclude *a priori* un possibile sindacato sulla causa di un atto di rinuncia, in quanto essa si connoterebbe quale elemento strutturale rigido di un atto tipico, del quale non ci si può servire per il perseguimento di uno scopo pratico che non sia quello puramente dismissivo, come tale sempre espressione di un interesse meritevole di tutela¹⁸.

Tuttavia, affermare che la rinuncia esprime sempre uno scopo, la dismissione del diritto, che, come tale, è di per sé meritevole di tutela, a prescindere dalla finalità egoistica perseguita, conduce a svilire il sindacato di meritevolezza, di fatto escludendolo, con scarsa sensibilità verso un criterio valutativo che da un lato sembrerebbe dovere pervadere qualsiasi manifestazione di volontà giuridicamente rilevante e dall'altro sottende valori di rango costituzionale. Sembrerebbe così imprescindibile quantomeno una riflessione sulla compatibilità dell'atto di rinuncia *de quo* con i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, in tutti i casi in cui l'esito conclusivo della vicenda sia un aggravio economico per la collettività, e una liberazione di oneri e responsabilità per il privato rinunciante.

Su questa linea, una opinione diffusa giunge a negare validità all'atto di rinuncia avente esclusiva finalità di riversare sulla collettività i pesi e i costi di una proprietà antieconomica. In uno sforzo di sintesi, l'argomentazione si condensa nell'idea che, in tali circostanze, la rinuncia alla proprietà immobiliare si rivela un atto "egoistico" alla luce del connotato solidaristico e sociale assegnatole dal testo costituzionale e dunque precluso, secondo un percorso, oramai ben noto anche in Italia, di rilevanza dei principi costituzionali nei rapporti tra privati¹⁹. Non si può in altri termini trascurare il fatto che

tere unilaterale: ciò accade tutte le volte in cui si dimostri che l'effetto riflesso dell'arricchimento via voluto dalla parte. La presenza di uno scopo liberale verrebbe così a trasformare la funzione del negozio. Dovrebbe però trattarsi di un vero e proprio scopo liberale idoneo a qualificare il negozio, e non in un semplice motivo che può aver indotto il soggetto a compiere l'atto, in quanto il motivo sarebbe irrilevante. In altri termini occorre che il motivo non sia rimasto allo stato di pura determinazione psicologica ma sia penetrato nel contenuto causale dell'atto (MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, cit., 133 ss.).

¹⁸ BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., 1147, che ne evince l'estraneità all'atto di rinuncia della distinzione tra causa onerosa e causa gratuita.

¹⁹ AA.VV., *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto*, a cura di NAVARRETTA, Torino, 2017; AA.VV., *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, a cura di FEMIA, Napoli, 2018. Ma contro l'invocabilità diretta dell'art. 42 Cost., in assenza di una previsione puntuale di legge che fissi il limite a un certo uso dei beni da parte dei proprietari, cfr. GUIZZI, *Chiose a margine di un seminario sulla rinuncia alla proprietà immobiliare aspettando le Sezioni Unite*, in *questa rivista*, 2025, 226. Il dibattito sulla clausola di meritevolezza quale criterio di controllo dell'autonomia privata, sui suoi rapporti con il giudizio di liceità, e sulla connessione con la causa in concreto dell'atto, è estremamente ampio, e non può essere affrontato adeguatamente in queste pagine. Per un'esauritiva disamina del tema, v. PIRAINO, voce *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir., I tematici*, I. *Il contratto*, diretto da ALPA, Milano, 2021, 679 ss. Si veda anche il volume monografico *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica*, 1/2022, *La meritevolezza degli interessi*. Per ulteriori riflessioni, in particolare sui rapporti tra giudizio di meritevolezza e rilevanza dei principi costituzionali, v. di recente E. MINERVINI, *Profili della meritevolezza del contratto*, in *Giur. it.*, 2023, 1795. Da

il potere di disposizione insito nel diritto dominicale, con l'avvento dell'art. 42 Cost., ha perso il carattere di assolutezza e arbitrarietà d'ispirazione individualistico-borghese e si conforma a precisi limiti d'interesse generale²⁰, che potrebbero financo imporre un vaglio di meritevolezza del bisogno perseguito nell'esercizio delle facoltà di godimento e di disposizione inerenti alla proprietà.

Muovendo da tale prospettiva, l'interesse del privato alla dismissione dovrebbe cedere a fronte del prevalente interesse generale a non farsi carico dei costi e delle responsabilità per la custodia del bene e non subire la privazione delle entrate tributarie, per cui andrebbero negate quelle facoltà dominicali contrastanti con la funzione sociale in quanto «improntate all'impostazione individualistica del diritto soggettivo come assoluto potere della volontà del titolare»²¹. Da qui le tesi della nullità degli atti di rinuncia, in generale di disposizione, della proprietà che perseguono una funzione antisociale, invocando l'illiceità della causa o la prospettiva dell'abuso del diritto²².

Senonché, sebbene a prima vista tali considerazioni sembrerebbero convincenti, a maggior ragione in quanto supportate da una valorizzazione del dettato costituzionale, al-

ultimo, per una lettura della sentenza delle Sezioni unite sulla rinuncia alla proprietà immobiliare quale segnale di un ridimensionamento, nella giurisprudenza più recente, della profondità del sindacato di meritevolezza, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Brevi note sulla meritevolezza dell'interesse (a margine di Cass. S.U. 23093/25)*, in *Nuova giur. civ.*, 2025, 1523.

²⁰ Da ultimo, cfr. SALVI, *Rinuncia alla proprietà e funzione sociale*, in *Foro it.*, 2025, 2585.

²¹ LA PORTA, *La rinuncia alla proprietà*, cit., 491. Sul tema, in generale, v. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, ora in *Id.*, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e beni comuni*, Milano, 1981, 239; *Id.*, *Il sistema costituzionale della proprietà*, ivi, 420. P. PERLINGIERI, «Funzione sociale» della proprietà e sua attualità, in Salvatore Pugliatti, nella collana «*I maestri del diritto civile*», a cura di CICCARELLO, GORASSINI, TOMMASINI, Napoli, 2016, 195. V.

²² In questa prospettiva, si distinguono due linee di pensiero, l'una volta a ritenere radicalmente preclusa la rinuncia alla proprietà immobiliare; l'altra volta a ritenerla in linea generale ammissibile, salva la possibilità di dichiararne in concreto l'abusività o l'immeritevolezza, ove si tratti di rinunce connotate dallo scopo di scaricare sulla collettività i costi derivanti dallo stato di degrado in cui versa il bene. In dottrina, per la tesi più rigorosa, DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, cit., 192; LA PORTA, *La rinuncia alla proprietà*, cit., 484 ss.; più di recente, v. COUCOURDE, *L'inammissibilità della rinuncia alla proprietà immobiliare: in attesa delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 153 ss. Favorevoli a una valutazione in concreto, che conduca a un'affermazione di nullità (per immeritevolezza della causa in concreto o per abuso del diritto) quando il privato sia stato mosso dall'esclusivo desiderio di liberarsi dall'aggravio economico rappresentato dal bene cui intende rinunciare scaricandolo sulle spalle dei contribuenti, per esempio: R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare*, cit., 137 e DAMIANI, *Il problema della rinuncia alla proprietà immobiliare al vaglio delle Sezioni unite*, in *Nuova giur. civ.*, 2024, 1465 ss., che così sintetizza: «la rinuncia alla proprietà al di fuori dei casi previsti dalla legge è ammissibile solo (...) quando il privato non sia mosso dall'esclusivo anelito di liberarsi dall'aggravio economico rappresentato dal bene cui intende rinunciare scaricandolo sulle spalle dei contribuenti, e quando la causa del negozio unilaterale non collida con la funzione sociale attribuita dalla Costituzione all'esercizio del diritto di proprietà. Viceversa, l'atto di rinuncia sarebbe irrimediabilmente nullo, e andrebbe a integrare un'ipotesi di abuso del diritto».

tre valutazioni paiono condurre a una soluzione opposta, nella consapevolezza che anche i principi e valori costituzionali richiedono di essere sottoposti a un giudizio di bilanciamento.

Volendo procedere con ordine, occorre domandarsi dove risiede esattamente il connotato della immeritevolezza, se nel fine perseguito o nell'effetto realizzato, posto che tra i due momenti non vi è piena coincidenza.

Nel caso che ci occupa, il fine perseguito è la dismissione del diritto e, con essa, la liberazione da oneri, obblighi e responsabilità. Non sembra sostenibile che rientri nel fine perseguito la traslazione di tali pesi in capo all'Erario. In altri termini, è da escludere che il privato rinunciante miri a riversare sullo Stato oneri e responsabilità²³, essendo realisticamente indifferente al disponente il destino del bene: egli vuole non essere più proprietario, non mira a che lo Stato, o altro soggetto specifico, prenda il suo posto. Ritengo sia da escludere che il momento acquisitivo sia effettivamente voluto dal rinunciante²⁴: egli rinuncia perché vuole rinunciare, non perché vuole che l'immobile passi allo Stato, circostanza che potrebbe essere anche ignorata (quantomeno, sul versante dell'esatta individuazione del soggetto acquirente, che può essere lo Stato o le regioni²⁵).

Se così stanno le cose, occorre ancora chiedersi, sempre nella prospettiva del fine perseguito, se l'intento di liberarsi da oneri, obblighi e responsabilità, possa essere considerato come non meritevole di tutela, o integrare un motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 c.c.²⁶. Un'indagine sistematica mi pare conduca a una risposta negativa: lo dimostra il fatto che le ipotesi tipizzate di rinuncia immobiliare sono specificamente finalizzate alla liberazione da oneri, con la sola differenza che l'effetto mediato non sarà l'acquisto dello Stato, ma di altri soggetti²⁷. Ma forse, l'indicazione più convincente giunge da un accostamento che merita di essere indagato, e non soltanto a fini descrittivi, concernente la speculare ipotesi della rinuncia all'eredità.

²³ Si parla di "conseguenze riflesse del negozio rinunciativo, non direttamente ricollegabili all'intento negoziale e non correlate al contenuto causale dell'atto" (MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 926).

²⁴ Di diverso avviso, secondo una ricostruzione dell'atto di rinuncia quale atto traslativo, che concretamente realizza una sorta di attribuzione in favore dello Stato, FOLLIERI, *La proprietà insostenibile*, cit., 98 ss., 112.

²⁵ I beni immobili vacanti nelle regioni Sicilia, Sardegna e del Trentino-Alto Adige rientrano nel patrimonio di queste Regioni a statuto speciale.

²⁶ Sulla compatibilità della regola con la struttura dell'atto unilaterale MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, cit., 243; GUZZI, voce *Motivo nel negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, X, Torino, 1964, 971.

²⁷ D'altra parte, vale la pena richiamare i risultati acquisiti in materia di donazione, ove la causa liberale non è inficiata da circostanze, che evidentemente attengono alla sfera dei motivi: la donazione resta tale anche se il bene donato con spirito di liberalità non ha un valore oggettivo, anche se ha per oggetto un bene la cui gestione è molto gravosa tanto da procurare al donatario più danni che benefici, anche se effettuata con fini egoistici, se effettuata con dolo (garanzia per vizi) o ancora se un *modus* annulla il beneficio.

4. Segue. L'utilità di un raffronto con la rinuncia all'eredità

Proprio dalla disciplina della rinuncia alla eredità si evincono utili indicazioni: si sa che laddove non vi siano altri chiamati, la destinazione naturale dell'eredità sia al patrimonio dello Stato. L'acquisto dello Stato è previsione di chiusura di un sistema che non tollera – salvi casi eccezionali, mai relativi a beni immobili – diritti adespoti: lo Stato succede *ex lege*, senza che possa opporre un rifiuto; non acquista, contrariamente ad altri chiamati ulteriori, il diritto d'accettare l'eredità, ma direttamente la titolarità dei cespiti che costituiscono l'asse ereditario.

Indagando la disciplina della rinuncia in esame, si può osservare come nessuna valutazione di liceità o meritevolezza sia consentita con riguardo alle motivazioni che sottendono la scelta del chiamato di rinunciare all'eredità, per esempio perché dannosa in ragione dei tanti debiti ereditari (spesso proprio nei confronti dello Stato), o perché, avvicinandoci al tema di cui si discute, composta essenzialmente da uno o più beni immobili in stato di degrado, bisognosi di interventi manutentivi, privi di valore commerciale, fonti di costi superiori ai benefici. Quali che siano le ragioni, esse non assurgono evidentemente mai a causa dell'atto di volontà, e non ne possono inficiare la validità.

L'ovvia considerazione che le motivazioni che sorreggono la scelta di rinunciare all'eredità (o meglio, di rifiutarne l'acquisto) possono anche riguardare profili personalissimi, che affondano negli inesplorabili meandri delle relazioni umane intrafamiliari, non è sufficiente a svalutare il fatto che la scelta egoistica di riversare su altri – e in ultima istanza, sullo Stato – costi e responsabilità derivanti dall'acquisto ereditario, è considerata dal legislatore, sempre e comunque, pienamente legittima, e meritevole di rilevanza giuridica.

In fondo, immaginando un asse ereditario composto esclusivamente da uno o più beni immobili “passivi”, il chiamato è senza dubbio legittimato a rinunciare, senza indagini sulle sue finalità egoistiche, con l'effetto che, in mancanza di altri successibili, l'eredità va allo Stato. Poco conta, infine, che nel caso del chiamato, egli in realtà rinuncia non all'eredità, che mai ha acquisito, ma alla delazione, ovvero al diritto all'acquisto: le valutazioni in ordine alla convenienza economica dell'acquisto si proiettano infatti sull'asse ereditario, rendendo valide le considerazioni svolte.

Occorre ora soffermarsi sulle differenze esistenti tra le due fattispecie, a partire dalla specifica previsione della limitazione di responsabilità dello Stato successore ai sensi dell'art. 586 c.c., che non compare nel disposto dell'art. 827 c.c.

Si potrebbe essere tentati di trarre da quella previsione normativa una regola generale per cui l'acquisto “imposto” allo Stato non può essere fonte di aggravii economici, pertanto in caso di beni “negativi” o “antieconomici”, non dovrebbe esserne consentita la dismissione. In realtà, si tratta di un percorso argomentativo che trova qualche ostacolo, e che, in ultima analisi, non convince.

La limitazione di responsabilità dello Stato successore riguarda i soli debiti ereditari (oltre ai legati), ovvero i debiti che già facevano capo al *de cuius*, e che, in linea di principio, dovrebbero trasferirsi in capo al successore stesso: in forza dell'eccezionale previsione contenuta nell'art. 586 c.c., si fa gravare sui creditori – e non sulla collettività – il rischio

dell'incapienza del patrimonio ereditario. Tuttavia, tale limitazione non concerne i costi (di manutenzione, ad esempio) che gravano i beni, né gli eventuali obblighi risarcitori che derivano dalla custodia della cosa in capo allo Stato, i quali, se non ascrivibili alla categoria dei debiti ereditari, fanno interamente capo allo Stato proprietario, senza attenuazioni.

Una simile limitazione di responsabilità non è logicamente estensibile alla diversa ipotesi di acquisto dello Stato dei beni immobili vacanti, per una differenza fondamentale, che rende non sovrapponibili – nonostante le apparenze – le due ipotesi: nel caso della successione per causa di morte manca un'alterità soggettiva tra precedente e attuale proprietario, manca un'alterità di centri di imputazione di responsabilità, in quanto il *de cuius* non è più in vita, e i debiti a lui facenti capo, in quanto sorti prima della sua morte, divengono debiti del successore. Nel contesto dell'art. 586 c.c., il rinunziante, infatti, non è mai stato titolare dei beni ereditari, avendo rifiutato il diritto di acquistare: l'intero asse ereditario si trasmette, nella sua interezza, dal *de cuius* allo Stato. Ne consegue che l'unica soluzione per evitare di addossare sullo Stato le passività è l'introduzione di una esplicita limitazione legislativa di responsabilità, che, eccezionalmente, deroga alla regola della confusione di patrimoni tra *de cuius* e suo successore a titolo universale.

Nel caso di acquisto dello Stato di beni immobili vacanti, a prescindere dalla sua natura originaria o derivativa, è individuabile un precedente proprietario e un conseguente centro di imputazione di diritti e obblighi, distinto dallo Stato, per cui non v'è ragione di prevedere una limitazione di responsabilità, mancando il presupposto della confusione di patrimoni.

Piuttosto, si tratterà di determinare, sulla base dei principi generali in materia di obbligazioni, quali debiti gravano sullo Stato e quali continuano a gravare sul precedente proprietario, dovendosi escludere un fenomeno di successione nei debiti già maturati, ancorché attinenti alla titolarità del bene. Ma su questo tema si tornerà a breve.

5. Il sindacato sulla meritevolezza in concreto, nella prospettiva dell'effetto realizzato

Riprendendo le fila del discorso, e passando ora ad indagare un'eventuale immeritevolezza dell'effetto realizzato dall'atto di rinuncia alla proprietà, esso è ravvisabile nella perdita della proprietà di un bene, e indirettamente nell'acquisto dello stesso allo Stato. Al di là dell'intento del rinunciante che, come si è visto, non può di per sé essere messo in discussione, ancorché "egoistico", resta da chiarire se l'operazione possa considerarsi immeritevole di protezione quando realizzi, seppure indirettamente, un aggravio economico a carico della collettività. Anche in tale prospettiva di natura oggettiva, varie ragioni mi paiono supportare la soluzione negativa.

In generale, si potrebbe esordire con la considerazione che un bene, a maggior ragione se immobiliare, è comunque un valore, e il relativo acquisto è sempre un arricchimento. È proprio vero che esistono "beni antieconomici"? Nella maggior parte dei casi, è piuttosto vero che esistono beni che richiedono investimenti, e dunque esborsi di denaro, per le precarie condizioni in cui si trovano, ma che all'esito del risanamento potranno

essere impiegati proficuamente. O beni che, per l'infelice localizzazione, hanno scarsa attrattiva e dunque un ridotto valore di mercato, fermo restando che, anche in tal caso, con opportune politiche di valorizzazione del territorio, il *trend* potrebbe invertirsi.

Al di là di queste considerazioni, mi pare decisiva la riflessione che solo apparentemente la strada della nullità della rinuncia "egoistica" promuove gli interessi della collettività: in realtà, se è vero che risponde a tale interesse una strategia che non intacchi le casse dello Stato, più rilevante mi pare essere l'interesse generale alla tutela paesaggistico-ambientale e a un razionale uso del suolo.

Se guardiamo a tale obiettivo primario, il mezzo proposto (il divieto di rinuncia abdicativa della proprietà del bene) non rappresenta la soluzione migliore. Anzi! Il rischio sarebbe quello di perpetuare lo stato di abbandono, di non fare emergere situazioni di criticità, potenziali fattori di rischio per l'ambiente o per l'incolumità delle persone²⁸.

La legislazione di settore contempla tutta una serie di strumenti di reazione da parte dello Stato alla "proprietà negativa", contro il degrado, l'inquinamento, l'abbandono possibile causa di pericoli a terzi, l'abusivismo, e questi strumenti spesso conducono proprio all'acquisizione dei beni al patrimonio dello Stato, di fronte alla presa d'atto dell'inerzia del proprietario.

Emblematico in tale direzione è l'art. 31 TU Edilizia, che prevede l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale degli immobili abusivi per i quali non si è ottemperato all'ordine di demolizione, con presa in carico dello Stato del ripristino dei luoghi a spese dei responsabili dell'abuso.

Di ben altro tenore la previsione contenuta nell'art. 838 c.c., che consente l'espropriazione di beni abbandonati, dietro il pagamento di un'indennità: disposizione propria di un'epoca in cui alla proprietà fondiaria si guardava in ogni caso come a un valore. L'espressione "può farsi luogo all'espropriazione" non va intesa come libertà di scelta dell'Amministrazione se occuparsi o meno degli immobili in stato di abbandono (susceptibili di nuocere gravemente alle esigenze della produzione o al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica), ma semplicemente come facoltà di impiegare o meno lo strumento dell'espropriazione, fermo restando il dovere di sano governo del territorio che fa capo allo Stato (art. 117 Cost.).

L'Amministrazione pubblica deve infatti considerarsi investita di un dovere correlato alla sua sovranità, volto a soddisfare un «interesse pubblico obiettivo»²⁹ a una gestione sana del territorio³⁰.

²⁸ In tal senso anche R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare*, cit., 48, che fa notare come la permanenza del bene in capo al privato potrebbe risultare di assoluto nocumento proprio rispetto all'interesse generale.

²⁹ SANTORO-PASSARELLI, *Teoria della successione legittima dello Stato*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, 527.

³⁰ RENDA, *Derive e approdi in tema di rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Eur. dir. priv.*, 2024, 61; GUIZZI, *Chiose a margine di un seminario sulla rinuncia alla proprietà immobiliare aspettando le Sezioni Unite*, cit., 232.

Di grande significato in proposito è una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha ritenuto lo Stato italiano responsabile, per violazione dell'articolo 2 CEDU, per non avere tempestivamente ed efficacemente reagito alla perdurante situazione di inquinamento derivante dalla gestione illegale dei rifiuti in Campania ³¹. Merita sottolineare come il riferimento convenzionale sia il diritto alla vita delle persone, che l'omissione dello Stato mette in pericolo.

Tale riferimento consente di dare risposta al quesito, posto più sopra, relativo alla meritevolezza di un atto d'autonomia privata che realizzi, quale effetto indiretto, non intenzionale, ma pur consapevole, un acquisto di un immobile degradato a carico dello Stato, con correlativo aggravio economico. Nel bilanciamento di principi e interessi protetti, se da lato vi sono gli inderogabili doveri di solidarietà economica e sociale che fanno capo ai consociati, dall'altro vi è il dovere statuale di tutela del territorio, proiettato alla preservazione dell'ambiente, del decoro e della salute delle persone. L'ovvia obiezione secondo cui questi valori dovrebbero essere garantiti non facendo gravare sullo Stato i costi può essere facilmente superata, osservando come non è affatto detto che l'acquisto degli immobili oggetto di rinuncia comporti la traslazione in capo allo Stato di qualsiasi costo e responsabilità, essendo vero piuttosto il contrario (ma sul punto, si rinvia *infra*). Stando così le cose, risulterà ancora più evidente come sia nell'interesse della collettività riconoscere legittimità alla rinuncia immobiliare, anche a fronte di beni antieconomici, consentendo (e imponendo) allo Stato una gestione improntata alla messa in sicurezza, al recupero, alla bonifica e al ripristino del valore. Il che conduce ad escludere il potere dello Stato di rifiutare l'acquisto, di fatto operando una selezione dei beni.

Concludendo sul punto con un richiamo alla funzione sociale della proprietà, l'affermazione diffusa secondo cui il proprietario, nel godere e disporre del proprio diritto, non può limitarsi a soddisfare bisogni individuali ed egoistici, bensì deve tenere in debito conto la necessità di non nuocere all'interesse generale, se può considerarsi valida nella sua astrattezza, non è in grado di condurre all'inammissibilità della rinuncia alla proprietà, anche alla luce delle considerazioni che seguiranno, idonee a escludere che l'atto dimissivo comporti una liberazione dai pesi che contraddistinguono i beni "antieconomici".

Tali ultime osservazioni hanno quale ulteriore riflesso un giudizio di sfavore nei riguardi della già menzionata novella legislativa, contenuta nella legge di Bilancio, che ha sancito la nullità dell'atto unilaterale di rinuncia "se allo stesso non è allegata la documentazione attestante la conformità del bene alla vigente normativa, ivi compresa quella in materia urbanistica, ambientale e sismica"³². La previsione appare del tutto incoerente con il quadro normativo e con il sistema valoriale: stante l'assoluta indeterminatezza del requisito formale richiesto a pena di nullità, riferito alla conformità del bene all'intera normativa vigente,

³¹ Corte EDU, 30 gennaio 2025.

³² Art. 1, comma 731, della legge di bilancio del 30 dicembre 2025, n. 199, entrato in vigore il 1° gennaio 2026. Si osservi che la disposizione in parola prevede espressamente che a tale atto di rinuncia "consegue l'acquisto a titolo originario in capo allo Stato ai sensi dell'articolo 827 del codice civile".

di cui quella urbanistica, ambientale e sismica è menzionata in via meramente esemplificativa, con essa si preclude di fatto in maniera indiscriminata la possibilità di acquisto di immobili a seguito di rinuncia del proprietario, a prescindere dall'eventuale vantaggio che tale acquisto comporterebbe. Si pensi a beni immobili dotati di un valore di mercato, a cui il proprietario voglia rinunciare per mero disinteresse personale; ma anche a beni immobili in cattive condizioni, per i quali la tortuosa strada dell'espropriazione potrebbe essere aggirata, con indubbio risparmio, da una rinuncia spontanea del proprietario.

6. La responsabilità per i danni cagionati a terzi dalla cosa in custodia e la rilevanza della notificazione allo Stato della rinuncia abdicativa

È giunto il momento di affrontare uno tra i temi più spinosi della vicenda che ci occupa, ovvero la traslazione di costi, oneri e responsabilità in capo allo Stato, che rappresenta il principale motivo di preoccupazione e che mantiene un'indubbia rilevanza pratica anche alla luce dell'intervenuta legge di Bilancio, con riferimento alle numerose rinunce effettuate precedentemente e per le quali potrebbero nei prossimi anni emergere profili di responsabilità.

Non si può totalmente aderire alla impostazione di una parte della giurisprudenza di merito che giunge ad ritenere conforme ai principi solidaristici che, in presenza di un immobile con problemi di carattere statico, che determina una situazione di rischio per "l'incolumità pubblica per i residenti e/o utilizzatori degli edifici confinanti e degli utenti della pubblica via", in conseguenza della rinuncia alla proprietà da parte del privato, i costosi interventi di messa in sicurezza siano finanziati con risorse pubbliche provenienti dalla fiscalità generale, anziché gravare sul singolo proprietario, del resto neppure colpevole per lo stato dell'immobile"³³.

La questione è estremamente delicata, e richiede di operare un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, partendo però da considerazioni di ordine sistematico, e da una preliminare distinzione tra le diverse voci di aggravio economico prospettabili, che non possono essere trattate congiuntamente, rispondendo a logiche non coincidenti.

Partendo dunque dal versante delle responsabilità gravanti sul proprietario per i danni cagionati a terzi dal bene immobile, le opinioni tendono a convergere. Si afferma diffusamente che il proprietario rinunciante non possa ritenersi esente da responsabilità per i danni cui egli abbia dato causa con il fatto proprio³⁴ e in questo senso si è espressa

³³ Trib. Bari, 13 settembre 2023.

³⁴ Secondo R. Quadri sono a carico del privato le responsabilità per tutto il periodo in cui il bene gli sia appartenuto: egli continuerà a rispondere di tutte le conseguenze negative derivanti dalla pregressa gestione del bene e a lui imputabili, con la conseguenza che l'eventuale eliminazione di pericoli e l'eventuale ripristino della situazione preesistente dovrà avvenire a sue spese (*La rinuncia al diritto reale immobiliare*, cit., 49). Secondo Follieri il rinunciante non potrebbe andare esente da responsabilità per i danni causati a terzi o a cose con il proprio comportamento, avendo omesso

anche la Cassazione a sezioni unite nella più volte citata pronuncia dello scorso agosto³⁵. Tale impostazione merita di essere condivisa, anche sulla base di ulteriori considerazioni.

In primo luogo, va precisato che se il danno si è già verificato prima della rinuncia, la responsabilità è certamente a carico del precedente proprietario, e tale affermazione non richiede ulteriori approfondimenti.

Se invece il danno si verifica successivamente al trasferimento della proprietà, la questione appare più complessa, ben potendo però, in ultima analisi, giungere a conclusioni analoghe. Inquadrandolo la fattispecie all'interno del disposto dell'art. 2051 c.c., è vero che ai fini della responsabilità è sufficiente provare la derivazione causale del danno dalla cosa, irrilevante essendo il requisito soggettivo della colpa, ma è anche vero che in questa fattispecie il criterio di individuazione del responsabile è fondato su una relazione fattuale con il bene, ovvero sull'effettivo potere di controllo fisico sulla cosa, che prescinde persino della sussistenza di un diritto reale o personale di godimento sulla medesima³⁶.

In qualche occasione, la giurisprudenza ha sottolineato come il presupposto della custodia può venire meno a seguito della modificazione di tale situazione di fatto, ma non è sufficiente il solo mutato atteggiamento soggettivo del custode, essendo necessario che ricorra un affidamento idoneo, ossia tale da risultare, per le modalità con cui avviene e per le qualità del soggetto scelto come *accipiens*, sufficiente a prevenire danni a terzi³⁷.

Con riferimento alla fattispecie che ci occupa, occorre chiedersi a partire da quale momento si possa ritenere che lo Stato acquisisca quel potere di fatto che rappresenta il fondamento della responsabilità da cose in custodia, e a tal fine si potrebbe essere portati a valorizzare la necessità che la dismissione della proprietà e il conseguente acquisto vengano portati a conoscenza della Autorità pubblica, la quale deve essere messa nelle condizioni di potersi occupare della cosa.

Pur aderendo alla tesi che esclude la recettività della rinuncia³⁸, la quale produrrà l'effetto dismissivo in virtù della sola manifestazione di volontà unilaterale del rinun-

di porre in essere in passato quei necessari e ineludibili interventi di manutenzione e messa in sicurezza del proprio immobile (*La proprietà insostenibile*, cit., 102). Conf. GUIZZI, *Chiose a margine di un seminario sulla rinuncia alla proprietà immobiliare aspettando le Sezioni Unite*, cit., 229.

³⁵ «La responsabilità per i danni che siano causalmente collegati alla proprietà di un immobile, e il cui fatto illecito generatore si rinvenga nella negligente costruzione/manutenzione o custodia dello stesso, persiste anche in caso di rinuncia abdicativa (e non liberatoria) al bene. In forza dell'acquisto al patrimonio dello Stato, stabilito dall'art. 827 cod. civ., quest'ultimo diviene vincolato *propter rem* per i soli obblighi gestori sorti dopo la rinuncia, mentre le responsabilità risarcitorie sorte anteriormente restano a carico del rinunciante»).

³⁶ «La custodia è l'elemento costitutivo centrale della fattispecie perché rappresenta il criterio di imputazione che funge da fondamento della responsabilità in sostituzione della colpa»: così SCODITTI, voce *Danni da cose in custodia*, in *Enc. dir., I tematici*, VII. *Responsabilità civile*, diretto da C. Scognamiglio, 284.

³⁷ Cass., 10 ottobre 2014, n. 21398.

³⁸ GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 62.

ciante, e confermando l'opinione che l'acquisto dello Stato prescinde da una sua adesione, secondo questa impostazione la comunicazione allo Stato assurge a onere ineludibile per far venire meno il rapporto di custodia in capo a rinunciante.

Ma anche qualora la rinuncia sia stata comunicata, e quindi sia ravvisabile in capo allo Stato la posizione del custode, occorrerà indagare su eventuali azioni di regresso nei confronti di chi ha, con la propria condotta colpevole, contribuito a cagionare il danno. In altri termini, si dovrà valutare se il danno è imputabile, in tutto o in parte, alla pregressa gestione del bene, avendo il rinunciante omesso interventi manutentivi necessari, non avendo adempiuto ad eventuali ordinanze di ripristino, avendo contribuito a determinare lo stato di degrado in cui si trova la cosa: egli continuerà a rispondere di tutte le conseguenze negative riconducibili a tali negligenze riferibili alla sua pregressa titolarità. Più precisamente, se l'attuale proprietario (lo Stato) sarà chiamato a risarcire eventuali danni a terzi, avrà poi diritto di rivalsa nei confronti del proprietario rinunciante.

A maggior ragione ciò vale per i danni ambientali, causati sia dalle attività professionali sia da chiunque altro in caso di comportamento doloso o colposo, in ragione degli stringenti obblighi di prevenzione e di riparazione previsti dal codice dell'ambiente. I proprietari sono tenuti ad adottare tempestivamente le misure di prevenzione e di messa in sicurezza ogni qualvolta vi sia la minaccia di un danno ambientale o quando tale danno si sia verificato. Qualora ciò non avvenga, la responsabilità graverà (in tutto o in parte) sul soggetto che era tenuto a porre in essere tali misure, ancorché il danno si verifichi successivamente alla dismissione.

In talune ipotesi, sarà più propriamente ravvisabile un concorso di colpa. L'acquisto della proprietà di cui all'art. 827 c.c., ove diligentemente notificata, determina il sorgere di obblighi di manutenzione in capo allo Stato, per la particolare relazione materiale e giuridica che lo lega alla cosa: in qualità di custode, egli si trova nella posizione astrattamente idonea ad attivarsi per rimuovere o ridurre il potenziale rischio insito nel bene oggetto della sua custodia. In questa veste, egli partecipa al processo causale qualora non si adoperi per limitare gli effetti pregiudizievoli di quella fonte di danno, anche se il difetto era già esistente e quindi non a lui primariamente imputabile, pertanto, potrà essere chiamato a risarcire in concorso con il precedente titolare.

Quando poi all'ipotesi speciale della responsabilità da rovina di edificio, il cui fondamento è costituito dal titolo di proprietà sulla costruzione³⁹, la responsabilità dello Stato, ricorrendone i presupposti applicativi, sembrerebbe univoca, specie ove si aderisca alla tesi dominante, favorevole a ravvisarvi un regime di imputazione oggettiva, in aderenza al principio generale *cuius commoda, eius et incommoda*.

Sulla base delle considerazioni sopra esposte, che hanno condotto a ritenere che in mancanza di notifica lo Stato, pur proprietario, non può dirsi custode, e che anche

³⁹ TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 26; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, Art. 2043-2059, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, 2 ed., Bologna, 2020, 462. Più recentemente, MEZZANOTTE, voce *Danno da rovina di edificio*, in *Enc. dir., I tematici*, VII. *Responsabilità civile*, cit., 297.

successivamente sia ascrivibile in capo al rinunciante la responsabilità per le omissioni a lui imputabili nella cura del bene, si prospetta un possibile concorso di responsabilità del proprietario *ex art. 2053 c.c.* e del custode *ex art. 2051 c.c.* trattandosi di diversi titoli di responsabilità che possono cumularsi, riposando su differenti presupposti di fatto e di diritto ed essendo sottoposti a diversificati regimi probatori e di cause di esenzione⁴⁰. Ma ove il difetto di manutenzione – che costituisce presupposto applicativo della fattispecie in esame – sia poi interamente ascrivibile alla condotta del rinunciante, in sede di regresso il costo del danno potrà essere riversato su quest'ultimo.

Emerge dalle riflessioni che precedono la rilevanza di un secondo tema strettamente connesso, da tenere tuttavia distinto, ovvero l'imputabilità dei costi connessi alla gestione e manutenzione straordinaria del bene.

7. I costi di manutenzione straordinaria

Passando dunque allo spinoso tema degli esborsi necessari per rimuovere la situazione di degrado in cui versa l'immobile o addirittura procedere alla sua demolizione, sorge il quesito se lo Stato che vi provveda a proprie spese, anche per evitare responsabilità concorrenti per danni a terzi, abbia diritto, e a quale titolo, a esserne tenuto indenne.

La questione trova una più agevole soluzione nei casi in cui, come spesso accade, vi sia già stato un previo provvedimento amministrativo, come un'ingiunzione di risanamento o demolizione, che sia rimasto inadempito: in tal caso, non è difficile ravvisare un diritto di rivalsa dello Stato che faccia eseguire l'intervento nei confronti del proprietario rinunciante, già gravato del relativo obbligo.

In mancanza, la questione è più complicata. Essa può essere affrontata attraverso una disamina di numerosi indici normativi che in differenti contesti sembrano prospettare una soluzione uniforme, favorevole a un diritto di rivalsa.

Esaminando allora gli istituti di applicazione generale, non sembra invocabile una tutela di natura aquiliana: diversamente dall'ipotesi trattata nel paragrafo precedente, la cosa non ha procurato danni a terzi e pertanto, siamo fuori dal perimetro applicativo degli artt. 2051 e 2053 c.c. Si tratterebbe piuttosto di un danno che deriva da un fatto imputabile al precedente proprietario, risarcibile in virtù della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.: osta però a tale configurazione la circostanza che la condotta lesiva immediatamente causativa della perdita patrimoniale coincide con l'atto di rinuncia, che difficilmente potrà considerarsi quale condotta antigiuridica, se si aderisce all'opinione che la inquadra nel libero esercizio del potere dispositivo facente capo al proprietario. Salvo che non si voglia risalire all'antecedente causale precedente all'atto di rinuncia, consistente nella cattiva conservazione del bene, giungendo ad affermare che il fatto illecito generatore si rinviene nella negligente costruzione, manutenzione o custodia.

⁴⁰ In questo senso, v. la recente Cass., 21 novembre 2025, n. 30701.

Seguendo questa ricostruzione, le perplessità si riversano su altro elemento costitutivo dell'illecito aquiliano, ovvero il danno evento: si fatica a rintracciare, nel caso concreto, quale interesse giuridicamente tutelato dello Stato risulti violato, al di là di una generica lesione dell'integrità patrimoniale.

Nemmeno sembra invocabile l'istituto della gestione di affari altrui, posto che mancano qui sia la spontaneità dell'intervento dello Stato, che non può esimersi dal rimuovere situazioni di degrado o di pericolo per la collettività, sia soprattutto l'altruità dell'affare gestito, posto che lo Stato è a tutti gli effetti *dominus*.

Venendo alle normative di settore, si rintracciano utili indicazioni.

In materia di aree inquinate, per esempio, la questione trova una soluzione legislativa articolata nell'articolo 253 TU ambiente, espressione del principio eurounitario "Chi inquina paga": si prevede che nel caso in cui il proprietario non responsabile dell'inquinamento abbia spontaneamente provveduto alla bonifica del sito inquinato, egli ha diritto di rivalersi nei confronti del responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute e per l'eventuale maggior danno subito. Ne consegue che se lo Stato, divenuto proprietario a seguito di rinuncia del soggetto inquinatore, provvede alla bonifica, potrà poi agire in rivalsa verso il proprietario rinunciante, o verso il responsabile dell'inquinamento⁴¹.

Diffusamente richiamata nel dibattito sul punto è poi la disciplina delle spese inerenti al muro comune: come è noto, la legge prevede che il comproprietario possa esimersi dall'obbligo di contribuire alle spese di riparazione e ricostruzione, rinunciando al diritto di comunione. Il terzo comma dell'art. 882 c.c. precisa però che "la rinuncia non libera il rinunziante dall'obbligo delle riparazioni e ricostruzioni a cui abbia dato causa col fatto proprio": l'obbligo di sopportare le spese per le riparazioni e le ricostruzioni del muro comune costituisce invero un'obbligazione *propter rem* gravante su tutti i comproprietari in proporzione del diritto di ciascuno, a meno che l'intervento non si sia reso necessario a causa del fatto di uno dei partecipanti, poiché in tal caso l'obbligo è suo esclusivo, ha natura personale e conseguentemente non potrà essere traslato su altri. Tale obbligo non si trasferisce al comproprietario succeduto, a titolo particolare, all'autore del fatto, né in caso di trasferimento volontario né in caso di rinuncia alla comproprietà del muro, la quale, con riguardo a tali spese, perde il suo tipico effetto liberatorio⁴². La disciplina della rinuncia alla comunione del muro, non estensibile per la sua specialità alla diversa fattispecie della rinuncia al bene da parte dell'unico proprietario, contribuisce

⁴¹ Cass., sez. un., 1 febbraio 2023, n. 3077. Diversa l'ipotesi in cui lo Stato non proprietario, ai sensi dell'art. 250 TU amb., effettui d'autorità interventi di bonifica, nel qual caso sorge – ma solo dal momento dell'approvazione del progetto di bonifica, da indicarsi nel certificato di destinazione urbanistica – un onere reale a carico del proprietario attuale e dei successivi, garantito da privilegio speciale sull'immobile stesso, per il recupero delle spese sostenute (v. Cass., 19 aprile 2022, n. 12438; Cass., 27 febbraio 2012, n. 2982).

⁴² ALBANO, voce *Muro*, in *Noviss. Dig. It.*, X, Torino, 1964, 1025. In giurisprudenza, Cass., 30 marzo 1994, n. 3089; Cass., 8 giugno 1962 n. 1418.

però all'emersione di un principio di ragionevole ripartizione dei costi, che addossa il peso economico su chi lo ha cagionato, salvo però, in tal caso, imporre in capo ai proprietari l'onere di provare che la necessità di provvedere a riparazioni e ricostruzioni consegue a un fatto del rinunciante.

Di diverso tenore è un'altra previsione normativa meritevole di menzione, e inserita nella disciplina della donazione. Non sembra fuori luogo ricordare, in tale contesto, come persino il donante, che trasferisca al beneficiario un bene viziato, sia tenuto ai sensi dell'art. 798 c.c. a prestare garanzia, nel caso di dolo, da intendersi non quale intenzione di nuocere, bensì quale mera consapevolezza della presenza del difetto e dell'aggravio riversato sul donatario⁴³.

Trattasi di una disposizione di non frequente applicazione la quale, costituendo *ius singolare*, non sembra ammettere applicazioni al di fuori dei casi tassativamente previsti⁴⁴, ma cionondimeno esprime un principio di correttezza e di equo riparto dei costi e dei danni. Da essa, si traggono alcuni assunti rilevanti: *in primis*, che il cd. dolo, inteso come si è poc'anzi precisato, non contraddice lo spirito di liberalità, pertanto la donazione resta tale, anche se il bene risulta affetto da vizi tali da rendere dannosa o inutile l'attribuzione. E inoltre, che la consapevolezza del possibile pregiudizio economico arrecato all'avente causa determina una responsabilità⁴⁵, che in tal caso si fonda – a differenza dell'ipotesi del muro comune – non sull'aver cagionato con la propria condotta il difetto fonte di costi, bensì sull'esserne a conoscenza e averlo taciuto, per riversarne le conseguenze economiche negative in capo ad estranei.

Tale principio potrebbe risultare utile nelle ipotesi in cui, come può accadere, il rinunciante “non abbia colpa”. È vero che la garanzia è strettamente connessa a un rapporto contrattuale, e dunque a un'attribuzione e a un acquisto a titolo derivativo, ma il principio che ne costituisce il fondamento risponde a una logica di equa allocazione dei costi, non trattandosi in tal caso di rimediare a un'alterazione del rapporto sinallagmatico: se è tutelato il donatario, che ha acconsentito al beneficio, dovrebbe ragionevolmente esserlo anche chi si trova, suo malgrado, proprietario quale effetto riflesso di un atto di rinuncia fatto nella consapevolezza di riversare altrove i costi inerenti al cattivo stato del bene.

⁴³ In questo senso, TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu Messineo*, XXII, Milano, 1956, 513; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, Art. 769-809, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Libro II *Delle successioni*, Bologna-Roma, 1976, 445. Una parte della dottrina equipara al dolo la colpa grave, in armonia a quanto previsto in materia di garanzia per evizione dal precedente art. 797 n. 2, c.c.: PALAZZO, *Le donazioni*, in *Cod. civ. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Art. 769-809, 2 ed., Milano, 2000, 463; CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, 651.

⁴⁴ PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 462.

⁴⁵ Secondo Torrente, in analogia alla disciplina della vendita, spetta al donatario la differenza tra il valore che la cosa avrebbe avuto senza i vizi e quello che ha in conseguenza degli stessi (TORRENTE, *La donazione*, cit., 513).

Si potrebbe allora sostenere, tornando al nostro caso, che costi gestori straordinari resi necessari dalla condizione degradata del bene, possano essere riversati sul rinunciante, anche in forza di questo percorso argomentativo, e a prescindere da una sua responsabilità specifica, senza cioè la necessità di dimostrare una vera e propria colpa dell'esistenza dei difetti, ovvero senza provare che la necessità di provvedere a riparazioni e ricostruzioni consegue "a un fatto" del rinunciante stesso. Si tratterà piuttosto di dare la prova del difetto, da intendersi in maniera compatibile con la peculiare situazione di cui si tratta, ovvero come vizio talmente grave da rendere dannoso l'acquisto, e invocare conseguentemente una riparazione pecuniaria per i pregiudizi economici patiti.

ABSTRACT

Il contributo si inserisce nell'ampio dibattito generato dagli interventi delle sezioni unite della Cassazione prima, e del Legislatore poi, sul tema della rinuncia alla proprietà immobiliare, con l'intento di giustificare, in una prospettiva di bilanciamento degli interessi coinvolti, la tesi dell'ammissibilità e della meritevolezza dell'atto, ma allo stesso tempo, con l'obiettivo di chiarire su chi debbano gravare oneri, costi e responsabilità derivanti dalla titolarità del bene.

This article is part of the broader debate sparked first by the rulings of the Sezioni Unite of the Italian Corte di Cassazione and subsequently by the Italian legislator on the issue of waiver of real estate ownership, with the aim of justifying—from the perspective of balancing the interests at stake—the argument that the act is admissible and meritorious, while simultaneously aiming to clarify upon whom the burdens, costs, and liabilities arising from ownership of the property should fall.



Dall'intervento delle sezioni unite alla nuova disciplina della rinuncia alla proprietà immobiliare: uno sviluppo contraddittorio?



Rolando Quadri

Prof. ord. dell'Università di Napoli "Federico II"

SOMMARIO: **1.** La fondamentale pronuncia n. 23093/2025 delle Sezioni Unite: i principi di diritto in materia di rinuncia alla proprietà immobiliare. – **2.** La “causa” della rinuncia abdicativa e la posizione dello Stato. – **3.** La rinuncia alla proprietà immobiliare nell’art. 1, comma 731, l. 30 dicembre 2025, n. 199. – **4.** Le evidenti criticità della nuova disposizione.

1. La fondamentale pronuncia n. 23093/2025 delle Sezioni Unite: i principi di diritto in materia di rinuncia alla proprietà immobiliare

Con la pronuncia n. 23093 dell'11 agosto 2025¹, le Sezioni Unite della Suprema Corte, offrendo una pregevole ed esaustiva ricostruzione della problematica concernente le rinuncia alla proprietà immobiliare, sembravano aver avviato verso la fine il vivace dibattito in ordine all'ammissibilità della stessa rinuncia, sviluppatosi soprattutto negli ultimi anni tanto in dottrina che in giurisprudenza. Non essendo questa la sede per ripercorrere le principali argomentazioni che hanno animato ora l'una ora l'altra delle contrapposte impostazioni², pare opportuno riprendere, piuttosto, alcune delle riflessioni svolte

¹ Il testo della pronuncia è in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, I, 1389, con commento di NATOLI, *La validità della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare*.

² Basti qui rinviare, di recente, a R. QUADRI, *La rinuncia alla proprietà immobiliare: le alternative nel dibattito che precede l'intervento delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, II, 1472 ss.

nella dianzi citata pronuncia, per le implicazioni che esse recano e che, forse inconsapevolmente, hanno finito col condurre alla reazione del legislatore.

Ad esito di sollecitazione proveniente dal Tribunale di L'Aquila³, sostanzialmente reiterata dal Tribunale di Venezia, nel contesto di giudizi aventi ad oggetto atti di rinuncia alla proprietà di immobili, le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi sull'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà su beni immobili, nonché ad indicare l'eventuale perimetro del sindacato dell'autorità giudiziaria sull'atto. Tra il rinvio pregiudiziale *ex art. 363 bis* cod. proc. civ. del Tribunale di L'Aquila ed il successivo intervento delle Sezioni Unite, deve collocarsi la requisitoria della Procura Generale del 27 maggio 2025, nella quale quest'ultima si era sforzata di indicare, quale possibile strada da imboccare nella definizione della problematica, una soluzione, per così dire, "intermedia".

Prendendo le mosse dalla duplice considerazione che le previsioni contenute negli artt. 1350, n. 5 e 2643, n. 5, cod. civ. – l'una in materia di forma, l'altra in materia di trascrizione – darebbero per presupposta la validità della rinuncia alla proprietà immobiliare⁴ e che l'art. 827 cod. civ., nel favorire l'acquisto del bene immobile vacante in favore dello Stato, verrebbe a rappresentare un significativo indice della compatibilità della rinuncia alla proprietà immobiliare con il nostro ordinamento, la Procura Generale, riallacciandosi all'idea del giudizio di meritevolezza quale ancorato principalmente ai valori costituzionali e dell'ordinamento europeo e sovranazionale, sottolinea la censurabilità degli atti di autonomia privata non in quanto frutto di una scelta "egoistica", ma in quanto idonei a perseguire "un risultato del tutto incongruo con i valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, dando luogo a un'operazione economica del tutto irragionevole se valutata secondo un prisma di stampo costituzionale". Conclusivamente, l'atto abdicativo potrebbe essere tacciato di immeritevolezza esclusivamente ove esso si risolve "in un mero scarico sul patrimonio pubblico di esorbitanti costi", vale a dire in un'operazione economica "che si ponga in netto e irriducibile contrasto con gli interessi pubblici, collettivi e generali espressi dalla Costituzione e dai Trattati europei".

Nel predetto contesto, sono intervenute, quindi, le Sezioni Unite, enunciando due principi di diritto. In primo luogo, l'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, dalla natura unilaterale e non recettizia, trovando causa "in se stessa", svolgerebbe la funzione tipica "di dismettere il diritto, in quanto modalità di esercizio e di attuazione della facoltà di disporre della cosa accordata dall'art. 832 cod. civ., realizzatrice dell'interesse

³ Cfr. Tribunale di L'Aquila 15 gennaio 2024, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, I, 527, con commento di PIAIA, *Il problema della rinuncia alla proprietà immobiliare alla vigilia delle Sezioni Unite*.

⁴ In tal senso, per tutti, MOSCARINI, voce *Rinuncia*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, I. Del resto, come già in altra occasione rilevato (cfr. R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli, 2018, 6 s.), finirebbe con l'essere, in effetti, palesemente illogica la presenza di regole quali quelle dettate in tema di forma e pubblicità della rinuncia alla proprietà immobiliare se, a monte, non risultasse risolto in senso positivo il quesito in merito alla relativa ammissibilità.

patrimoniale del titolare protetto dalla relazione assoluta di attribuzione”, con l’ulteriore effetto riflesso dell’acquisto dello Stato a titolo originario, in forza dell’art. 827 cod. civ., quale conseguenza della situazione di fatto della “vacanza del bene”. In secondo luogo, viene escluso che al giudice possa riconoscersi il potere di sanzionare con la nullità l’eventuale atto abdicativo pur animato dal “fine egoistico” del rinunziante, né per contrasto con l’art. 42 Cost., né per illiceità della causa né per illiceità dei motivi.

Le Sezioni Unite, in sostanza, hanno cercato di fornire una lettura della stessa rinuncia in armonia, innanzitutto, con i principi generali in materia di proprietà, ricavabili da una lettura congiunta dell’art. 832 cod. civ. e 42, comma 2, Cost. Non potendosi, in estrema sintesi, rintracciare nell’ordinamento, in capo al titolare del bene, “un dovere di essere e di restare proprietario per ‘motivi di interesse generale’ legati alla affermazione della responsabilità per l’uso dannoso del bene”, né, sempre in capo a questi, “un generale potere-dovere... di esercitare i suoi poteri in maniera ‘funzionale’ al sistema socio-economico”, una eventuale conclusione nel senso della irrinunciabilità della proprietà immobiliare si risolverebbe “in un sacrificio illimitato e perpetuo del potere di realizzare il valore del bene e di attuare l’interesse patrimoniale a sceglierne la destinazione economica, allo scopo esclusivo di vincolare il proprietario a continuare a sostenere i costi di gestione altrimenti gravanti sulla collettività, così trasformando la proprietà privata in funzione pubblica”.

Coerentemente con una simile premessa, sul piano delle conseguenze dell’atto di rinuncia posto in essere a carico dello Stato, quale necessario acquirente *ex lege* del bene relitto in virtù del meccanismo di cui all’art. 827 cod. civ., le responsabilità e gli oneri connessi alla gestione del bene oggetto dell’atto abdicativo graverebbero sullo Stato esclusivamente a far data dall’atto medesimo, ferme restando le eventuali responsabilità risarcitorie per fatti verificatisi anteriormente a quest’ultimo in capo al proprietario rinunziante⁵. Del resto, ove anche ipotetiche “prevalenti ragioni di tutela dell’interesse generale” fossero invocate a sostegno dell’opzione ermeneutica in favore del carattere non rinunziabile del diritto di proprietà, resterebbe da dimostrarsi come “una migliore tutela dell’interesse della collettività sia garantita dalla preclusione dell’effetto dismissivo ‘antisociale’ e della permanente titolarità imposta al rinunziante”. In sostanza, non può che spettare allo Stato – e non al privato proprietario – l’incombenza di realizzare l’interesse generale consistente nella conservazione del bene, laddove il proprietario rinunziante non sia risultato in grado di assolvere a detto compito.

⁵ Sul punto, v. già quanto evidenziato in A. R. QUADRI, *Il notaio e la rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Accademia*, 2025, 223 s. Come opportunamente rileva GUIZZI, *Dopo le Sezioni Unite: ancora qualche riflessione sulla rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare*, in *Accademia*, 2025, 982, la ricostruzione delle Sezioni Unite varrebbe a chiarire “definitivamente come l’attribuzione allo Stato della proprietà dei beni oggetto di rinuncia abdicativa da parte del privato, anche quando si tratti di beni di gestione problematica, non solo non collida con gli interessi della collettività ma rappresenti l’esito di una ben precisa opzione di ordine politico... e soprattutto, della sovranità dello Stato sul suo territorio”.

2. La “causa” della rinuncia abdicativa e la posizione dello Stato

Se proprio deve formularsi un rilievo alla ricostruzione del profilo funzionale dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, come operata dalle Sezioni Unite – le quali sembrerebbero aver accolto un'idea alquanto diffusa in letteratura, alla cui stregua la causa della rinuncia sarebbe meramente “dismissiva” e sostanzialmente costante in tutti gli atti abdicativi⁶, tale da esaurirsi, quindi, nella mera perdita del diritto da parte del rinunziante –, l'idea che gli atti di rinuncia debbano tutti necessariamente presentare analogo elemento causale sembrerebbe trascurare, in effetti, la complessità dell'assetto degli interessi, anche facenti capo a soggetti diversi dal rinunziante, che possono fare da sfondo allo stesso atto abdicativo. Come già in altra sede sottolineato⁷, appare più agevole cogliere il senso di quest'ultima affermazione ove si consideri la diversa ipotesi, anche dal punto di vista effettuale, della rinuncia alla quota di comproprietà, nella quale il profilo causale dell'atto di rinuncia, quale programmato dal rinunziante, può essere arricchito dalla valutazione dell'interesse dei comproprietari non rinunzianti e non limitarsi a quello del rinunziante, con tutta una serie di conseguenze in termini di disciplina concretamente applicabile⁸.

Anche l'ulteriore affermazione delle Sezioni Unite – laddove esse escludono il potere di sindacato del giudice rispetto all'atto di rinuncia posto in essere dal proprietario del bene immobile, senza riconoscere alcuno spazio di manovra a valutazioni di carattere discrezionale, anche allorché la rinuncia sia perfezionata per fini meramente egoistici – potrebbe apparire in contrasto con le implicazioni maggiormente rilevanti delle ricostruzioni⁹, pure giurisprudenziali, che ritengono come la “causa”, quale elemento essenziale del negozio giuridico, debba essere sempre ricostruita “in concreto”¹⁰: dovrebbe,

⁶ La tesi è stata di recente – ma prima dell'intervento delle Sezioni Unite – ripresa da IACCARINO, *La rinuncia nel diritto italiano*, I, *I singoli casi in materia civile e processuale*, Napoli, 2020, 19 ss., cui si rinvia anche per gli ulteriori opportuni riferimenti.

⁷ Cfr. R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare*, cit., spec. 114 ss.

⁸ Certo, con riguardo alla rinuncia perfezionata dal titolare della piena proprietà del bene immobile, la circostanza prospettata nel testo potrebbe apparire difficilmente verificabile, essendo l'atto abdicativo, secondo il programma del rinunziante, semplicemente diretto alla perdita del diritto e non anche alla realizzazione di ulteriori interessi facenti capo ad altri soggetti. Tuttavia, anche se l'ipotesi appare difficilmente verificabile in concreto, non potrebbe escludersi la configurabilità di un atto di rinuncia alla piena proprietà di bene immobile dal valore economicamente apprezzabile, posto in essere dal proprietario al fine di arricchire lo Stato: ebbene, in tal caso l'*animus donandi* riscontrabile in capo al rinunziante potrebbe condurre a qualificare l'atto di rinuncia in termini di “liberalità non donativa” o “donazione indiretta”, così attraendolo al campo di applicazione dell'art. 809 cod. civ.

⁹ Sul punto, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, 410 ss.

¹⁰ La giurisprudenza (cfr., ad es., Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1985) pare aver sostanzialmente recepito, in tempi relativamente recenti, il concetto di “causa in concreto”, disancorandosi dalla tradizionale visione della stessa causa quale “funzione economico-sociale” del contratto (per la quale non si può che rinviare all'insegnamento di BETTI, *Teoria generale del*

pertanto, ritenersi arbitrario escludere radicalmente la sindacabilità, da parte dell'autorità giudiziaria, del singolo atto di rinuncia, dal punto di vista del relativo elemento causale, stante l'applicabilità anche agli atti unilaterali, in quanto compatibili, delle norme dettate in materia contrattuale (art. 1324 cod. civ.). A ben vedere, peraltro, la contraddizione risulta solo apparente, ove quali canoni valutativi si adottino i valori protetti dagli artt. 41 e 42 Cost. E ciò non tanto perché quelli della "utilità sociale" e della "funzione sociale" non siano espressione di principi generali fondamentali del nostro ordinamento, quanto, piuttosto, perché detti valori, secondo quanto ampiamente spiegato dalle stesse Sezioni Unite, non possono assumere il ruolo di parametri di riferimento nel contesto del giudizio di liceità e, quindi, validità dell'atto abdicativo, stante il dovere dello Stato di intervenire a tutela proprio di quegli stessi interessi generali sottesi alle norme costituzionali dianzi richiamate.

Ad ogni buon conto, diversamente da quanto sostenuto in alcune ricostruzioni del tema – tendenti a proporre una lettura dell'art. 827 cod. civ. differente rispetto a quella tradizionale, individuandovi semplicemente una "norma di chiusura", volta ad evitare che beni immobili mai appartenuti a privati possano essere considerati alla stregua di *res nullius* e, in quanto tali, suscettibili di acquisto per occupazione, e non anche una regola idonea a giustificare la legittimità della rinuncia alla proprietà immobiliare¹¹ – appare senz'altro apprezzabile l'aver fugato ogni dubbio in ordine alla circostanza che ad azionare il meccanismo acquisitivo di cui all'art. 827 cod. civ. possa ben essere un atto di rinuncia. In effetti, se la *ratio* sottesa alla previsione in parola pare da individuarsi senz'altro nella volontà di impedire l'esistenza della figura della *res nullius* nel settore della proprietà immobiliare, non si riesce a comprendere perché tale disposizione non possa riferirsi anche alle ipotesi in cui l'acquisto della proprietà in capo allo Stato avvenga in conseguenza di un atto abdicativo da parte del proprietario del bene immobile¹², anche e proprio in considerazione del silenzio del legislatore sulle possibili cause che possano rendere il bene immobile "vacante"¹³.

Lo Stato, del resto, non potrebbe esimersi dal prendere in carico la gestione del bene di fatto abbandonato e, quindi, fonte di oneri e responsabilità, anche ove esso non

negozio giuridico, nel *Trattato Vassalli*, Torino, 1960, 183 e *passim*) ed accostandosi, così, all'insegnamento di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 254 e *passim*, tendente a ricostruire la stessa causa in termini di "funzione economico-individuale".

¹¹ Cfr. LA PORTA, *La rinuncia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 495.

¹² A voler diversamente opinare, infatti, la portata dell'art. 827 cod. civ. risulterebbe eccessivamente svilita, attesa l'esiguità del novero delle ipotesi di "beni immobili che non sono in proprietà di alcuno".

¹³ Insomma, l'art. 827 cod. civ. è sì "norma di chiusura" (in tal senso, DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018, 192 s., il quale, però, nega la legittimità della rinuncia alla proprietà immobiliare), ma, secondo quanto rilevato nel testo, il silenzio sulle possibili cause che possano rendere il bene immobile "vacante" può ritenersi trovare sufficiente giustificazione nella volontà del legislatore di riferirsi ad una serie non aprioristicamente determinata di ipotesi: sul punto, BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Napoli, 2017, 85.

sia stato reso oggetto di specifico atto abdicativo. A conferma di ciò, vale il richiamo al potere espropriativo che l'art. 838 cod. civ. riconosce in favore dell'autorità amministrativa, in particolare nell'ipotesi in cui il "deperimento dei beni ha per effetto di nuocere gravemente al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica" (comma 2). In quanto norma posta a tutela di interessi generali¹⁴, quali quelli del "decoro delle città" e della "sanità pubblica", ed individuante, come presupposto della relativa applicazione, l'inerzia del proprietario nella cura del bene immobile e, quindi, eventualmente, anche l'abbandono (materiale) del medesimo, lo Stato, in effetti, non potrebbe mai astenersi dall'intervenire, così contribuendo, stante, appunto, l'inerzia del privato proprietario, all'aggravio dello stato di degrado dell'immobile, con conseguente inevitabile pregiudizio proprio di quegli stessi interessi che il legislatore si propone di proteggere. In questa prospettiva, l'eventuale atto di rinuncia posto in essere dal proprietario del bene immobile altro non farebbe, in realtà, se non condurre al medesimo risultato cui si finirebbe col pervenire nell'ipotesi di esercizio, da parte dello Stato, del potere espropriativo e, anzi, esso potrebbe rappresentare un utile strumento a disposizione del proprietario, proprio per far fronte al mancato esercizio, da parte dello Stato, del potere espropriativo¹⁵.

Una conclusione in tal senso, peraltro, come già in altra sede posto in risalto¹⁶ e come sopra ricordato¹⁷, non pare contribuire a configurare una sorta di "deresponsabilizzazione" del proprietario nella gestione del bene, il quale, a seguito dell'atto di rinuncia al proprio diritto, viene sì liberato dalla gestione dell'immobile a far data del perfezionamento dell'atto abdicativo, ma continua a sostenere gli eventuali oneri e responsabilità sorti nel periodo in cui il bene gli sia appartenuto, purché a lui imputabili. In altre parole, dal punto di vista delle responsabilità e degli oneri derivanti dalla gestione del bene, l'atto di rinuncia alla proprietà deve intendersi rilevante solo per il futuro e non anche per il pregresso, con la conseguenza che l'eventuale eliminazione di pericoli e l'eventuale ripristino della situazione preesistente deve comunque avvenire a spese del rinunziante.

¹⁴ In tal senso, AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, 145 ss.

¹⁵ Del resto, è vero che sovente è il titolare del diritto a provocare, in virtù di una non corretta gestione, il degrado del bene immobile; ma è parimenti vero che spesso pure una corretta (e realmente pretendibile) gestione del bene da parte del privato non sia idonea ad impedire, nei fatti, il degrado dell'immobile medesimo: sia dia il caso, in via meramente esemplificativa, delle zone nelle quali le organizzazioni criminali esercitano la propria influenza, impedendo al proprietario il controllo e la gestione del bene.

¹⁶ Cfr. R. QUADRI, *La rinuncia alla proprietà immobiliare dopo le Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, II, 1510 ss.

¹⁷ V. *supra*, par. 1.

3. La rinuncia alla proprietà immobiliare nell'art. 1, comma 731, l. 30 dicembre 2025, n. 199

In questo scenario interviene il legislatore con l'art. 1, comma 731, l. 30 dicembre 2025, n. 199, disponendo che "l'atto unilaterale di rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare, cui consegue l'acquisto a titolo originario in capo allo Stato ai sensi dell'articolo 827 del codice civile, è nullo se allo stesso non è allegata la documentazione attestante la conformità del bene alla vigente normativa, ivi compresa quella in materia urbanistica, ambientale e sismica"¹⁸. La norma, dettata dalla chiara preoccupazione di arginare gli oneri e i rischi per lo Stato, connessi all'acquisto automatico della proprietà oggetto dell'atto abdicativo ed alla conseguente imposta gestione del bene immobile, individua i tratti salienti dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, sottoponendolo, inoltre, ad un obbligo di allegazione di documentazione sotto pena di nullità.

Dal punto di vista strutturale, l'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, in linea con le impostazioni prevalenti¹⁹, si presenta quale atto "unilaterale", risultando sufficiente, quindi, ai fini del relativo perfezionamento, esclusivamente la volontà del rinunziante. L'apporto volontaristico del rinunziante, poi, consente, pur in assenza di indicazioni da parte della disposizione, di considerare la rinuncia quale atto "negoziale", nonostante qualche articolata ricostruzione che, già prima dell'intervento legislativo in parola, tendeva ad escludere il carattere negoziale dell'atto abdicativo²⁰. E, sempre nel silenzio da

¹⁸ Il successivo comma 732 della medesima disposizione rende applicabile la regola dianzi richiamata "nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione, anche con riferimento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3".

¹⁹ Fatta eccezione, appunto, per qualche isolata voce contraria, il punto è sostanzialmente pacifico: cfr., nel quadro di un'ampia letteratura, BENEDETTI, *Struttura della remissione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1316, A. Bozzi, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1146, DONISI, voce *Atti unilaterali*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 6, nonché, più di recente, BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, cit., 73 ss. e, da ultimo, BELLINIA, *Considerazioni sulla rinuncia alla proprietà: si pronunciano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 991. Il carattere unilaterale dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, in effetti, viene ben sottolineato anche dalle Sezioni Unite, sulla base della natura individuale dell'interesse realizzato dalla dichiarazione del titolare, diretta alla dismissione del diritto.

²⁰ In questi termini, L. Bozzi, *La negozialità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, 49 ss. e passim, la quale, argomentando dalla distinzione tra i concetti di "negozio" e di "atto di autonomia", conclude nel senso della esclusione del carattere negoziale dell'atto di rinuncia, proponendone una qualifica in termini di "atto di autonomia 'debole' a carattere non negoziale". In particolare, mentre l'"atto di autonomia" sarebbe connotato dalla volontarietà dell'effetto da esso prodotto – circostanza, quest'ultima, che si verificherebbe anche negli atti di rinuncia – il "negozio" sarebbe, diversamente, atto idoneo a regolamentare l'interesse delle parti: l'atto di rinuncia, appunto, in quanto privo dell'autoregolamentazione di interessi, dovrebbe essere qualificato, allora, in termini di "atto giuridico in senso stretto". Tuttavia, come già in altra sede evidenziato (cfr. R. Quadri, *La rinuncia al diritto reale immobiliare*, cit., spec. 114 ss.), risultando proprio la volontarietà (eventuale) degli ef-

parte del legislatore, l'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare deve anche reputarsi "non recettizio", la perdita del diritto da parte del rinunziante rappresentando l'effetto immediato dell'atto di rinuncia²¹.

Quanto agli effetti, l'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare provoca la perdita del diritto in capo al rinunziante, vale a dire la fuoriuscita del medesimo diritto dalla sfera giuridica del titolare. Ciò che vale, piuttosto, a distinguere l'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare dagli altri atti di rinuncia pare da ravvisarsi nelle relative "conseguenze ulteriori": l'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, infatti, oltre a determinare la perdita del diritto in capo al proprietario, si pone senz'altro alla base del meccanismo acquisitivo in favore dello Stato, regolato dall'art. 827 c.c., laddove, ove l'atto abdicativo avesse ad oggetto un diritto reale minore, la "conseguenza ulteriore" andrebbe individuata nella espansione del diritto in capo al nudo proprietario; ove, invece, il medesimo riguardasse la quota di comproprietà, "conseguenza ulteriore" sarebbe l'accrescimento in favore dei comproprietari non rinunzianti. Deve, poi, radicalmente escludersi, stante il tenore della nuova disposizione – che si riferisce, appunto, alla rinuncia cui consegue l'acquisto in favore dello Stato – che quest'ultima possa ritenersi applicabile al di là dell'ipotesi della rinuncia alla "intera" proprietà immobiliare.

Venendo al contenuto precettivo della nuova disposizione, quest'ultima seleziona la "nullità" quale sanzione per l'ipotesi dell'atto abdicativo cui non sia allegata la "documentazione attestante la conformità del bene alla vigente normativa, ivi compresa quella in materia urbanistica, ambientale e sismica". Non è certo la prima volta, nelle vicende dispositive di beni immobili, che la nullità sia individuata quale strumento sanzionatorio della violazione di norma imperativa, né tantomeno è la prima volta che la più grave forma di invalidità consegua all'omessa allegazione di un determinato documento: si dia il caso, in via esemplificativa, dell'omessa allegazione del certificato di destinazione urbanistica, che, ai sensi dell'art. 30, comma 2, D.P.R. n. 380/2001, comporta, appunto, la nullità degli atti tra vivi "aventi ad oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento

fetti ulteriori prodotti dall'atto di rinuncia quell'elemento in grado di influenzare la ricostruzione del profilo causale dello stesso atto di rinuncia, di quest'ultimo non potrebbe, pertanto, negarsi la natura negoziale.

²¹ Eventuali effetti prodotti nella sfera giuridica di terzi degraderebbero a "conseguenza riflessa e mediata", rendendo il medesimo atto abdicativo, appunto, non recettizio: in tale prospettiva, GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 86 s. L'affermazione del carattere individuale dell'interesse realizzato dalla dichiarazione del rinunziante, diretta alla dismissione del diritto, viene ritenuta non soltanto alla base della struttura unilaterale, ma altresì della natura non recettizia dell'atto di rinuncia, dalle Sezioni Unite, secondo cui la volontà di rinunciare "va manifestata nel mondo esterno perché produca il suo effetto mediante atto pubblico o scrittura privata e va trascritta perché sia opponibile a determinati terzi, ma non deve rivolgersi ad una determinata persona perché ne abbia conoscenza, seppure si tratti di persona interessata alla rinuncia".

della comunione di diritti reali relativi a terreni”²². E che la “nullità” sia tradizionalmente ritenuta idonea a tutelare “interessi generali”, risulta affermazione assai diffusa²³.

Il profilo maggiormente problematico della nuova disposizione in materia di rinuncia alla proprietà immobiliare è che, nell'imporre, a pena di nullità, l'allegazione all'atto abdicativo della “documentazione attestante la conformità del bene alla vigente normativa, ivi compresa quella in materia urbanistica, ambientale e sismica”, essa non specifica a quale “documentazione” debba farsi riferimento, laddove, in altre circostanze, le indicazioni del legislatore risultano normalmente puntuali²⁴. Appare del tutto evidente, per contro, l'estrema genericità²⁵ degli elementi individuati dal legislatore al fine di definire il concetto di “documentazione”, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1, comma 731, l. 199/2025. In sostanza, da tale documentazione dovrebbe evincersi la “conformità” del bene immobile oggetto di rinuncia alla “vigente normativa, ivi compresa quella in materia urbanistica, ambientale e sismica”: la norma non precisa, però, chi sia il soggetto legittimato a rilasciare simile “documentazione” né, tantomeno, contiene la procedura diretta al rilascio di simile documentazione. A ciò si aggiunga come essa non lasci intendere con chiarezza quale debba essere il contenuto specifico dell'allegato, all'uopo risultando sufficiente, stando, appunto, alla generica lettera della disposizione, che da quest'ultimo risulti la conformità del bene alla “normativa vigente”.

²² Parimenti, in tema di circolazione di fabbricati o loro porzioni, pur senza introdurre obblighi di allegazione, l'art. 46, comma 1, D.P.R. 380/2001 dispone che “gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunioni di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti... sono *nulli* e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria”.

²³ Per tutti, TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 880.

²⁴ Sempre per restare ancorati alla materia della circolazione dei terreni, il citato art. 30, D.P.R. n. 380/2001 impone sì un obbligo di allegazione, avente ad oggetto il “certificato di destinazione urbanistica”, ma la stessa disposizione ne precisa (comma 2) il contenuto, individuato nelle “prescrizioni urbanistiche riguardanti l'area interessata”, nonché (comma 3) l'autorità deputata al rilascio, vale a dire il “dirigente o responsabile del competente ufficio comunale”; le modalità di rilascio (“il certificato... deve essere rilasciato... entro il termine perentorio di trenta giorni dalla presentazione della relativa domanda”); la validità (il certificato “conserva validità per un anno dalla data di rilascio se, per dichiarazione dell'alienante o di uno dei condidenti, non siano intervenute modificazioni degli strumenti urbanistici”). Il comma 4 della medesima disposizione, infine, disciplina l'ipotesi del mancato rilascio del certificato di destinazione urbanistica nel termine previsto, disponendo che “esso può essere sostituito da una dichiarazione dell'alienante o di uno dei condidenti attestante l'avvenuta presentazione della domanda, nonché la destinazione urbanistica dei terreni secondo gli strumenti urbanistici vigenti o adottati, ovvero l'inesistenza di questi ovvero la prescrizione, da parte dello strumento urbanistico generale approvato, di strumenti attuativi”.

²⁵ Sul punto, NATOLI, *La validità della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare*, cit., 1410, nonché BUSANI, *Immobili, torna in salita la strada dell'atto di rinuncia alla proprietà*, in *Il Sole 24 Ore*, 2025, n. 290.

Come non si è mancato di sottolineare²⁶, la lacuna normativa potrebbe forse essere colmata – con tutte le incertezze che una simile ipotesi sembra schiudere – col ritenere che la “documentazione” in parola non debba essere rilasciata da nessuna autorità o soggetto in particolare e che, quindi, la stessa possa essere redatta da chi abbia, in concreto, la competenza nelle materie indicate (appunto, “urbanistica, ambientale e sismica”), senza che, però, il compilatore dell’allegato debba possedere dei requisiti professionali o dei titoli abilitativi in via generale definiti e, come tali, verificabili dal notaio rogante. Ad ogni buon conto, il testuale richiamo alla normativa “urbanistica, ambientale e sismica”, non potrebbe valere ad escludere che la documentazione allegata all’atto di rinuncia debba attestare la conformità del bene alla “complessiva” normativa vigente, rispetto alla quale quelle più specifiche – appunto, “urbanistica, ambientale e sismica” – non possono che costituire solo una parte.

Quanto alla tipologia della nullità in parola *sub specie legitimationis*, l’eventuale “nullità espressa” dell’atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, in assenza di specifiche indicazioni in ordine alla legittimazione a far valere la sanzione, dovrebbe ritenersi dal carattere “assoluto” e non relativo, secondo la regola generale di cui all’art. 1421 cod. civ., secondo cui, appunto, “salvo diverse disposizioni di legge” – ma non è certo questo il caso – “la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”. A meno di non voler far rientrare quella prevista dall’art. 1, comma 731, l. 199/2025 tra le ipotesi di nullità c.d. di protezione, per loro natura a legittimazione relativa, nel qual caso, però, dovrebbe reputarsi legittimato ad invocare l’invalidità dell’atto esclusivamente lo Stato, quale soggetto “debole”!

Per analoghe ragioni, infine, non pare che la nullità comminata dalla nuova disposizione possa ritenersi recuperabile a mezzo di convalida o analogo (eccezionale) strumento di recupero che dir si voglia, stante il principio posto dall’art. 1423 c.c. Del resto – e sempre per restare alla materia della circolazione immobiliare – il legislatore ha in altre ipotesi consentito di recuperare l’atto nullo nel caso di omessa allegazione del documento prescritto²⁷.

4. Le evidenti criticità della nuova disposizione

Ferme restando le criticità che l’art. 1, comma 731, l. 199/2025 con sé pare recare, attesa la genericità del riferimento alla “documentazione” da allegarsi all’atto abdicativo²⁸,

²⁶ Cfr. LEO, *La rinuncia alla proprietà nella legge di bilancio*, in *CNN Notizie n. 5 del 12 gennaio 2026*.

²⁷ In particolare, l’art. 30, comma 4-bis, D.P.R. 380/2001, dispone che gli atti traslativi di terreni ai quali non siano stati allegati certificati di destinazione urbanistica “possono essere confermati o integrati anche da una sola delle parti o dai suoi aventi causa, mediante atto pubblico o autenticato, al quale sia allegato un certificato contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti le aree interessate al giorno in cui è stato stipulato l’atto da confermare”.

²⁸ V. *supra*, par. 3.

ciò che lascia maggiormente perplessi è il disallineamento della disposizione in parola rispetto al complessivo quadro ordinamentale di riferimento, vale a dire rispetto a quella cornice di regole e principi nella quale essa è destinata ad inserirsi, quale emergente dall'attenta e approfondita ricostruzione della materia operata dalle Sezioni Unite.

Se, infatti, la pronuncia n. 23093/2025 sposa una conclusione nel senso di una pressoché incondizionata apertura al carattere rinunziabile della proprietà immobiliare, la nuova disposizione, diversamente, finisce palesemente col comprimere drasticamente la facoltà del proprietario di rinunciare, subordinando, come in precedenza rilevato, la validità dell'atto abdicativo all'allegazione di una complessa e non ben definita "documentazione"²⁹. In effetti, anche a volersi limitare al meccanismo acquisitivo regolato dall'art. 827 cod. civ., quest'ultimo, sempre secondo l'*iter* argomentativo seguito dalle Sezioni Unite, sarebbe da porre in relazione con la precisa scelta, compiuta dal legislatore, di voler esplicitare "una funzione sovrana dello Stato sul territorio, ispirata da un ravvisato interesse pubblico a che gli immobili vacanti non diventino *res nullius* liberamente occupabili dai privati".

Del resto, se le preoccupazioni che hanno indotto il legislatore alle scelte compiute con l'adozione dell'art. 1, comma 731, l. 199/2025, devono probabilmente ascriversi ai timori per l'aggravamento della posizione dello Stato, in quanto esposto all'acquisto indesiderato – e non rifiutabile, stante il meccanismo di cui all'art. 827 cod. civ. – di beni immobili dalla difficile ed onerosa gestione, queste ultime appaiono destituite di fondamento, dal momento che, come ribadito dalle Sezioni Unite³⁰ e come diffusamente sottolineato dalla dottrina prima del suddetto intervento legislativo³¹, il proprietario del bene viene sì liberato dalla gestione del bene a seguito dell'atto abdicativo, ma solo per il futuro e non anche per il pregresso, con la conseguenza che l'eventuale eliminazione di pericoli e l'eventuale ripristino della situazione preesistente deve comunque avvenire a spese del rinunziante. A questo punto, potrebbe peraltro obiettarsi come la nuova disposizione non contenga un divieto di rinuncia in danno del proprietario del bene immobile: essa, tuttavia, nell'imporre l'incerto ed oscuro ricordato obbligo di allegazione, finisce col tradursi in uno strumento surrettiziamente volto a comprimere, in concreto, la facoltà abdicativa del proprietario³², non soltanto tradendo la stessa "funzione" dell'atto di rinuncia³³, ma

²⁹ V., ancora, *supra*, par. 3. Sul punto, v. anche quanto opportunamente rilevato, prima dell'entrata in vigore della nuova disposizione, da GUIZZI, *Dopo le Sezioni Unite*, cit., 980.

³⁰ V. *supra*, par. 1.

³¹ Sul punto, cfr. R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare*, cit., 48 s., nonché GUIZZI, *Chiose a margine di un seminario sulla rinuncia alla proprietà immobiliare aspettando le Sezioni Unite*, in *Accademia*, 2025, 229. Nel senso, invece, dell'invalidità dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, ove in contrasto con i principi costituzionali, v., invece, DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, cit., 200 e LA PORTA, *La rinuncia alla proprietà*, cit., 490 s.

³² Sul punto, in modo incisivo, GUIZZI, *Dopo le Sezioni Unite*, cit., 980, per il quale la nuova norma finisce "di fatto per introdurre un vero e proprio divieto di rinuncia avente una portata sostanzialmente generale".

³³ Per un'approfondita analisi dei passaggi, contenuti nella pronuncia delle Sezioni Unite e

altresì venendosi a porre in aperto contrasto con i principi emergenti dall'ordinamento complessivamente inteso ed efficacemente ricostruiti dalle Sezioni Unite, alla cui stregua il proprietario, in quanto tale, non può rimanere prigioniero del suo diritto³⁴.

In senso contrario, non varrebbe neppure obiettare che il recente intervento legislativo, ancorché limitativo della facoltà abdicativa del proprietario, trovi comunque fondamento nell'art. 42, comma 2, Cost., il quale demanda, appunto, al legislatore il compito di individuare "i limiti" del diritto di proprietà, "allo scopo di assicurarne la funzione sociale". A ben vedere, in effetti, come già dianzi chiarito, non soltanto al proprietario deve essere offerta una via di fuga concreta ed effettiva, ma – ed è questo il nodo centrale – è lo Stato, al cospetto dell'inerzia del proprietario, ad essere comunque tenuto ad intervenire nella gestione del bene, ferma restando l'eventuale responsabilità imputabile al proprietario per la scorretta gestione pregressa del bene immobile.

Ancora una volta³⁵, insomma, non può farsi a meno di richiamare la previsione contenuta nell'art. 838 cod. civ., la quale riconosce il potere – in buona sostanza da assumere qui nella prospettiva di un vero e proprio "potere-dovere" – di espropriare il bene immobile del privato, allorché la relativa cattiva gestione si ripercuota sul "decoro delle città" o sulle "ragioni dell'arte, della storia e della sanità pubblica" – in altre parole, allorché essa si risolva in un grave pregiudizio degli interessi generali tutelati dalla norma – in capo all'autorità amministrativa: se fino a ieri la predetta disposizione poteva già essere invocata ad evidente sostegno del carattere rinunziabile della proprietà immobiliare³⁶, oggi, a seguito dell'art. 1, comma 731, l. 199/2025, alla medesima, ora, può senz'altro farsi richiamo al fine di avvalorare il dubbio che la nuova regola in materia di rinunzia sia tacciabile di illegittimità costituzionale.

Alla luce di quanto fin qui considerato e, quindi, del principio generale in base al quale lo Stato non può esimersi dalla cura degli immobili abbandonati e/o degradati, palese appare l'irragionevolezza della nuova disposizione contenuta nell'art. 1, comma 731, l. 199/2025, che di fatto finisce col fortemente limitare, se non addirittura precludere la facoltà abdicativa del proprietario. Non a caso, i principi fondamentali di eguaglianza e ragionevolezza, espressi dall'art. 3 Cost., impongono di modellare le diverse scelte normative in ragione delle peculiarità delle fattispecie concretamente verificabili, dovendosi così individuare proprio nel differente trattamento normativo l'unico strumento idoneo a conciliare l'eterogeneità delle fattispecie con il rispetto del medesimo principio informatore di una determinata disciplina³⁷. In altre parole, il contrasto tra l'art. 1, comma 731,

relativi alla "funzione" dell'atto di rinunzia alla proprietà immobiliare, nel contesto della più ampia problematica della meritevolezza dell'interesse, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Brevi note sulla meritevolezza dell'interesse (a margine di Cass. S.U. 23093/25)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, II, spec. 1524 ss.

³⁴ In tal senso, BELLINIA, *Considerazioni sulla rinunzia alla proprietà*, cit., 1023.

³⁵ V. *supra*, par. 2.

³⁶ Cfr., più ampiamente al riguardo, R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 45 ss.

³⁷ In argomento, basti qui rinviare alle lucide considerazioni di ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 555 ss.

l. 199/2025, da un lato, e l'art. 838, comma 2, cod. civ., dall'altro, non pare trovare giustificazione nella tutela di interessi preminenti, ma finisce altresì per precludere, addirittura, la rinuncia avente ad oggetto immobili pur privi di elementi di criticità per lo Stato³⁸.

ABSTRACT

Con un recente intervento, il legislatore introduce una sintetica disciplina della rinuncia alla proprietà immobiliare. L'indagine si propone di verificare se tale nuova disciplina sia coerente con i principi, quali ricostruiti in un recente intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

With a recent intervention, the legislator introduces a synthetic regulation of the renunciation of real estate property. The investigation aims to verify whether that new regulation is consistent with the principles as reconstructed in a recent intervention by the United Sections of the Supreme Court.

³⁸ Sul punto, G. GUIZZI, *op. ult. cit.* 987. A ciò si aggiunga come le più volte denunciate vaghezza e genericità riscontrabili nella formulazione della nuova disposizione possano ingenerare fondati dubbi di legittimità costituzionale di quest'ultima anche con specifico riferimento all'art. 42, comma 2, Cost.: in tal senso, v. sempre G. GUIZZI, *op. loc. ultt. citt.*



La prevenzione degli illeciti civili al tempo delle Autorità di vigilanza e garanzia



Massimo Basile

Prof. ord. (f.r.) dell'Università di Messina

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Le azioni inibitorie. – 3. Segue: le pronunzie. – 4. La prevenzione degli illeciti da parte delle Autorità di vigilanza e garanzia. – 5. Segue: i provvedimenti. – 6. L'alternatività delle tutele.

1. Premesse

In ogni Paese civile l'osservanza del diritto si considera di primario rilievo, tanto che, in previsione della eventualità che i suoi destinatari non lo osservino in modo spontaneo, si apprestano mezzi più o meno efficaci che li inducano a farlo. In effetti, posto che il diritto consiste in un sistema di valori, la sua osservanza dovrebbe essere garantita al massimo grado possibile¹. Di impiego diffuso risultano la prescrizione di obblighi di

¹ La trasgressione del diritto e le sue cause sono indagate in maniera esemplare, nell'ambito di una prospettiva assiologica del fenomeno giuridico, da DE STEFANO, *Il rifiuto della legge*, in *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Milano, 1990, 167 ss., dove, fra l'altro, il rilievo che "la società corrotta rifiuta ogni tipo di legalità" (177), e l'affermazione che "l'istanza della legalità sociale è conaturata alla esistenza stessa della società ed è tanto più avvertita quanto più profonda è la crisi delle leggi positive" (179); "il senso della legalità" – osservava nel 1944 CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Bari-Roma, 2013, 58 – "è il portato della libertà"; per una rivalutazione dell'istanza v. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, 2013, 371 ss., 402 ss.; N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, nota che "l'autentica libertà, cioè la nostra capacità di decisione e di scelta, ha bisogno di regole e si costruisce attraverso la loro osservanza" (149), e che "la libertà, come misura storica e positiva, e insieme di doveri verso gli altri, presuppone l'obbedienza alle leggi" (150); ribadisce che "il valore primario di ogni ordinamento giuridico è la legittimità, che è fatta di legalità e giustizia", GENTILI, *Pene private e teoria delle sanzioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2025, 68. Da qui il grave proble-

rispettare le leggi, e la minaccia di misure sanzionatorie a carico di chi le trasgredisca: entrambe costituiscono, indirettamente, tecniche di contrasto preventivo alla inosservanza delle norme giuridiche. Oltre che a queste tecniche si suole però ricorrere pure a meccanismi di prevenzione specifici, cioè rivolti a preservare valori garantiti dal diritto impedendo a determinati soggetti, in alcune circostanze, condotte contrarie alle norme che li garantiscono.

Il disegno di rafforzare le tecniche idonee a prevenire la trasgressione delle regole con misure specifiche si manifesta soprattutto nel diritto penale, preferendosi, per motivi politici economici e sociali, evitare in primo luogo i reati². Alla prevenzione con misure specifiche della inosservanza di norme civilistiche, e della conseguente offesa di diritti soggettivi, suole attribuirsi rilievo inferiore a quello che si assegna alla prevenzione dei crimini. L'atteggiamento può spiegarsi con il minor allarme sociale prodotto dall'omesso rispetto delle norme che regolano i rapporti fra privati. Ma sottovaluta il fatto che pure cercar di impedire gli illeciti civili – cioè i comportamenti lesivi di interessi giuridici, quindi contrari a norme inderogabili, riconducibili al diritto privato³ – riveste, in linea di principio, importanza prioritaria di fronte al rischio di lasciarli commettere, così da dover poi sanzionare le condotte antigiuridiche e farne riparare gli effetti nocivi⁴.

Sebbene gli si attribuisca un ruolo minore, prevenire con misure specifiche gli illeciti civili costituisce comunque, in Italia, una necessità presente al legislatore, oggi rivalutata anche alla luce della attitudine garantista del diritto europeo, con la coscienza che è tuttavia impossibile impedire ogni illecito e ogni danno, così che resta inevitabile ritagliare un ampio spazio agli strumenti attraverso i quali risolvere i problemi sanzio-

ma delle condizioni di ammissibilità della “disobbedienza civile” alle leggi ingiuste: v., di recente, CORSO, *Obbedire alle leggi? La lezione di Socrate*, in *Scritti in onore di Paolo Urbani*, Milano, 2025, 419 ss.

² Cfr. MARIANI, *Prevenire è meglio che punire (Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamento di interessi)*, Milano, 2021.

³ TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 3 ediz., Milano, 2021, 23 ss., 41 ss.; FALZEA, *Situazioni giuridiche soggettive e tutela giurisdizionale*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 2010, 449 ss.; ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito. Specificità dei rimedi*, Milano, 2012, 11 ss., 36 ss.

⁴ Per TRIMARCHI, *op. cit.*, 581, “la reazione che l'ordinamento giuridico appresta contro l'atto illecito mira preventivamente ad impedirne il compiersi, e successivamente ad eliminarne le conseguenze. Perciò, ancor prima che l'atto illecito sia compiuto, il diritto opera non solo con la minaccia della successiva sanzione, che può scoraggiare il comportamento vietato, ma anche con misure immediate volte ad impedire il comportamento lesivo o la lesione prima del loro verificarsi”. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4 ediz., Milano, 2003, 144 s., identifica le ragioni della difficoltà che incontra un “principio indifferenziato di tutela preventiva” nel fatto che “con essa in sostanza si viene a limitare per il futuro la libertà e l'azione dei soggetti a fronte della minaccia presente di (future) lesioni nei diritti”. La distinzione tra prevenzione generale e prevenzione specifica degli illeciti si differenzia dalla distinzione tra prevenzione generale e prevenzione specifica descritta da CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, ristampa, 2015, 101 ss., con riguardo alla riduzione del costo degli incidenti quale scopo della responsabilità civile.

natori e riparatori posti dal contrasto di condotte omissive o commissive con le norme e i diritti dei soggetti.

Ma per tutti gli operatori giuridici, stabilire come e quando la prevenzione con mezzi specifici possa essere decisa e attuata si rivela rischioso oltre che complicato: ciò in specie perché, imponendo vincoli a condotte umane in linea di principio legittime, quei mezzi sollevano difficili problemi di bilanciamento nella tutela di valori in conflitto garantiti ai massimi livelli. Le note vicende che interessano l'impianto siderurgico di Taranto mostrano come sia complesso contemperare con misure preventive, ad esempio, la tutela della salute o della sicurezza umana con l'altrui libertà di impresa (art. 41 cost.).

Le tecniche impiegate per impedire che una condotta violi norme imperative e leda diritti di terzi variano a seconda sia della pericolosità della condotta sia della consistenza dei danni che essa può produrre.

A scopi preventivi, anche in Italia si legittimano con larghezza misure inibitorie prese dalla autorità giudiziaria⁵. A esse si riferiscono numerose discipline civilistiche – disseminate in vari luoghi del sistema – da cui non è però agevole desumere qualche direttiva generale, pur ammettendo l'estensibilità di singole norme, con gli adattamenti del caso, a fattispecie analoghe a quelle volta a volta previste; mentre sulla ammissibilità di inibitorie atipiche perdurano molte incertezze.

Pur nella loro varietà, i mezzi di prevenzione si distinguono dai rimedi alla inosservanza della legge predisposti a tutela delle vittime⁶. Non perseguono scopi di tutela anticipata né i provvedimenti punitivi – che pur possono consistere nell'interdire ai responsabili degli illeciti certe attività – né le pronunzie tese alla rimozione totale o parziale delle conseguenze già prodotte da atti compiuti o in corso di svolgimento. Quelle misure – sebbene siano compatibili con le inibitorie, e possano coesistere con queste, ponendo seri problemi di proporzionalità della reazione del diritto all'illecito – appartengono, rispettivamente, al genere delle sanzioni⁷ e al genere dei mezzi per risarcire il danno in forma specifica (art. 2058 c.c.). A questo secondo genere possono ricondursi, per esempio, le pronunzie che dispongono la riduzione in pristino di immobili modificati violando norme edilizie (art. 872, secondo comma, c.c.; v. anche l'art. 902 c.c.); l'eliminazione degli effetti di atti che realizzino una concorrenza sleale (art. 2599 c.c.); l'ordine di ritirare dal commercio cose frutto di violazioni della proprietà industriale (artt. 124, comma 1, e 131 d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30); l'ordine al convenuto in una inibitoria collettiva di

⁵ Cfr. NARDO, *Profili sistematici dell'azione civile inibitoria*, Napoli, 2017; BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013; ASTONE, *op. cit.*, 111 ss.

⁶ SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di GRISI, Napoli, 2019, 149 ss.; diversamente C.M. BIANCA, *L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, 133 ss. La terminologia in proposito è comunque fluttuante e imprecisa: cfr. CAFAGGI, *Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore: l'applicazione del new deal*, in *Effettività delle tutele e diritto europeo (Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria)*, a cura di IAMICELI, Napoli, 2020, 295 ss.

⁷ Cfr. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989, 303 ss.

prendere le misure idonee a eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate (art. 840-*sexiesdecies*, settimo comma, c.p.c.); la rimozione degli effetti di condotte antisindacali tenute dai datori di lavoro (art. 28, comma 1, l. 20 maggio 1970, n. 300).

Il grado di efficacia delle regole tese a prevenire illeciti civili dipende dalle risposte che con esse si forniscono ai maggiori problemi prospettati dalla prevenzione, tenendo presente che quanto più i livelli di questa si alzano tanto più si mette a rischio la libertà delle iniziative il cui illecito esercizio si mira a impedire. Nella disciplina dei mezzi di prevenzione è essenziale (a) diversificare il contenuto delle misure impeditive in dipendenza dei fatti che le reclamano, (b) stabilire i presupposti della loro concessione, (c) sottoporre quelle misure a controlli di legittimità, (d) prevedere garanzie idonee a favorirne l'ottemperanza. Allora, il livello della prevenzione varia a seconda che lo specifico provvedimento diretto a conseguirla (a) prescriva al destinatario divieti di agire, oppure obblighi di conformare la sua attività alle norme; (b) presupponga il manifestarsi di semplici indizi di un prossimo illecito, oppure il suo avvenuto inizio; (c) sia sottoposto a controlli di validità a opera di soggetti imparziali; (d) preveda o meno meccanismi attuativi del provvedimento.

Negli ultimi decenni, in Europa, il favore per la prevenzione degli illeciti civili con misure specifiche è cresciuto a seguito della loro frequente incidenza su interessi umani diffusi e ad alto rilievo pubblico. Da un verso, si legittimano all'esercizio di azioni inibitorie – per conto di gruppi o categorie suscettibili di venire colpiti dagli illeciti – enti che ne assumono la rappresentanza e la difesa⁸. Da altro verso, si ammette che misure con scopi di prevenzione siano disposte da strutture amministrative. Specialmente in alcuni settori, a vigilare sul rispetto di discipline rientranti nell'area del diritto civile si responsabilizzano pubbliche Autorità provviste di una formale indipendenza dal Parlamento, dal Governo e dagli indirizzi politici da questi seguiti. Invero, a tal fine le Autorità possono anche irrogare sanzioni ai soggetti che trasgrediscano le regole di disciplina a loro destinate. In specie le pene pecuniarie applicabili – e spesso applicate – dalle Autorità producono effetti dissuasivi dalle infrazioni⁹. Si è tuttavia estesa, al contempo, la consapevolezza che, ferma l'efficacia di un giusto apparato sanzionatorio, la garanzia degli interessi in gioco viene accresciuta dal conferimento alle Autorità di vigilanza del compito di adottare misure precauzionali, spesso senza predeterminarne i contenuti¹⁰. Preve-

⁸ Cfr. FOLKERT, *Private Enforcement of EU Law before National Courts (The EU Legislative Framework)*, Cheltenham Northampton, 2015, 288 ss.

⁹ Cfr. TAKANEN, *Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 2023, 142 ss.; ALVARO, *Sanzioni e procedimenti sanzionatori CONSOB*, in *Riv. soc.*, 2023, 107 ss.; BINDI, LUCCARELLI, PISANESCHI, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, in *Giur. comm.*, 2021, 553 ss.; ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Napoli, 2020; *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di FRATINI, Padova, 2011.

¹⁰ Cfr. VETTORI, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti*, Napoli, 2024, 41 ss., che include nell'ambito della vigilanza le misure delle Autorità dirette a far cessare i comportamenti scorretti (v. anche 175 ss.); ma v. SILVESTRI, *Le Autorità Indipen-*

nire gli illeciti dei soggetti a esse sottoposti – ossia indurli a osservare le norme – rientra in pieno fra le pubbliche funzioni delle quali le Autorità sono investite; così che queste possono disciplinarne l'esercizio nei propri Regolamenti. Dunque, a impedire gli illeciti concorrono sia l'autorità giudiziaria adita dagli interessati, sia Autorità amministrative affidatarie, nell'interesse pubblico, di penetranti funzioni di controllo sul rispetto della legge, e di incentivo a osservarla¹¹. La natura pubblicistica delle Autorità non preclude loro la legittimazione a prevenire qualsiasi tipo di illecito: in linea di principio, le condotte umane possono assumere rilievo sia come illeciti civili sia come illeciti amministrativi e/o penali.

Molteplici sono i problemi che prospetta il concorso, nel prevenire condotte anti-giuridiche, della autorità giudiziaria e di quella amministrativa, che si suole ricondurre rispettivamente al *private enforcement* e al *public enforcement* del diritto. In questa sede ci si sofferma sulle risposte fornite, in Italia, all'esigenza di prevenire l'inosservanza di norme assegnate per tradizione al diritto civile; e si considerano in specie le misure di competenza delle Autorità di vigilanza che presiedono al rispetto di norme rivolte a disciplinare l'esercizio dell'impresa e i rapporti di mercato, nonché di regole poste a tutela di alcuni diritti assoluti.

Preliminarmente è tuttavia opportuno richiamare le azioni inibitorie esercitabili nei medesimi campi di esperienza dagli individui interessati, o dai soggetti collettivi investiti della rappresentanza dei loro interessi. Quelle azioni sono ricorrenti, grazie non solo alle molteplici basi puntuali loro offerte dai testi di legge, ma anche all'applicazione evolutiva, da parte dei giudici, di norme molto generiche idonee a essere utilizzate per prevenire gli illeciti e i danni che ne conseguono.

denti nella cornice costituzionale ed europea, in *Le giurisdizioni e le Autorità indipendenti (Un dialogo al plurale sulle metamorfosi del diritto)*, a cura di LEGNINI e MOROSINI, Quaderni del CSM, 2018, 71 ss. Già CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in *I garanti delle regole*, a cura di CASSESE e FRANCHINI, Bologna, 1996, 150, osservava che, “qualora emerga la violazione da parte delle imprese di regole poste direttamente a livello legislativo o a livello amministrativo..., il regolatore interviene esercitando, a seconda dei casi, poteri ordinatori, inibitori e sanzionatori”. L'ampiezza delle disposizioni che definiscono i poteri delle Autorità ne mette in dubbio la rispondenza al principio di legalità: v. VETTORI, *op. cit.*, 239 ss.; ACOCCELLA, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell'implicito nell'esperienza delle autorità indipendenti*, in *Autorità indipendenti (funzioni e rapporti)*, a cura di ACOCCELLA, Napoli, 2022, 11 ss., partic. 62 ss.

¹¹ Segnala il ruolo “centrale e insostituibile”, in uno Stato moderno, di una “funzione di controllo” SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 703 ss.; sulla spettanza alle Autorità indipendenti di una funzione del genere v. le Conclusioni di AMATO, in *Le giurisdizioni e le Autorità cit.*, 150 s.; più in generale, DE BENEDETTO, *Controlli della pubblica amministrazione sui privati: disfunzioni e rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 855 ss., che considera i controlli sui privati “il necessario ponte di conoscenza tra la regola, il fatto (non scontato) dell'adempimento e il ricercato (quanto difficile da conseguire) effetto di prevenzione e tutela” (881).

2. Le azioni inibitorie

Le situazioni in presenza delle quali l'ordinamento ammette iniziative giudiziarie dirette a pronunzie che interdicano condotte illecite sono numerose. Ai fini dell'indagine in corso può bastare il richiamo a quelle più emblematiche.

I) Nell'esperienza imprenditoriale è classica la possibilità di prevenire una condotta antigiusuridica tramite un provvedimento inibitorio a seguito della richiesta al giudice avanzata da un operatore economico contro un altro che compia atti di concorrenza sleale (ai sensi dell'art. 2598 c.c.): il giudice che li accerti “ne inibisce la continuazione” (art. 2599 c.c., la cui rubrica è “sanzioni”; v. anche l'art. 27, comma 15, del “codice del consumo”: d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)¹².

Allo scopo di prevenire l'inosservanza della disciplina *antitrust* è poi possibile emettere “provvedimenti d'urgenza” alle condizioni e nelle forme stabilite nel codice di procedura civile (art. 33, comma 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287)¹³.

Verso la fine del secolo scorso si è aggiunta l'azione inibitoria consentita all'impresa “cliente o fornitore” contro l'abuso che quella dominante commetta dello “stato di dipendenza economica” in cui la prima si trovi nei suoi riguardi (art. 9, comma 3, l. 18 giugno 1998, n. 192)¹⁴.

In seguito, si sono legittimate le associazioni di rappresentanza degli imprenditori presenti nel CNEL a chiedere al giudice, a tutela degli interessi collettivi, di accertare la “grave iniquità” – in un contratto commerciale – delle clausole generali relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero. Accertata la gravità, quando ricorrano giusti motivi d'urgenza il giudice può inibire l'uso della clausola contrattuale iniqua all'impresa che la imponga (art. 8, comma 1, lett. a, e comma 2, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, che attua la Direttiva 2000/35/CE).

II) Maggiore spazio, per esercitare nei confronti di imprese azioni volte a prevenirne gli illeciti, viene ritagliato ai consumatori.

La sede principale in cui queste iniziative vengono consentite è il “codice del consumo”, dove si legittimano ad agire soprattutto gli organismi di rappresentanza degli interessi esposti a rischio dalle imprese.

¹² Cfr. GENOVESE, *Concorrenza sleale*, in BERTANI, COGO, FABBIO, GENOVESE, OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale*, Milano, 2024, 137 ss.; DE ROSE, *Inibitoria e altri rimedi nella concorrenza sleale*, in *Prove e tutele nel diritto d'autore e nel diritto industriale*, a cura di CASSANO, FRANCESCHELLI, TASSONE, Milano, 2023, 977 ss.; Trib. Milano, sez. spec. impresa, 23 aprile 2020, n. 2547, in AIDA, 2020, 731; Trib. Milano, sez. spec. impresa, 4 giugno 2013, n. 7825, in *Giur. annotata dir. ind.*, 2015, 255.

¹³ Cfr. App. Milano, 4 novembre 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3497; NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, II (*La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*), Torino, 2012, 163 ss.

¹⁴ Cfr. MAUGERI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica (Fra diritto civile e diritto della concorrenza)*, Torino, 2022, 86; BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020, 44 ss., 311 ss.; Cass., 4 giugno 2025, n. 15023, ined.

a) Tali organismi possono convenire in giudizio le imprese o le loro associazioni “che utilizzano o che raccomandano l’ ‘utilizzo di condizioni generali di contratto”, e richiedere al giudice competente che “inibisca l’uso di cui sia accertata l’abusività” (art. 37, comma 1). “Quando ricorrono giusti motivi d’urgenza” l’inibitoria può essere concessa ai sensi degli artt. 669-*bis* e seguenti c.p.c. (art. 37, comma 2)¹⁵.

b) Più in generale, gli organismi di rappresentanza possono ottenere “un provvedimento con il quale il giudice ordina la cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva posta in essere in violazione delle disposizioni di cui all’allegato II-*septies* “(art. 140-*octies*, comma 1; art. 140-*ter*, comma 1, lett. i). Sempre “quando ricorrono giusti motivi di urgenza”, possono inoltre chiedere in corso di causa “un provvedimento provvisorio teso a far cessare una condotta omissiva o commissiva o a inibire la reiterazione di una condotta che appaia costituire una violazione” delle predette disposizioni (art. 140-*octies*, comma 5)¹⁶.

All’esperienza incoraggiante delle iniziative aperte alle associazioni nei rapporti di consumo si lega il riconoscimento – nell’art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. – della inibitoria collettiva proponibile da “chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti o comportamenti posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti”. Chi ha tale interesse – stabilisce la norma – “può agire per ottenere l’ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva”. L’ampiezza della apertura sembra destinata a venir circoscritta (a) dall’esplicito conferimento legislativo del potere di agire solo nei confronti di imprese, o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, con riguardo ad atti e comportamenti compiuti nel corso del loro rispettivo operato (secondo comma); e (b) dal prevedibile riconoscimento giudiziale dell’interesse ad agire soprattutto in capo a enti portatori di interessi diffusi. Dovrebbe inoltre restringere l’area di applicabilità della norma l’ ‘avere il legislatore fatte salve le leggi speciali (ultimo comma)¹⁷.

III) Inibitorie sono poi consentite a difesa di alcuni diritti assoluti.

A) Nel codice civile, sono previste anzitutto a tutela di interessi e diritti che definiscono l’identità di ogni individuo:

(a) può “chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo” la persona alla quale “si contesti il diritto all’uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall’uso che altri indebitamente ne faccia” (art. 7, primo comma, c.c.; nell’art.8 si ammette che l’azione venga promossa “anche da chi, pur non portando il nome contestato o indebita-

¹⁵ Cfr. RUFFOLO, *Interessi collettivi (o diffusi), azione inibitoria collettiva e “misure idonee” correttive*, in *Class action ed azione collettiva inibitoria (Commentario sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31)*, Milano, 2021, 245 ss.; Trib. Torino 29 giugno 2020, ined.; Trib. Milano 3 aprile 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 9; Cass. 21 maggio 2008, n. 13051, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2465.

¹⁶ RUFFOLO, *op. loc. cit.*

¹⁷ RUFFOLO, *op. loc. cit.*; DE SANTIS, *L’inibitoria collettiva: profili processuali*, in *Class action*, cit., 267 ss.

mente usato, abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne d'essere protette"; nell'art. 9 la tutela viene estesa alla protezione dello pseudonimo);

(b) "l'interessato" può chiedere al giudice un ordine di far cessare "l'abuso dell'immagine" (che si verifica quando "l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti": art. 10 c.c.)¹⁸.

B) Delle fonti normative extracodicistiche in primo piano viene la legge sul diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633): vi si stabilisce, infatti, che "chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta ... da parte dell'autore della violazione ... può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione" (art. 156, comma 1). Nella stessa fonte si precisa che "il titolare di un diritto di utilizzazione economica può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi attività, ivi comprese quelle costituenti servizi prestati da intermediari, che costituisca violazione del diritto stesso ..." (art. 163, comma 1). Con alcuni adattamenti, il medesimo mezzo di tutela viene offerto a difesa del diritto morale dell'autore dell'opera protetta (artt. 168 ss.)¹⁹.

C) Un ruolo da protagonista l'inibitoria occupa, inoltre, fra le tutele predisposte nel "codice della proprietà industriale" (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30).

Vi si afferma, in primo luogo, che "con la sentenza che accerta la violazione di un diritto di proprietà industriale possono essere disposti l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso delle cose costituenti violazione del diritto" (art. 124, comma 1)²⁰.

Poi si ammette che – secondo la disciplina generale riguardante i procedimenti cautelari – il titolare di un diritto di proprietà industriale chieda "l'inibitoria di qualsiasi violazione imminente del suo diritto e del proseguimento o della ripetizione delle violazioni in atto", e in particolare "l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso delle cose costituenti violazione del diritto" (art. 131). I provvedimenti possono essere concessi pure in corso di brevettazione o di registrazione (art. 132). Sempre a fini cautelari il giudice può inoltre disporre l'inibitoria dell'uso del nome a dominio illegittimamente registrato, e del suo trasferimento provvisorio (art. 133)²¹.

¹⁸ Cfr. ALPA, RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, 2 ediz., in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2019, 622 ss.; Cass. 8 aprile 2024, n. 9289, in *Foro it.*, 2024, I, 1494.

¹⁹ FERRARI, BOSSI, *L'inibitoria e le misure cautelari in generale*, in *Prova e tutele*, cit., 629 ss.; FERRARI, *L'ingiunzione dinamica*, ivi, 769 ss.

²⁰ SCOTTI, GARCEA, RAGONESI, *La tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Proprietà intellettuale*, a cura di GENOVESE e OLIVIERI, Milano, 2021, 1253 ss.; FERRARI, *L'inibitoria e le misure cautelari in generale*, in *Prova e tutele*, cit., 783 ss.

²¹ Cfr. Trib. Bologna, 4 giugno 2021, n. 1396, ind.; SCOTTI, *La tutela cautelare*, in SCOTTI, GARCEA, RAGONESI, *op. cit.*, 1222 ss.

D) Nei rapporti di lavoro, gli organismi locali di rappresentanza delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse possono chiedere al tribunale nella cui circoscrizione il datore di lavoro assuma “comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero” di ordinare a quel datore, “con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo ...” (art. 28, comma 1, l. 20 maggio 1970, n. 300)²².

E) Con le sentenze che definiscono controversie in materia di discriminazioni, i giudici possono “ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole”; e, “al fine di impedire la ripetizione della discriminazione”, possono disporre che venga adottato “un piano di rimozione delle discriminazioni accertate” (art. 28, comma 5, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150)²³.

F) Al contributo innovativo della giurisprudenza si deve la deduzione della ammissibilità di nuove inibitorie da altre norme che prevedono fattispecie particolarmente ampie. Fra di esse emerge in specie il primo comma dell'art. 844 c.c., che obbliga “il proprietario di un fondo” a “non impedire le immissioni ... derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avendo riguardo alla condizione dei luoghi”. Ai giudici è stato agevole desumere dalla norma il corollario che quel proprietario può “impedire” le immissioni intollerabili del vicino; così come tradurre questa tutela nella possibilità di ottenere un provvedimento che vieti al vicino di proseguire le immissioni, o almeno lo obblighi a prendere i rimedi necessari ad attenuarle riconducendole entro il limite della tollerabilità. Aperta la maglia, la giurisprudenza è poi andata oltre, estendendo il potere di agire a chi abbia, rispetto alla cosa su cui si riversino le immissioni, un diritto personale, al di là dei rapporti di vicinato, e talvolta perfino nei confronti di responsabili delle immissioni che siano soggetti pubblici²⁴.

La crescente consapevolezza della importanza di iniziative giudiziarie di tipo inibitorio per garantire il rispetto della legge, la tutela dei diritti, e la prevenzione dei danni induce dottrina e giurisprudenza a interpretare estensivamente i testi normativi che consentono azioni inibitorie, e a ritenerle possibili anche in difetto dei presupposti delle domande giudiziali²⁵. La tendenza va vista con favore; ma non può far eludere la necessità di identificare le condizioni essenziali di accoglibilità delle domande quando manchi una previsione normativa che le legittimi. Il problema esiste soprattutto rispetto alle inibitorie definitive, potendo quelle cautelari servirsi di una base molto ampia come l'art. 700 c.p.c.²⁶. Con riguardo alle prime, appare plausibile ammetterle atipiche in presenza

²² DE MARCO, *L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e attualità*, Napoli, 2019, 151 ss.

²³ Cass., 16 agosto 2023, n. 24686, ined.; Trib. Torino, 20 marzo 2024, n. 1824, ined.

²⁴ Cass., 5 dicembre 2023, n. 33966, ined.; Cass., 23 maggio 2023, n. 14209, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1532; Cass., 8 settembre 2021, n. 24188, ined.

²⁵ Cfr. PANZAROLA, GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza*, in *Commentario del Cod. Proc. Civ.*, a cura di CHIARLONI, *Libro quarto- Dei procedimenti speciali (art. 700.702)*, Bologna, 2016, 214 ss.

²⁶ Sulla atipicità dei provvedimenti d'urgenza v. Cass., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23469, in *AIDA*, 2017, 867.

di condotte antigiuridiche (non soltanto di una semplice probabilità del loro compimento), pur mancando l'attualità del pregiudizio da esse causabile.

3. Segue: le pronunzie

Sulla base dei dati censiti appaiono opportune alcune sottolineature in ordine alle pronunzie adottabili in sede giudiziaria.

A) La possibilità per l'attore di ottenere la richiesta inibitoria è subordinata a presupposti che variano in ragione di due evenienze: il carattere temporaneo o definitivo della pronunzia cui mira; l'interesse che fa valere in giudizio. In ogni caso, ai fini dell'accoglimento della domanda attrice – abbia questa come oggetto una inibitoria temporanea o una inibitoria definitiva – di regola la legge attribuisce rilievo alla semplice pericolosità del comportamento che l'attore chiede al giudice di inibire, non alla attualità del pregiudizio²⁷; e non esige – né ha motivo di esigere – stati soggettivi, come il dolo o la colpa, in capo al convenuto che abbia intrapreso quel comportamento²⁸. Dannosità e colpevolezza costituiscono circostanze eventuali nelle fattispecie che legittimano misure inibitorie. Quindi gli illeciti che si tende a evitare con queste ultime non coincidono con quelli che fondano la responsabilità civile.

a) Le inibitorie definitive sono condizionate (i) a circostanze sintomatiche dell'avvio, più o meno prossimo, di una condotta antigiuridica da parte del convenuto, oppure (ii) all'intrapreso inizio – ad opera del medesimo – di una condotta del genere suscettibile di proseguimento.

(i) Di regola, bastano indizi di una prossima condotta antigiuridica, ai fini di una pronunzia inibitoria, se l'attore assuma che la controparte leda un suo diritto assoluto: il nome di una persona può essere tutelato in via preventiva nel caso della altrui “contestazione” del diritto all'uso di quel segno identificativo, oltre che nel caso dell'uso indebito del nome che altri ne faccia (art. 7, primo comma, c.c.); lo sfruttamento di un'opera dell'ingegno può essere protetto quando si “ha ragione di temere la violazione” del diritto

²⁷ NARDO, *op. cit.*, 87 ss.; sulla ammissibilità di una azione inibitoria in presenza di un semplice pericolo di danno v. BASILICO, *op. cit.*, 67 ss., 248 ss. È però incontroverso che il danno, seppur “non presente”, deve essere prossimo: Trib. Roma, 18 dicembre 2024, in *N.G.C.C.*, 2025, I, 708 ss., con il commento di GIUSSANI, *L'azione inibitoria quasi di classe nel labirinto dell'azione collettiva*, ha respinto la domanda di un gruppo di ambientalisti che gli chiedeva di inibire alla società “Stretto di Messina” il riavvio delle attività di realizzazione del ponte sospeso sullo Stretto; ad avviso del giudice, l'iniziativa era “prematura” essendo stata proposta in mancanza della imminenza del prospettato pregiudizio all'ambiente, così che difettava in capo ai ricorrenti un interesse concreto, effettivo e attuale alla richiesta pronunzia inibitoria; maggiori precisazioni in NOTARIANNI, *L'azione collettiva alla prova*, in *Ambiente biodiversità ecosistemi. Per un sistema integrale di tutele*, a cura di FEDERICO e BILARDO, Pisa, 2025, 277 ss.

²⁸ NARDO, *op. cit.*, 101 ss.; nel senso che non occorra il dolo o la colpa del soggetto agente per poter inibire atti di concorrenza sleale v. Cass., 28 maggio 2024, n. 1494, ined.

d'autore da parte del convenuto (art. 156, comma 1, l. 1941/633). Tuttavia l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso delle cose lesivi della proprietà industriale esige il previo accertamento dell'illecito (art. 124, comma 1, d.lgs. 2005/30²⁹).

(ii) È condizionata, di solito, all'avvenuto inizio di una infrazione la fondatezza della inibitoria definitiva proposta nei confronti di un'impresa da un concorrente, oppure da consumatori che lamentino l'inosservanza di regole sull'attività economica: il successo dell'iniziativa giudiziaria presuppone l'accertamento di atti di concorrenza sleale (art. 2599 c.c.), la raccomandazione dell'uso oppure l'utilizzo di condizioni generali di contratto inique (art. 37, comma 1, d.lgs. 2005/206), e, più in generale, l'inosservanza di norme di origine europea sulla tutela dei consumatori (art. 140-octies, comma 1, d.lgs. 2005/206). L'interesse tutelabile con l'inibitoria collettiva (esperibile ai sensi dell'art. 840-sexiesdecies c.p.c.) è determinato da atti o comportamenti pregiudizievoli posti in essere, nel corso delle loro iniziative, da imprese o enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità: sembra plausibile che, dovendo dimostrarsi “in pregiudizio di una pluralità di individui o enti”, gli atti o comportamenti – per giustificare la domanda – debbano essere contrari a norme inderogabili; il pregiudizio plurisoggettivo richiesto dalla norma consiste nella tensione degli atti o comportamenti verso l'offesa a interessi protetti.

b) Le circostanze che devono sussistere affinché venga accolta una inibitoria temporanea a fini cautelari sono, in linea di principio, meno rigorose. Un provvedimento d'urgenza presuppone che il diritto soggettivo sia “minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile” (art. 700 c.p.c.). Analoga eventualità deve verificarsi per poter prevenire con un provvedimento del genere una violazione della disciplina *antitrust* (art. 33, comma 2, l. 1990/287). Affinché una proprietà industriale possa essere difesa con una inibitoria cautelare basta “qualsiasi violazione imminente” del diritto (art. 131 d.lgs. 2005/30). Su richiesta degli organismi di rappresentanza dei consumatori, in corso di causa una inibitoria provvisoria può essere concessa quando ricorrano “giusti motivi di urgenza” davanti a una condotta che “appaia costituire una violazione” di norme di origine europea (art. 140-octies, comma 5, d.lgs. 2005/30).

In breve, il rilascio di inibitorie provvisorie non presuppone, oltre alla pericolosità della condotta che l'attore chiede al giudice di impedire, il suo avvenuto inizio e l'accertamento della sua illiceità.

B) Il contenuto delle pronunzie inibitorie adottabili dipende in larga misura dalle valutazioni che i giudici compiono dei relativi presupposti; e può variare in grado sensibile, in quanto va costruito in maniera che possa adattarsi alle diverse domande e situazioni fatte valere in causa³⁰. A tal fine conta in specie il carattere temporaneo (per

²⁹ Trib. Torino, 16 giugno 2021, in *Giur. annotata dir. ind.*, 2021, 948; nel senso che la pronunzia della inibitoria non consegua in modo automatico all'accertamento dell'illecito, essendo rimessa alla valutazione del giudice, v. FABBIO, *La proporzionalità dell'inibitoria per violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2021, 57 ss.

³⁰ LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1995, 389, scrive che “il contenuto del provvedimento inibitorio dev'essere ‘costrui-

avere scopo soltanto cautelare) oppure definitivo dell'inibitoria. Poi importa se l'illecito da prevenire ha avuto già inizio oppure è più o meno imminente, mentre in presenza di un illecito concluso e irripetibile l'inibitoria non avrebbe senso (in questa ipotesi si porrebbero solo problemi riparatori o sanzionatori).

Così, in via di urgenza si può "sospendere o provvisoriamente vietare" la condotta pregiudizievole prossima (art. 700 c.p.c.); la pronunzia che accerti un atto di concorrenza sleale "ne inibisce la continuazione" (art. 2599 c.c.); visto l'impiego di condizioni generali di contratto abusive, il giudice può interdirlle l'uso all'impresa che l'imponga (art. 37, comma 1, d.lgs. 2005/206); di condotte contrarie a norme poste a garanzia dei consumatori il giudice "ordina la cessazione o il divieto di reiterazione" (art. 140-*octies*, comma 1, d.lgs. 2005/206); a tutela di un diritto di proprietà industriale si può disporre "l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso delle cose costituenti violazione del diritto, e l'ordine di ritiro dal commercio delle medesime cose" (art. 131 d.lgs. 2005/30).

Si discute se il giudice possa emettere "inibitorie positive", così da correggere una condotta antigiuridica in modo che il suo prosieguo o la sua ripetizione divengano conformi alle regole³¹. La possibilità di ordini giudiziali di fare è espressamente prevista con riguardo alle violazioni della proprietà intellettuale: ordini del genere ammessi in queste ipotesi si affiancano ai provvedimenti inibitori, connotando gli uni e gli altri come "misure correttive" (v. la rubrica dell'art. 124 d.lgs. 2005/30). Inoltre, ordini di fare rientrano fra gli "opportuni provvedimenti" che il giudice può decidere in presenza di atti di concorrenza sleale (art. 2599 c. c.): il requisito della "opportunità" è tuttavia indice della esigenza di circoscrivere i limiti entro i quali il giudice legittimato a emettere ordini positivi può farlo.

C) Uno dei punti deboli dei provvedimenti inibitori è stato, negli anni scorsi, la carenza di garanzie della loro esecuzione nell'ipotesi che i destinatari non intendano attenersi. Di fronte alla incertezza sulla possibilità di imporre sanzioni o misure coercitive ai destinatari inadempienti, talvolta la stessa fonte che ha consentito l'inibitoria ne ha autorizzato il rinforzo con un rimedio alla inottemperanza. È il caso delle normative sulla tutela della proprietà intellettuale: in base a esse, quindi, il giudice che vieti il proseguimento della violazione del diritto di utilizzare l'opera creata dall'attore, o della proprietà industriale del medesimo, può fissare una somma di denaro che il convenuto

to' dal giudice in base alla considerazione dell'ambito concreto del pericolo che minaccia l'interesse protetto".

³¹ Nel senso che la pronunzia giudiziale non si esaurisca in un ordine di astensione potendo consistere nel comando di tenere un certo comportamento a determinate condizioni v. NARDO, *op. cit.*, 62, 87 (dove il rilievo che l'azione inibitoria serve non solo per arrestare una condotta illecita ma anche "per meglio regolamentare l'esercizio di un diritto di terzi che comunque comprime in modo non del tutto regolare il diritto di chi...agisce in inibitoria"). Afferma che nelle azioni inibitorie la pronunzia giudiziale consiste in un "ordine di *non facere*" BASILICO, *op. cit.*, 208 ss., la quale non esclude però la possibile compresenza, nella pronunzia, di collaterali ordini di fare, ai fini del ripristino della situazione antecedente all'illecito o della rimozione del pericolo.

dovrà corrispondergli “per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento” (artt. 156, comma 1, e 163, comma 2, l. 1941/633; art. 124, comma 2, d.lgs. 2005/30). Oggi però la possibilità di adottare questo mezzo coercitivo della esecuzione di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro è codificata a livello generale (art. 614-*bis* c.p.c.)³²; e la si riconosce in modo esplicito ai giudici che accolgano domande di inibitorie relative ad atti o comportamenti posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti (art. 840-*sexiesdecies*, sesto comma, c.p.c.).

D) Come tutti i provvedimenti giudiziari, le inibitorie sono sottoposte a controlli di validità. E anche sotto questo profilo rilevano le differenze fra inibitorie temporanee e inibitorie definitive (o finali).

a) Le prime hanno funzione cautelare, possono essere rese prima dell’inizio della causa di merito, e sono sottoposte, in linea di principio, alle regole codificate negli artt. 669-*ter* ss. c.p.c. Quindi il giudice investito della domanda le pronunzia con una ordinanza reclamabile al Collegio (art. 669-*sexies*, primo comma; art. 669-*terdecies* c.p.c.).

Se pronunziata anteriormente all’inizio della causa di merito, l’ordinanza deve fissare un termine perentorio per l’inizio di questa (art. 669-*octies*, primo comma, c.p.c.; nel secondo comma si stabilisce che, se nell’ordinanza non è fissato alcun termine, vale quello di sessanta giorni). Se il giudizio non viene iniziato in tempo (oppure se, dopo il suo inizio, si estingue) la pronunzia perde efficacia (art. 669-*novies*, primo comma, c.p.c.). Quest’ultima norma riceve però una vistosa deroga nei casi di ordinanze che valgano ad “anticipare gli effetti” delle sentenze: in tali casi, le ordinanze non perdono efficacia se il giudizio di merito non viene intrapreso (o si estingue), fermo restando il diritto dell’interessato a intraprenderlo (art. 669-*octies*, sesto comma, c.p.c.; art. 162-*bis*, comma 4, l. 1941/633; art. 132, comma 4, l. 2005/30)³³. La deroga – giustificata con il proposito di accrescere la tutela di chi ottiene l’ordinanza “anticipatoria” – sembra tuttavia di dubbia legittimità alla luce dell’obbligo degli Stati della UE di far cessare l’efficacia delle misure provvisorie rese a difesa della proprietà intellettuale se gli attori che le hanno ottenute non promuovono l’azione di merito (art. 9, par. 5, Direttiva 2004/48). Il dubbio è stato proposto in una procedura cautelare intrapresa qualche anno fa dal titolare di un certo segno distintivo che aveva beneficiato di una ordinanza con cui si vietava al convenuto l’utilizzo di quel segno. E la Suprema Corte – adita a seguito della impugnazione (da parte del convenuto) dell’ordinanza cautelare e delle pronunzie di merito che l’avevano confermata – ha investito della questione la Corte di giustizia europea in base all’art. 267 T.F.U.E. Le ha chiesto infatti di stabilire se il cit. art. 9, par. 5, Direttiva 2004/48 osti alle norme italiane secondo le quali i provvedimenti cautelari anteriori al giudizio di merito

³² Cfr. MAZZAMUTO, *La coercizione indiretta*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 465 s.

³³ Sulla distinzione dei provvedimenti cautelari in “conservativi” e “anticipatori” v. VULLO, *Dei procedimenti cautelari in generale*, in *Commentario cod. proc. civ.*, a cura di CHIARLONI, Libro IV – *Dei procedimenti speciali* (art. 669-*bis* – 669-*quaterdecies*), Bologna, 2017, 213 ss.; PANZAROLA, GIORDANO, *op. cit.*, 44 ss.

che “anticipano gli effetti” delle sentenze definitive non perdono efficacia in caso di mancato inizio di detto giudizio³⁴.

b) Le inibitorie definitive (o finali) hanno invece natura di sentenza; secondo l'opinione che appare preferibile, consistono precisamente in sentenze di condanna³⁵. Quindi possono essere impugnate alle condizioni, nelle forme e nei limiti di queste pronunzie.

4. La prevenzione degli illeciti da parte delle Autorità di vigilanza e garanzia

Impedire con misure specifiche la violazione di norme giuridiche, l'offesa di diritti e i danni conseguenti è prerogativa delle Autorità di vigilanza e garanzia distinta dal comminare sanzioni ai responsabili degli illeciti; e ciò anche se fra le sanzioni ne sono comprese alcune che aggiungono ai caratteri propri della punizione quelli propri del divieto di perpetrare o proseguire illeciti³⁶.

La spettanza alle Autorità di compiti di prevenzione specifica non è singolare se si considera che poteri-doveri di attivarsi per impedire illeciti civili spettano, in alcune materie, anche ad altri enti pubblici, e, sul piano europeo, alla stessa Commissione.

A) A livello nazionale è opportuno richiamare almeno tre prerogative tese al rispetto di norme la cui inosservanza può costituire pure un illecito civile:

a) la potestà del Ministro dell'ambiente (i) di chiedere all'“operatore interessato” “informazioni su qualsiasi minaccia imminente di danno ambientale o su casi sospetti di tale minaccia imminente” (“operatore interessato” si intende chi eserciti o controlli un'attività professionale avente rilevanza ambientale o comunque eserciti potere decisionale sugli aspetti tecnici e finanziari di detta attività: art. 302, comma 1, n. 4, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152); (ii) di prescrivere all' “operatore” le dovute misure di prevenzione, precisando la metodologia da seguire; (iii) di assumere quelle necessarie (art. 304, comma 3, d.lgs. 2006/152; v. anche il comma 4)³⁷; peraltro, misure tese a prevenire la lesione di interessi protetti dal diritto dell'ambiente possono essere incluse anche in autorizzazioni di competenza di diverse autorità amministrative: molto importanti sono, ad esempio, le misure che devono inserirsi – a seguito della Direttiva 2010/75/UE – nella “autorizzazione integrata ambientale” (artt. 29-*sexies* ss. d. lgs. 2006/152);

³⁴ Cass., 10 febbraio 2025, n. 3332, ined.

³⁵ Riconducono l'inibitoria alla tutela di condanna BASILICO, *op. cit.*, 191 ss., 252, e LIBERTINI, *Nuove riflessioni*, cit., 390 ss.; diversamente NARDO, *op. cit.*, 53 ss.

³⁶ Sulle sanzioni interdittive v. SCOCA, *Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2025, 15.

³⁷ GIRACCA, *Danno ambientale*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di FERRARA, SANDULLI, Milano, 2014, I (*Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*), 597 ss.; IANNONE, *Il danno ambientale*, Pisa, 2023.

b) la possibilità che prendano provvedimenti inibitori varie pubbliche amministrazioni nei casi di iniziative imprenditoriali commerciali o artigianali irregolari munite di “segnalazione certificata di inizio attività” (c.d. SCIA): in questi casi, l’amministrazione, se accerti “carenza dei requisiti e dei presupposti” prescritti per l’avvio di una di quelle iniziative, “adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’attività”, oltre che di rimozione di suoi eventuali effetti dannosi (art. 19, comma 3-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241); qualora sia possibile “conformare l’attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente”, l’amministrazione invita l’interessato a provvedere, “prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine...per l’adozione di queste ultime”; in difetto di ottemperanza, “l’attività si intende vietata”, e “l’amministrazione dispone la sospensione dell’attività intrapresa” (ivi)³⁸;

c) il potere del Dipartimento del Ministero delle politiche agricole che presiede alla osservanza della disciplina sulla cessione dei prodotti agricoli (ICQRF) di intimare a chi la violi di “porre fine alla pratica commerciale vietata” (art. 8, comma 2, lett. d, d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198)³⁹;

B) Sul piano europeo, in diverse ipotesi la Commissione può prendere provvedimenti cautelari per prevenire illeciti; essa tuttavia fa un uso parco di questa potestà preferendo che ad attivarsi siano in primo luogo gli Stati membri. Ad esempio:

a) presentandosi un “grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l’ambiente che non possa essere adeguatamente affrontato dagli stati membri”, la Commissione può disporre (fra l’altro) la sospensione dell’immissione sul mercato o dell’utilizzazione dell’alimento o del mangime (art. 53, par. 1, lett. a, sub i, Regolamento 2002/178; v. anche la lett. b; per “altre misure urgenti” v. l’art. 54)⁴⁰;

b) davanti al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, la Commissione, se “constati *prima facie* la sussistenza di una infrazione”, può decidere, nei confronti di una impresa, misure cautelari urgenti provvisorie (art. 8 Regolamento CE 2003/1 del 16 dicembre 2002)⁴¹; questa possibilità oggi è data anche in due evenienze specifiche: i) nell’ipotesi che un’impresa fornitrice di servizi di piattaforma di base nel mercato digitale (detta “*gatekeeper*”) commetta un’infrazione dei suoi obblighi dalla quale derivi per gli utenti il rischio di danno grave e irreparabile, la Commissione può disporre – nei confronti dell’impresa – “misure provvisorie” previo parere del “comitato consultivo per i mercati digitali” (art. 24 Regolamento 2022/1925, c.d. *Digital Market Act*); ii) nell’ipotesi che “constati *prima facie*” una violazione del Regolamento 2022/2065 (c.d. *Digital Services Act*) o di impegni assunti da parte del fornitore di una piattaforma *online* di dimensioni molto grandi, o di un motore di ricerca *online* di dimensioni molto grandi, che giustifichi

³⁸ STRAZZA, *La s.c.i.a. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione*, Napoli, 2020, 96.

³⁹ Cfr. JANNARELLI, *Il d. lgs. n. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, in *Giust. civ.*, 2021, 739 ss.

⁴⁰ BRUNO, *Il diritto alimentare*, Milano, 2022, 43 ss.

⁴¹ LIBERTINI, *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, 5 ss.

una decisione di “non conformità”, la Commissione, “in caso di urgenza dovuta al rischio di danni gravi per i destinatari del servizio”, “può ordinare... misure provvisorie nei confronti del fornitore” (art. 70, par. 1, Regolamento 2022/2065).

C) Con riguardo a varie Autorità di vigilanza, il potere-dovere di prevenire condotte anti-giuridiche tramite misure temporanee o definitive ha fondamento esplicito in testi inequivoci.

1) La prima istituzione indipendente che da tempo è legittimata a prevenire condotte illecite è la Banca d'Italia. In alternativa alla applicazione di sanzioni pecuniarie, nei casi di inosservanza – da parte di una società o ente – di norme del testo unico in materia bancaria o creditizia (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) che sia connotata “da scarsa offensività o pericolosità”, la Banca può disporre nei confronti di quei soggetti “una sanzione consistente nell’ordine di eliminare le infrazioni anche indicando le misure da adottare e il termine per l’adempimento” (art. 144-*bis*, comma 1, d.lgs. 1993/385). La diffida a “eliminare le infrazioni” obbliga il destinatario anzitutto a non proseguire, o a non ripetere, la condotta illegittima⁴².

Ma alla Banca d'Italia e alla “Commissione nazionale per le società e la borsa” (CONSOB) – nei campi di rispettiva competenza – rilevanti compiti di prevenzione vengono attribuiti dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)⁴³. L’esercizio di quei compiti viene loro affidato – nei confronti degli intermediari, di banche di investimento, di organismi di investimento collettivo in valori mobiliari, e del “Fondo italiano riservato” – nei casi di inosservanza, da parte di questi soggetti, di obblighi derivanti da fonti italiane o europee. La misura interdittiva si traduce nell’ordine di sospendere in via cautelare le irregolarità o di porvi fine; in certi casi, include il divieto di intraprendere nuove operazioni, e ogni altro interdetto riguardante singole tipologie di operazioni servizi o attività (art. 7-*ter*, commi 1 e 2; art. 7-*quater*, commi 1 e 2; art. 7-*quinquies*, commi 1 e 2).

Banca d'Italia e CONSOB possono poi intimare ai gestori delle sedi di negoziazione di non avvalersi transitoriamente, in certi casi, dell’attività professionale di alcuni soggetti; e prescrivere a chiunque, anche in via cautelare, di porre fine a pratiche o condotte contrarie alla disciplina del mercato (artt. 62-*decies*, comma 1, lett. *b* e *d*, e 90-*septies*).

⁴² Nota che la vigilanza della Banca si esplica anche con “poteri prescrittivi”, come l’ordine di cessare un dato comportamento (atti inibitori o diffide), oppure di conformarsi a una data prescrizione (attraverso ingiunzioni o ordini che richiamano in via preventiva la necessità di adeguarsi alla disciplina in vigore), CAMA, *La Banca d'Italia*, Bologna, 2010, 236 ss.

⁴³ Osserva che la CONSOB assolve le sue funzioni attraverso una serie di “prerogative conformative” – fra le quali il potere di emettere “raccomandazioni” per indicare ai destinatari criteri e principi di comportamento cui devono adeguarsi – ROMAGNOLI, *CONSOB. Profili e attività*, Torino, 2012, 93 ss., 124 ss., che segnala anche l’abilitazione della Autorità a rivolgersi al giudice per rimuovere atti illegittimi dei soggetti vigilati (136 ss.); v. pure VESPERINI, *I cinquanta anni della CONSOB*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2025, 655 ss.

La CONSOB può inoltre disporre che le società quotate pubblichino i documenti finanziari idonei a consentire la corretta informazione del mercato (art. 154-ter, commi 5-7).

II) I poteri-doveri finalizzati a prevenire illeciti che spettano alla “Autorità garante della concorrenza e del mercato” (AGCM) sono molto penetranti, e spaziano in diversi settori.

A) Alcuni si fondano sul Regolamento 2003/1, che impegna le Autorità nazionali ad applicare i principi europei sulla concorrenza, oggi inseriti negli artt. 101 e 102 TFUE, anche ordinando di porre termine alle infrazioni, e disponendo misure cautelari (art. 5).

Altri poteri-doveri mirano alla osservanza della l. 1990/287. Qui anzitutto si legittimano misure cautelari a carico delle imprese: “nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l’Autorità può, d’ufficio, ove constati ad un sommario esame la sussistenza di un’infrazione, deliberare l’adozione di misure cautelari” (art. 14-bis, comma 1)⁴⁴.

Poi, si ipotizza che, nell’indagare su intese restrittive della libertà di concorrenza o su abusi di posizione dominante, l’AGCM ravvisi “un’infrazione” degli artt. 101 o 102 del TFUE, ovvero degli artt. 2 o 3 della medesima l. 1990/287; e le si permette, in quelle ipotesi, di porre alle imprese e associazioni di imprese interessate un termine per eliminare l’illecito stesso ovvero, se questo è già cessato, di vietarne loro la reiterazione (art. 15, comma 1)⁴⁵. In prosieguo si precisa che a tal fine l’Autorità può imporre “qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale necessario a far cessare effettivamente l’infrazione”.

La diffida a porre termine all’illecito, o a reiterarlo, può essere rivolta dalla AGCM (anche su richiamo di terzi e nell’esercizio dei propri poteri di indagine) pure nei confronti dell’impresa o delle imprese cui sia imputabile un “abuso di dipendenza economica” che sia rilevante per la tutela della concorrenza e del mercato (art. 9, comma 3-bis, l. 18 giugno 1998, n. 192)⁴⁶.

B) Ulteriori poteri-doveri spettano alla AGCM in forza del Regolamento europeo 2017/2394, e della Direttiva 2019/2161 recepita nel “codice del consumo” (d.lgs. 2005/206).

Nel Regolamento 2017/2394 si ricomprendono, fra i poteri minimi spettanti alle autorità nazionali ai fini dell’osservanza delle discipline sulla tutela dei consumatori, “il potere di adottare misure provvisorie volte a evitare il rischio di danno grave degli inte-

⁴⁴ LIBERTINI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁵ Cfr. NEGRI, *op. cit.*, 167 ss.

⁴⁶ Sull’esperienza applicativa cfr. GHEZZI, *I numeri dell’antitrust – Considerazioni sull’attività di enforcement dell’Autorità garante della concorrenza in materia di intese e abusi di posizione dominante*, in *Riv. soc.*, 2022, 476 ss., dove si rileva che tale Autorità “continua a sposare il modello – seguito anche dalla Commissione Europea – dell’utilizzo della leva sanzionatoria al fine di orientare le condotte delle imprese al fine di rendere conformi alle regole di concorrenza”, e si giudica questa strategia, “se isolatamente considerata, insufficiente” (502); DI CATALDO, *L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a vent’anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, 467 ss.

ressi collettivi dei consumatori”, e “il potere di far cessare...le infrazioni” al Regolamento (art. 9, par. 4, lett. *a* ed *f*). Si precisa che tali poteri possono essere esercitati dalle autorità direttamente oppure mediante richiesta agli organi giudiziari (art. 10, par. 1, lett. *a* e *d*)⁴⁷.

Nel “codice del consumo”, i poteri inibitori attribuiti alla AGCM vengono specificati con riguardo all’uso – da parte di una impresa – di “pratiche commerciali scorrette”. In tal caso, l’Autorità, d’ufficio o su istanza di chi vi abbia interesse, può inibire la pratica oltre che eliminarne gli effetti (art. 27, comma 2); se sussista “particolare urgenza”, può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione provvisoria (ivi, comma 3). In via cautelare, la rimozione di iniziative o attività destinate ai consumatori diffuse attraverso reti telematiche o di telecomunicazione può essere imposta ai fornitori di servizi di connettività alle reti *internet*, ai gestori di altre reti telematiche o di telecomunicazione nonché agli operatori che, in relazione a esse, forniscono servizi telematici o di telecomunicazione (ivi, comma 3-*bis*).

III) Esplicite basi normative sorreggono inoltre i provvedimenti che possono prendere le “Autorità per i servizi di pubblica utilità” istituite con la l. 14 novembre 1995, n. 481 (art. 2). Nell’assolvere ai propri compiti esse possono, fra l’altro, (a) ordinare ai soggetti che erogano quei servizi “la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti”, e imporre loro l’obbligo di corrispondere un indennizzo; (b) adottare, nell’ambito della procedura di conciliazione o di arbitrato, “provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell’erogazione del servizio ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del soggetto esercente il servizio” (art. 2, comma 20, lett. *d* ed *e*).

IV) Fra le “Autorità per i servizi di pubblica utilità” istituite con la l. 1995/481, un posto a sé stante occupa l’“Autorità per le garanzie nelle comunicazioni” (AGCOM) investita di poteri-doveri funzionali a prevenire illeciti dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (che attua la Direttiva 2000/31/CE). Qui si determinano, fra l’altro, le responsabilità dei prestatori di servizi informativi; e, con riguardo alle prestazioni di semplice trasporto (“*mere conduit*”), di memorizzazione temporanea (“*caching*”), e di memorizzazione di informazioni (“*hosting*”), si ammette che, nei casi di inosservanza della relativa disciplina, l’autorità giudiziaria oppure quella amministrativa di vigilanza esiga, anche in via di urgenza, che il prestatore di quei servizi “impedisca o ponga fine alle violazioni” (art. 14, comma 3; art. 15, comma 2; art. 16, comma 3). La disciplina è stata poi specificata dal Regolamento sulla tutela del diritto d’autore nelle reti di comunicazione elettronica del quale la AGCOM si è provvista nel 2013 (delibera 680/13/CONS). Invero, alcune associazioni, ritenendo che la delibera con cui l’Autorità ha approvato il Regolamento sia illegittima e leda il diritto d’autore, ne hanno chiesto al giudice amministrativo l’annullamento. La maggior parte delle loro censure si è incentrata sul difetto, in capo alla AGCOM, del duplice potere – riconosciute a tutela del diritto d’autore – (a) di prendere misure inibitorie nei confronti

⁴⁷ Cfr. STELLA, *Applicazione*, in *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO, BARBA, BARENGHI, Milano, VI ediz., 2023, 268 ss.

dei prestatori di servizi di trasmissione di informazioni i quali violino la disciplina in materia, e (b) di irrogare sanzioni pecuniarie ai prestatori di servizi che non ottemperino agli ordini loro impartiti. Tuttavia il Consiglio di Stato, confermando la sentenza di primo grado, ha detto che il Regolamento è stato deciso dalla AGCOM “in legittimo e corretto esercizio di attribuzioni proprie”, salvo che nel punto dove essa si è riservata di sanzionare il prestatore di servizi che non ottemperi alle misure inibitorie⁴⁸. La pronunzia e le critiche che ha ricevuto hanno suggerito di fare chiarezza in proposito. Così, nella l. 14 luglio 2023, n. 93, ribadendo la volontà di fornire adeguata tutela al diritto d'autore, si è riconosciuto alla AGCOM il potere-dovere di ordinare ai prestatori di servizi di “disabilitare l'accesso a contenuti diffusi abusivamente” (art. 2, commi 1 e 2). In casi di gravità e urgenza, la disabilitazione può essere decisa con un procedimento cautelare abbreviato la cui disciplina è stata rimessa alla AGCOM (art. 2, comma 3). Si è quindi suggerito a quest'ultima di adeguare il Regolamento del 2013 alla legge (art. 6); ed essa vi ha provveduto con la Delibera 189/23.

Al Consiglio della AGCOM compete poi l'esercizio dei poteri di prevenzione che l'art. 49 del Regolamento europeo sui servizi digitali 2022/2065 (*Digital Services Act*) affida ai “Coordinatori” di cui ciascun Paese deve dotarsi (art. 1, comma 6, lett. c, n. 14-ter, l. 31 luglio 1997, n. 249). Il Consiglio può, fra l'altro, (a) ordinare la cessazione delle violazioni e, ove opportuno, imporre misure correttive proporzionate alla violazione e necessarie per farle cessare, oppure chiedere alla autorità giudiziaria di farlo; (b) adottare misure provvisorie, o chiederle alla autorità giudiziaria, onde evitare il rischio di danno grave (art. 51, par. 2, lett. b e d, Regolamento 2022/2065).

V) Poteri analoghi spettano a istituzioni competenti in materia di servizi di pubblica utilità previste da altre normative. Per esempio, la “Autorità di regolazione dei trasporti” (ART) può ordinare “la cessazione delle condotte in contrasto con gli atti di regolazione adottati...”; e, “in circostanze straordinarie, ove ritenga che sussistano motivi di necessità e di urgenza, al fine di salvaguardare la concorrenza e di tutelare gli interessi degli utenti rispetto al rischio di un danno grave e irreparabile, può adottare provvedimenti temporanei di natura cautelare” (art. 37, comma 3 lett. f, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201)⁴⁹.

VI) Nel Codice delle assicurazioni private (d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209) si affida all’“Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni” (IVASS) il potere di prevenire illeciti nel settore. In specie, dopo avere concesso all'Istituto il compito di sanzionare intermediari e imprese che commettano infrazioni rilevanti agli obblighi di distribuzione dei prodotti assicurativi e di investimento assicurativo (art. 324 ss.), si consente al medesimo di imporre agli intermediari e alle imprese responsabili, in alternativa alle sanzioni, un

⁴⁸ Cons. Stato (VI), 15 luglio 2019, n. 4993, in *Dir. inf.*, 2019, 1215.

⁴⁹ PISANTI, *Le competenze a “geometria variabile” dell'Autorità dei trasporti*, in *Dir. amm.*, 2022, 249 ss., nota che “l'aver dotato alcune autorità indipendenti di poteri di carattere interdittivo si deve ascrivere a quella tendenza...di sviluppo delle funzioni delle *Authorities*, ormai trasformate in potenziali attori nel processo amministrativo”, e condivide la tesi che “la natura di questa competenza non va intesa alla stregua di un rimedio *ex post*”.

ordine di eliminare le infrazioni, anche indicando le misure da prendere e il termine per l'adempimento (art. 324-*quater*, comma 1; nel comma successivo si autorizza l'Istituto ad applicare sanzioni pecuniarie in caso di inosservanza dell'ordine)⁵⁰. L'IVASS può inoltre "adottare misure idonee a prevenire il compimento di ulteriori irregolarità" da parte degli intermediari assicurativi di altri Stati europei che, nell'esercizio della libera prestazione dei servizi, operino in Italia in modo dannoso per gli assicurati e per il corretto funzionamento del mercato (art. 116-*septies*, comma 2). "Nel caso in cui si renda necessaria un'azione immediata", l'IVASS "può adottare ogni misura non discriminatoria idonea a prevenire o porre fine alle irregolarità commesse" (ivi, comma 4). Analoghe iniziative l'Istituto ha il potere-dovere di assumere di fronte alle irregolarità degli intermediari nell'esercizio della libertà di stabilimento (art. 116-*octies*).

VII) La "Commissione di vigilanza sui fondi pensione" (COVIP) è investita dal d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, di compiti interdittivi rispetto all'operato dei soggetti sui quali vigila. In particolare, "quando vi sia l'urgenza di provvedere", può inibire – per non più di sessanta giorni – l'attività di un fondo "sospetto di gravi violazioni" dello stesso d.lgs. 2005/252 (art. 19, comma 4, lett. *b-bis*). E può chiedergli di "rimediare alle carenze o alle deficienze" che la stessa COVIP individua nel corso del periodico esame delle strategie dei processi e delle procedure di segnalazione stabiliti dai fondi per rispettare le norme che li disciplinano (art.19, commi 5-*bis*, 5-*ter* e 5-*quater*).

VIII) Godono di previsione espressa anche i "poteri correttivi" attribuiti al "Garante per la tutela dei dati personali" (identificato nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196: artt. 153 ss.). Il loro elenco – rinvenibile nell'art. 58, par. 2, Regolamento UE 2016/679 del 27 aprile 2016 (*General Data Protection Regulation: GDPR*) – risulta costituito, per lo più, da poteri ingiuntivi tesi a garantire l'osservanza della legge. L'Autorità può infatti:

- ingiungere al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento (a) di soddisfare le richieste dell'interessato di esercitare i diritti riconosciutigli; e (b) di conformare i trattamenti al Regolamento, se del caso, in una determinata maniera ed entro un determinato termine;
- ingiungere al titolare del trattamento di comunicare all'interessato una violazione dei dati personali;
- imporre una limitazione provvisoria o definitiva al trattamento, incluso il divieto di trattamento;
- ordinare la sospensione dei flussi di dati verso un destinatario in un paese terzo o un'organizzazione internazionale⁵¹.

⁵⁰ Cfr. FARSACI, *Sanzioni e procedimenti sanzionatori*, in *Le assicurazioni*, a cura di LA TORRE, Milano, 4 ediz., 2019, 1784 s.

⁵¹ Cfr. CARDARELLI, *Compiti. Poteri*, in *Codice della privacy e data protection*, a cura di D'ORAZIO, FINOCCHIARO, POLLICINO, RESTA, Milano, 2021, 746 ss.; CALIFANO, *Il ruolo di vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali*, in *federalismi.it*, 2 dicembre 2020, n. 33 2020, 9 ss.; Cass., 16 settembre 2024, n. 24797, ined. Precisa che non tutti i poteri correttivi devono essere esercitati dal Garante su richiesta di chi vi ha interesse, potendo alcuni essere esercitati d'ufficio a garanzia della effettività

Al Garante si permette di adeguare i suoi poteri alla concreta realtà dei fatti dicendosi che, in aggiunta o in luogo di tali misure, può infliggere al loro destinatario una sanzione amministrativa (art. 58, par. 2, lett. i; v. pure il considerando 129).

IX) Qualche cenno meritano infine i compiti spettanti – in forza del Regolamento europeo che disciplina l'intelligenza artificiale (Regolamento 2024/1689) – alla Autorità chiamata (a) a vigilare sulla sua attuazione, e (b) a garantire i diritti fondamentali (anzi tutto la salute e la sicurezza umana) la cui realizzazione è messa a rischio dai sistemi di IA posti sul mercato⁵².

Nel testo si ipotizza che l'Autorità rilevi l'ingresso nel mercato di un sistema di IA sprovvisto di requisiti necessari; e le si prescrive, in tal caso, di chiedere senza indebito ritardo al pertinente operatore di adottare “tutte le misure correttive adeguate al fine di rendere il sistema di IA conforme, ritirarlo dal mercato o richiamarlo” (art. 79, par. 2, comma 2). Poi si ipotizza che tale operatore “non adotti misure correttive adeguate”; e si chiede alla Autorità, in questa ipotesi, di prendere “tutte le misure provvisorie del caso per vietare o limitare la messa a disposizione o la messa in servizio del sistema di IA sul mercato nazionale, per ritirare il prodotto o il sistema di IA autonomo dal mercato o per ritirarlo” (ivi, par. 5). Qualora si tratti di un sistema di IA ad alto rischio, l'Autorità deve esigere senza indebito ritardo che il fornitore assuma “tutte le misure necessarie per rendere il sistema di IA conforme ai requisiti e agli obblighi di cui al Regolamento”, così come “le opportune misure correttive” (art. 80, par. 2). E, se il fornitore del sistema non le assuma, l'Autorità deve prendere le misure di propria competenza (ivi, par. 6).

Provvedimenti di prevenzione l'Autorità è chiamata ad assumere altresì nei casi di non conformità “formale” al sistema di IA cui non ponga fine il fornitore (art. 83, par. 2).

Dai dati normativi riferiti emergono la molteplicità e l'indeterminatezza anche dei poteri di prevenzione dei quali le Autorità sono investite⁵³. Queste caratteristiche hanno

della protezione dei dati C.G.U.E. 14 marzo 2024, nella causa C-46 23, ined. (nella specie, si discuteva l'ordine di cancellare dati trattati illecitamente).

⁵² Cfr. ALBANESE, *La prevenzione dei danni da utilizzo della intelligenza artificiale tra responsabilità civile e regole europee di Risk Management*, in *Eur. dir. priv.*, 2025, 155 ss.; NIKOLINAKOS, *Policy and Legal Framework for Intelligence, Robotics and Related Technologies – The AI Act*, Springer, 2023, 640 ss.

⁵³ Ad esempio: la Banca d'Italia e la CONSOB, per proteggere gli investitori e garantire il buon funzionamento del mercato, possono imporre ai soggetti vigilati “ogni limitazione” riguardante singole tipologie di operazioni sevizie o attività (art. 7-ter, comma 2; art. 7-quater, comma 2; art. 7-quinquies, comma 2, d.lgs. 1998/58); le Autorità per i servizi di pubblica utilità possono adottare “provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell'erogazione del servizio, ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento” del servizio (art. 2, comma 20, lett. e, l. 1995/481); l'IVASS può dettare agli intermediari assicurativi “misure idonee a prevenire” irregolarità (art. 116-septies, comma 2, d.lgs. 20057209); il Garante per la tutela dei dati personali ha svariati “poteri correttivi”, fra i quali quello di “ingiungere al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento di soddisfare le richieste dell'interessato di esercitare i diritti “derivanti dal Regolamento UE 2016/679 (art. 58, par. 2, lett. c, di questo Regolamento); l'Autorità di vigilanza sulla IA può chiedere agli operatori “di adottare tutte le misure correttive adeguate al fine di rendere un

il vantaggio di consentire a esse di assolvere i rispettivi compiti di garanzia di osservanza della legge adattando alle specificità degli illeciti riscontrati le misure idonee a impedirne il prosieguo. Ma hanno nel contempo l'inconveniente di permettere misure in qualche grado impreviste e imprevedibili. Per evitarlo dovrebbero estendersi a questo potere i principi di stretta legalità e tipicità che valgono per i poteri sanzionatori a contenuto afflittivo. Ma, così facendo, si trascurerebbe la graduazione del principio di tipicità degli atti amministrativi⁵⁴, e si sacrificerebbe il pregio della flessibilità del potere di prevenzione, che, tutto sommato, conviene invece salvaguardare.

5. Segue: i provvedimenti

Gli atti di prevenzione compiuti dalle Autorità di vigilanza e garanzia corrispondono sotto diversi profili alle inibitorie pronunziate dai giudici su domanda di chi abbia interesse e diritto a non far iniziare, o a non far proseguire, altrui illeciti:

a) Pure quegli atti si fondano sull'accertamento delle circostanze previste come presupposti per prevenire l'illecito, e sulla loro qualificazione giuridica ad opera dei decidenti. Neanche le misure preventive adottabili dalle Autorità sono subordinate al carattere colposo o doloso delle condotte antigiuridiche poste in essere, e alla attualità del danno che ne può conseguire (si consente a tal fine la prevenzione di illeciti "di mero pericolo")⁵⁵. E anche le misure delle Autorità possono essere temporanee o definitive, a seconda che abbiano scopo cautelare o tendano a proibire in modo stabile le condotte. In merito va tuttavia sottolineato che, mentre ai giudici è consentito disporre inibitorie temporanee qualora sussistano circostanze sintomatiche della prossimità di una condotta antigiuridica, i provvedimenti di prevenzione consentiti alle Autorità di solito pre-

sistema di IA conforme" al Regolamento 2024/1689, e, se l'operatore non ottemperi, può prendere tutte le misure provvisorie del caso per prevenire i danni della diffusione di sistemi di IA difformi (art. 79, par. 2, comma 2, Regolamento 2024/1689); inoltre, qualora si tratti di un sistema di IA ad alto rischio, la medesima Autorità può esigere che il fornitore assuma "tutte le misure necessarie per rendere il sistema di IA conforme ai requisiti e agli obblighi" di cui al Regolamento, nonché "le opportune misure correttive" (art. 80, par. 2).

⁵⁴ VETTORI, *op. cit.*, 239 ss., evidenzia che la tipicità "non è sintetizzabile in un unico modello, avendo un'intensità diversa rispetto alle varie forme di azione amministrativa" (244), segnala il crescente ricorso legislativo a dilatazioni dei poteri amministrativi attraverso l'impiego di clausole generali e concetti indeterminati (35 ss., 246 ss.), sostiene che "il canone della tipicità va 'calibrato' sul tipo di potere autoritativo che viene in rilievo e sui diritti su cui incide" (248), e in questa prospettiva distingue i poteri delle Autorità a seconda che consistano nella regolazione, nella vigilanza o nella irrogazione di pene che esprimono una potestà punitiva (260 ss., 280 ss.).

⁵⁵ Tali si considerano, ad esempio, la concorrenza sleale attuata attraverso l'appropriazione dei pregi di una impresa concorrente (Cass., 13 luglio 2021, n. 19954, ined.), e condotte contrarie agli interessi dei consumatori, come le pratiche commerciali scorrette: Cons. Stato (VI) 9 settembre 2025, n. 7249, ined.; Cons. Stato (VI), 10 giugno 2025, n. 4997, ined; Cons. Stato (VI) 25 ottobre 2024, n. 8520, ined.

suppongono che essa sia già in corso, sebbene in fase cautelare non se ne debba acquisire piena prova, e mirano a far cessare o a non far proseguire gli illeciti.

b) Inoltre, pure l'ottemperanza ai provvedimenti delle Autorità può essere garantita dalla imposizione di pene pecuniarie ai destinatari che le disattendano: hanno un potere del genere, ad esempio, la Banca d'Italia (art. 144-bis, comma 2, d.lgs. 1993/385), la AGCM (art. 14-bis, comma 3, l. 1990/287; art. 27, commi 9 e 12, e art. 37-bis, d.lgs. 2005/206), la AGCOM (art. 5 l. 2023/93), l'IVASS (art. 324-quater, comma 2, d.lgs. 2005/209).

Le richiamate corrispondenze non possono tuttavia far sminuire le importanti note distintive degli atti di prevenzione degli illeciti civili adottabili dalle Autorità rispetto alle inibitorie giudiziali.

1) In primo luogo, essi costituiscono atti amministrativi, e si inseriscono in procedimenti del medesimo genere.

Le Autorità, se nel risolvere controversie fra due parti agiscono - e devono agire - da terzi imparziali, nel determinare il contenuto ordinatorio degli atti di prevenzione devono basarsi sugli interessi pubblici alla cui tutela sono preposte⁵⁶.

Pochi anni fa la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile una questione di costituzionalità sollevata dalla AGCM in un procedimento riguardante una intesa restrittiva della concorrenza⁵⁷. La Corte ha motivato la pronunzia muovendo dal dato normativo che legittima a sollevare questioni di costituzionalità solo i giudici nell'ambito di un giudizio, e sostenendo che, nei procedimenti decisionali cui danno vita, le Autorità non possono equipararsi ai giudici in quanto non sono *super partes*. Secondo la Corte, la circostanza trova conferma nelle norme sulla impugnazione dei provvedimenti delle Autorità, che assegnano a queste la legittimazione ad agire come parte processuale nei giudizi impugnatori. Con specifico riguardo alla AGCM, il giudice delle leggi ha escluso la possibilità di considerarla *super partes* nei procedimenti decisorii con il rilievo che essa, "al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato..., e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo". Ciò vale pure nei procedimenti che hanno ad oggetto la comminatoria di sanzioni, visto che l'Autorità vi partecipa "in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico"⁵⁸. Il ragionamento svolto dal giudice delle leggi ha offerto il fianco a più di un rilievo⁵⁹; ma ciò

⁵⁶ Cfr., in generale TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, cit., 55 ss.; ZAMMARTINO, *Sulle Autorità amministrative indipendenti: alcune considerazioni*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, cit., V, 5378 ss.

⁵⁷ Corte cost. 31 gennaio 2019, n. 13, in *Giur. cost.*, 2019, I, 94.

⁵⁸ Cons. Stato (V), 16 giugno 2025, n. 5969, cit., punto 14.5, precisa che in questi procedimenti l'Autorità "è chiamata non solo e non tanto a curare un interesse pubblico concreto, ma a punire, in nome dell'interesse generale all'osservanza della legge".

⁵⁹ AINIS, *Garanzie procedurali dinanzi all'Autorità Antitrust e sindacato giurisdizionale*, in *Tutela dei diritti tra giurisdizione e autorità indipendenti*, a cura di FALZEA, RAIMONDI, Soveria Mannelli, 2024, 80 ss.

non toglie che le Autorità, “nello svolgimento delle funzioni di garanzia loro attribuite, perseguono interessi collettivi dello Stato-Comunità (quali la libertà di mercato, la tutela del risparmio, il corretto funzionamento della borsa e del sistema creditizi, etc.) e, in taluni casi, di diritti soggettivi (come la tutela della riservatezza)”⁶⁰.

La natura dei procedimenti governati dalle Autorità che hanno a oggetto la prevenzione di illeciti (e/o la loro punizione) è quella propria dell’agire amministrativo. Nell’apurare l’esistenza dei presupposti che occorrono per poter pronunziarsi, nel definire sotto il profilo giuridico i fatti accertati, e nello scegliere le misure più congrue, le singole Autorità devono agire nei modi stabiliti dalle proprie regole in base ai principi di imparzialità pubblicità e trasparenza (art. 1, comma 1, l. 1990/241). Sulle medesime gravano puntuali obblighi istruttori⁶¹; e nei procedimenti decisori devono garantire il contraddittorio con i controinteressati, anche perché, potendo concludersi con la comminatoria di sanzioni afflittive, devono rispettare le regole dettate per tale evenienza⁶². Definire “paragiurisdizionali” i procedimenti in esame, come usa farsi con quelli in cui si indaga su infrazioni e si comminano misure afflittive⁶³, giova a sottolinearne le specificità, ma non deve indurre a disconoscergli la sostanza amministrativa.

2) In secondo luogo, le Autorità possono prevenire gli illeciti dei soggetti a esse sottoposti non solo vietando loro certi comportamenti, ma anche prescrivendo ai medesimi rettifiche necessarie per adeguarne o conformarne il prosieguo alle regole⁶⁴.

⁶⁰ Cass., 2 maggio 2025, n. 11570, cit.

⁶¹ Cfr. VETTORI, *op. cit.*, 251 ss., 260 ss.; NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, 1 ss.; SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle Autorità garanti*, I (*Giurisdizione e amministrazione*), Milano, 2000, 254 ss.

⁶² TUCCARI, *La garanzia del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dell’Autorità nazionale anticorruzione*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, cit., V, 5093 ss., e ivi alcuni rilievi critici verso la propensione ad applicare ai procedimenti sanzionatori la l. 1981/689 escludendo l’operatività della l. 1990/241 (3106 s.).

⁶³ Assegna natura “paragiurisdizionale” alle funzioni delle Autorità corrispondenti a quelle svolte da organi giurisdizionali CLARICH, *Autorità indipendenti (Bilancio e prospettive di un modello)*, Bologna, 2005, 85 ss., 94 ss., 149 ss.

⁶⁴ Come si è detto, ad esempio, la CONSOB può chiedere la pubblicazione di documenti che consentano la corretta informazione del mercato (art. 154-ter, commi 5-7, d.lgs. 1998/58); le Autorità per i servizi di pubblica utilità possono adottare provvedimenti diretti a garantire la continuità dell’erogazione di un servizio (art. 2, comma 20, lett. d ed e, l. 1995/481; con riferimento a una delibera ordinatoria della Autorità di regolazione per energia reti e ambiente – ARERA – Cons. Stato VI, 27 giugno 2019, n. 4422, punto 3.5, ined., sottolinea la “chiara tassonomia legislativa che distingue...il potere sanzionatorio..., cui è estranea qualunque finalità ripristinatoria o risarcitoria, da quello prescrittivo, di cui alla lettera d”)); la AGCOM può imporre misure correttive ai prestatori di servizi digitali che violino la disciplina di settore (art. 51, par. 2, lett. b, Regolamento 2022/2065); poteri correttivi ha altresì il Garante per la tutela dei dati personali (art. 58, par. 2, Regolamento 2016/679); l’Autorità che presiede alla attuazione della disciplina sulla IA può prendere tutte le misure correttive necessarie per conformare i sistemi di IA a essa (art. 79, par. 2, comma 2, Regolamento 2024/1689); v. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir.*, I tematici III (*Funzioni amministrative*), 2022, 311 ss.

Il contenuto impositivo degli atti deve essere il frutto dei risultati correttamente acquisiti nel corso dell'istruttoria svolta, e dell'appropriato uso dei criteri di giudizio di cui le Autorità dispongono. I loro poteri discrezionali tuttavia non comprendono la qualificazione dei fatti dal punto di vista del diritto – che è opera intellettuale prettamente giuridica, non atto di amministrazione – e incontrano limiti di provenienza pubblicistica.

Nel regolare l'esercizio dei compiti di prevenzione di alcune Autorità, il legislatore richiama in modo espresso il principio di proporzionalità. Ad esempio, con riguardo alla AGCM esige che l'attuazione dei suoi “poteri minimi” sia proporzionata, che le misure di esecuzione delle norme europee siano congrue con la natura e il danno complessivo, effettivo o potenziale, dell'infrazione (art. 10, par. 1 e 2, Regolamenti 2017/2394); che le misure cautelari siano commisurate alla violazione e applicabili sino al tempo della decisione finale, oltre che per un periodo di tempo specificato (art. 14-*bis*, comma 2, l. 1990/287); e che, allo scopo di eliminare una infrazione o vietarne il ripetersi, l'Autorità imponga qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all'infrazione commessa, oltre che necessario per farla effettivamente cessare (art. 15, comma 1, l. 1990/287; qui si aggiunge che, potendo scegliere fra due rimedi di pari efficacia, l'Autorità “opta per il rimedio meno oneroso per l'impresa, in linea con il principio di proporzionalità”). In modo analogo, in ordine alla AGCOM, nell'indicare i provvedimenti adottabili dal Consiglio in caso di infrazioni nella fornitura di servizi digitali, il legislatore ammette solo misure correttive proporzionate alla violazione, e necessarie per far cessare effettivamente la stessa (art. 51, par. 2, lett. b, Regolamento 2022/2065). Nonostante il carattere episodico di questi richiami, è indubbio che al principio richiamato debbano adeguarsi le misure di prevenzione di qualsiasi Autorità, trattandosi di una regola di origine europea (risalente all'art. 5, comma 4, TUE, e all'art. 52, comma 1, TFUE) ormai consolidata nella nostra giurisprudenza. Questa lo considera un “principio generale dell'azione amministrativa”; e precisa che esso, “in presenza soprattutto di provvedimenti restrittivi, impone che il provvedimento adottato sia ‘idoneo’ – nel senso di essere in grado di raggiungere l'obiettivo perseguito – ‘necessario’ – nel senso di essere insostituibile con altro mezzo meno gravoso – ‘proporzionato in senso stretto’ – nel senso di costituire il risultato di una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, vietando di imporre sacrifici eccessivi a carico della parte incisa dall'esercizio del pubblico potere, non necessari per il conseguimento dell'obiettivo di pubblico interesse in concreto perseguito”⁶⁵. I giudici amministrativi anche nel sindacare la correttezza dei provvedimenti delle Autorità di vigilanza – in specie, degli atti con i quali si comminano sanzioni afflittive – si preoccupano di verificare se quei provvedimenti rispettano il principio di proporzionalità⁶⁶.

⁶⁵ Cons. Stato (IV), 4 aprile 2023, n. 3495, punto 4, ined. Sulle origini del principio v. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità (Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo)*, Torino, 2012, 145 ss., 271 ss.; v. anche TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss.

⁶⁶ Cfr. Cons. Stato (VI), 25 marzo 2025, n. 2462, punto 11, ined.; Cons. Stato (VI), 23 agosto 2021, n. 5992, punto 6, ined.; Cons. Stato (VI), 5 agosto 2019, n. 5559, in *Foro amm.*, 2019, 1252.

Applicare questo principio agli atti diretti a prevenire condotte illecite deve farsi dando però il giusto peso alle funzioni loro proprie. Considerato che essi tendono a conformare al diritto la condotta dei soggetti cui si rivolgono, è difficile che un atto idoneo a tale scopo, e insostituibile, possa essere però ritenuto sproporzionato (in senso stretto) per imporre al suo destinatario un sacrificio eccessivo.

L'applicazione del principio di proporzionalità va guadagnando terreno pure nelle inibitorie giudiziali, al fine di evitare che le pronunzie rese a tutela dell'attore sacrifichino troppo l'interesse del convenuto. La tendenza si manifesta in specie nelle iniziative giudiziarie in difesa di diritti di proprietà intellettuale⁶⁷. Tuttavia il bilanciamento che in base a quel principio può e deve compiersi nelle azioni inibitorie fra soggetti privati non è riproducibile nel medesimo modo di fronte alle misure preventive di competenza delle Autorità, in quanto gli interessi pubblici all'osservanza delle norme giuridiche in funzione dei quali queste possono e devono prendere misure "proporzionate" non può porsi sullo stesso piano degli interessi e dei diritti dei destinatari delle misure.

3) In terzo luogo, gli atti di prevenzione delle Autorità di vigilanza – così come gli altri loro atti – sono impugnabili instaurando giudizi nei quali esse divengono parti difese dalla Avvocatura dello Stato⁶⁸. In proposito occorre puntualizzare almeno alcuni aspetti di rilievo.

a) In generale, i ricorsi contro i provvedimenti delle Autorità sono devoluti alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi (art. 133, comma 1, lett. l, d.lgs. 2010/104); e fra i provvedimenti impugnabili davanti a questi giudici rientrano quelli che hanno scopi di prevenzione degli illeciti. Incertezze si presentano però in ordine alle impugnative degli atti di prevenzione compiuti dalla Banca d'Italia e dalla CONSOB: ciò perché le controversie sulle misure sanzionatorie irrogate da queste due Autorità appartengono alla giurisdizione ordinaria (art. 195, commi 4-8, d.lgs. 1998/58, dove si stabilisce la competenza della Corte d'appello, in unico grado di merito, a giudicare le opposizioni ai loro provvedimenti sanzionatori)⁶⁹; e potrebbe ritenersi che gli atti di prevenzione delle predette Autorità (pure alla luce della circostanza che vengono adottati in procedimenti

⁶⁷ Promuove questa tendenza, sostiene che la verifica di proporzionalità sia già ammessa nel nostro diritto – tanto per le inibitorie cautelari quanto per quelle definitive – e la giudica rispondente all'esigenza di favorire l'innovazione FABBIO, *op. loc. cit.*, che fa leva soprattutto sul considerando 21 e sugli artt. 11, comma 2, e 13, comma 1, Direttiva 8 giugno 2016, n. 943, recepita con il d.lgs. 11 maggio 2018, n. 63, che ha modificato l'art. 124, comma 6, d. lgs. 2005/30. In giurisprudenza v. Trib. Torino, 16 giugno 2021, in *Giur. annotata dir. ind.*, 2021, 948; App. Milano, 28 maggio 2019, n. 2323, *ivi*, 2019, 965.

⁶⁸ SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, Milano, 2019, 83 ss.; COSTANTINO, *Note su Authorities e giurisdizione*, in *Processo e tecniche*, cit., 345 ss.

⁶⁹ Cfr. Cass., 2 maggio 2025, n. 11570, *ined.*; Cass., 8 febbraio 2025, n. 5299, *ined.*; Cass., 3 gennaio 2019, n. 4, *ined.*, e i precedenti *ivi* ricordati, fra i quali Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Giust. civ.*, 2013, I, 926, e Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94, in *Foro it.*, 2014, I, 1703, su cui v., in senso critico, TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla CONSOB e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, 33 ss.

suscettibili di sfociare altresì in atti sanzionatori) siano equiparabili a questi ultimi sotto il profilo della tutela giurisdizionale. La tesi parrebbe anzi suffragata dalla qualifica legislativa come “sanzione” dell’“ordine di eliminare le infrazioni” che la Banca d’Italia può impartire ai responsabili allo scopo di farvi porre termine (art. 144-*bis*, comma 1, d. lgs. 1993/385). Ma in proposito si è già notato che – diversamente da quanto accade per le misure sanzionatorie – quelle di prevenzione non sono sottoposte a un principio di stretta legalità; e non vengono predeterminate in termini precisi. Quindi anche le misure di prevenzione della Banca d’Italia e della CONSOB sono definite nell’esercizio di larghi poteri discrezionali di natura pubblica. Non sembra azzardato allora assumere che le relative controversie rientrino nella giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi⁷⁰.

Appartengono invece alla giurisdizione ordinaria i ricorsi contro gli atti del Garante per la tutela dei dati personali (art. 78 Regolamento UE 2016/679; art. 152, comma 1, d.lgs. 2003/196)⁷¹; e fra quegli atti rientrano anche le misure che esso prenda per prevenire illeciti⁷². La giurisdizione ordinaria rispetto agli atti del Garante suole giustificarsi con la loro incidenza non su interessi legittimi ma su diritti soggettivi fondamentali, che non possono essere lesi neppure da quella Autorità⁷³. Ma è innegabile che, nelle materie riservate alla sua giurisdizione, anche il giudice amministrativo possa conoscere le controversie sulla lesione di diritti fondamentali⁷⁴. Pertanto devolvere ai giudici ordinari le opposizioni agli atti del Garante sembra una scelta legislativa che potrebbe essere rivista.

b) La giurisdizione amministrativa sui ricorsi contro le misure di prevenzione comporta la spettanza ai giudici del compito di annullarle se accertino anomalie proprie degli atti amministrativi, anche se non costituiscono cause di invalidità delle inibitorie giudiziali. Primaria anomalia del genere è l’eccesso di potere; che si concretizza in una divergenza fra l’atto e la sua funzione tipica⁷⁵, in irragionevolezza irrazionalità arbitrarietà della decisione, o nel travisamento dei fatti⁷⁶. La verifica giudiziaria di questa anomalia non comporta un inammissibile sindacato sulla convenienza della misura contestata.

c) D’altra parte, il controllo che i giudici amministrativi possono esercitare sulle misure di prevenzione prese dalle Autorità differisce da quello che i medesimi possono svolgere sui provvedimenti sanzionatori di queste. La differenza non attiene al controllo

⁷⁰ Cfr., con riferimento a misure cautelari, Cons. Stato (III), 4 marzo 2025, n. 2815, ined.; TAR Roma (Lazio), 6 luglio 2021, n. 7980, in *Foro amm.*, 2021, 1195, ha escluso la equiparabilità ai provvedimenti sanzionatori delle misure correttive consentite alla CONSOB nell’art. 154-*ter*, comma 7, d.lgs. 1998/58 per garantire una congrua informazione finanziaria del mercato.

⁷¹ Cfr. RESTA, *Diritto a un ricorso effettivo nei confronti della autorità di controllo*, in *Codice della privacy cit.*, 858 ss. PIZZETTI, *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021, 169 ss.

⁷² Cons. Stato (VI), 22 giugno 2020, n. 3980, ined.; Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8487, in *Foro it.*, 2012, I, 843.

⁷³ Cass., 21 luglio 2025, n. 20387, ined.

⁷⁴ Cass., sez. un., 7 settembre 2016, n. 17674, in *Resp. civ. prev.*, 2017, I, 259.

⁷⁵ Cons. Stato (V), 9 maggio 2025, n. 4030, ined.; Cons. Stato (V), 8 agosto 2023, n. 7665.

⁷⁶ TAR Roma (Lazio), 6 novembre 2024, n. 19621, ined.

sull'accertamento dei fatti o sulla loro qualificazione giuridica da parte delle Autorità, in quanto sotto questi profili il controllo consentito ai giudici sulle misure di prevenzione è uguale al controllo loro consentito sui provvedimenti sanzionatori delle Autorità⁷⁷. Poco tempo fa il Consiglio di Stato ha annullato le misure cautelari che la AGCM aveva preso nei confronti di META e *Facebook Italy* (ai sensi dell'art. 14-bis l. 1990/287) adducendo un abuso di dipendenza economica da parte di META a danno della SIAE: l'abuso riscontrato dalla AGCM si riponeva nell'avere META e *Facebook Italy* interrotto le negoziazioni con la SIAE relative al rinnovo di una licenza d'uso di contenuti musicali concessa da SIAE a META. Il massimo organo di giustizia ha escluso la sussistenza dei presupposti per l'adozione delle misure prese dalla AGCM (ordine di ripristino delle trattative secondo correttezza e buona fede); e ha così deciso dopo un riesame pieno dei fatti provati e della loro qualificazione giuridica – pur se compatibile con il carattere cautelare del provvedimento – che aveva compiuto l'Autorità, giudicando le misure di questa affette sia da vizi di istruzione sia da vizi di motivazione⁷⁸. Nel sindacare la legittimità delle misure di prevenzione prese dalla AGCM, dunque, il Consiglio di Stato non si è fatto condizionare dalla norma secondo la quale, nelle azioni per il risarcimento del danno, “si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione” dell'Autorità, seppur nei limiti della natura e della portata materiale della violazione, esclusi dunque il nesso di causalità e l'esistenza del danno (art. 7, comma 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)⁷⁹. Né si è uniformato alla giurisprudenza in

⁷⁷ Si tratta di un controllo giudiziale pieno, come ha chiarito la giurisprudenza a partire da Cons. Stato (VI), 15 luglio 2019, n. 4990, in *Giur. annotata dir. ind.*, 2020, I, 1143 ss.; Cons. Stato (VI), 5 agosto 2019, n. 5559, cit.; Cons. Stato (VI), 11 novembre 2019, n. 7699, ined.; Cons. Stato (V), 16 giugno 2023, n. 5969, in *Foro amm.*, 2023, II, 911. Per Cass., sez. un., 3 novembre 2021, n. 31311, in *Riv. dir. ind.*, 2021, II, 462, il sindacato che il giudice amministrativo può esercitare sui provvedimenti sanzionatori della AGCM si estende ai profili tecnici il cui esame sia necessario al fine di giudicarne della legittimità, ma se i provvedimenti includono valutazioni opinabili, quel sindacato deve limitarsi alla verifica della non esorbitanza dei margini di opinabilità. Cfr., anche per ulteriori richiami, RAMAJOLI, *op. cit.*, 309 ss.; GIOVAGNOLI, *Rapporti tra Autorità Indipendenti e giurisdizioni sindacato sugli atti e profili probatori. Focus sul processo amministrativo*, in *Le giurisdizioni e le Autorità indipendenti*, cit., 175 ss. In ordine al controllo del giudice sui provvedimenti del Garante dei dati personali, C.G.U.E., 7 dicembre 2023, nelle cause riunite C-26/22 e C-64/22, ined., osserva che, in forza dell'art. 78, par. 1, Regolamento 2016/679, quel giudice è chiamato a “esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto relative alla controversia a esso sottoposta” (punto 52); affinché il ricorso giurisdizionale contro una pronunzia del Garante sia “effettivo” (come richiesto da quella disposizione) – aggiunge la Corte – tale pronunzia “deve essere sottoposta ad un sindacato giurisdizionale completo” (punti 53 e segg.); tuttavia, visto che l'Autorità “dispone di un margine di discrezionalità per quanto riguarda la scelta di un mezzo appropriato e necessario”, il principio di effettività della tutela giudiziale non implica che il giudice “sia legittimato a sostituire la sua valutazione della scelta delle misure correttive appropriate e necessarie a quella dell'Autorità di controllo, ma esige che tale giudice esamini se l'Autorità abbia rispettato i limiti del suo potere discrezionale” (punto 69).

⁷⁸ Cons. Stato (VI), 2 luglio 2024, n. 5827, in *AIDA*, 2024, 666.

⁷⁹ Cfr. SPIRITO, *Rapporti tra Autorità Indipendenti e giurisdizioni: sindacato sugli atti e profili pro-*

materia di condizioni di contratto che valorizza le pronunzie della AGCM dichiarando che il giudizio di non chiarezza e comprensibilità di una clausola da essa formulato ha valore di “presunzione legale” nel giudizio ordinario avente come oggetto l’interpretazione di quella clausola⁸⁰.

Il potere di controllo dei giudici amministrativi sugli atti di prevenzione delle Autorità di vigilanza diverge da quello sui provvedimenti sanzionatori delle medesime, in quanto questi ultimi sono sottoposti a un principio di stretta legalità cui non sono invece sottoposte le misure di prevenzione; e da tale divergenza deriva, in via immediata, la minore discrezionalità nel comminare le sanzioni (relativamente discrezionale è solo il grado della pena) rispetto a quella di cui le Autorità dispongono nello stabilire le misure di prevenzione. Sembra tuttavia indubbio che alla maggiore discrezionalità amministrativa nel determinare queste misure consegua un inferiore potere di controllo giudiziale su di esse.

6. L’alternatività delle tutele

L’affidamento alle Autorità di vigilanza del compito di prevenire illeciti civili in materia di rapporti fra imprese, di rapporti fra queste e i consumatori, e a garanzia di diritti assoluti, mette in luce l’alto valore che assume la tutela anticipata dell’osservanza delle norme che regolano segmenti di primo piano dell’esperienza economica e sociale. Ma comporta il concorso, nella prevenzione di gravi illeciti, della tutela amministrativa con quella giudiziaria.

Ad esempio, in base al “codice del consumo” la cessazione o la sospensione di pratiche commerciali scorrette può essere disposta dalla AGCM (art. 27, commi 2 e 3, d.lgs. 2005/206) e dai giudici aditi dagli interessati, anche se non è chiaro se l’azione possa essere proposta da singoli (ai sensi dell’art. 27, comma 15-bis) e/o da enti che rappresentino la massa dei consumatori (ai sensi dell’art. 140-octies)⁸¹.

Sempre in forza del “codice del consumo”, nell’ipotesi che in ordine a un certo rapporto vengano predisposte condizioni generali di contratto vessatorie, le associazioni di rappresentanza degli interessi di massa possono convenire in giudizio le imprese o le lo-

batori. Focus sul processo civile, in *Le giurisdizioni e le Autorità indipendenti* cit., 224 ss.; NEGRI, *L’efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *N.L.C.C.*, 2018, 476 ss.

⁸⁰ App. Bologna, 19 giugno 2024, n. 1324, ined.

⁸¹ CAFAGGI, *Rimedi e sanzioni* cit., 315 ss.; STELLA, *op. cit.*, 312 ss.; ZUFFI, *Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, ivi, 1189 ss.; PURPURA, *Private enforcement delle pratiche commerciali scorrette: il nuovo comma 15-bis dell’art. 27 c. cons.*, in *Eur. dir. priv.*, 2023, 815 ss.; DE CRISTOFORO, *“Rimedi” privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell’art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE (comma 15-bis, art. 27 c. cons.)*, in *N.L.C.C.*, 2023, 443 ss. In sede di regolamento di giurisdizione ha ammesso il concorso delle azioni collettive con il potere della AGCM di inibire pubblicità ingannevole Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7036, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1145.

ro associazioni che utilizzino (o raccomandino l'utilizzo di) condizioni generali vessatorie, e chiedere al giudice, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, che ne inibisca l'uso ai convenuti (art. 37). D'altra parte, la AGCM può dichiarare – d'ufficio o su denuncia – la vessatorietà di condizioni generali, e ingiungere agli operatori economici che le usino di diffondere la pronunzia pubblicandola sul rispettivo sito, o con ogni altro mezzo idoneo a informarne compiutamente i consumatori (art. 37-bis, commi 1 e 2). A seguito dell'accertamento dell'utilizzo di clausole vessatorie, la AGCM può comminare ai responsabili pene pecuniarie (art. 37-bis, commi 2-bis, 2-quater)⁸², mentre resta salva la giurisdizione ordinaria sulla validità delle clausole vessatorie richiamate dai contratti individuali e sul risarcimento dei danni subiti dai consumatori (art. 37-bis).

Nel "codice" non si autorizza in forma espressa la AGCM a interdire l'uso delle condizioni di contratto vessatorie; ma il suo potere di farlo sembra indubbio. In questo senso spingono (a) la tendenza legislativa a equiparare i poteri che la AGCM ha di fronte alle condizioni di contratto ai poteri che la medesima ha di fronte alle pratiche scorrette, fra i quali si ricomprende quello di inibirne il proseguimento (art. 37-bis, comma 1, cit., che richiama l'art. 27 d.lgs. 2005/206); e (b) l'inclusione, fra i "poteri minimi" riconosciuti alle autorità nazionali di vigilanza nella normativa sui rapporti di consumo a livello transfrontaliero, del potere di disporre "misure provvisorie volte a evitare il rischio di danno grave degli interessi dei consumatori", e di por termine alle infrazioni di cui al Regolamento 2017/2394 (v. qui l'art. 9, par. 4, lett. e ed f, e l'art. 10, par. 1, lett. a, e par. 2). Ma, pur prescindendo da questi dati, sarebbe insensato permettere alla AGCM di dichiarare vessatoria una condizione generale di contratto, e di imporre una sanzione a chi ne faccia uso, senza consentirle anche di interdirlo. Può anzi ritenersi che diffidare le imprese dall'utilizzo di una clausola vessatoria costituisca provvedimento accessorio implicito alla dichiarazione di vessatorietà, e alla diffida loro rivolta a informare del vizio negoziale i consumatori.

Inoltre, nell'ipotesi che un'impresa tenga una condotta contraria a norme *antitrust*, la proponibilità di una azione inibitoria da parte di chi abbia interesse al rispetto di quelle norme è ammessa nell'art. 33, comma 2, l. 1990/287, dove si individua nel tribunale delle imprese il giudice competente a pronunziarsi sui "ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza" in materia. La disposizione può far dubitare della ammissibilità anche di domande dirette a ottenere inibitorie definitive. Ma i dubbi potrebbero superarsi alla luce della proponibilità di domande del genere di fronte ad atti di concorrenza sleale (art. 2599 c.c.), e del riconoscimento a livello generale della possibilità, per gli enti di rappresentanza dei consumatori, di ottenere provvedimenti inibitori (art. 140-octies, d.lgs. 2005/206) così come l'ordine di far cessare, o il divieto di reiterare, condotte omissive o

⁸² DE CRISTOFORO, *Il controllo amministrativo A.G.C.M. delle clausole dei contratti standard b. to c.: fu vera gloria? Ai posteri (rectius, al Consiglio di Stato) l'ardua sentenza...*, in N.G.C.C., 2025, II, 479 ss., sostiene che la realizzazione e l'operatività di un coordinato ed efficace sistema di *public* e *private enforcement* della dir. 13/93/CEE nell'ordinamento giuridico italiano sia ancora un obiettivo molto lontano (487).

commissive pregiudizievoli per più individui o enti (art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.)⁸³. D'altra parte, prescrivere alle imprese di non violare norme *antitrust* è atto tipicamente rimesso alla competenza della AGCM (art. 15 l. 1990/287; art. 5 Regolamento 2003/1).

Il concorso di soggetti pubblici e privati nella prevenzione di illeciti civili apre non pochi problemi a causa della complessità delle fonti che lo legittimano. Pressante è l'esigenza di coordinare la prevenzione amministrativa con quella conseguibile in un giudizio intrapreso dagli interessati, per impedire l'eventuale sopraggiungere di pronunzie incoerenti e l'incertezza che ne deriverebbe. Emblematica è la possibilità, espressamente riconosciuta al tribunale che deve pronunziarsi su una azione rappresentativa intrapresa per conto di consumatori, di "sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente..." (art. 140-*septies*, comma 7, d.lgs. 2005/206).

A tal fine, va tenuta ferma la tesi che la tutela davanti ai giudici e gli interventi delle Autorità di vigilanza – ovvero il *private enforcement* e il *public enforcement* delle norme al cui rispetto esse presiedono – sono complementari⁸⁴. La tesi si fonda sulla competenza dei giudici nelle cause riguardanti le nullità negoziali e il risarcimento dei danni prodotti dagli illeciti, e sulla competenza delle Autorità nell'assumere misure sanzionatorie. Ma la complementarità non vale per gli atti interdittivi, che possono essere compiuti sia dai giudici sia in sede amministrativa. Il coordinamento dei poteri di prevenzione si realizza muovendo piuttosto da un principio di alternatività.

Questo risulta con nettezza dalla disciplina sulla tutela dei dati personali. Qui anzitutto si stabilisce in modo espresso che, per far valere i propri diritti, chi vi ha interesse può proporre reclamo al Garante oppure ricorrere alla autorità giudiziaria (artt. 77 e 79 Regolamento 2916/679; art. 140-*bis*, comma 1, d.lgs. 2003/196; nell'art. 152 di questo decreto si dice che la competenza è della autorità giudiziaria ordinaria, e che le controversie devono essere risolte secondo il rito del lavoro: art. 10 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150). Poi si precisa (a) che il reclamo al Garante "non può essere proposto se, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, è stata già adita l'autorità giudiziaria" (art. 140-*bis*, comma 2, d.lgs. 2003/196), e (b) che la presentazione del reclamo "rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi alla autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto" (art. 140-*bis*, comma 3, d. lgs. 2003/196)⁸⁵. Dunque, chi miri alla prevenzione di un altrui trattamento illecito di propri dati può ricorrere al Garante affinché questo accerti l'esistenza dei fatti che giustificano una delle previste misure preventive (art. 58, par. 2, Regolamento 2016/679) e la adotti; ovvero può chiedere direttamente al giudice di accertare

⁸³ Cfr. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit. 141 ss.

⁸⁴ RAMAJOLI, *op. cit.*, 316 ss.; CAFAGGI, *Rimedi e sanzioni*, cit., 309 ss.

⁸⁵ Cass., 17 ottobre 2024, n. 26992, ined., chiarisce che il principio di alternatività, "per essere compatibile con l'art. 24 cost., deve essere inteso nel senso che può trovare applicazione solo quando le due domande siano tali che, in ipotesi di contestuale pendenza davanti a più giudici, potrebbero essere assoggettate al regime processuale della litispendenza o della continenza"; v. già Cass., 7 aprile 2016, n. 6775, ined.

i presupposti della inibitoria e di pronunziarla⁸⁶, visto che i dati personali rientrano fra i segni identificativi tutelabili con questo tipo di azione⁸⁷. Il reclamo al Garante è precluso dall'esercizio dell'inibitoria, restando fermo però il potere dell'Autorità di sanzionare l'illecito nonostante l'iniziativa giudiziaria della vittima a scopo di prevenzione. D'altra parte, quel reclamo rende improponibile l'inibitoria, anche se a determinare l'improponibilità può essere sufficiente una misura preventiva emessa dal Garante senza che l'interessato abbia fatto reclamo: l'adozione di tale misura fa venir meno l'interesse a quella giudiziaria.

L'inesistenza di un esplicito enunciato a carattere generale non impedisce al principio di alternatività fra tutela giudiziaria e tutela amministrativa di valere anche rispetto alla prevenzione di illeciti non riguardanti il trattamento dei dati personali.

L'alternatività è desumibile, del resto, anche da indici di rilievo europeo che attengono ai poteri di controllo spettanti alle Autorità amministrative nazionali. Nel Regolamento 2017/2394, dopo avere riconosciuto compiti di prevenzione alle Autorità di difesa dei consumatori, si precisa che esse li possono esercitare direttamente oppure mediante richiesta agli organi giudiziari (art. 10, par. 1, lett. *a* e *d*). Nel Regolamento 2022/2065 sui servizi digitali, per evitare il rischio di danni conseguenti alla inosservanza della relativa disciplina, si affida ai Coordinatori nazionali il compito di prendere misure provvisorie o di domandare alla autorità giudiziaria di prenderle (art. 51, par. 2, lett. *b* e *d*). Nel d. lgs. 2003/70 – che attua la Direttiva 2000/31/CE sui servizi della società dell'informazione – si ammette l'esercizio di poteri interdittivi ad opera della autorità giudiziaria o di quella amministrativa (art. 14, comma 3; art. 15, comma 2; art. 16, comma 3).

Dunque pure nei casi sopra riferiti – oltre che nelle ipotesi di trattamento illecito di dati personali – il diritto di azione dei titolari degli interessi (o di chi li rappresenta) e le prerogative delle Autorità di vigilanza sono esercitabili secondo un principio di alternatività. Vale a dire, (*a*) qualora ad avere compiuto per primo un atto di prevenzione sia un organismo di vigilanza – eventualmente nel corso di una procedura che può indurlo altresì a sanzionare l'autore dell'illecito – una domanda inibitoria davanti al giudice è improponibile per difetto di interesse ad agire; (*b*) qualora sia invece il giudice in precedenza adito a disporre una inibitoria, l'Autorità amministrativa non può esercitare poteri di prevenzione: un loro eventuale esercizio renderebbe l'atto invalido per eccesso di potere.

Va tuttavia sottolineato che il principio di alternatività delle forme di tutela non riveste valore assoluto in quanto – come è giusto – i provvedimenti amministrativi di prevenzione sono impugnabili in sede giudiziaria, sebbene godano di una resistenza supe-

⁸⁶ Cfr. SPIRITO, *op. cit.*, 223; IANNINI, *La tutela dei dati personali tra regolazione e giurisdizione*, in *Le giurisdizioni e le Autorità indipendenti*, cit., 258.

⁸⁷ Cfr., anche per ulteriori richiami, ALPA, RESTA, *op. cit.*, 453 ss., part. 460 ss., 477 ss. Nel senso che il Regolamento 2016/679 non precluda agli Stati membri di ammettere al loro interno azioni dirette a inibire a chi tratti dati personali in modo illecito di reiterare questa condotta v. C.G.U.E. 4 settembre 2025, nella causa C-653/23, ined.

riore a quella degli altri atti omologhi essendo emessi nell'esercizio di poteri ampiamente discrezionali.

La circostanza che le misure amministrative di prevenzione possono venire impugnate davanti ai giudici potrebbe far dubitare della convenienza a riconoscere alle Autorità il potere di adottarle, e indurre piuttosto a riservare questo potere in via diretta ed esclusiva alla magistratura. Si tratta però di una tentazione alla quale sembra saggio sottrarsi, non solo perché la riserva aumenterebbe il contenzioso che affligge gli organi giurisdizionali. In un bilancio riguardante la trentennale esperienza della AGCM si è scritto che, “in molti casi, l'intervento più appropriato, da parte dell'Autorità, sarebbe di imporre rimedi comportamentali correttivi piuttosto che ammende esemplari”; e che “il compito precipuo dell'Autorità non è quello di sorvegliare e punire...bensì quello di sostenere l'efficienza dinamica dei mercati...orientando e correggendo le condotte imprenditoriali...che ostacolano tale risultato”⁸⁸. Il suggerimento, viste la sua ragionevolezza e la competenza dello studioso che lo propone, merita di essere accolto e generalizzato. Le Autorità hanno infatti il compito di vegliare sulla condotta dei soggetti a esse sottoposti affinché questi osservino le regole loro destinate, quindi per prevenirne la violazione prima che per disporre pene pecuniarie a chi le violi. Emblematica è la facoltà concessa all'I-VASS – in presenza di un inadempimento, da parte di un intermediario o di una impresa assicurativa, che giustificerebbe la comminatoria di una sanzione – di prescrivere al responsabile la fine dell'inadempimento, invece di irrogargli la misura sanzionatoria (art. 324-*quater* d. lgs. 2005/209). Verificatosi un illecito trattamento di dati personali, adottare misure di prevenzione piuttosto che sanzionatorie è inoltre possibilità riconosciuta al loro Garante (art. 58, par. 2, lett. i, Regolamento 2016/679).

Dalla implementazione del potere di prevenire gli illeciti riconosciuto alle Autorità di vigilanza – accompagnata da un più nitido riparto dei compiti interni, e dal potenziamento dei mezzi di indagine – la garanzia del rispetto del diritto trarrebbe sicuro beneficio, tanto più se si estende ai provvedimenti di prevenzione il principio di effettività sancito in ordine alla tutela giurisdizionale (art. 19, par. 1, T.U.E.; art. 47 Carta diritti fondamentali)⁸⁹. Soprattutto in periodi di crisi della legalità, un giudizio del genere dovrebbe essere condiviso senza riserve ingiustificate.

⁸⁸ LIBERTINI, *Nel trentesimo anniversario della legge antitrust italiana. Un bilancio dell'attività dell'Autorità nazionale di concorrenza*, in *Riv. reg. mercati*, 2020, 240 ss.; sulla insufficienza della funzione punitiva, e sul crescente ricorso a meccanismi di *compliance* – cioè di persuasione e cooperazione con i regolati – v. CACCIATORE, *L'enforcement delle regole nelle autorità indipendenti*, Roma, 2020, 57 ss., part. 95 s., 103 (v. qui il richiamo alla “strategia generale della *compliance*, che si ripone nel “prevenire il danno piuttosto che nel punire l'autore”).

⁸⁹ CAFAGGI, *Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività*, in *Effettività delle tutele*, cit., 68; in una più ampia prospettiva v. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Processo e tecniche*, cit., 21 ss.

ABSTRACT

Nel saggio – premessa la maggiore convenienza della prevenzione, rispetto ai rimedi sanzionatori e risarcitori, di fronte agli illeciti civili, e ricordato il tradizionale riconoscimento a tal fine delle azioni inibitorie – si illustrano il potere di prevenire gli illeciti oggi attribuito alle Autorità di vigilanza, e i caratteri dei provvedimenti mediante i quali esse esercitano quel potere. Si delinea quindi il principio di alternatività fra prevenzione giudiziale e prevenzione amministrativa degli illeciti.

The essay – premised on the greater convenience of prevention, compared to sanctions and compensation, in the face of civil wrongs, and recalling the traditional recognition of injunctions for this purpose – illustrates the power to prevent offences now attributed to supervisory authorities and the characteristics of the measures through which they exercise that power. It then outlines the principle of alternativeness between judicial and administrative prevention of offences.



Emergenza climatica e tutela dell'ambiente. Dal risarcimento del danno al risanamento ambientale



Massimo Paradiso

Prof. ord. (f.r.) dell'Università di Catania

SOMMARIO: **1.** Introduzione. – **2.** Il codice dell'ambiente e la responsabilità ambientale. – **3.** Danno ambientale e cambiamento climatico. – **4.** “Cambiamento climatico” come sintesi descrittiva, sotto il profilo degli effetti, dell'alterazione degli equilibri naturali. – **5.** Il danno ambientale come danno-evento e il suo «risarcimento in forma specifica». Prime incongruenze rispetto al sistema della responsabilità aquiliana. – **6.** La responsabilità aquiliana come tutela obbligatoria (delle ragioni individuali) contro il fatto dannoso e la sua distanza ‘strutturale’ rispetto alla responsabilità ambientale. – **7.** Risarcimento in forma specifica e azione inibitoria in alcune configurazioni dottrinali. – **8.** Distacco della responsabilità ambientale dalla comune responsabilità aquiliana. – **9.** *Segue.* “Risarcimento” a carico del responsabile e ripristino a carico del proprietario del sito contaminato. Il risanamento ambientale come forma esclusiva di “risarcimento”. – **10.** Tutela obbligatoria e tutela reale nell'ottica rimediale. Il risarcimento del danno ambientale come (forma di) tutela di tipo reale del bene-ambiente. – **11.** *Segue.* Il congedo della responsabilità ambientale dalla tutela “obbligatoria” degli interessi soggettivi e l'approdo alla tutela “reale” dei beni. – **12.** Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

La tematica ambientale, come la si è declinata nell'ultimo decennio¹, costituisce tuttora questione di peculiare attualità nell'agenda politica italiana ed europea ma non

¹ Ma il tema non è certo una novità, se già oltre mezzo secolo addietro si erano moltiplicate le

occupa più il primo posto: incalzata da nuove emergenze², non ha retto l'impatto col principio di realtà: non basta volere un mondo più pulito quando la tecnologia non è disponibile e i costi della transizione sono proibitivi. È stata così diluita nel tempo la tabella di marcia in un primo tempo troppo ottimisticamente adottata – in particolare per l'abbandono del motore endotermico – e si è rallentato il flusso, e lo 'spessore', delle novità normative in materia³.

Vivace rimane invece il dibattito dottrinale in materia che, se oggi conferisce maggiore spazio agli strumenti di diritto pubblico, riserba comunque un ambito significativo al diritto privato⁴; vero è soltanto che il dibattito sembra fare ridotto affidamento sulle norme a difesa della proprietà – rispetto a quanto accadeva nei primi studi in materia – per privilegiare il riferimento alla responsabilità civile, sulla scia della straordinaria espansione che questo strumento ha conosciuto negli ultimi anni. Su questo cambiamento dovrò tornare; intanto, basti rilevare la perdurante validità del riferimento alla tutela privatistica, e sia pure con l'aggiornamento terminologico che parla oggi di *private enforcement*: un'espressione che ci viene dal sistema di *common law* in cui si è sviluppata quell'analisi economica del diritto alla quale si deve un approccio felice, e nient'affatto 'economicista', alla questione in esame. Grazie ad essa, infatti, è emersa da tempo quella

grida d'allarme in materia e si erano registrate le prime analisi dottrinali – delle quali si dà sintetico cenno nella nota bibliografica – e talune iniziative legislative (tra le quali la cd. Legge Merli, del 10 maggio 1976) volte ad approntare una qualche forma di tutela a fronte della 'sordità' dell'opinione pubblica e degli stessi ritardi delle iniziative politiche di ampio respiro.

² E anche qui non si tratta certo di una novità: in questi anni si è avvicinato un incessante diluvio di "allarmi" e si è generalizzato, anzi: istituzionalizzato, un perenne "*stato di emergenza*". Si sono susseguite infatti emergenze sociali, sanitarie, belliche, ambientali, fino all'ultima arrivata: l'IA ha avuto appena il tempo di affacciarsi alle cronache che già è partito l'allarme per i rischi che essa fa presagire.

³ Limitando le indicazioni alla disciplina interna, segnalo il d.l. 8 agosto 2025, n. 116 (che inasprisce le sanzioni in materia di sversamento illecito dei rifiuti e detta una disciplina per la bonifica dell'area denominata Terra dei fuochi), il d.l. 17 ottobre 2024, n. 153 (che prevede la razionalizzazione dei procedimenti di valutazione e autorizzazione ambientale, nonché l'attuazione di interventi in materia di dissesto idrogeologico e di bonifiche di siti contaminati), la legge 28 febbraio 2024, n. 24, che sancisce il riconoscimento della figura dell'*agricoltore come custode dell'ambiente e del territorio*, visto come colui che «concorre alla protezione del territorio stesso dagli effetti dell'abbandono delle attività agricole nonché dello svuotamento dei piccoli insediamenti urbani e dei centri rurali e dal rischio idrogeologico» (art. 1, legge cit.). Ma significativo del nuovo corso è altresì il fatto che il "Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare" è oggi sostituito dal "Ministero della Transizione ecologica (Mite)" ed è poi affiancato dal nuovissimo "Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica".

⁴ Basti segnalare, tra i contributi più significativi dell'ultimo biennio, i Convegni: *Cambiamento climatico, sostenibilità e rapporti civili* (17° Convegno nazionale della Sisdic, Napoli, 11, 12 e 13 gennaio 2024); *Meritevolezza degli interessi e modelli di tutela nel tempo della transizione ecologica e digitale* (Catania, 21 e 22 novembre 2025); *Responsabilità e rimedi nell'era delle transizioni. Nuove tecnologie e sostenibilità* (Convegno Nazionale dell'Associazione Civilisti italiani, Catania, 12 e 13 dicembre 2025); *Danno ambientale e danno climatico a confronto: giurisdizione, rimedi, tutele* (Messina, 16 e 17 febbraio 2026).

strategia d'intervento sul degrado ambientale che si può riassumere nella triade – imposizione di accorgimenti tecnici, divieto delle attività inquinanti (in particolare, quando lesive della salute), risarcimento del danno – che, sotto diversi aspetti, viene tuttora largamente seguita, come si vedrà nel prosieguo.

Oggi, dunque, l'attenzione sembra focalizzarsi sulla responsabilità civile nel quadro di un ambizioso programma politico di “transizione ecologica” e di un'articolata legislazione culminata nell'emanazione di un apposito «codice dell'ambiente»; codice, rimangiato infinite volte su sollecitazione dell'Unione europea, e coronato da una massa imponente di studi⁵, che detta una specifica disciplina intitolata alla «Tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente»⁶. Ed è a detta disciplina che farò precipuamente riferimento.

2. Il codice dell'ambiente e la responsabilità ambientale

Il codice dell'ambiente ci restituisce un'immagine idilliaca della lotta al degrado ambientale. Prevede infatti che l'«operatore professionale», e in mancanza il «proprietario» del fondo contaminato (e se no «chiunque»: un *quisque de populo*) anzitutto vigila sui temuti fatti di degrado (dal deposito di rifiuti allo sversamento di sostanze inquinanti, dallo sbancamento al prelievo di sabbia dal litorale o dal greto dei fiumi). Dopodiché, anche in presenza di un mero «rischio, anche solo potenziale» (artt. 303, 1° e 3° co., 304, cod. amb.), interviene tempestivamente adottando le misure più urgenti; di poi, avverte le competenti autorità (a cascata, vengono interessati: sindaco, prefetto, regione o provincia, ministero dedicato), prende contatto con ingegneri, chimici e biologi e predispone un «piano di intervento» che cura di far approvare dalle predette autorità; infine, provvede a realizzare a proprie spese gli interventi prefigurati⁷.

La realtà restituisce l'immagine di un altro “film”: uno scenario, previsto come succedaneo ed eventuale, ma in realtà molto diffuso⁸: quello di un operatore professionale

⁵ Nell'ormai sterminata messe di studi, e nell'impossibilità di darne conto in maniera ragionata, segnalerò in chiusura le opere più significative in argomento.

⁶ Tale disciplina occupa l'intera Parte VI del “codice dell'ambiente” (artt. 298-bis ss. del d.lgs. n. 152 del 2006), anch'essa ripetutamente modificata fino a modificare profondamente l'assetto originariamente previsto, mentre ha ripreso ultimamente slancio la politica di “transizione ecologica” che il codice originariamente si limitava a prefigurare: v. l'articolato *Piano Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici*, emanato dal *Ministero dell'Ambiente e della sicurezza energetica* (decreto n. 434 del 21 dicembre 2023) che consta di alcune migliaia di pagine.

⁷ Ma nel senso che il proprietario del fondo, non responsabile del degrado, sia tenuto soltanto alla prevenzione v. ora Cass., sez. un., 1 febbraio 2023, n. 3077 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 580, con nota di M. GALLETTI), che cassa, sul punto, Trib. sup. acque pubbliche 11 novembre 2020.

⁸ L'Ispra, per il 2023, segnala la presenza di migliaia di siti “locali” contaminati e di 42 “Siti d'Interesse Nazionale (SIN)” che coprono complessivamente 148.594 ettari di superficie terrestre (0,49% del territorio italiano) e 77.136 ettari di aree marine. Cfr.: <https://indicatoriambientali.isprambiente.it/it/siti-contaminati/siti-contaminati-di-interesse-nazionale>.

privo di scrupoli da un lato e di privati interessati soltanto a sbarazzarsi di rifiuti, anche se pericolosi, dall'altro, con la pubblica amministrazione che sanziona il responsabile quando riesce a individuarlo, e se no il proprietario: magari non responsabile del degrado, ma in colpa per non aver vigilato⁹ e che soprattutto ha il torto di essere facilmente individuabile. La sanzione, per quanto qui interessa, è costituita da una peculiare forma *azione risarcitoria in forma specifica* (art. 311 cod. amb.): uno strumento, va riconosciuto, che si è cercato di calibrare sulle specifiche esigenze prospettate dal fenomeno e perseguendo assetti innovativi rispetto alla disciplina generale della tutela aquiliana, se pur con diversi nodi problematici, come vedremo.

3. Danno ambientale e cambiamento climatico

L'art. 300 del codice dell'ambiente designa come *danno ambientale* «qualsiasi deterioramento, significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima», sempreché il deterioramento riguardi le specie e gli habitat naturali protetti, le acque, il suolo o il sottosuolo¹⁰. Ebbene, è previsto che in tali evenienze il ministro competente «agisce... per il risarcimento del danno in forma specifica» e, in caso di inottemperanza, per conseguire il suo «equivalente patrimoniale», ma sempre calibrato sui *costi* delle «attività necessarie a conseguire la completa e corretta attuazione» degli interventi di ripristino (art. 311 cod. amb.). E si tratta, è appena il caso di sottolinearlo, di ripristino materiale, che riporti i luoghi alla loro condizione originaria. A un tale risarcimento sono tenuti sia gli «operatori» cd. professionali, con regime di responsabilità oggettiva, sia «chiunque altro cagioni un danno ambientale con dolo o colpa» (art. 311 cod. amb., 2° co.).

Un primo rilievo riguarda il fatto assunto a presupposto della responsabilità. «Deterioramento», consistendo in un peggioramento delle condizioni ambientali, implica un evento materiale, mentre il suo riferimento a una «risorsa», e tanto più a una «utilità», mal si concilia col carattere dell'azione che l'ha determinato. Risorse e utilità, infatti, non sono certo elementi fattuali: sono concetti di relazione tra cose (percepiti come vantaggiose) e attività o esigenze antropiche; attengono cioè a una valutazione positiva circa la disponibilità e l'utilizzazione di determinati «fattori» ambientali a vantaggio dell'uomo o a beneficio di più generali interessi naturali¹¹. Sicuro è comunque che il peggioramento di cui si tratta deve afferire (almeno come termine immediato) a cose materiali, dovendo trattarsi di un deterioramento «significativo e misurabile».

⁹ Cfr. art. 92 cod. amb.

¹⁰ La disciplina, perciò, non si applica ai danni derivanti dalla trasmutazione dell'atomo (art. 300² cod. amb.) né, almeno direttamente, all'inquinamento dell'aria. Per altre ipotesi di deterioramento ambientale, v. *infra*, nel testo.

¹¹ Ma al legislatore devono esser sembrate sottigliezze, visto che l'articolo 302, al co. 10, sbrigativamente precisa che «Per “risorse naturali” si intendono specie e habitat naturali protetti, acqua e terreno».

Ancor più significative si fanno le difficoltà se rapportiamo la previsione legislativa al fenomeno (che la vulgata corrente denomina) *cambiamento climatico*. I fattori che lo determinano sono magari eventi materiali, ma è dalla loro interazione, dalla loro influenza reciproca che deriva il pregiudizio per l'ambiente e per la salute umana. Tra riscaldamento e raffreddamento globali, alluvioni e desertificazioni, scioglimento dei ghiacciai e (ventilato) innalzamento del livello dei mari, disboscamento e consumo del suolo, spreco delle risorse naturali e crescita esponenziale dei rifiuti, rischia di sfuggire l'oggetto specifico, il "fatto" dannoso cui collegare la responsabilità. O almeno la responsabilità prefigurata dal codice dell'ambiente, atteso che l'art. 303 dispone che tale disciplina non si applica all'inquinamento di *carattere diffuso* qualora non sia possibile accertare il nesso causale tra il danno e l'attività di singoli operatori (art. 303, lett. h), cod. amb.). Se, infine, dobbiamo credere a chi afferma che la crisi climatica è dovuta essenzialmente all'immissione nell'atmosfera di gas serra derivante da attività umane, e segnatamente di CO₂, le difficoltà diventano ancor più rilevanti, visto che lo specifico regime di responsabilità non si applica all'inquinamento dell'aria, o almeno è dubbio che ad esso si riferisca direttamente¹².

4. "Cambiamento climatico" come sintesi descrittiva, sotto il profilo degli effetti, dell'alterazione degli equilibri naturali

Se dunque non vogliamo rinunciare a combattere il fenomeno con gli strumenti che abbiamo attualmente a disposizione, credo necessario operare quel che si chiama un "cambiamento di paradigma". Sappiamo da tempo che un qualsiasi testo non può che essere letto nel *contesto* complessivo in cui è dato: ebbene, trasponendo la metodica sul campo... operativo, può darsi si possa abbandonare il riferimento a specifiche ipotesi di deterioramento – quelle considerate dalla disciplina richiamata – per prendere in considerazione direttamente il "contesto ambientale" in cui si determina – e in cui in parte si sostanzia – il cambiamento climatico. Questo, infatti, non consiste propriamente nell'alterazione di specifici beni o risorse, se non, forse, l'atmosfera; quel che viene pregiudicato piuttosto è il contesto ecologico complessivo, senza che si possa sempre individuare la relazione tra una certa condotta e un evento di danno nei termini classici del nesso di causalità.

Del resto, quando impieghiamo il termine "ambiente" non ci riferiamo a questo o a quel bene determinato, ma all'insieme delle realtà naturali vedute nelle loro interazioni e correlazioni. È a questo insieme, allora, che dobbiamo fare riferimento. A tanto incoraggia sia il fatto che il deterioramento cui intende reagire la disciplina ambientale ben può essere «indiretto», sia il suo riferimento, cito testualmente, al «*rischio* significativo di effetti nocivi sulla salute umana derivanti dell'introduzione.... di sostanze, preparati,

¹² È dubbio cioè se ad esso possa applicarsi analogicamente la disciplina del codice dell'ambiente, come peraltro ritiene la dottrina più accreditata.

organismi o microrganismi nocivi per l'ambiente»¹³. E se una tale estensione dovesse apparire eccedente, a che cosa servirebbero le tante, solenni proclamazioni del testo legislativo? Penso a quelle che chiamano a raccolta un'intera *folla di principi* quale mai si era veduta; si parla infatti di (principi di): precauzione, prevenzione, solidarietà, sussidiarietà, sostenibilità, proporzionalità, leale collaborazione, concorrenza, "chi inquina paga"; e ancora, autosufficienza, prossimità, azione preventiva, correzione alla fonte dei danni, tutela delle generazioni attuali e di quelle future¹⁴.

Ma che la disciplina in materia ambientale sia applicabile anche al tema dei cambiamenti climatici è oggi testualmente affermato nel *Piano Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici*, che ad ogni buon conto, a scanso di dimenticanze e trascuratezze, a quelli su elencati si premura di aggiungere i principi «di salvaguardia dell'ambiente, [...] delle responsabilità comuni, di equità intergenerazionale e intragenerazionale, dello sviluppo sostenibile, di non regressione, d'integrazione, di sviluppo resiliente al clima, di conoscenza scientifica e integrità nel processo decisionale, del divieto di arrecare un danno significativo all'ambiente»¹⁵.

In breve, "cambiamento climatico" può essere inteso come la sintesi verbale che descrive, sotto il *profilo degli effetti*, le ripercussioni complessive, sul sistema ecologico e sull'ambiente, dell'alterazione degli equilibri naturali.

5. Il danno ambientale come danno-evento e il suo «risarcimento in forma specifica». Prime incongruenze rispetto al sistema della responsabilità aquiliana

E sono proprio le ridette *ripercussioni complessive* che il codice dell'ambiente prende in considerazione con la locuzione «*danno ambientale*». Dottrina e giurisprudenza hanno chiarito da tempo che esso attiene al danno-evento, piuttosto che al danno-conseguenza: quest'ultimo, si precisa, potrebbe anche mancare e, comunque, non viene in considerazione al fine di determinare misura e modalità del risarcimento, che vanno calibrate sull'esigenza, assorbente, del ripristino dello status quo ante. Proprio di recente, poi, le S.U. hanno avuto modo di ribadire in termini generali la validità di una tale distinzione e, a

¹³ Art. 300, co. 2, lett. d), cod. amb.: vero è che detta disposizione si riferisce specificamente alla contaminazione del suolo, ma non credo possano escludersi analoghe forme di contaminazione di altri fattori ambientali, e tanto più che i rischi considerati riguardano per lo più la salute umana.

¹⁴ Alcuni di tali principi sono richiamati in apertura del codice (cfr. artt. 3-ter, 3-quater, 3-quinquies), altri nel corpo della legge, ma non mette conto menzionarli specificamente: basti dire che il principio di precauzione è richiamato ben 149 volte. In ogni caso, come ha sottolineato una apprezzata dottrina, il segno di un deciso mutamento di paradigma emerge dal riferimento all'interesse delle future generazioni sancito nel nuovo testo dell'art. 9 Cost.; ma sul punto v. *infra*, nel testo.

¹⁵ Cfr. il punto 1.1 del *Piano*, citato alla nota 1, e pag. 8 del testo pubblicato nel sito del *Ministero dell'Ambiente e della sicurezza energetica*.

certe condizioni, l'autonoma risarcibilità dell'evento di danno: quello che la tradizione denominava danno *in re ipsa* e che la Cassazione oggi preferisce chiamare “danno normale” o “presunto”¹⁶. Sul punto non è possibile soffermarsi: operi la distinzione sul piano sostanziale o sul piano probatorio, quel che in questa sede interessa è il suo consolidamento e perciò la coerenza sistematica dell'assunto di cui dicevo: il danno ambientale è danno-evento e, in quanto tale, ben può essere rilevante sotto il profilo della responsabilità.

Ma l'innovazione più radicale è certamente quella che prevede come rimedio prioritario il *risarcimento in forma specifica*: si consideri che detta *priorità* sovverte la consueta sistemazione delle modalità risarcitorie fissata dal codice civile, non è subordinata a una esplicita *richiesta* di parte, non incontra il limite dell'*eccessiva onerosità* fissato dall'art 2058 c.c. Inoltre, la stessa, eventuale monetizzazione dell'obbligo risarcitorio è calibrata sulla finalità ripristinatoria, sì che detta modalità di riparazione si prospetta in realtà come *esclusiva*.

Lo strappo nel sistema infine è accentuato dal fatto che la responsabilità rimane operante per i danni verificatisi fino a *trent'anni* dall'emissione che ha causato il danno (art. 303, *lett. d*), cod. amb.), mentre una serie di disposizioni è volta a fronteggiare il *mero pericolo di danno*, attivando obblighi di prevenzione, messa in sicurezza e ripristino che ben poco si differenziano rispetto al “risarcimento” previsto a fronte del danno vero e proprio¹⁷. E ancora, non possono trascurarsi altre previsioni, formalmente estranee all'ambito della responsabilità ma che concorrono a delineare la cornice di riferimento: ove il responsabile della contaminazione non provveda, è il proprietario del «sito inquinato» o del fondo infestato da rifiuti che è tenuto all'intervento di ripristino: intervento che, ove venga svolto in via sostitutiva dalla pubblica amministrazione, comporterà l'insorgere di un «onere reale» per il rimborso delle somme spese (artt. 192, 239, 253 cod. amb.).

Non sono deviazioni di poco momento dalla generale disciplina aquiliana, tanto che possiamo cominciare a chiederci: un risarcimento cosiffatto può ancora essere ascritto all'alveo della ordinaria responsabilità civile?

6. La responsabilità aquiliana come tutela obbligatoria (delle ragioni individuali) contro il fatto dannoso e la sua distanza 'strutturale' rispetto alla responsabilità ambientale

Certo, la responsabilità aquiliana non è più il monolite di un tempo: si è diversificata, sia nel contenuto sia nelle finalità, e da tempo si parla di una sua *polifunzionalità*. Si tratta di profilo ormai largamente indagato in dottrina e basterà rammentare che, ac-

¹⁶ Cfr. Cass., S.U., 15 dicembre 2022, n. 33645 e 33659.

¹⁷ Ben 49 sono i riferimenti al «*pericolo di danno*» (che l'art. 301 cod. amb. prende in considerazione anche se «soltanto potenziale» [sic]), 108 quelli al «*rischio*», 20 quelli alla «*minaccia*» (concetto che ricomprende i «casi sospetti di minaccia imminente»: art. 304, 2° co., *lett. a*, cod. amb.), specificandosi poi che «per “minaccia imminente” di danno s'intende il rischio sufficientemente probabile che stia per verificarsi uno specifico danno ambientale» (art. 302, 7° co.).

canto alla tradizionale funzione risarcitoria in senso stretto, si rinvencono altre finalità: deterrente, riparatoria, d'equo indennizzo, compensativa, sanzionatoria, schiettamente punitiva. Finalità, tutte queste, che è possibile riscontrare nelle diverse fattispecie – anche di recente introduzione – che ormai costellano il nostro sistema ma che non alterano i tratti identificanti dell'istituto, e perciò – per quanto qui interessa mettere in luce – il suo carattere di *tutela obbligatoria contro il fatto dannoso*. Una tutela, che rimane *relativa e flessibile*: relativa, perché differenziata in relazione alla capacità dell'agente, alle ragioni della condotta e alle tipologie d'interessi che vengono in conflitto, e flessibile poi nella misura del rimedio pecuniario, l'entità del risarcimento adeguandosi a diverse esigenze¹⁸.

Ebbene, tenuto conto dell'acquisita molteplicità di funzioni, possiamo ricondurre all'ambito aquiliano il «risarcimento in forma specifica del danno ambientale»? A me sembra che rimanga ben poco del modello generale¹⁹, e si legittima il dubbio se la riduzione in pristino da esso perseguita non si accosti piuttosto a un'altra tipologia di tutele.

Netto è infatti il *cambiamento di paradigma* che si delinea rispetto alla ordinaria responsabilità civile, la cui configurazione, com'è noto, è fondata essenzialmente su tre elementi:

- il danno singolare, che colpisce un solo soggetto (e questo, dal punto di vista della tecnica di tutela, vale anche quando l'illecito sia plurioffensivo);
- l'interesse individuale, essendo il bene leso di spettanza di singoli, cui compete la legittimazione esclusiva a farlo valere;
- il carattere astratto del rimedio risarcitorio pecuniario, concepito come puro valore economico equivalente (ricchezza trasferita a fronte di ricchezza distrutta) che rimane nell'insindacabile disponibilità del danneggiato.

Caratteri, che non sono riferibili alla *responsabilità ambientale*: essa, infatti, va considerata secondo un diverso paradigma:

- il deterioramento non attiene al bene di un singolo bensì di tutti;
- ad essere leso è l'interesse generale alla sua protezione (e talmente 'generale' da riguardare anche le generazioni future), come attesta la legittimazione diffusa a promuoverne la tutela ma non a chiedere il "risarcimento";
- il carattere concreto che assume il risarcimento in forma specifica, che non afferisce all'astratto valore economico distrutto; afferisce piuttosto alla "cosa in sé" ed è inderogabilmente rivolto alla sua riparazione in natura, con un rimedio di tipo 'fattuale'.

¹⁸ E in ciò si differenzia nettamente della *tutela cd. reale contro i fatti illeciti*, che appare *rigida e assoluta*, come anche vedremo tra breve.

¹⁹ Mi sembra rimanga soltanto il requisito della colpa o del dolo per l'imputazione della responsabilità all'operatore "non professionale". Ma a tale stregua si conferma il distacco dalla responsabilità aquiliana atteso che in questa non assume rilievo, in ordine all'imputabilità, la qualità personale dell'agente.

Sotto tutti tali profili, è la disciplina positiva che differenzia la responsabilità ambientale da quella aquiliana e si legittima il dubbio se la riduzione in pristino da essa perseguita, più che la tutela obbligatoria contro i fatti dannosi, non richiami piuttosto una *tutela di tipo 'reale' contro i fatti illeciti* sullo schema delle azioni a difesa della proprietà; e *tutela dei beni*, prima ancora che delle persone, atteso anche il suo carattere *rigido e assoluto*, come vedremo a breve.

7. Risarcimento in forma specifica e azione inibitoria in alcune configurazioni dottrinali

Non a caso, del resto, proprio facendo leva sulla disposizione che nel codice civile prevede il risarcimento in forma specifica, alcuni anni addietro una parte della dottrina ha ritenuto di poter individuare in essa il fondamento di un'azione inibitoria di carattere generale, oltre i casi espressamente previsti dalla legge, in una sorta di ideale parallelo con l'atipicità della previsione dettata in tema di tutela risarcitoria. La proposta, pur se avallata da autorevole dottrina, non ha avuto seguito: vero è che le fattispecie di responsabilità civile sono atipiche, ma il sistema è 'chiuso' dal requisito generale dell'ingiustizia del danno, che va desunto aliunde.

Una inibitoria di carattere generale, per contro, rischia di invadere spazi di libertà individuale: e se una tale preoccupazione non sembra aver impensierito il legislatore recente, quando ha inserito l'art. 840-*sexiesdecies* nel codice di rito, certo si è che una tale estensione non poteva essere praticata in via interpretativa. In ogni caso, il risarcimento in forma specifica di cui al codice civile richiede la ricorrenza di tutti gli estremi cui è subordinata la responsabilità aquiliana: estremi, che viceversa sono radicalmente incompatibili con una tutela di tipo "reale" qual è l'inibitoria. Tale tipo di tutela infatti segue un'ottica puramente 'restitutoria' e opera incondizionatamente, quali che siano le circostanze o l'atteggiamento psicologico dell'autore della violazione: non rilevano infatti capacità o incapacità, stato di necessità, buona o mala fede dell'agente e la stessa ricorrenza di alcune cause di giustificazione: la rimessione in pristino opera, comunque, salva solo l'impossibilità materiale. A differenza della *tutela obbligatoria contro i fatti dannosi* perciò (che ho rammentato essere relativa e flessibile), la *tutela reale contro i fatti illeciti* si presenta come *assoluta e rigida*: assoluta, perché prescinde da ogni considerazione circa l'autore dell'illecito e le 'ragioni' della sua condotta, rigida in quanto ammette un solo rimedio: la reintegrazione della situazione violata, a prescindere dal suo costo economico²⁰.

²⁰ Dunque, manca una affinità sostanziale tra il "risarcimento in forma specifica" del codice civile e quello del codice dell'ambiente, e si riscontra piuttosto una 'analogia' di funzioni e di effetti perseguiti tra le previsioni. Del resto le Sezioni unite civili, nelle pronunce ricordate più sopra, hanno avuto modo di ribadire la netta distinzione tra le due tipologie di tutela, obbligatoria e reale, e che la responsabilità civile è soltanto un capitolo del sistema rimediale, solo uno degli strumenti approntati dal sistema per reagire all'illecito.

8. Distacco della responsabilità ambientale dalla comune responsabilità aquiliana

Il dubbio, allora, si rafforza. Possiamo ancora parlare della responsabilità aquiliana – magari individuando in essa una nuova finalità: la *funzione ripristinatoria* – come ambito al quale ricondurre il deterioramento ambientale? In tutta franchezza credo di no, perché dopo i tanti rimaneggiamenti legislativi sono più di una dozzina i punti in cui la disciplina si distacca da quella aquiliana e l'unico tratto in comune, a parte alcuni ambigui riferimenti in tema di prescrizione²¹, sembra essere l'espressione «risarcimento del danno».

Provo a elencare sinteticamente tali punti.

La preminenza del risarcimento in forma specifica, la soppressione del limite dell'onerosità, la sostanziale irrilevanza dell'estremo del danno-conseguenza, l'obliterazione dell'elementare principio per cui ciascuno risponde delle proprie e non delle azioni altrui (visto che, se pure con riferimento a una ipotesi particolare, può mancare ogni collegamento tra la causazione del danno e chi è chiamato a rimediare)²²; e ancora, la

²¹ Il codice dell'ambiente non prevede specificamente termini di prescrizione per il "risarcimento" a carico del responsabile. Sancisce invece una serie di "preclusioni temporali": l'art. 313, al co. 4, prevede termini "perentori" e di decadenza (di «180 giorni» e «due anni dalla notizia del fatto») per l'emanazione dell'ordinanza ingiuntiva di pagamento delle somme dovute a titolo di risarcimento in forma specifica: ma si tratta di termine previsto per l'emanazione dell'ordinanza ministeriale. L'art. 313, al co. 5, richiama poi «i termini previsti dai commi 1 e 3 dell'articolo 2947 del codice civile» come arco temporale nel quale il Ministro dell'ambiente, che abbia emanato ordinanza per il ripristino ambientale e il recupero dei costi dal responsabile, può «adottare ulteriori provvedimenti nei confronti di trasgressori successivamente individuati». Dunque: prescrizione quinquennale (implicita) per il responsabile e prescrizione biennale per (altri) «trasgressori»? E come conciliarli con l'art. 303, *lett. g*), cod. amb., ove si esclude l'applicazione della disciplina (soltanto?) per il «danno in relazione al quale siano trascorsi più di trent'anni dall'emissione, dall'evento o dall'incidente che l'hanno causato»? La giurisprudenza ha da tempo qualificato la fattispecie come illecito permanente: e perciò la prescrizione dell'azione risarcitoria non potrebbe decorrere fino a che non sia cessata la condotta illecita: qui, per contro, devono decorrere altri trent'anni da tale cessazione perché sia esclusa l'applicazione di detta disciplina. Sulla prescrizione quinquennale in materia di violazione di leggi 'ambientali' v. comunque l'art. 28, legge 24 novembre 1981, n. 689. Quanto al riferimento 'trentennale', sembra da escludere che esso si riferisca alla prescrizione, atteso che essa, secondo i principi, può iniziare a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere: e perciò, secondo la giurisprudenza, dopo la manifestazione esterna del danno.

²² Siamo allora ben oltre la responsabilità oggettiva. Ove però si tenga presente l'obbligo di vigilanza che incombe sul proprietario, si può in qualche modo rientrare nel sistema: ma si tratta di profilo che merita di essere approfondito sotto il profilo costituzionale della garanzia della proprietà privata, alla luce della recente modifica dell'art. 41, là dove dispone che l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», e che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali». I 'vincoli', perciò, sembrano riguardare le attività economiche più che la proprietà in sé: e se credo senz'altro legittima la soggezione dei beni al risa-

soppressione delle finalità punitive originariamente previste nella quantificazione del risarcimento pecuniario, l'accantonamento della regola della responsabilità solidale tra coautori del danno²³ e l'irrilevanza – deve ritenersi – delle cause di giustificazione non menzionate nell'art. 308, 4° co., cod. amb., non staccano la fattispecie dalla logica della responsabilità aquiliana?

Anche perché pur quando difetti il nesso di causalità, per essere il danno cagionato da un terzo, la prova di tale circostanza non basta a escludere l'onere dei costi a spese dell'operatore o del proprietario del fondo contaminato: rimane a suo carico anche la prova dell'assenza di (ogni ombra di) colpa nel verificarsi del danno, avendo egli adottato le opportune «misure di sicurezza» per *prevenire* il deterioramento ad opera di estranei²⁴ (ad es., tramite opportuna recinzione delle aree 'esposte' al deposito di rifiuti).

E a proposito di elemento soggettivo della condotta, un'altra discrepanza si registra in questo: nel codice civile uno stesso fatto – ad es., il danno cagionato da animali o derivante da attività pericolose – dà luogo a un regime di responsabilità oggettiva chiunque sia il responsabile; nel codice dell'ambiente l'operatore professionale (e cioè colui «che esercita o controlla.... un'attività economica»²⁵) risponde oggettivamente; il privato invece (e cioè «chiunque altro cagioni un danno ambientale») solo in caso di colpa o dolo (art. 311, commi 2 e 5)²⁶. E ancora. Come conciliare con la logica "risarcitoria", che presuppone una perdita già in atto, la disposizione che include nella nozione di danno ambientale il mero «rischio» o pericolo di danno?²⁷. E che dire poi del vincolo di destinazione al risanamento dell'eventuale riparazione pecuniaria?²⁸ Da quando in qua il danneggiato non è libero di impiegare come meglio crede le somme ottenute a titolo di risarcimento?

Se poi di comune responsabilità aquiliana si tratta, considerato che il fatto lesivo è unico perché affiancare al ripristino ambientale un'autonoma azione risarcitoria stavolta a fronte dei *danni risentiti da specifici soggetti nella loro salute o nei loro beni* (art. 313,

namento ambientale, può darsi che altrettanto possa dirsi per la peculiare responsabilità del proprietario incolpevole del deterioramento (art. 308, 4° co., *lett. a*): ma, appunto, la questione merita di essere approfondita.

²³ Disposto dall'art. 311, 3° co., cod. amb.

²⁴ Art. 308, 4° co., *lett. a*), cod. amb.

²⁵ Il testo legislativo specifica ulteriormente che l'attività può essere di tipo «industriale, commerciale, artigianale, agricola e di prestazione di servizi...» (art. 302, 5° co., cod. amb.). Deve comunque trattarsi di attività che abbiano «rilevanza ambientale», come dettagliatamente specificato nell'allegato 5 alla Parte VI del codice dell'ambiente, cui la stessa disposizione rinvia.

²⁶ Dunque, una stessa condotta (ad es., lo sversamento di carburante o lo sbancamento di una duna costiera) se tenuta nello svolgimento di una *attività* di tipo professionale, comporta responsabilità oggettiva, se tenuta occasionalmente importa responsabilità solo se dolosa o colposa.

²⁷ Più precisamente, art. 300, 2° co, *lett. d*), dispone che «costituisce danno ambientale il deterioramento provocato... al terreno, mediante qualsiasi contaminazione che crei un rischio significativo di effetti nocivi, anche indiretti, sulla salute umana». Ma sui numerosissimi richiami ai casi di (mero) rischio, pericolo o minaccia, v. *supra*, nota 17.

²⁸ Art. 317, 5° co., cod. amb.

7° co., cod. amb.)? È un fatto plurioffensivo?²⁹ Ma basta questo a dare ragione di una tale divaricazione di disciplina? In realtà, la previsione attesta che la protezione del bene-ambiente, tutelando un interesse peculiare, non esclude l'ordinaria tutela aquiliana di altri interessi, che seguirà le regole generali a cominciare dal risarcimento pecuniario. Per contro, il danno ambientale *non si presta comunque ad essere risarcito per equivalente*. Non si tratta di semplice difficoltà nel determinare il *quantum*; è un danno le cui ricadute sono semplicemente *incommensurabili* ove si abbia riguardo agli 'ambiti' ai quali la legge vuol estendere la sua protezione e che considera esplicitamente: i viventi, le generazioni future, gli equilibri ambientali nel loro complesso³⁰, ma altresì gli interessi diffusi e gli stessi interessi individuali non garantiti dalla legge. Qui la soluzione classica della quantificazione di un pregiudizio «che non può essere determinato nel suo preciso ammontare», e cioè la valutazione equitativa (a tenore dell'art. 1226 c.c.), non può trovare spazio, difettando gli stessi termini di riferimento: e cioè, le ricadute su interessi individuali e, a ben vedere, (la stessa individuazione de) i soggetti che possano lamentare lesione di specifiche posizioni giuridiche³¹.

Non è un caso perciò che nessun ente, pubblico o privato, sia legittimato al risarcimento: la mancanza di legittimazione di enti pur esponenziali di interessi collettivi, e l'inesperibilità delle azioni di classe, evidenziano che nessuno può ritenersi leso più di quanto lo saranno le generazioni future e gli equilibri ambientali nel loro complesso. Per contro, chiunque può farsi parte diligente e, oltre a presentare denunce, può intervenire direttamente per la messa in sicurezza dei siti contaminati e per il ripristino dell'ambiente naturale.

9. Segue. Risarcimento a carico del responsabile e ripristino a carico del proprietario del sito contaminato. Il risanamento ambientale come forma esclusiva di “risarcimento”

Ma il distacco dal sistema generale non si ferma qui. In un provvedimento che ambisce a essere un “testo unico” della materia, come mai la «tutela risarcitoria», cui è dedicata tutta un'apposita “sezione”, è testualmente riferita soltanto alle specie e agli habitat natu-

²⁹ Al riguardo, la migliore dottrina opportunamente distingue tra *danni collaterali* (ad es., alla proprietà o alla salute) derivanti dallo stesso fatto (appunto: plurioffensivo), e che sono senz'altro risarcibili, e *danni ulteriori*: ad es., i minori incassi dell'albergatore per l'inquinamento del litorale. Danni, questi ultimi, che non è detto debbano essere risarciti, afferendo al rischio d'impresa (e per una 'risorsa' per la quale l'imprenditore non ha sostenuto oneri economici).

³⁰ Cfr., ad es., artt. 3-*quater*, co. 1, e 144, co. 2, cod. amb.

³¹ E se queste sono ragioni formali, l'irrisarcibilità pecuniaria ne esprime prima ancora la ragione sostanziale: i beni ambientali non possono essere rimpiazzati da altri beni, come avviene ordinariamente con i diritti sulle cose: le utilità che ce ne vengono infatti non possono essere soddisfatte tramite benefici diversi, difettando l'estremo della 'equivalenza' o surrogabilità.

rali protetti, alle acque e al suolo? Se può comprendersi il mancato riferimento all'inquinamento dell'aria (non potendosi 'rimuovere' i gas dispersi in essa)³², dove collocare il «ripristino dello stato dei luoghi» esplicitamente previsto per i *siti contaminati* e con riguardo ai *rifiuti abbandonati*³³ (artt. 192 e 244 cod. amb.)? Un tale ripristino rientra forse nell'ordinaria responsabilità civile, visto che qui riprende vigore la regola della solidarietà tra i coautori dell'illecito? Ma allora come conciliare con la logica aquiliana la previsione che include il proprietario incolpevole – ma altresì i titolari di diritti reali o di godimento sul fondo – tra coloro che vengono «diffidati» alla riduzione in pristino (art. 192 cod. amb.)? Anche tale previsione, allora, conferma il distacco dalla comune responsabilità civile, per tacere poi del fatto che essa mal si concilia con la previsione che il ripristino può essere imposto, oltre che con provvedimento giudiziale, anche con ordinanza ministeriale.

Infine, giudico estremamente significativo che, nel caso di fondi contaminati, fermo restando l'insorgere di un «onere reale», il proprietario sia tenuto a rimborsare le spese relative «soltanto nei limiti del valore di mercato del sito», mentre poi il debito «si trasmette... agli eredi nei limiti del loro effettivo arricchimento» (artt. 253, 4° co., e 311, 3° co., cod. amb.): previsioni che derogano anch'esse al sistema generale e, se non è facile trovar loro collocazione sistematica³⁴, certo valgono a confermare le perplessità evidenziate.

Insomma, la disciplina dettata dal codice dell'ambiente si distacca dal sistema generale della responsabilità civile, così come il danno ambientale si differenzia dai comuni tipi di danno, sia nelle caratteristiche fattuali sia nelle esigenze «riparatorie» che esso prospetta e che assumono una valenza decisiva nell'assetto della disciplina. Sono infatti queste esigenze che – nel sistema ordinamentale delineato dalla disciplina europea e oggi interna – danno ragione della scelta di prevedere (il «risarcimento in forma specifica», e cioè) *il risanamento ambientale come forma di riparazione esclusiva*, atteso che pur l'eventuale risarcimento pecuniario è vincolato a tale scopo. Una finalità, alla cui luce si comprendono altre disposizioni: da quella che impone alla pubblica autorità di attendere l'iniziativa dei privati che intendano adottare programmi e interventi di ripristino, a quella che prevede *misure di «riparazione complementare e compensativa»* a fronte di situazioni di degrado cui non si possa porre rimedio con la disciplina «risarcitoria» (artt. 306-bis, 311 cod. amb.).

³² In realtà, esistono impianti che hanno la funzione di «catturare» l'anidride carbonica; ma hanno un costo spropositato ed efficacia limitata. In ogni caso non va trascurato che, là dove non è possibile la rimozione diretta, resta praticabile quella indiretta: la CO₂, com'è noto, viene assorbita dalle piante costituendone il 'nutrimento' principale: il rimboschimento perciò, e in genere le piantagioni, concorrono efficacemente alla sua eliminazione.

³³ Fattispecie, che la legge tiene a differenziare dall'*abbandono* dei rifiuti: cfr. art. 239 cod. amb.

³⁴ L'ovvio richiamo alle disposizioni sull'ingiustificato arricchimento, mi sembra, non è in grado di spiegare il venir meno della responsabilità per la parte di «spesa» eccedente il valore del fondo o «l'effettivo [sic] arricchimento degli eredi».

10. Tutela obbligatoria e tutela reale nell'ottica rimediale. Il risarcimento del danno ambientale come (forma di) tutela di tipo reale del bene-ambiente

L'assetto così ricostruito della disciplina ambientale, d'altra parte, appare in linea con significative tendenze legislative e dottrinali volte a conferire rilievo centrale al *profilo rimediale*. In particolare – nel quadro dell'ormai avvenuto avvicinamento tra tutela del creditore e tutela reale dei diritti assoluti, che ha posto in discussione l'antico brocardo *nemo ad factum cogi potest* – tali approcci hanno privilegiato il profilo della reintegrazione effettiva nella situazione violata rispetto alla tutela per equivalente. Al punto che, in tale visione, è l'adempimento in natura che assume priorità rispetto al risarcimento: lo confermano le esplicite dichiarazioni contenute nei Principi Unidroit, nei Principi Lando e nel Draft Common Frame of Reference³⁵, e soprattutto il frequente riferimento allo strumento inibitorio nella materia consumeristica (e segnatamente nella disciplina della vendita dei beni di consumo³⁶) e nel recente ampliamento delle azioni di classe che ha trovato collocazione nel codice processuale.

Viene allora in primo piano l'*attività oggettiva di ripristino dell'ambiente naturale*, che si prospetta come esigenza propria della «risorsa» deteriorata, prima che del soggetto che ne sia titolare; ed *esigenza* in tutto prioritaria, fino a divenire *esclusiva*³⁷, atteso che l'eventuale risarcimento pecuniario è vincolato al risanamento ambientale mentre «l'utilizzatore»³⁸ del sito contaminato è tenuto a vigilare, a intervenire per la sua messa in sicurezza e poi a farsi carico della spesa per il risanamento, come ho appena rammentato. Ma attenzione: la spesa graverà su di lui soltanto *indirettamente*, visto che essa è posta a carico del fondo come onere reale. E l'onere, com'è proprio della figura, prima anco-

³⁵ Cfr., rispettivamente, gli artt. 7.2.1. ss. Principi Unidroit; artt. 9.101 ss. Principi di diritto europeo dei contratti; artt. III – 3: 301 DCFR.

³⁶ Mi riferisco in particolare agli artt. 128 ss. cod. cons., che sanciscono il diritto del consumatore al ripristino della conformità del bene al contratto tramite riparazione o sostituzione: il riequilibrio economico avuto di mira dalla disciplina previgente viene rimpiazzato dalla tutela «in natura» dell'interesse al conseguimento di un bene che sia munito delle caratteristiche originariamente dovute.

³⁷ Si consideri a questo riguardo che il «risarcimento in forma specifica» previsto dall'art. 310 non si differenzia dal «ripristino ambientale» che sia attuato spontaneamente dall'operatore professionale a tenore della previsione dettata dall'art. 305, se non per il dettaglio delle «misure» da adottare e che sono specificate nel successivo art. 306: misure, che ben possono costituire la guida per determinare le modalità di attuazione di un «risarcimento» che si vuole effettuato «in forma specifica». E non credo sia un caso, infine, che l'art. 306-bis, dedicato ai siti di interesse nazionale, disciplini insieme – cito testualmente – «le misure per il risarcimento del danno ambientale e il ripristino ambientale» di tali siti.

³⁸ Uso questa espressione atteso che la legge include proprietario e titolari di diritti reali o di diritti personali di godimento tra i soggetti tenuti alla vigilanza: e saranno perciò utilizzatori del bene, ma altresì suoi *custodi*, responsabili della loro integrità: cfr. art. 1 della legge 28 febbraio 2024, n. 24.

ra che un obbligo personale è un debito che grava sul fondo: non è un diritto autonomo, come l'ipoteca, bensì una *qualità del bene* che munisce il credito di privilegio speciale, opponibile ai terzi acquirenti. In ultima analisi, è *il fondo che risponde del debito*, atteso che questo non impegna il proprietario oltre il valore della cosa (né i suoi eredi oltre il loro arricchimento) e segue poi l'immobile nei suoi trasferimenti.

L'insegnamento corrente ha sempre ritenuto che, pur quando la legge punisce il maltrattamento di animali, quel che viene tutelato è comunque l'interesse umano, turbato dalla sofferenza inflitta ad esseri senzienti. Oggi si delinea un cambio di passo, visto che alcuni ordinamenti hanno di recente conferito personalità giuridica ad alcuni fiumi (così ha fatto la Nuova Zelanda col fiume Whanganui, l'India col Gange e lo Yamuna, la Colombia con l'Atrato), e la memoria, di rimando, non può che andare alla tradizione classica della personificazione di sorgenti e montagne, fiumi e boschi, consacrati agli dei e interagenti con gli uomini. E se lo scopo immediato delle pratiche odierne è quello di rafforzarne la tutela contro le incessanti aggressioni antropiche, quelle antiche traevano l'abbrivio dal senso di timore, dall'aura di sacralità che circondava la natura, cui conseguiva un sacro dovere di rispetto. Superfluo accennare alle venature di paganesimo che pur serpeggiano nell'odierna adorazione della natura, che conta ormai su numerosi "santuari": resta l'esigenza condivisa di rispetto e protezione. E se non credo necessario transitare per la personificazione, mi sembra comunque si possa ricavare che dalla "tutela soggettiva" dei titolari dei beni si è passati a una salvaguardia 'oggettiva' delle cose: la protezione ha per oggetto, prima ancora dell'interesse del proprietario, le esigenze proprie del bene-ambiente³⁹.

Mi sembra si delinei, perciò, un deciso accostamento alle tipologie di *tutela di tipo reale*, sulla scia delle azioni a difesa della proprietà. Muta così radicalmente la prospettiva "riparatoria": le attività confliggenti coi beni riferibili all'ambiente, prima ancora che gli altri consociati (comunque garantiti a tenore dell'art. 303 cod. amb.), devono rispettare la realtà materiale che tutti ci circonda. E questo, in piena coerenza con le nuove 'garanzie' costituzionali che riguardano sì la libertà d'iniziativa economica, ma si estendono poi

³⁹ Un'ottica – e qui basti soltanto un cenno – che ben si armonizza con la disciplina che attiene più propriamente al diritto pubblico, là dove subordina una serie di attività 'pericolose', e le relative emissioni, a una preventiva autorizzazione amministrativa, prevedendone poi sospensione e revoca quando siano violati i limiti imposti. Basti qui il riferimento agli artt. 130 e dall'art. 278 del cod. amb., nei quali si riproducono le stesse formule già adottate rispettivamente dall'art. 51, d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152 «Disposizioni sulla tutela delle acque dall'inquinamento» (oggi abrogato) e dall'art. 10 del d.p.r. 24 maggio 1988, n. 203, «Attuazione delle direttive CEE in materia di qualità dell'aria». La medesima disciplina è adottata anche dall'art. 9, 7° co., del d.lgs. 4 agosto 1999, «Attuazione della direttiva 91/61/CE relativa alla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento» (ora d.lgs. 18 febbraio 2005, n. 59). Una disciplina meno articolata, in quanto non rileva specificamente il pericolo di danno, ma improntata allo stesso modello (diffida, sospensione, revoca), è prevista dall'art. 208, 13° co., cod. amb., che riproduce la formula già adottata dall'art. 28, 4° co., del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, «Attuazione delle direttive in materia di rifiuti». Ma significative sono altresì, in tale direzione, le disposizioni degli artt. 65, 7° co., cod. amb., 8, 3° co., della l. 349/86, e 8 della l. 3 marzo 1987, n. 59.

alle generazioni future (artt. 9, 41 Cost.): ed è la prima volta, si noti, che le limitazioni imposte all'attività umana sono volte a garantire interessi diversi da quelli immediatamente riferibili alle persone (viventi). In breve, è la presa d'atto che noi non siamo i padroni della terra: siamo, dobbiamo essere semplicemente i suoi amministratori per riconsegnarla a coloro che verranno dopo di noi, chiamati come siamo non solo a «coltivare», ma anche a «custodire la terra», come già testualmente prescriveva il libro della Genesi (2.15)⁴⁰.

Si può allora, se vogliamo, parlare ancora di “responsabilità”, ma di una specie diversa rispetto a quella aquiliana, la responsabilità ambientale tutelando interessi peculiari ed essendo volta a riparare “danni” che afferiscono al mondo che ci circonda più che ai suoi abitanti.

11. *Segue. Il congedo della responsabilità ambientale dalla tutela “obbligatoria” degli interessi soggettivi e l’approdo alla tutela “reale” dei beni*

Riassumendo, in esito ai tanti rimaneggiamenti legislativi, la tutela ambientale *prende congedo dal sistema della responsabilità aquiliana* da cui aveva preso le mosse e perciò dalla logica ‘appropriativa’ che connota tale tutela: accantonata la difesa obbligatoria delle ragioni ‘soggettive’ conculcate dalla lesione, la disciplina sembra rientrare nell’alveo delle tutele *reali*, dei rimedi *ripristinatori*, di cui sono esempio paradigmatico le azioni a difesa della proprietà. E dico ‘rientrare’ perché, a quanto sembra, è sul tronco delle azioni reipersecutorie che è germinata la *lex Aquilia*⁴¹.

Sono, com’è noto, modalità di tutela che si configurano come *rigide* o *assolute*, prescindendo da ogni considerazione soggettiva ma altresì dalla stessa tipologia di ‘conseguenze’ derivanti dall’illecito. L’agente infatti può essere in colpa oppur no, in buona o in mala fede, capace o incapace; possono anche darsi – almeno in un primo momento – cau-

⁴⁰ Il riferimento alle generazioni future, peraltro, non è ormai l’unico: della loro tutela si preoccupano ad es. gli artt. 1 e 4 della legge n. 167/2025, che, nel prefigurare nuovi interventi normativi, introduce l’obbligo della «valutazione di impatto generazionale (VIG)» consistente nella «analisi preventiva degli atti normativi del Governo... in relazione agli effetti ambientali o sociali indotti dai provvedimenti, ricadenti sui giovani e sulle generazioni future, con particolare attenzione all’equità intergenerazionale.

⁴¹ Come che sia di una tale questione – e fermo restando che la “lex” nasce con un plebiscito proposto da un tribuno della plebe, Aquilio –, la configurazione attuale della «responsabilità per danno ambientale» richiama diversi tratti dell’esperienza giuridica romana: ad es., l’*operis novi nuntiatio*, con cui si intimava anzitutto la *prohibitio*, e cioè l’interruzione dell’opera intrapresa e la remissione in pristino dello stato dei luoghi. Un’azione, si noti, che prevedeva anche la legittimazione popolare per la tutela dei luoghi pubblici (la *nuntiatio iuris publici tuendi gratia*) ed era comunque esperibile anche nei confronti di chi avesse un diritto minore sul fondo. Il diffidato poteva (e doveva) perciò procedere direttamente alla rimessione in pristino: in mancanza, poteva ottenersi un *interdictum demolitorium*. Ove poi si trattasse di un mero pericolo di danno, l’*actio damni infecti* consentiva di imporre una *cautio*, la cui mancata prestazione autorizzava la *missio in possessionem* per l’esecuzione della richiesta *restitutio in integrum*, con diritto alla rifusione delle spese sostenute.

se di giustificazione o di esclusione dell'antigiuridicità⁴²: in ogni caso, la tutela "in forma specifica" opera oggettivamente e in maniera incondizionata – quale che ne sia il costo economico –, per conseguire il fine della rimessione in pristino⁴³. Tale tipo di tutela, d'altra parte, reagisce all'illecito in sé considerato a prescindere dal fatto che esso arrechi o no una conseguenza dannosa nel patrimonio di uno specifico soggetto.

Infine, sono strumenti che, già nel sistema, si configurano come diversificati: detti rimedi, a parte quelli meramente *conservativi*, ben possono essere *restitutori* e altresì *ripristinatori* in senso proprio, annoverando oltre *due decine* di figure specifiche⁴⁴. È perciò alla *tutela di tipo reale* che propongo di fare riferimento: semplicemente, il «*risarcimento in forma specifica*» del danno ambientale costituirà fattispecie nuova, e tipica, di riduzione in pristino⁴⁵.

⁴² Sul punto è forse opportuno spendere qualche considerazione ulteriore. È noto che le *cause di giustificazione*, o esimenti, attenendo a circostanze o condizioni personali lasciano sussistere l'antigiuridicità, seppure escludono la responsabilità in senso stretto: pertanto, *incapacità* e *stato di necessità* (nonché *caso fortuito* e *forza maggiore*, per quanto di ragione) non escludono la tutela 'oggettiva' del bene, come l'inibitoria e il ripristino dei luoghi contaminati. Le *cause di esclusione dell'antigiuridicità*, per contro, sono circostanze oggettive che rimuovono il divieto di legge e non offrono perciò 'rimedi' contro l'illecito. Delle classiche ipotesi che vi si fanno rientrare peraltro – escluso il *consenso dell'avente diritto*, trattandosi di materia non disponibile – precluderà la tutela soltanto l'osservanza di un *ordine superiore* (atteso anche il disposto dell'art. 308, 4° e 5° co., cod. amb.) e, forse, l'*esercizio di un diritto*, ove si possa far rientrare in detta figura il disposto del co. 5°: esso esclude la responsabilità per gli eventi «che l'operatore dimostri non essere stati considerati probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività». Resta fermo comunque che, quando tali circostanze siano venute meno o abbiano esaurito la loro 'efficacia', le tutele restitutorie o ripristinatorie riprenderanno vigore.

⁴³ Sono inoperanti perciò sia il limite della «eccessiva onerosità» previsto dall'art. 2058, sia la preclusione costituita dal «pregiudizio all'economia nazionale» dettata per la distruzione di «ciò che è stato fatto in violazione di un obbligo» di cui all'art. 2933 c.c.

⁴⁴ Mi limito qui a menzionare, a mo' d'esempio, nuova opera e danno temuto, reintegrazione e manutenzione, consegna e rilascio forzati, ripristino degli scoli e dei corsi naturali delle acque, riduzione in pristino per violazione di distanze legali, regolamento di confini e distruzione dell'opus fatto in violazione del divieto. Più in dettaglio, è noto che la *tutela conservativa* (o *manutentiva*) può dar luogo anzitutto a una tutela *inibitoria* (divieto d'uso del nome e dell'immagine altrui, nuova opera e danno temuto, sequestro degli stampati, tutele d'urgenza: artt. 7, 10, 1171, 1172 c.c., 156 legge dir. aut., 700 e 840-*sexiesdecies* c.p.c.; ma anche artt. 27²⁻⁸ e 37, cod. cons. 28 l. n. 300/1970, 44 d.lgs. n. 286/1998, 150² e 152¹² d.lgs. n. 196/2003), a una tutela '*dichiarativa*' (regolamento di confini, negatoria, azioni di stato: artt. 949, 950, 236 ss. c.c.), e può infine esplicarsi in forme di *autotutela*: possesso, legittima difesa, ritenzione (artt. 1140, 2044, 1152, 2756 c.c.). Vi sono poi la *tutela restitutoria* (rivendicazione, "accessione", reintegrazione e manutenzione, indebito, consegna e rilascio forzati: artt. 936 ss., 948, 1168, 1170, 2033, 2937, 2930 ss. c.c.), e quella in senso stretto *ripristinatoria*: ripristino degli scoli e dei corsi naturali delle acque, riduzione in pristino per violazione di distanze legali, distruzione dell'opus, distruzione degli stampati, pubblicazione di rettifiche (artt. 872, 909, 913, 915-917, 2933 c.c.; 124² e 131² cod. propr. ind.).

⁴⁵ Se mai, quel che rimane da indagare è la natura dell'azione con cui si chiede il rimborso delle spese affrontate, da parte di privati o della pubblica amministrazione.

12. Riflessioni conclusive

In conclusione, allora, oggi come ieri “strumenti privatistici di tutela”. La differenza, se vogliamo, è che la vecchia impostazione usava per così dire strumentalmente il diritto privato per fini di tutela ambientale pubblica (oltre che per la protezione della salute dei soggetti coinvolti in ‘fatti’ di inquinamento)⁴⁶. Certo, occorre la lesione di un diritto incardinato in capo a uno specifico soggetto, ma lo strumento impiegato veniva calibrato sull’esigenza di tutelare, oltre al privato, l’interesse pubblico e in particolare la salute delle persone: così, ad es., là dove, valorizzando le acquisizioni dell’analisi economica del diritto, il primo tra gli strumenti di tutela veniva individuato nell’imposizione di misure atte a ridurre le emissioni inquinanti (e perciò con una tutela ‘reale’ o “in forma specifica” contro i fattori inquinanti), salvo a prevedere, ove essa fosse economicamente improponibile, l’inibitoria pura e semplice. Il risarcimento a favore del proprietario sacrificato, poi, veniva ammesso soltanto se, a seguito di una valutazione comparativa, si valutasse come necessaria la continuazione dell’attività.

Oggi, l’ambiente è posto direttamente sotto la tutela di un complesso sistema di norme, anche privatistiche, nel quale sbiadiscono i classici profili della responsabilità aquiliana, come ho provato a mettere in luce. Viene in primo piano il *profilo oggettivo dell’illecito ambientale*, senza la ‘mediazione’ della lesione (e della tutela) di un diritto o interesse soggettivo, per far posto alla *tutela ripristinatoria del bene* che appare calibrata su oggettive esigenze del sito contaminato: prova ne sia l’insorgere di un *onere reale* a fronte della relativa spesa.

E se, nell’onere reale, è possibile scorgere un *debito del fondo stesso*, tale debito testimonia in qualche modo di una *pretesa inedita*: il “diritto” del *fondo*, dirò così, alla reintegrazione nel suo *status naturale*⁴⁷: una pretesa, cui potrà far fronte se del caso il fondo col proprio valore economico – visto che l’onere grava propriamente sul fondo e non sul proprietario –, così riscattando se stesso dalla condizione di degrado in cui l’aveva precipitato l’insipienza umana... E non solo da oggi. Il mito, si sa, narra di *eventi che con accaddero mai e che sono sempre*, a monito della dura cervice che tutti ci affligge. Ebbene, già Callimaco cantava della hybris del mitico Erisittone, che aveva abbattuto senza ritegno un intero bosco sacro per farsene una sala da pranzo a servizio della sua voracità: voracità insaziabile, che lo porterà infine a divorare se stesso. Appropriata metafora – ripresa poi da Ovidio, Agazia e Dante – dell’incontenibile avidità umana che oggi minaccia la stessa esistenza del pianeta.

⁴⁶ Ancora di recente, Cass. n. 309/2013 ha ravvisato nell’art. 844 uno strumento utile ad assicurare la tutela dell’interesse alla salute e alla salvaguardia ambientale «alla luce di un’interpretazione [della disposizione] costituzionalmente orientata».

⁴⁷ Il cod. amb. parla di ripristino delle «condizioni originarie», e cioè delle «condizioni... delle risorse naturali e dei servizi che sarebbero esistite se non si fosse verificato il danno ambientale».

Nota bibliografica

Nella sterminata bibliografia ormai esistente, mi limito a segnalare i titoli delle opere che ho potuto consultare utilmente.

AA.VV., *Cambiamento climatico, sostenibilità e rapporti civili* (Atti del 17° Convegno nazionale della Sisdic), a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco, Napoli, 2024; AA.VV., *La transizione verso nuovi modelli di produzione e consumo di energia da fonti rinnovabili*, a cura di M. Meli, Pisa, 2023; AA.VV., *La responsabilità. Principi e funzioni. Continuando a dialogare con C. M. Bianca*, a cura di M.a Bianca, in *Riv. dir. civ. Quaderni*, Padova 2023; AA.VV., *Liber amicorum per Paolo Zatti*, a cura di G. Alpa, A. Fusaro, G. Iudica, M. Mantovani, R. Pucella, 2 vol., Napoli 2023; AA.VV., *“Are you green?” Idee, riflessioni, proposte per il mondo che ci circonda*, a cura di V. Calabrò, M. Calogero, D. Novarese, Napoli 2023; AA.VV., *Environmental loss and damage in a comparative law perspective*, a cura di B. Pozzo e V. Jacometti, Cambridge, Intersentia, 2021; AA.VV., *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, a cura di I. Nicotra e U. Salanitro, Torino 2011; AA.VV., *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, a cura di M. Pennasilico, Torino 2014; AA.VV., *Principi europei e illecito ambientale*, a cura di A. D'Adda, I. Nicotra e U. Salanitro, Torino 2013; AA.VV., *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, a cura di I. Nicotra e U. Salanitro, Torino 2010; AA.VV., *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, a cura di S. Delle Monache, Torino 2010; AA.VV., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di A. Zoppini e M.R. Maugeri, Bologna 2009; AA.VV., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli 2008; AA.VV., *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*, a cura di L. Marini e L. Palazzini, Roma 2008; AA.VV., *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli 1991; AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli 1989. A. ALBANESE, *La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, 377; G. ALPA, *Note sulla riforma della costituzione per la Tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contr. e impresa*, 2022, 362 ss.; R. AMAGLIANI, *Obblighi di bonifica, proprietario incolpevole e declinazioni del principio di solidarietà*, in *“Are you green?”*, cit., 123 ss.; A.G. ANNUNZIATA, *Il risarcimento in forma specifica del danno ambientale*, in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., 303 ss.; ID., *Danno ambientale, legittimazione ad agire e tutela inibitoria*, ibidem, 313 ss.; C. BALDASSARRE-P. PARDOLESI, *Sulla parabola del risarcimento da danno ambientale*, in *Danno resp.*, 2017, 487 ss.; M. BARCELLONA, *Dove va la democrazia. Scenari dalla crisi*, Roma 2018; ID., *La responsabilità civile*, Torino 2021, spec. 149 ss.; ID., *Trattato della responsabilità civile*, Torino 2011, spec. 903 ss.; A. BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 607 ss.; A.M. BENEDETTI, *La riparazione del danno ambientale tra nuove regole e vecchi pregiudizi*, in *Principi europei e illecito ambientale*, cit., 246 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*³, Milano, 2021, 568 ss.; ID., *L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito*, in *Studi in onore di N. Lipari*, I, Milano, 2008, 133 ss.; D. BONANNO-C. BONNET, *Uomo e ambiente nel mondo greco: premesse, risultati e piste di ricerca*, in *Ormos-Ricerche di Storia Antica*, 2018, 89 ss.; E. BOSCOLO, *Bonifiche e risarcimento del danno ambientale: rapporti (incerti) entro la cornice della funzione di ripristino*, in *Riv. giur. edi-*

lizia, 2021, 3 ss.; C. CAMARDI, *Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, cit., 237 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Napoli 2008; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*³, Milano 2018, 100 ss.; A. CORBINO, *Diritto privato romano*⁵, Padova 2023, 523 ss., 591, 644 ss.; ID., *Il danno qualificato e la lex Aquilia*², Padova 2008; G.D. COMPORTI, *La responsabilità per danno ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2011, ss.; ID., *Il danno ambientale e l'operazione rimediale*, in *Principi europei e illecito ambientale*, cit., 81; A. D'ADDA, *Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse»*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, cit., 305 ss.; ID., *Danno ambientale e tecniche rimediali: le forme del risarcimento*, in *Principi europei e illecito ambientale*, cit., 39 ss., e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 408; ID., *Il risarcimento in forma specifica: oggetto e funzioni*, Padova 2002; G. D'AMICO, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 931; ID., *Appunti per una dogmatica dei principi*, in *Nuovo diritto civile*, 2017, 47; M.V. DE GIORGI, *Salute, ambiente e tutela inibitoria*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2006, II, 181; P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Lexambiente.it*, 2001; F. DI GIOVANNI, *Immissioni e tutela dell'ambiente*, in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., 275 ss.; ID., *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, Milano, 1982; A. DI MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 363 ss.; A. GASPARINI, *Abbandono di rifiuti e responsabilità del proprietario del fondo: un'obbligazione propter rem?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022, 1151; F. GIAMPIETRO, *Bonifica e danno ambientale: due discipline a confronto (parte prima)*, in *Ambiente e sviluppo*, 2012, 36 ss.; M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 ss.; M. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e «tutela reale»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 853 ss.; F. GIUFFRÈ, *Ambiente ed emergenze tra legalità e doveri di protezione dello stato sociale*, in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, cit., 45 ss.; M. GORGONI, *Ripristino, bonifica, risarcimento in forma specifica: dei vari volti della riparazione del danno all'ambiente*, in AA.VV., *Liber amicorum per Francesco Donato Busnelli*, Milano 2008, 324 ss.; S.B. HECHT, *Climate change and the transformation of risk: insurance matters*, in *UCLA Law Review*, 2008, 55-6, 1559 ss.; V. JACOMETTI, *Climate change liability. Some general remarks in a comparative law perspective*, in *Environmental loss and damage in a comparative law perspective*, cit., 385 ss.; R. LANDI, *Risanamento ambientale e vicende della proprietà*, Napoli 2022; E. LECCESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Bologna 2011, 126 s.; M. LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 479 ss.; N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, I, 209 ss.; M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova 2000; C. MASIERI, *La Law of Torts alla prova dei cambiamenti climatici*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022, 457; M.R. MAUGERI, *Il rimedio inibitorio nella giurisprudenza "ambientale": il diritto all'ambiente salubre come espediente retorico*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, 165; S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *www.juscivile.it*, 2019, 720 ss.; ID., *Osservazioni sulla tutela reintegratoria di cui all'art. 18 legge 349/1986*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 701 ss.; M. MELI, *La centralità della questione ambientale e le ricadute sul diritto privato*, in *Dir. cost.*, 2023, 99 ss.; ID., *Il principio chi inquina paga e il costo delle bonifi-*

che, in *Principi europei e illecito ambientale*, cit., 59 ss.; ID., *Inquinamento atmosferico. Inadempimento agli obblighi imposti dalle direttive europee e strumenti di tutela*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 294 ss.; ID., *I nuovi principi costituzionali in materia di ambiente e sostenibilità*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022; ID., *Persona, Mercato e Cambiamenti Climatici*, in *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, 2191 ss.; ID., *Piove. Governo ladro! Cambiamenti climatici e nuove istanze di tutela*, in *Teoria e critica regol. sociale*, 2021, 61 ss.; ID., *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 63 ss.; ID., *Il principio "chi inquina paga" e il costo delle bonifiche*, in *Principi europei e illecito ambientale*, cit., 59 ss., e in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, 3, Torino 2015, 1631 ss.; ID., *Il risarcimento del danno ambientale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 843 ss.; ID., *Il principio "chi inquina paga" nel codice dell'ambiente*, in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, cit., 69, e in *Danno e resp.*, 2009, 811 ss.; ID., *Il principio comunitario "Chi inquina paga"*, Milano 1996; P.G. MONATERI, *Il futuro della responsabilità civile per danni all'ambiente in Italia*, in *La responsabilità ambientale*, a cura di B. Pozzo, Milano 2005, 137; M.W. MONTEROSSO, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa 2020; L.V. MOSCARINI, *Responsabilità aquiliana e tutela ambientale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 489 ss.; I. NICOTRA, *Influenza del diritto dell'Unione europea sulla legislazione penale ambientale tra "contro limiti" e principi costituzionali*, in *Principi europei e illecito ambientale*, cit., 1 ss.; L. NIVARRA, *Azione inibitoria e principio di precauzione*, in *Principi europei e illecito ambientale*, cit., 196 ss.; A. PALAZZO, *Cittadinanza, ambiente e costituzione dei beni comuni*, in *Dir. proc.*, 2012, 217 ss.; M. PARADISO, *Cambiamento climatico e funzioni della responsabilità civile*, in *AA.VV., Cambiamento climatico, sostenibilità e rapporti civili*, cit., 463 ss.; ID., *Illecito, risarcimento e (nuove) funzioni della responsabilità civile*, in *La responsabilità. Principi e funzioni*, cit., 268 ss.; ID., *Ente pubblico territoriale, perseguimento dei fini istituzionali e immissioni "in alienum": verso una inibitoria nei confronti della pubblica amministrazione?*, in *Giust. civ.*, 1985, 1397 ss.; ID., *Inquinamento delle acque interne e strumenti privatistici di tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1391 ss.; F. PARENTE, *Tecniche di riparazione del danno all'ambiente e tutela preventiva*, in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., 292 ss.; S. PATTI, voce *Danno ambientale (valutazione)*, in *Digesto civ., Agg.*, II, 2013, 1147 ss.; ID., *La quantificazione del danno ambientale*, in *La responsabilità civile*, cit.; ID., *La valutazione del danno ambientale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 447 ss.; ID., *La tutela civile dell'ambiente*, Padova 1979; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, Napoli 2020, I, 187 ss. e 271 ss.; III, 77 ss.; IV, 305 ss. e 326 ss.; V, 118 ss.; ID., *Persona, ambiente e sviluppo*, in *Contratto e ambiente*, cit., 321 ss.; ID., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 115 ss.; ID., *Conclusioni*, in *Azione inibitoria e interessi tutelati*, a cura di A. Bellelli, Napoli 2007, 94, e in *Giusto proc. civ.*, 2006, 7 ss.; ID., *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020 ss.; V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova 1998; S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva*, in *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, cit., 11 ss.; ID., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 605 ss.; U. SALANITRO, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 229 ss.; *Responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema*, in *Juscivile*, 2019, 504 ss.; ID., *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi indi-*

viduali, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 246 ss.; ID., *La novella sulla responsabilità ambientale nella «legge europea» del 2013*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1309 ss.; ID., *Quantificazione del danno ambientale e prescrizione: il punto della Cassazione tra vecchia e nuova disciplina*, in *Danno e resp.*, 2011, 822 ss.; ID., *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., 381 ss.; ID., *Il danno ambientale*, Roma 2009; ID., *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 473 ss., e in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., Bologna 2009, 381 ss.; ID., *Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile*, Milano 2005; ID., *I profili non patrimoniali del danno ambientale*, in *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, cit., 613 ss.; ID., *Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile*, Milano 2005; *Bonifica ambientale e azione di rivalsa*, in *Corr. Giur.*, 2019, 1242 ss.; ID., *Quantificazione del danno ambientale e prescrizione: il punto della Cassazione tra vecchia e nuova disciplina*, in *Danno e resp.*, 2011, 822 ss.; ID., *I profili non patrimoniali del danno ambientale*, in *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, cit., 613 ss.; P.M. SANFILIPPO, *Tutela dell'ambiente, e «assetti adeguati» dell'impresa: compliance, autonomia ed enforcement*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, I, 993 ss.; V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 127 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile*, in *Principi europei e illecito ambientale*, cit., 102 ss., e in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1063 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino 1968, 164 ss.; ID., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, ora in *Responsabilità civile e danno*, Torino 2010, 250 ss.; ID., *Il danno morale*, ibidem, 293 ss.; P. SIRENA, *La risarcibilità del danno-evento e (se occorre) del danno-conseguenza*, in *La responsabilità. Principi e funzioni*, cit., 289 ss.; ID., *Risarcimento del danno e funzione restitutoria*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., 85 ss.; C. TENELLA SILLANI, voce «*Responsabilità per danno all'ambiente*», in *Digesto*, IV ed., *Disc. priv.*, XVII, Torino 1998, 366 ss.; R. TOMMASINI, *Danno ambientale e danno alla salute: imputazione ed entità del risarcimento*, in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit.; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019, spec. 63 ss.; ID., *Per una riforma della responsabilità civile per danno ambientale*, in *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, a cura dello stesso, Milano, 1994, 246; G. VILLANACCI, *La responsabilità per danno all'ambiente*, in *Aa.Vv.*, *La responsabilità d'impresa*, a cura di Alpa e Conte, Milano 2015, 443 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità civile e danni ambientali*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano 2011, 1012 ss.; M. ZARRO, *Danno da cambiamento climatico e funzione sociale della responsabilità civile*, Napoli 2022; A. ZOPPINI, *Autonomia privata e rischio ambientale (contributo allo studio del principio «chi inquina paga»)*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, cit., 619 ss.; ID., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, nel volume omonimo, cit., 9 ss.

ABSTRACT

Lo scritto affronta il tema della responsabilità, sancita nel “codice dell'ambiente”, concludendo per il netto distacco della disciplina positiva dal sistema della responsabilità aquiliana, i cui tratti strutturali sono stati via via abbandonati nei rimaneggiamenti legislativi che si sono succeduti nel tempo. Nella disciplina attuale, viene in primo piano

il profilo oggettivo dell'illecito ambientale e si afferma l'esigenza oggettiva della tutela ripristinatoria del bene-ambiente, passando dal classico risarcimento del danno individuale all'oggettivo risanamento ambientale secondo modalità che arieggiano la tutela 'reale' dei beni, di cui sono esempio paradigmatico le azioni a difesa della proprietà.

The paper addresses the issue of liability enshrined in the Codice dell'Ambiente (Environmental Code), concluding that positive law clearly diverges from the system of tort liability, the structural features of which have been gradually abandoned in successive legislative revisions over time. In current law, the objective aspect of environmental lawbreaking comes to the forefront, and the objective need for restorative protection of the environment is affirmed, moving from traditional compensation for individual damages to objective environmental remediation according to methods that resemble the "real" protection of assets, of which actions for the defense of property are a paradigmatic example.



Lo statuto regolativo dei rapporti giuridici *online**

Gaetano Guzzardi

Prof. ass. dell'Università di Catania



SOMMARIO: 1. Utopia della disintermediazione e nuove egemonie oligopolistiche nella *digital economy*. – 2. Il governo dello spazio digitale tra pretese anomiche e reazioni regolatorie degli ordinamenti. – 3. Morfologia dei mercati a più versanti e nuove tassonomie di circolazione della ricchezza. – 4. Irrinunciabilità assiologica e contributo delle categorie. – 5. L'umanesimo giuridico nella transizione digitale: verso una regolazione antropocentrica dell'«*onlife*».

1. Utopia della disintermediazione e nuove egemonie oligopolistiche nella *digital economy*

Le nuove tecnologie hanno stravolto, in brevissimo tempo, le tradizionali logiche di mercato, con un ripiegamento in favore di quei pochi *players* che hanno saputo, prima d'altri, predire e interpretare le potenzialità e i possibili sviluppi della *digital economy*. Essi si sono trovati ben presto a operare, nei rispettivi campi d'elezione, in regime di sostanziale oligopolio, per la disponibilità di ingentissime risorse economiche ma, prima ancora, per essere riusciti repentinamente a divenire pressoché esclusivi depositari della tecnologia di riferimento e del *know how* necessario¹.

* Il contributo riproduce la relazione tenuta al seminario “*I contratti nello spazio digitale*”, svoltosi a Cagliari il 26 marzo 2026 e costituisce altresì un prodotto della ricerca condotta nell'ambito del progetto “*I servizi di intermediazione nel mercato digitale. Profili ricostruttivi e questioni critiche*” (P.I. Gaetano Guzzardi), finanziato dall'Università degli Studi di Catania mediante il Piano di Incentivi per la Ricerca di Ateneo - Linea di intervento 3 “*Starting Grant*”.

¹ Per un approfondimento del tema di indagine, con riguardo anche alle richiamate preliminari notazioni di carattere socio-economico, sia consentito il rinvio a GUZZARDI, *I servizi di in-*

La rivoluzione dell'*internet* prometteva di sovvertire le strutture di potere esistenti² e di accorciare le catene del valore attraverso la disintermediazione del mercato, così da favorire un diretto accesso al grande mercato mondiale anche di piccoli produttori e consumatori³. Se l'obiettivo doveva essere quello di aggirare i "controllori dell'accesso" alle risorse e ai mercati, a tutto vantaggio anche di una maggiore trasparenza ed economicità del mercato, ben presto si è potuto constatare come l'annunciata (apparente) disintermediazione non costituiva nient'altro che il volgere verso nuovi intermediari⁴.

In questo complesso scenario, allora, a fronte di un fenomeno innanzitutto economico che ha riscritto, allo stato, in maniera apparentemente irreversibile le logiche e le dinamiche delle economie mondiali e che, dunque, non può essere sbrigativamente bollato come un *market trend* di una certa epoca storica, compito del giurista, innanzitutto, non può che essere quello di indagare il fenomeno, per così verificare, alla luce degli interessi sottesi e delle istanze di tutela che a vario titolo si profilano, se la reazione dell'ordinamento sovranazionale e dei singoli Stati possa ritenersi adeguata.

Con l'*Internet of things* e, dunque, l'estensione di tale tecnologia anche a beni dotati di materialità (dalle automobili, agli elettrodomestici, agli utensili, allo spazio abitativo e persino all'abbigliamento)⁵, procedere a una netta distinzione tra ciò che continua a rimanere ancora non interessato dalla rivoluzione digitale e ciò che, invece, ne è investito appare, non soltanto estremamente complesso, ma più probabilmente oltremodo

termidiazione nel mercato digitale. Profili ricostruttivi e tratti problematici, Napoli, 2025, anche per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

² Mettendo a confronto il prodotto interno lordo annuo degli Stati con gli introiti delle grandi imprese non sorprenda se, nei primi 100 posti di tale particolare classifica, ben 70 siano occupati da aziende private e la presenza degli Stati continui a ridursi sempre più. Cfr. il *report* per l'anno 2023 pubblicato dalla testata giornalistica *Valori. Notizie di finanza etica ed economia sostenibile*, promossa da Fondazione Finanza Etica e Banca Etica (e consultabile all'indirizzo www.valori.it). Sul punto ANDERSON e CAVANAGH, *Top 200: The rise of corporate global power*, in *Institute for Policy Studies*, 2000, 4 ss.; sulle ricadute applicative di tale evidente perdita di potere (quantomeno economico) delle istituzioni statuali, anche quale effetto della globalizzazione, GALGANO, *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara. Catania, 12-14 settembre 2002*, a cura di Paradiso, Milano, 2005, spec. 684 ss.

³ CRISTIANINI, *La scorciatoia. Come le macchine sono diventate intelligenti senza pensare in modo umano*, Bologna, 2023, 193; DI AMATO, *Introduzione*, in *I contratti di intermediazione*, a cura di Id., Pisa, 2022, 2; FALCE, *Financial Innovation tra disintermediazione e mercato*, Torino, 2021, *passim*.

⁴ MOROZOV, *Silicon Valley: i signori del silicio*, trad. a cura di CHIUSI e ALBANESE, Torino, 2017, *passim*.

⁵ Sul punto sia consentito il rinvio ai distinti contributi raccolti in GUZZARDI, *Persona e mercato nella società digitale. Atti delle giornate di studi (Catania, 13 dicembre 2022 e 4 maggio 2023)*, Napoli, 2024 e, in particolare a ID., *Tutela della persona e sviluppo tecnologico nella società dell'informazione*, 91 ss. e MARINO, *Accesso, portabilità e condivisione nella disciplina europea del mercato dei dati*, 19 ss.

fuorviante, al punto che con il neologismo «*onlife*» si è inteso tradurre la vacuità di ogni tentativo di separazione tra la dimensione *online* e quella *offline*⁶.

L'entusiasmo che le opportunità create dalla tecnologia legittimamente può generare non deve mettere in secondo piano la prudenza che occorre in tale contesto, in ragione della constatata capacità della tecnologia di costituire un potente strumento per il governo di interi mercati (se non dell'intera economia), con conseguente necessità di assicurare, in via prioritaria, la tutela di quei preminenti diritti e libertà fondamentali della persona, inevitabilmente connessi (e a serio rischio di compromissione) nell'«infosfera»⁷.

Il progresso tecnologico non produce solo libertà, può essere al servizio del bene comune, ma anche un potente strumento per controllare interi popoli, manipolare coscienze, indirizzare risultati elettorali, al punto da poter risultare una minaccia all'autodeterminazione dei cittadini, in ragione della capacità delle *Big Tech*, attraverso il controllo selettivo delle informazioni, di incidere sulla stessa scala valoriale che regola la nostra esistenza⁸.

2. Il governo dello spazio digitale tra pretese anomiche e reazioni regolatorie degli ordinamenti

Al netto di propagandistiche rappresentazioni dello spazio digitale, è innegabile il ritardo con cui gli Stati hanno preso contezza delle proporzioni del fenomeno digitale e

⁶ L'espressione è attribuita a FLORIDI, *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Cham, 2015; già in ID., *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 47 (pubblicato per la prima volta in lingua inglese nel 2014).

⁷ Neologismo coniato già negli anni Settanta con l'intento di fare riferimento a un ambiente al contempo vitale e informativo. Per una rappresentazione dei caratteri di tale peculiare spazio, in particolare al cospetto delle sfide poste dalla rivoluzione digitale, FLORIDI, *Pensare l'infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milano, 2020, 64 ss.; ID., *La quarta rivoluzione*, cit., 44; SARTOR, *Contracts in the Infosphere*, in *European contract law in the digital age*, a cura di GRUNDMANN, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, 263 ss.

⁸ Secondo alcuni studi che necessitano, però, ancora di validazione, taluni algoritmi alla base del funzionamento di alcune piattaforme e *social network* di larga diffusione sarebbero stati progettati per poter funzionare in maniera differente a seconda della parte del mondo in cui verrebbero utilizzati o del *target* di utenti che vi accedono, al punto che potrebbero proporre, ad esempio, contenuti privi di alcuna utilità e valore sociale in una certa parte del mondo al deliberato scopo di influenzarne negativamente le coscienze e, al contempo, promuovere contenuti e temi in grado di arricchire il bagaglio di conoscenze e stimolare la riflessione critica degli utenti nella parte opposta del mondo, così potendo risultare potenti mezzi di indottrinamento delle masse e di condizionamento, in particolare, delle categorie più vulnerabili su temi sensibili anche alle politiche governative. Per talune esemplificazioni sia consentito il rinvio a GUZZARDI, *I servizi di intermediazione nel mercato digitale*, cit., 32 ss.; già, con riguardo ai rischi di riduzionismo antropologico legato all'uso sempre più pervasivo di pratiche di condizionamento e manipolazione delle decisioni degli utenti in rete, ID., *Il paradigma identitario nella società digitale*, in *Persona e mercato*, 2023, 530 ss.

dell'impatto che esso ha avuto sull'economia mondiale. Superata una prima fase di sostanziale *deregulation*, non può certo dirsi che la reazione delle principali democrazie ed economie mondiali sia animata da medesime preoccupazioni e dal perseguimento di obiettivi comuni. A un prevedibile approccio nordamericano imperniato sulla dottrina del *laissez faire* di *smithiana* memoria, ampiamente riscontrabile anche nelle decisioni sul punto della *Federal Trade Commission*, indubbiamente le Istituzioni comunitarie manifestano comprensibili riserve, in ragione di forti preoccupazioni per la concorrenzialità dei mercati, la tutela della parte debole del rapporto contrattuale e, più in generale, della persona umana⁹.

In un primo momento, comprensibilmente, anche al fine di invogliare gli utenti a "frequentare" il mercato *online* e i fornitori a investire e avere fiducia nella transizione digitale in atto, il legislatore comunitario ha tentato di allineare la disciplina delle transazioni *online* a quella di riferimento per le negoziazioni concluse nel mercato analogico¹⁰; le ultime iniziative legislative segnano un evidente cambio di passo verso un riconoscimento di un "eccezionalismo" del mercato digitale¹¹ e, dunque, della necessità di una particolareggiata *lex digitalis*¹².

La farragginosa costellazione di provvedimenti specificamente dedicati alla regolamentazione delle relazioni giuridiche intrattenute nello spazio digitale (su tutti, e tra i più recenti, DGA, DMA, DSA, *Data Act*, *AI Act*, sino alle attese proposte di semplificazione per opera del *Digital omnibus* e del *Digital Fairness Act*)¹³ rende evidente il tentativo del le-

⁹ Sul ruolo della *Federal Trade Commission* rispetto all'affermazione del capitalismo dell'informazione v. LAS CASAS, *Capitalismo dell'informazione e circolazione della ricchezza. Modelli giuridici statunitensi*, Napoli, 2024, 47 ss.

¹⁰ È questo sostanzialmente l'approccio che ha animato la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (c.d. direttiva sul commercio elettronico).

¹¹ Per un approfondimento sui presupposti e la ragioni, di norma, posti a base dell'adozione di specifiche normative per la regolazione di settori o comparti dell'economia, ritenuti presentare, evidentemente, tratti di assoluta peculiarità (come accaduto, esemplificativamente, per il comparto agricolo), sia consentito il riferimento a GUZZARDI, *Formalismo negoziale e tutele nei contratti della filiera agroalimentare*, in *Contratti*, 2022, 552; nonché, diffusamente, JANNARELLI, *Profili giuridici della sistema agroalimentare e agro-industriale. Soggetti e concorrenza*, Bari, 2018, 13 ss., 169 ss.

¹² BROWNSWORD, *The E-Commerce Directive, Consumer Transactions, and the Digital Single Market - Questions of Regulatory Fitness, Regulatory Disconnection and Rule Redirection*, in *European contract law in the digital age*, cit., 202; IDELBERGER, *Connected Contracts Reloaded - Smart Contracts as Contractual Networks*, ivi, 234 ss.

¹³ Il riferimento in testo è, rispettivamente, al reg. (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022, relativo alla *governance* europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724; al reg. (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale; al reg. (UE) 2022/2065 del Parlamento e del Consiglio del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (c.d. regolamento sui servizi digitali); al reg. (UE) 2023/2854 del Parlamento

gislatore comunitario, nella consapevolezza che la tecnologia è una «realità invadente»¹⁴, di provare a guidare (pur senza con ciò voler arrestare) il progresso tecnologico, per assicurare ai cittadini dell'Unione la possibilità di scegliere liberamente e in sicurezza e trarre il massimo vantaggio dall'innovazione e dalla concorrenza.

La circostanza che si è chiamati a regolare dinamiche negoziali prevalentemente *cross-border*, in uno al ruolo assolutamente predominante rivestito dai colossi statunitensi, indurrebbe ad auspicare una regolazione non soltanto europea del fenomeno; l'ambizione di taluni capitalisti della sorveglianza, addirittura, sarebbe quella di dar luogo a un *lawless space*, in ragione della sostanziale assenza di confini e dello svolgimento delle dinamiche relazionali (abbiano esse contenuto patrimoniale o non patrimoniale) in uno spazio virtuale, caratterizzato dall'assenza di territorialità e, quindi, di sovranità degli Stati¹⁵.

A sostegno di tale visione, adducono l'inevitabile arretratezza degli apparati normativi statuali rispetto alle dinamiche proprie dell'*high-tech*, con conseguente miopia e sostanziale "dannosità" per il progresso e l'innovazione tecnologica di qualsiasi tentativo regolatorio, a maggior ragione se operato a livello municipale. L'insopprimibile esigenza di assicurare tutela alla persona umana in qualsiasi situazione di interesse giuridico essa si trovi coinvolta, a prescindere se il relativo sviluppo avvenga, a questo punto, in uno spazio fisico o virtuale, tuttavia, impone di ritenere la stessa niente più che una provocazione.

Le peculiari caratteristiche e l'effettiva assenza di confini del mercato digitale senz'altro rendono evidente la scarsa adattabilità delle norme statuali, ma in alcun modo potrebbero giustificare la rappresentazione di tale spazio nei termini di una zona franca in cui dovrebbe persino tollerarsi una riduzione delle tutele normalmente assicurate, in un contesto analogico, a qualsiasi relazione interindividuale (sia essa il frutto dell'e-

europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo; al reg. (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'IA, nonché alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2025, SWD(2025) 836 *final* e alla consultazione avviata il 17 luglio 2025 sulla prossima legge sull'equità digitale.

¹⁴ GORASSINI, *Lo spazio digitale come oggetto di un diritto reale?*, in *Medialaws*, 2018, 54.

¹⁵ BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 8 February 1996, consultabile all'indirizzo web dell'*Electronic Frontier Foundation*, in cui, riferendosi ai governanti della terra, con fare irriverente, espressamente riferiva: «*On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather*»; ampiamente, SVANTESSON, *Digital contracts in global surroundings*, in *European contract law in the digital age*, a cura di GRUNDMANN, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, 51 ss. Sull'ambizione dei capitalisti della sorveglianza ad avere uno spazio digitale senza regole anche ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poveri*, trad. it. a cura di Bassotti, Roma, 2019, *passim*; nonché SCHMIDT e COHEN, *The New Digital Age: Transforming Nations, Businesses, and Our Lives*, New York, 2013, 1, ove l'ambiente digitale trova rappresentazione come lo spazio senza governo più grande del mondo.

esercizio dell'autonomia privata personale o patrimoniale)¹⁶, dovendosi ritenere la stessa, prima di tutto, soggetta al governo di quelle categorie e alla carica assiologica di quei principi comuni alle democrazie mondiali e che assistono il giurista nella comprensione e decodificazione dei fenomeni sociali¹⁷.

Anche al cospetto di una rivoluzione digitale spinta pure dalla “retorica dell'inevitabilismo”¹⁸, infatti, il diritto è chiamato a (continuare a) svolgere il proprio ruolo di regolatore dei conflitti sociali, provando a contenere anche quella realtà che, allo stato, sembra superare la fantasia, così da assicurare sempre un equilibrato bilanciamento tra progresso tecnologico, tutela dell'essere umano e del diritto all'autodeterminazione, la cui crescente rilevanza e portata espansiva è indissolubilmente connessa ai mutamenti sociali e culturali¹⁹.

3. Morfologia dei mercati a più versanti e nuove tassonomie di circolazione della ricchezza

Per provare a meglio comprendere le regole di circolazione della ricchezza nel mercato digitale, occorre dirigere l'attenzione verso quei soggetti (le piattaforme digi-

¹⁶ Sulle distinte forme di articolazione dell'autonomia privata, di recente, DI ROSA, *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti. Lineamenti di parte generale*, Torino, 2024, 133 ss.

¹⁷ Principi e valori universali a cui, in ogni caso, è assicurata una tutela multilivello, guidando, ovviamente, anche le scelte legislative di fondo degli ordinamenti continentali; alle disposizioni in merito della Carta costituzionale (segnatamente, gli artt. 1-12 e 41) e della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948, si aggiungano, ad esempio, quelle contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (2000/C-364/01, ma in vigore dal 1° dicembre 2009 con il Trattato di Lisbona) o già nella Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell'uomo nell'applicazione della biomedicina, la quale, con un omnicomprensivo riferimento alla scienza, all'art. 1, indica quale sua finalità la protezione dell'essere umano «nella sua dignità e nella sua identità». Per tutti, ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in *Giust. civ.*, 2014, 957 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 416 ss.; Id., *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, a cura di Id., Napoli, 2003, 39.

¹⁸ Significativi gli investimenti della *Silicon Valley* per l'affermazione di una “ideologia inevitabilista” circa l'inarrestabilità della diffusione delle nuove tecnologie e l'imminente transizione alla computazione ubiqua, in cui tutto sarà connesso, informatizzato e, dunque, processabile; sul punto DUBLON - PARADISO, *Extra Sensory Perception*, in *Scientific American*, July 2014, 37 ss.; SCHMIDT - COHEN, *The New Digital Age: Transforming Nations, Businesses, and Our Lives*, New York, 2013, 156.

¹⁹ RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, *passim*; CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1047; più di recente GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 705. Sul complesso (quanto inevitabile) rapporto tra diritto e tecnica e sulla necessità di addivenire a una equilibrata allocazione dei rischi e delle responsabilità connesse allo sviluppo tecnologico DI ROSA, *Profili giuridici dell'esistenza*, Torino, 2022, 153 ss., 174 ss.; AR. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1344 ss.

tali) e quella attività (di intermediazione) caratterizzanti la nuova economia digitale. Se la tradizionale dinamica contrattuale nel mercato analogico si è andata sviluppando e consolidando intorno al modello della compravendita, infatti, il modello di *business* di riferimento per l'economia digitale può individuarsi in quello dell'intermediazione, che permette alla piattaforma di essere coinvolta in pressoché ogni transazione sviluppatasi nello spazio digitale dalla stessa messo a disposizione.

È dato registrare una complessa concatenazione di separati e autonomi rapporti giuridici. Da un lato, la piattaforma, in una relazione *platform to business*, provvede a contrattualizzare tutti quei soggetti ai quali concede ospitalità e assicura operatività nel proprio spazio digitale, offrendo loro l'opportunità di commercializzare i propri beni e servizi; dall'altro, pressoché contestualmente, con separati negozi giuridici *platform to users* (siano essi consumatori o, a loro volta, professionisti), si premura di assicurare la presenza anche di un numero adeguato di visitatori nello spazio di mercato virtuale, così da creare idonee condizioni di interscambio tra l'offerta dei primi e la possibile domanda dei secondi²⁰.

Attività di intermediazione che risulterà ben distinguibile anche in ipotesi ancora più complesse in cui la piattaforma digitale non opera direttamente quale intermediario di un convenzionale scambio di beni o servizi contro prezzo, bensì, dopo aver provveduto a organizzare l'infrastruttura di rete (a due o più versanti), favorisce il *matching* tra plurimi ed eterogenei interessi dei propri utenti/clienti²¹. Attraverso la fornitura di quelli che potremmo definire come "servizi esca", ossia quella serie di attività e funzioni oggi comunemente ascrivibili a motori di ricerca, *social network*, siti divulgativi, comparatori di offerte o preordinati al trasferimento e alla condivisione di contenuti audiovisivi, la piattaforma è in grado di aumentare esponenzialmente il traffico di dati sulla stessa.

La piattaforma, come un «parassita»²², si nutre di tali informazioni e così genera ricchezza, nuovo valore, che permette il funzionamento e la sopravvivenza della stessa, attraverso una continua e massiva attività di tracciamento, profilazione ed estrazione dei dati rilasciati dagli utenti durante la navigazione nello spazio virtuale messo loro a disposizione, divenuta sempre più profonda e talora aggressiva, in ragione dell'utilizzo di algoritmi sempre più performanti, oggi potenziati da sistemi di intelligenza artificiale.

²⁰ Sulla pluralità di rapporti intrattenuti dalla piattaforma, da ultimo, FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ - TUCILLO, *I modelli di contratti nell'economia delle piattaforme*, in *Tratt. Le piattaforme digitali: e-Agorà*, a cura di BOCCHINI, Torino, 2025, 109 ss.

²¹ Sull'architettura dei *two o multi sided markets* ZENO ZENCOVICH, *Do "Data Markets" exist?*, in *Medialaws*, 2019, 32; HOLZWEBER, *Market definition for Multi-Sided Platforms: a Legal Reappraisal*, in *World Competition*, 2017, 40, 4, 563 ss.; ROCHET - TIROLE, *Platform competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, 1, 4, 990 ss.; HERMALIN e KATZ, *What's So Special about Two-Sided Markets?*, in *Economic Theory and Public Policies: Joseph Stiglitz and the Teaching of Economics*, New York, 2016, *passim*; ARMSTRONG, *Competition in two-sided markets*, in *RAND Journal of Economics*, 2006, 668-691.

²² MOROZOV, *Silicon Valley: i signori del silicio*, cit., 21.

I dati così raccolti, infatti, vengono processati secondo le indicazioni della c.d. “pubblicità comportamentale” e le aspettative di chi ha manifestato interesse a popolare l'altro versante della piattaforma, desideroso di avere informazioni sempre più dettagliate, aggiornate e attendibili circa i propri potenziali clienti e poter così predire e meglio interpretare i *trend* di consumo²³.

L'effetto atteso e che è possibile determinare soltanto in ragione del ruolo assolutamente ibrido assunto dalla piattaforma digitale è la creazione, appunto, di un *multi-sided market*, nonché di condizioni di vantaggio e utilità per tutti i portatori di interessi che, a vario titolo, e in vista del soddisfacimento di variegati interessi (anche a contenuto non patrimoniale), possano essere “attratti” dalla (*rectius* nella) rete di interscambio così determinata²⁴.

A fronte della eterogeneità dei rapporti intrattenuti da una piattaforma (P2B, P2C e P2Go), una compiuta regolamentazione della complessa operazione economica indagata posta in essere non potrà conseguire all'esito di una tradizionale attività di tipizzazione, senz'altro appropriata tecnica di indagine ed espressione di rigore sistematico per la compiuta ricostruzione di singole vicende negoziali. Risulterebbe assai insoddisfacente, seppur in questa sede non mi è possibile soffermarmi sulle relative ragioni²⁵, qualsiasi tentativo di risolvere la questione facendo esclusivo riferimento alla pur tipizzata disciplina, almeno nell'ordinamento interno, di uno dei numerosi contratti deputati alla regolazione del fenomeno di interposizione gestoria (mandato, commissione, spedizione), alla disciplina dei rapporti di distribuzione commerciale (somministrazione, concessioni di vendita) o agli stessi schemi espressamente regolativi dell'attività di intermediazione, come è il caso della mediazione e dell'agenzia²⁶.

Al cospetto di dinamiche transnazionali, peraltro, potrebbe risultare esercizio, già sul piano teorico, assai vano, per la presenza di notevoli divergenze tra le discipline nazionali nella declinazione dei tipi contrattuali, senza poi considerare che, a fronte di una prassi dei mercati digitali, appunto assai eterogenea, ciò che si ritiene determinante, invece, anche sotto il profilo delle ricadute applicative, è assicurare una appropriata unitaria rappresentazione della complessiva operazione economica intervenuta²⁷.

²³ Ancora GUZZARDI, *I servizi di intermediazione nel mercato digitale*, cit., spec. 14 ss., 41 ss., 129 ss.

²⁴ Sul punto cfr. la novellata “Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza (C/2024/1645)” dell'8 febbraio 2024.

²⁵ Approfondimenti in proposito in GUZZARDI, *I servizi di intermediazione nel mercato digitale*, cit., spec. cap. II, § 6.

²⁶ Ampiamente LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, in *Manuale di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, XIV ed., Torino, 2020, 871 ss.; Id. - ZUDDAS, *La mediazione – Il contratto di agenzia*, in *Tratt. dir. comm.* Buonocore, II, 3.IX, Torino, 2005, 149 ss.; FRANCESCA, *Rischio e funzione nella mediazione*, Napoli, 2005, 14 ss., 135 ss.

²⁷ Sul punto P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 95 s., ove si evidenzia come, a fronte dell'attuale «pletoricità dell'attività legislativa» ... «si ingigantisce il ruolo della prassi» e

Rappresentare una così complessa operazione economica facendo riferimento *sic et simpliciter* al tipo negoziale che (più d'altri) la contiene non consentirebbe di valorizzare adeguatamente l'autonomia negoziale delle parti, le quali, piuttosto, per una compiuta definizione dell'assetto di interessi perseguito, potrebbero aver fatto affidamento sul «cumulo di regolamentazione della pluralità di schemi (tipici) negoziali ricorrenti»²⁸. Allo stesso modo risulterebbe una semplificazione eccessiva limitarsi a riscontrare nell'attività di intermediazione della piattaforma digitale tratti di *atipicità* e di devianza dal tipo più prossimo e potenzialmente prevalente²⁹.

Le difficoltà di inquadramento, peraltro, non sono limitate alla sola prestazione resa dalla piattaforma digitale; tratti di complessità (*scil.* di atipicità) presenta anche l'inquadramento delle prestazioni delle controparti, considerato che la piattaforma, a fronte del bene o servizio scambiato o dell'attività di intermediazione prestata, non riceve sempre (o esclusivamente) un corrispettivo in danaro; la controprestazione dell'utente è spesso caratterizzata, come detto, dalla concessione del diritto di utilizzo dei propri dati (digitali).

L'assenza di un corrispettivo in danaro, per lungo tempo, ha fatto sì che, anche senza disconoscere la natura contrattuale dell'affare, si discorresse in termini di servizi gratuiti³⁰; il dato oggettivo, connesso al fatto che le *data companies* siano divenute, in breve tempo, le società con la più alta capitalizzazione in borsa, non soltanto ha contribuito a riconoscere nella relazione che si innesta tra la piattaforma digitale, che rende “gratuitamente” fruibili le risorse digitali (siano esse informazioni, servizi di intrattenimento, *utilities*), e l'utente, chiamato a fornire “soltanto” i propri dati di navigazione (anche se in forma anonima), i termini di un rapporto rilevante dal punto di vista giuridico-econo-

«della scienza giuridica»; nonché C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 427, ove si evidenzia come soltanto attraverso una visione globale dell'operazione economica è possibile conseguire «effettivamente un progresso conoscitivo» e così prendere piena contezza della stessa cifra economica dell'integrale assetto di interessi delle parti.

²⁸ DI ROSA, *Attività di gestione e contratto di mandato*, in *Contr. e impr.*, 2012, 308; circa la tendenza alla tipizzazione anche a fronte di fattispecie dal contenuto marcatamente atipico anche R. SACCO, in ID. - DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2016, 1401 ss.; diffusamente, sulla necessità, nell'ambito del complesso procedimento qualificatorio, di dare compiutezza alla scelta operata dai contraenti, C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Regolamento*, a cura di VETTORI, II, *Tratt. contratto* Roppo, Milano, 2006, 196-199; DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

²⁹ Per ulteriori argomentazioni GUZZARDI, *I servizi di intermediazione nel mercato digitale*, cit., spec. cap. III, § 5 e 6; nonché sul tema classico inerente alla corretta valutazione di eventuali elementi di devianza dal tipo precostituito, alle indicazioni bibliografiche della nota precedente, *adde* ID., *La permuta atipica. Tratti ricostruttivi e regole operazionali*, Torino, 2019, 66 ss., anche per gli ampi riferimenti bibliografici.

³⁰ RESTA - ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 413-414; sul carattere soltanto apparente della gratuità di tale scambio DE FRANCESCHI, *Il “pagamento” mediante dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di CUFFARO, D'ORAZIO e RICCIUTO, Torino, 2019, 1382.

mico, ma ha altresì agevolato l'operazione di *veil piercing* rispetto alla presunta gratuità dell'operazione³¹.

Nello spazio digitale non è agevole identificare puntualmente persino lo stesso prestatore di beni e servizi, così come gli stessi eventuali fruitori. È possibile imbattersi in ToS in cui la stessa piattaforma ritiene di dover chiarire, in un'apposita tabella, come "l'entità" con la quale l'utente si trovi a concludere il rapporto contrattuale varia in ragione del luogo di residenza o della sede legale dell'utente e, addirittura, il cambio di residenza o sede legale dell'utente comporterà, sostanzialmente, una cessione del contratto ad altra "entità" appartenente al gruppo di società a cui deve ritenersi riconducibile la piattaforma³². Ancora, nell'eventualità in cui dovesse esservi contrasto tra quanto indicato in tale apposita tabella e quanto dovesse, invece, concretamente emergere nel corso dell'esecuzione del rapporto, avuto riguardo a ipotesi attinenti all'identificazione come "responsabile di un prodotto, di una funzione o di una transazione", prevarrà l'entità che dovesse così risultare rappresentata³³.

La facilità di accesso al mercato digitale – sufficiente un dispositivo tecnologico (mobile o fisso) collegato alla rete *internet* –, in uno alla sostanziale non necessarietà di una organizzazione stabile e strutturata per la messa in vendita di beni e servizi, rende più complessa persino la stessa attribuzione dello *status* di professionista. Prendendo in esame i casi più peculiari di acquisto di beni e servizi su piattaforme ispirate al modello dell'economia collaborativa – il riferimento, ad esempio, è alle piattaforme *ebay*, *Subito.it* o *Airbnb* –, prima dell'entrata in vigore della direttiva *Omnibus*, poteva non essere agevole comprendere, nella fase delle trattative, e talora financo dopo la conclusione del contratto, se l'affare fosse stato concluso con un fornitore occasionale o professionale.

Integrando sul punto la dir. (UE) 2011/83, la direttiva *Omnibus* ha imposto, infatti, alle piattaforme di indicare se il fornitore di beni, servizi o contenuti digitali sia un profes-

³¹ Per ulteriori riferimenti, anche avuto riguardo alle alternative prospettazioni, si rinvia a GUZZARDI, *I servizi di intermediazione nel mercato digitale*, cit., spec. cap. II, § 7 e cap. III, § 1 e 4.

³² Sulle modifiche di carattere soggettivo e oggettivo ai rapporti giuridici online, di recente, BARELA - ANDREOTTI, *Le vicende del rapporto contrattuale*, in *Tratt. Le piattaforme digitali*, cit., 335 ss.

³³ Cfr., ad esempio, l'art. 22 *Parti contraenti* dei ToS di *Airbnb* (aggiornati al 5 febbraio 2026), ove si riferisce, espressamente, che "A seconda del tuo paese di residenza o sede legale e al tipo di attività che svolgi sulla Piattaforma Airbnb, l'Allegato 1 di seguito stabilisce l'entità Airbnb con cui stai stipulando un accordo. Se attraverso la Piattaforma Airbnb identifichiamo un'entità Airbnb diversa da quella indicata nell'Allegato 1 come responsabile di un prodotto, di una funzione o di una transazione, tale entità Airbnb così identificata sarà la parte contraente in relazione a tale prodotto, funzione o transazione. Se cambi il tuo paese di residenza o sede legale in un paese al di fuori del SEE, della Svizzera o del Regno Unito, la società Airbnb con cui stipuli un accordo e i Termini del servizio applicabili saranno determinati dal tuo nuovo paese di residenza o sede legale, a decorrere dalla data in cui avviene il cambio del tuo paese di residenza o sede legale".

sionista o un privato (cfr. art. 4, dir. 2019/2161/UE)³⁴, così da rendere edotti i potenziali acquirenti, innanzitutto, della disciplina applicabile ai c.d. contratti di “secondo livello”³⁵.

La verifica di compatibilità con il macrocosmo della disciplina consumeristica è senz'altro un significativo banco di prova per il forzoso adattamento del diritto europeo dei contratti pensato per il mercato analogico alle dinamiche proprie delle operazioni concluse per il tramite di una piattaforma di intermediazione³⁶. Laddove si volesse immaginare un ruolo «forse recessivo»³⁷ della tradizionale disciplina consumeristica nel sistema della *platform economy*, in ragione talora di una impraticabilità di fatto delle relative tutele, occorre prevedere soluzioni alternative per far sì che inalterato rimanga il livello di tutela degli utenti non professionali nello spazio digitale, posto che possono senz'altro mutare le dinamiche negoziali, le modalità di conclusione degli accordi, ma di certo non vengono meno le istanze di protezione sottese all'introduzione dell'articolata disciplina consumeristica.

Non può che trovare condivisione, a tal proposito, la considerazione sostanzialmente unitaria (cfr. art. 7 DMA), da parte del legislatore comunitario, di tutte le potenziali controparti di una piattaforma digitale, nell'atto di individuare soluzioni per assicurare equità e contendibilità al mercato di riferimento, contrastare le pratiche sleali dei *gatekeeper*, agevolare le attività economiche transfrontaliere nell'Unione, senza che tale approccio debba leggersi come una spinta verso il superamento delle differenze intercorrenti tra le diverse tipologie di utenti e benché meno un ostacolo al riconoscimento di specifiche misure di tutela ove le circostanze del caso lo richiedano³⁸.

³⁴ Sul punto cfr. la rinnovata prassi della piattaforma *ebay*, la quale è adesso solita aggiungere, accanto al nome del rivenditore, nel caso trattasi di operatore non professionale, la qualifica “*Venditore privato*”, con l'ulteriore specificazione, visibile all'utente *on mouseover*: “Registrato come venditore privato. Non si applicano i diritti dei consumatori derivanti dalla normativa europea. La Garanzia cliente eBay è comunque applicabile alla maggior parte degli acquisti”, a cui si aggiungono “Ulteriori informazioni”, fornite in una pagina separata, accessibile tramite collegamento ipertestuale, sulle ragioni della mancata applicazione della disciplina consumeristica e su quali potrebbero essere le principali conseguenze (segnatamente, in tema di possibile mancata previsione, nel relativo contratto stipulato tra privati, e in favore dell'acquirente, del diritto di recesso e della garanzia per vizi).

³⁵ Sul punto CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civile*, 2021, 892 ss.; BATTELLI, *Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme online*, in *Contratti*, 2022, 567; SMORTO, *La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. Omnibus)*, in *Fairness e innovazione nel mercato digitale*, a cura di FALCE, Torino, 2020, 49 ss., 64 ss.

³⁶ Per talune esemplificazioni sia consentito il rinvio a GUZZARDI *I servizi di intermediazione nel mercato digitale*, cit., 84 ss., 92 ss., 159 ss.; nonché TRUBIANI, *I soggetti giuridici dell'economia digitale*, in *Tratt. Le piattaforme digitali*, cit., 157 ss.

³⁷ BATTELLI, *Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme online*, cit., 574.

³⁸ Sulla sostanziale irrilevanza delle differenze di *status* della controparte di una piattaforma digitale ai fini della definizione di appropriate regole di funzionamento del relativo mercato, diffusamente, GUZZARDI, *I servizi di intermediazione nel mercato digitale*, cit., cap. II, § 3.

4. Irrinunciabilità assiologica e contributo delle categorie

In questa nuova complessa fase dell'iperstoria in cui, dal punto di vista della scienza quasi tutto appare tecnicamente possibile e, da quello del mercato, qualsiasi interesse realizzabile, se accogliamo l'idea che «i mercati non danno giudizi sui desideri che soddisfano»³⁹, il contributo delle scienze giuridiche non può che (continuare a) risultare decisivo, con il proprio apporto di valori, principi e categorie ordinanti, che hanno attraversato i secoli⁴⁰, contribuito al governo delle relative contingenze, consentito un simile progresso tecnologico e agevolato tali favorevoli condizioni di mercato.

Il richiamo alle categorie è utile ove si guardi alle stesse non come a strutture anelastiche e remissive, in grado appena di «valorizzare la realtà così com'è»⁴¹, bensì come strumenti di governo della complessità del dato empirico; in tale differente prospettiva, la scienza giuridica può risultare quel «luogo in cui non solo si apprestano strumenti tecnici, ma si operano pure coraggiose scelte politiche, capaci di restituire a quegli strumenti la funzione di attuare i valori che soli possono condurre a trasformazioni profonde della società»⁴².

In questo senso si leggano le indicazioni a superare visioni estremamente formalistiche in ordine a presupposti e requisiti cardini dell'istituto del contratto, quali, ad esempio, la conclusione dell'accordo contrattuale per il tramite di un formale scambio di proposta e accettazione, l'acquisizione di un effettivo consenso dell'utente/acquirente, il requisito della doppia sottoscrizione per l'approvazione di clausole vessatorie, il soddisfacimento del requisito della forma scritta soltanto in presenza di un effettivo documento recante una autografa sottoscrizione delle parti⁴³; per essere d'ausilio nel governo e

³⁹ SANDEL, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, V ed., trad. it. a cura di DEL BÒ, Milano, 2022, 86.

⁴⁰ LIMPIDAMONTE GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, 131 ss.

⁴¹ BARCELLONA, nell'*Introduzione*, XVI, alla raccolta di atti (in due tomi, aventi titolo, rispettivamente, *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista* e II, *Ortossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, 1973) del celebre convegno catanese del maggio 1972 sull'«uso alternativo del diritto».

⁴² RODOTÀ nell'editoriale del primo numero della rivista *Politica del diritto* apparso nel marzo 1970.

⁴³ A questo proposito si osservi come la piattaforma Amazon informa gli utenti (al punto 1 delle *Condizioni generali d'uso* - ultimo aggiornamento disponibile al 28 novembre 2025) che «Potremo comunicare con te in vari modi, ad esempio tramite e-mail, messaggi di testo (SMS), notifiche in app, o pubblicando messaggi e comunicazioni sul sito o tramite altri Servizi Amazon, come il nostro Centro comunicazioni. Fatte salve le specifiche disposizioni di legge di carattere imperativo, per le finalità del presente contratto, accetti che tutti i contratti, le notifiche, le informative e le altre comunicazioni che ti forniamo in forma elettronica soddisfino il requisito della forma scritta, quando previsto dalla legge». Formulazione, per la verità, di dubbia efficacia nell'ordinamento nazionale, tenuto conto che la premessa del secondo capoverso sembrerebbe ritenere inapplicabile la convenzionale assimilazione di tutte le forme di comunicazione elettronica enunciate ed imposta dalla piattaforma a quelle ipotesi in cui il requisito della forma scritta sia imposto da norme

contenimento delle dinamiche digitali tali istituti necessitano di evidenti riadattamenti, in ragione delle peculiari caratteristiche dell'infrastruttura di rete e così dell'intero mercato digitale.

Soltanto attraverso la valorizzazione della funzione del diritto come pratica sociale⁴⁴, in grado di regolare nuovi conflitti posti dalla prassi sempre mutevole, grazie alla propria dinamica capacità di adattamento e governo delle possibili sopravvenienze e distorsioni delle dinamiche mercatali, è data agli Stati dell'Unione e alle Istituzioni sovranazionali una qualche possibilità di fronteggiare le nuove e (per certi versi) imprevedibili occasionalità determinate dalla rivoluzione digitale, pur nella oramai consolidata prospettiva della deterritorializzazione del diritto⁴⁵.

Il diritto (come ogni altra scienza) non può abdicare alla propria dimensione assiologica, neanche al cospetto di quella tecnologia che punta con decisione a fornire all'uomo una dimensione ulteriore, virtuale, addirittura che si propaga nel metaverso. Occorre assicurare che ogni scelta della tecnica non perda mai di vista la centralità, l'irripetibilità e la dignità dell'essere umano e, dunque, che sia rivolta ad assicurare un effettivo miglioramento della qualità della vita dell'uomo.

A prescindere se le scelte di fondo siano predeterminate dai governi o unilateralmente poste dalla parte contrattuale dotata di maggiore potere negoziale, ciò che conta è che siano sempre ed espressione di quell'insieme di valori e principi fondamentali comuni alle principali democrazie occidentali, atteso che anche la «gestione dei rischi metatecnologici non è [soltanto] una questione tecnologica, ma [prima di tutto] etica»⁴⁶.

Nel solco di tale affidabile direttiva valoriale, persino la nota *querelle* tra sistemi di *hard law* o *soft law* è evidente come possa ritenersi significativamente ridimensionata⁴⁷. Centrale è che risultino assicurati, anche nello spazio virtuale, i diritti inviolabili, le libertà fondamentali dei cittadini e la concorrenzialità dei mercati⁴⁸; se i mercati digitali puntano a un regime di autoregolamentazione per una maggiore facilità di governo e controllo degli stessi continui sviluppi tecnologici⁴⁹, non necessariamente ciò rappre-

imperative, così rendendo sostanzialmente mai operante l'articolato, atteso che l'uso della forma scritta, quando *ex lege* richiesto (cfr. artt. 1325, n. 4 e 1350 c.c.), avviene proprio per effetto di previsioni di "carattere imperativo".

⁴⁴ Cfr. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990, nonché i contributi raccolti nella collananea *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato. Le funzioni della responsabilità civile*, a cura di MAUGERI e ZOPPINI, Bologna, 2009, spec. 11 ss.

⁴⁵ Diffusamente PARIOTTI, *La giustizia oltre lo Stato: forme e problemi*, Torino, 2004.

⁴⁶ FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., 244.

⁴⁷ Sulla legalità ed effettività dei rimedi *self-made* delle piattaforme digitali sia consentito il rinvio ancora a GUZZARDI, *I servizi di intermediazione nel mercato digitale*, cit., spec. cap. IV, § 4.

⁴⁸ Sul punto cfr. le osservazioni del "Gruppo di ricerca sul diritto dei servizi digitali", fondato a Osnabrück, sotto l'egida del *European Law Institute* (ELI), raccolte in AA.Vv., *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 164 ss.

⁴⁹ WEBER e WEBER, *Internet of Things: Legal Perspectives*, Berlino-Heidelberg, 2010, 127.

senterà un male, a patto che tale *non statutory rule* assicuri adeguate tutele per gli utenti e gli operatori del mercato di riferimento⁵⁰.

Compito del giurista, allora, è quello di verificare se, attraverso un adeguato sistema di *private enforcement*, sia possibile contribuire al complessivo quadro normativo, almeno in termini di rimedi e tutele civilistiche, così da accrescere la fiducia degli operatori (professionali e non) nei confronti del mercato digitale e assicurarne uno sviluppo sempre più equilibrato e rispettoso dei principi e dei valori fondanti le principali democrazie continentali⁵¹. Ciò, nella consapevolezza che è precisa responsabilità del giurista quella di contribuire a «un continuo completamento e aggiornamento del sistema normativo»⁵².

L'accordo raggiunto con il gestore della piattaforma digitale talora costituisce molto più di un mero disciplinare dello svolgimento del servizio scambiato⁵³; la lettura di tali intese restituisce all'interprete l'immagine di un decalogo di norme di condotta all'interno dello spazio digitale messo a disposizione dalla piattaforma⁵⁴. Analizzando la versione oggi vigente (del 22 maggio 2024) dei *ToS* di Google, nel definire gli obblighi assunti dall'utente, nell'ambito di una sezione rubricata "*Cosa ci aspettiamo dall'utente*", si avverte di "agire in conformità con le leggi vigenti", "rispettare i diritti degli altri, inclusi quelli relativi alla *privacy* e alla proprietà intellettuale", "non maltrattare né danneggiare gli altri o te stesso ...". Non dissimili le indicazioni provenienti dalla c.d. "*Lex Facebook*", un apparato di norme multilivello, per certi versi assimilabile a una vera e propria "gerarchia delle fonti" di uno Stato di diritto, con al vertice di tale ipotetica piramide i c.d. "*Facebook Principles*" che, unitamente allo *Statement of Rights and Responsibilities* (SRR), forniscono

⁵⁰ Cfr. la Comunicazione del 25 maggio 2016, COM(2016)288 *final*, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dal titolo *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, con cui la Commissione avverte "la necessità di adottare approcci strategici e normativi che rispondano direttamente alle sfide e che siano al contempo flessibili e a prova di futuro. Ove opportuno, spesso l'auto-regolamentazione e la co-regolamentazione possono conseguire i risultati migliori al fine di favorire lo sviluppo in Europa di ecosistemi di piattaforme forti e possono consolidare o andare ad integrare la normativa esistente che già disciplina determinate attività delle piattaforme online".

⁵¹ TWIGG-FLESNER, *The EU's Proposals for Regulating B2B Relationship and online platforms - Transparency, Fairness and Beyond*, in *EuCML*, 2018, 6, 222 ss., 233; DE FRANCESCHI, *The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy*, *ivi*, 2016, 1, 56 ss.; diffusamente sul tema, ancora, i contributi raccolti nella collettanea *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato* e, segnatamente, MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, 149 ss. e LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia di antitrust*, 171 ss.

⁵² COTTA, *La sfida tecnologica*, IV ed., Bologna, 1971, 182.

⁵³ GENTILI e BATTELLI, *I contratti di distribuzione del commercio elettronico*, in *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, a cura di BOCCHINI - GAMBINO, *Tratt. contratti* Rescigno - Gabrielli, Torino, 2011, 344.

⁵⁴ SVANTESSON, *Digital contracts in global surroundings*, cit., 55 ss.; BYGRAVE, *Internet Governance by Contract*, Oxford, 2015, *passim*; MAK, *Regulating online platforms - The case of Airbnb*, in *European contract law in the digital age*, cit., 89 ss.

informazioni sulla *policy* aziendale, la missione e l'ideologia dell'azienda. Molte delle affermazioni ivi contenute – come l'indicazione secondo la quale l'azienda risulterebbe impegnata, tramite l'erogazione dei propri servizi, a rendere il mondo più aperto e trasparente – appaiono delle mere petizioni di principio, più che delle norme programmatiche; non in dubbio, però, risulta il carattere giuridicamente vincolante del menzionato SRR, atteso che l'utente è altresì informato che la violazione delle previsioni ivi contenute può determinare la revoca dell'autorizzazione all'uso dei servizi⁵⁵.

Si comprende perché si guardi alle piattaforme nei termini di veri e propri *law-makers* dello spazio nel quale operano e si riconosca alle stesse l'assunzione di un ruolo spiccatamente "istituzionale", in ragione della delineata capacità di condizionare comportamenti e iniziative assumibili nel mercato di riferimento⁵⁶. La piattaforma interviene nella definizione di aspetti rilevanti nell'economia del rapporto negoziale, a partire dalla individuazione delle modalità di conclusione del contratto⁵⁷, ma anche avuto riguardo alla determinazione del prezzo, delle modalità di pagamento e di consegna dei prodotti compravenduti, all'assistenza post-vendita e persino alla gestione della eventuale fase patologica del rapporto, con la previsione (e talora imposizione) di meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie.

La piattaforma *Airbnb*, ad esempio, predetermina le condizioni di recesso dai contratti stipulati tra *host* e *guests*, lasciando a questi ultimi soltanto la scelta tra tre distinti regimi di cancellazione (*Flexible*, *Moderate* o *Strict policy*), che prevedono, rispettivamente, modelli di rimborso integrale, parziale (detratte spese di servizio) o nei limiti del 50% di quanto pagato, a seconda di quanto tempestiva sia stata la comunicazione della volontà di recedere dal contratto⁵⁸.

5. L'umanesimo giuridico nella transizione digitale: verso una regolazione antropocentrica dell'«online»

Il conflitto pare essere, dunque, tra l'ipotesi di un *self-regulatory market*, auspicato dai *tech giants*, e uno spazio governato dalla legge in cui, però – e le Istituzioni dell'Unione non perdono occasione per confermare assunto – v'è grande incertezza circa la tipologia di misure da adottare, tanto che risulta estremamente difficoltoso condurre una ragionata riflessione tenendo a mente tutte le (talvolta settoriali e iper-specialistiche) discipline

⁵⁵ Consultabili all'indirizzo facebook.com/principles.php.

⁵⁶ CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme*, cit., 909; da ultimo GUZZARDI, *I servizi di intermediazione nel mercato digitale*, cit., spec. cap. III, § 3.

⁵⁷ FINOCCHIARO, *Il perfezionamento del contratto on line: opportunità e criticità*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2018, 1/2, 187 ss.

⁵⁸ Sul recesso dai contratti conclusi con la piattaforma digitale Nuzzo, *Il recesso*, in *Tratt. Le piattaforme digitali*, cit., 405 ss.

di cui l'Unione ha inteso dotarsi per (tentare di) regolamentare al meglio le dinamiche del mercato digitale.

Riprendendo la brillante prosa di Collins «*markets and hierarchies are (...) not opposites*»⁵⁹. L'affermazione di un sistema di *regulatory capitalism*⁶⁰ non può che passare da una evidente deliberata decisione degli Stati e delle Istituzioni sovranazionali di ridurre la propria oppressione regolativa, sia talora per una scarsa conoscenza delle sottese dinamiche – ed è facile immaginarlo a fronte delle complessità connesse alle innovazioni tecnologiche, oggi acuite dal più massiccio ricorso ai moderni sistemi di IA –, sia per la decisione di demandare la regolazione a strutture intermedie, come è il caso delle Autorità indipendenti, o di provvedere tramite *non statutory regulatory instruments* (linee guide, raccomandazioni, codici di condotta e altre blande forme di *soft law*)⁶¹.

Una regolamentazione *bottom-up*, quindi, assai più simile a una *governance* aziendale che a un sistema di controllo e regolazione statale⁶²; ciò, nella consapevolezza che «il diritto è alle radici di una civiltà, appartiene al sostrato valoriale di questo, è una realtà riposta da cercare e trovare in quelle radici. Nessuno lo crea, nemmeno il legislatore»⁶³.

È la storia a insegnare come non possa esservi alcun serio e utile cambiamento delle leggi se prima non si registrino apprezzabili cambiamenti nell'opinione pubblica e, per quanto qui di interesse, nelle condotte degli operatori di mercato⁶⁴. Non sorprenda, allora, se si ritenga non così decisivo per una compiuta ed equilibrata regolamentazione delle dinamiche negoziali dello spazio digitale che il prevalente riferimento sia la fonte contrattuale o normativa, pattizia, di rango comunitario, municipale, o determinata dalle più varie forme di *soft law*; nonché, ancora, in ossequio a talune prospettive assimilazioniste, se la disciplina delle dinamiche negoziali dello spazio digitale consegua all'utilizzo

⁵⁹ COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford, 1999, 24; BYGRAVE, *Internet Governance by Contract*, cit., 150.

⁶⁰ LEVI-FAUR, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2005, 598.

⁶¹ Sulle implicazioni conseguenti all'utilizzo del c.d. diritto morbido, ampiamente, da ultimo, CAREDDA, *La questione dell'onere*, Torino, 2024, 49 ss.; nonché A. BELLELLI, *Il ruolo dei codici di condotta*, in *Tratt. Le piattaforme digitali*, cit., 616 ss.

⁶² BRAITHWAITE, *Regulatory Capitalism: How It Works, Ideas for Making It Work Better*, Cheltenham, 2008, 4.

⁶³ GROSSI, *Lungo l'itinerario di Nicolò Lipari (a proposito del volume Il diritto civile tra legge e giudizio)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1420. L'A. ulteriormente argomenta in proposito nel più ampio lavoro intitolato *L'invenzione del diritto*, cit., X, segnalando come il diritto di oggi risulterebbe il «risultato di una *invenzione*, percepito cioè non come qualcosa che si *crea* da parte del potere legislativo, ma come qualcosa che si deve cercare e trovare (secondo il significato dello *invenire* latino ...) e ne debbono essere *inventori*, fuori della vulgata corrente, in primo luogo i legislatori, ma, poi, anche i giuristi teorici e pratici nella loro complessa funzione».

⁶⁴ Parafrasando il pensiero di F. von Hayek espresso il 4 novembre 1978, nel corso di un'intervista condotta da Robert Bork, consultabile all'indirizzo oralhistory.library.ucla.edu.

di regole proprie del mercato analogico o, piuttosto, il giurista del *web* abbisogna di una *toolbox* arricchita di strumenti e categorie nuove.

In un così complesso scenario, prima ancora che da una spasmodica ricerca di una armonizzazione massima delle legislazioni di riferimento, sempre assai complessa, nelle forme e nelle tempistiche, oltre che foriera di possibili esiti indesiderati, un significativo ausilio potrà pervenire dal ricorso ai principi e da «un uso più incisivo, ma metodologicamente controllato, delle clausole generali»⁶⁵, la cui intrinseca elasticità assicura quella necessaria capacità di continuo adattamento al mutare delle situazioni di riferimento e degli stessi valori, nonché maggiore dinamicità e immediatezza nell'individuazione di nuove regole di condotta alle quali le parti di un dato rapporto giuridico sono chiamate a prestare adesione⁶⁶.

Rileva, infatti, che la normazione delle dinamiche digitali sia sempre ispirata e mossa da quel sostrato di valori comuni alle democrazie occidentali, che hanno animato la stesura delle più apprezzate Carte costituzionali e della stessa Carta di Nizza dell'UE, così da poter essere espressione, prima ancora che delle eterogenee e mutevoli vicende del potere (sia esso economico o temporale), del diritto naturale, contraddistinto da un «carattere schiettamente umano e storico»⁶⁷.

Non necessariamente (o non soltanto) una legislazione per principi, dunque, ma una consapevole apertura all'uso degli stessi e delle clausole generali⁶⁸ per assicurare quella fondamentale opera di adattamento di una oramai sempre più stratificata e

⁶⁵ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, ora in Id., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di CASTRONOVO - ALBANESE - NICOLUSSI, Milano, 2011, 169.

⁶⁶ Così dovendosi ritenere del tutto anacronistica qualsiasi prospettazione delle clausole generali nei termini di meri strumenti di conservazione di prassi consolidate o di mere regole di opinione; sul punto cfr. ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 48 ss.; SACCO, in Id. - DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1393 ss.; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 16 ss.

⁶⁷ COTTA, voce *Diritto naturale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 652.

Di un certo interesse, a conferma dell'opinione espressa da ultimo in testo, risulta l'indicazione contenuta nei ToS di Google (aggiornati al 22 maggio 2024), secondo la quale «Per legge, l'utente possiede determinati diritti che non possono essere limitati da un contratto come i presenti termini di servizio. I presenti termini non intendono in alcun modo limitare tali diritti». Previsione quest'ultima, che potrebbe essere tacciata di essere ridondante o tautologica, ma che, per altro verso, risulta assai di rilievo – provenendo, peraltro, da una delle più rilevanti piattaforme attive nello spazio digitale, sia per volume di fatturato sia per ruolo strategico nello stesso funzionamento dell'infrastruttura di rete –, confermando, di fatto, come, anche nel caso in cui la piattaforma richieda di poter fare un uso amplissimo dell'autonomia contrattuale, ciò non potrà che avvenire all'interno di un quadro di legalità e legittimità riconosciuto e reso possibile in ragione di quella sovranità propria degli Stati.

⁶⁸ Ciò, sia pure con le avvertenze segnalate da Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, in *Foro it.*, 2022, I, 1407; per alcune notazioni in merito GRISI, *Il giudice e la legge*, II ed., Torino, 2025, 94 ss. Sul tema generale, di recente, LIPARI, *Regole, clausole generali, principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 1074; ampiamente RODOTÀ, *Ideologia e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 83 ss.

specialistica disciplina delle dinamiche contrattuali, e del mercato in termini più generali, alle mutevoli realtà fattuali⁶⁹. Ciò, nella consapevolezza di una irrinunciabilità della discrezionalità e originalità dell'attività dell'interprete⁷⁰, a maggior ragione ove si intenda sostenere il principio dell'auto-sufficienza, in virtù della capacità di auto-integrarsi, dei sistemi giuridici ordinamentali⁷¹, anche a fronte dell'epocale rivoluzione in atto, nonché della inaccettabilità di un governo di sole regole, non sorretto da principi connotati da una «esigenza di giustizia o di equità o di qualche altra dimensione delle moralità»⁷².

Tale modo di ragionare anzitutto per principi non comporta affatto «la fine del diritto», piuttosto un cambio di prospettiva, una presa di consapevolezza, una reazione alle nuove sfide poste dalla globalizzazione dei mercati⁷³, dalle transizioni in corso – sia essa quella digitale qui discussa o quella ecologica allo stesso modo dirompente al cospetto della fissità e rigidità degli ordinamenti codificati⁷⁴ –, nel tentativo di continuare ad assicurare una regolazione delle dinamiche di mercato e, più in generale, delle re-

⁶⁹ GROSSI, *Omaggio ad Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 331, ove un invito a rivedere le categorie ordinanti, ripensare gli schemi convenzionali, per consentire al diritto di continuare a riflettere la realtà fattuale e al giurista di non isolarsi «dalle forze storiche e da quei fatti di cui pure ha consapevolezza».

⁷⁰ LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 46 ss.

⁷¹ Diffusamente BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, 167 ss.

⁷² DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. a cura di ORIANA, Bologna, 1982, 90, ove una limpida distinzione tra principi e regole, rispetto alla quale, però, è possibile nutrire qualche riserva nel momento in cui si è inteso ricostruire l'alternativa nei termini di categorie logicamente contrapposte. Sul ruolo normativo autonomo, e non soltanto interpretativo o integrativo dei principi, ancora, LIPARI, *Regole, clausole generali, principi*, cit., 1085 ss., 1090, ove si evidenzia, altresì, come «il principio illumina l'ermeneutica (...) con la conseguenza che, nell'arco del tempo, uno stesso enunciato può assumere significati diversi in funzione del richiamo a principi diversi», nonché (alla nota 45) come «attraverso i principi il diritto comunica con le sue basi sociali ed etiche»; nonché G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 465 s., ove si evidenzia come «l'applicazione diretta dei principi costituzionali (pertinenti) deve ritenersi possibile (...) quando manchi una regolamentazione legislativa (...) e soprattutto quando il giudice si trovi a fare applicazione di "clausole generali"»; già, limpidamente, MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, 103 ss. Nella giurisprudenza, Corte cost., 26 marzo 2014, n. 77, in *Contratti*, 2014, 853 ss., con nota di PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*; Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, ivi, 826 ss., con nota di D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*.

⁷³ Diffusamente DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, Roma, 2007, spec. 369 ss.; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 326 ss.

⁷⁴ Indicazioni già in SALANITRO, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., 384; più di recente GUZZARDI, *Le aspettative del consumatore medio e i green claims utilizzati nelle comunicazioni commerciali*, in *La «Dieselgate saga» in Germania e in Italia. Nuove prospettive su inclinazioni sostenibili dei consumatori, responsabilità e obiettivi ambientali*, a cura di BERTELLI - FONTANA - KINDLER - PAULUS, Bologna, 2025, 81 ss.

lazioni giuridiche che involgono la persona umana, attraverso un sicuro ancoramento a «valori concretamente operanti nella realtà sociale»⁷⁵. Il futuro, infatti, potrà anche essere digitale, ma non potrà, per prima cosa, che essere umano⁷⁶.

ABSTRACT

Il saggio indaga la complessa fenomenologia e le traiettorie evolutive della *digital economy*, focalizzando l'attenzione sul ruolo delle piattaforme digitali, veri e propri *law-makers* dell'*infosfera*. Il rischio, sempre più evidente, di condizionamento e financo di manipolazione della stessa capacità di autodeterminazione degli utenti nel *web*, conseguente all'impiego di tecniche di profilazione profonda e al controllo selettivo delle informazioni, ha reso ineludibile una reazione degli ordinamenti. A fronte del vorticoso e pletorico succedersi di normative multilivello, però, per la ricostruzione dello statuto regolativo dei rapporti giuridici *online*, assai più affidabile appare il riferimento ai principi, alle categorie giuridiche, ai valori, così da favorire altresì una regolazione antropocentrica dell'*«onlife»*.

The present essay investigates the complex phenomenology and evolutionary trajectories of the digital economy, centering its analysis on the role of digital platforms as law-makers within the infosphere. The increasingly palpable risk of influencing, and indeed manipulating, the capacity for user self-determination online – a byproduct of deep profiling techniques and the selective control of information – has rendered a robust legal response inescapable. However, in the face of a dizzying and plethoric succession of multi-level regulations, this study contends that a more reliable framework for reconstructing the regulatory status of online legal relations lies in a fundamental recourse to legal principles, categories, and core values. Such an approach is essential to fostering an anthropocentric regulation of the «onlife» dimension.

⁷⁵ LIPARI, *Regole, clausole generali, principi*, cit., 1092, 1096, nota 64, ove si rileva come «ai fini dell'individuazione e della precisazione di un principio, è sempre necessario un giudizio di valore»; DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit., 39 s., ove si riferisce come «la scienza giuridica deriva dall'uomo e perciò è sociale; ma è anche apriorica. Il suo unico apriori è la persona umana, che rappresenta il valore al quale gli altri valori si commisurano»; già BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, ed. corr. e ampl. a cura di CRIFÒ, Milano, 1990, 850 ss.; BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 892 ss.

⁷⁶ ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., 536.



I consorzi dei sistemi EPR (*Extended Producer Responsibility*): una tipologia di enti meritevole di attenzione in prospettiva sistematica*



Andrea Nervi

Prof. ord. dell'Università di Sassari

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dato normativo. – 3. I problemi aperti: a) la personalità giuridica e la responsabilità patrimoniale. – 4. (segue): b) la struttura organizzativa tra autonomia statutaria e indicazioni della pubblica amministrazione. – 5. Alcune conclusioni, tra punti fermi e problemi aperti.

1. Premessa

Intorno alla metà degli anni Novanta del secolo scorso, il legislatore italiano fu chiamato a recepire alcune normative europee in materia ambientale e, tra queste, anche la direttiva n. 94/62 in materia di imballaggi e rifiuti di imballaggi. Mediante l'adozione di tale disciplina l'ordinamento europeo forniva una delle prime concrete applicazioni del principio c.d. "chi inquina paga", poiché poneva, a carico delle imprese che producono ed immettono gli imballaggi sul mercato, l'obbligo di farsi carico dell'impatto ambientale di tali prodotti, una volta terminato il rispettivo ciclo di vita.

Nel dettaglio, tali obblighi consistevano nell'organizzare, su base nazionale, degli appositi sistemi di gestione degli imballaggi immessi sul mercato, nonché nel raggiungere – in un preciso arco temporale – determinati obiettivi quantitativi nel recupero e riciclo dei predetti imballaggi; il mancato raggiungimento degli obiettivi, peraltro, esponeva il singolo Paese a sanzioni pecuniarie di entità consistente.

* Dedicato, con viva stima e riconoscenza, al prof. Gian Domenico Mosco e destinato alla Raccolta di scritti in Suo onore.

Probabilmente consapevole della portata assai innovativa di tali prescrizioni, la direttiva europea n. 94/62 si limitava ad enunciazioni di carattere generale, demandando poi ai singoli legislatori nazionali la concreta conformazione e disciplina sia degli obblighi a carico delle imprese sia dei sistemi chiamati a raggiungere gli obiettivi quantitativi di recupero e riciclo.

Per il legislatore italiano il recepimento della direttiva n. 94/62 fu una sfida assai impegnativa, sotto diversi profili. In primo luogo, a differenza di altri Paesi europei (quali, ad esempio Germania e Francia), in quel frangente temporale l'Italia era priva di sistemi operativi preposti al recupero e riciclo degli imballaggi, nonché dei rifiuti in generale; occorreva pertanto edificare *ex novo* un apparato di regole e di controlli che, in arco di tempo relativamente breve, fosse in grado di raggiungere gli obiettivi quantitativi stabiliti a livello europeo. In secondo luogo, il sistema doveva essere costruito e reso funzionante facendo interagire pubbliche amministrazioni (soprattutto locali) ed imprese private (i produttori degli imballaggi) in un contesto – istituzionale e culturale – non sempre facile e, soprattutto, non particolarmente sensibile (almeno all'epoca) verso le istanze di natura ambientale.

Rivolgendo ora lo sguardo al versante dell'imprenditoria privata, il compito del legislatore nazionale consisteva nel creare un quadro di regole e controlli che riuscisse ad intercettare tutti i (numerossimi) imprenditori coinvolti nella produzione di imballaggi e nella relativa immissione sul mercato, e che “costringesse” costoro a gestire la fase post-consumo di tali prodotti, nel senso di dar vita ad attività di recupero e riciclo funzionali al raggiungimento dei più volte citati obiettivi quantitativi.

Orbene, nel contesto ora riferito il legislatore italiano ha valorizzato l'istituto del consorzio di diritto privato *ex art.* 2602 c.c. A prima vista, nulla di sorprendente, se solo si considera che si tratta appunto di quella tipologia di enti attraverso i quali un gruppo di imprenditori dà vita ad un'organizzazione comune¹ che provvede alla disciplina o allo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese. La fase che viene qui in rilievo è appunto la corretta gestione ambientale del (materiale di) imballaggio prodotto e/o immesso sul mercato²; si tratta di un segmento della complessiva attività che gli imprendi-

¹ Sulla centralità dell'organizzazione come elemento costitutivo del consorzio si soffermano BORGIOI, *Consorzi e società consortili*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, XLI, 3, Milano, 1985, 50; nonché SARALE, *Consorzi e società consortili*, in COTTINO, SARALE, WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, III, Padova, 2004, 436. Più di recente LUCARELLI, *Sub art. 2606*, in SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società, dell'azienda, della concorrenza – artt. 2575-2642*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, Milano, 2014, 709.

² Cfr. PRENESTINI, *Economia circolare e modelli organizzativi imprenditoriali: i consorzi per la gestione del fine vita dei prodotti*, in *Contr. impr.*, 2024, 759.

In termini generali, sulla nozione di “fase” si veda SARALE, *Consorzi e [...]*, cit., 440, secondo la quale essa indica un segmento, una porzione, in cui si può scomporre il ciclo produttivo di un bene/servizio, e che può costituire l'oggetto di una organizzazione imprenditoriale autonoma. Così intesa, la fase deve risultare sempre fruibile direttamente dalle imprese consorziate.

tori in discorso sono ora tenuti a svolgere, per ottemperare alle prescrizioni stabilite dal legislatore europeo in attuazione del principio “chi inquina paga”³.

A distanza di circa un trentennio, l’esperienza ha avuto un indubbio successo, se si considera che, partendo sostanzialmente da zero, il sistema Italia ha saputo raggiungere, e talora anche superare gli obiettivi quantitativi fissati dal legislatore europeo, e ciò finanche in anticipo rispetto alle scadenze temporali previste⁴. Aggiungasi che il sistema ha raggiunto dimensioni assai ragguardevoli in termini strutturali ed economici ed è quindi divenuto un attore importante del panorama imprenditoriale nazionale⁵. Infine, grazie ai risultati conseguiti il sistema consortile degli imballaggi costituisce oggi un punto di riferimento cui hanno attinto sia il legislatore sia le imprese private, allorché – come avvenuto in tempi recenti – le regole ed i principi in materia di responsabilità estesa del produttore sono state progressivamente riferite ad altre tipologie di rifiuti, nell’ambito della sempre più vasta attenzione e sensibilità verso la c.d. economia circolare⁶.

Tutto ciò premesso, dal punto di vista strutturale e normativo i consorzi istituiti nel settore degli imballaggi presentano alcune caratteristiche peculiari, che generano corrispondenti difficoltà di inquadramento sul piano sistematico, come talora emerge nella concreta realtà applicativa e giurisprudenziale. Ed è appunto a questo sforzo ricostruttivo che il presente studio è dedicato.

2. Il dato normativo

L’assetto normativo dei consorzi nel settore degli imballaggi è consegnato essenzialmente agli artt. 223 e 224 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (*breviter* “Testo unico ambientale” o “t.u.a.”). Nel prosieguo, l’attenzione verrà dedicata essenzialmente agli enti istituiti ai sensi della prima disposizione, che sono quelli a più stretto contatto con le attività di na-

³ Si delinea così la natura seriale dell’interesse che viene soddisfatto dagli imprenditori mediante la partecipazione al consorzio, e che funge da presupposto per la stessa costituzione del consorzio. Così MOSCO, *Consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati, Libro quinto: Lavoro art. 2602-2620*, Bologna, 2017, 37.

In arg. anche RICCIUTO, *Struttura e funzione del fenomeno consortile*, Padova, 1992, 194, nella scia del pensiero di FERRI, voce *Consorzio a) Teoria generale e consorzi industriali*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 371. Più di recente PERONE, *L’interesse consortile*, Milano, 2008, 12.

⁴ Si veda il sito <https://indicatoriambientali.isprambiente.it/it/rifiuti/tasso-di-riciclaggio-dei-rifiuti-di-imballaggio>, da cui emerge come il sistema Italia abbia raggiunto in anticipo tutti gli obiettivi indicati dal legislatore europeo.

⁵ I due consorzi più grandi sono Corepla (www.corepla.it) e Comieco (www.comieco.org). Nell’anno 2024 il primo ha fatturato € 764.677.639,00, mentre il secondo € 450.594.695,00.

⁶ In arg. cfr. DE LEONARDIS, voce *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. VIII, Milano, 2021, 170.

tura operativa, e che tendono a divenire il modello di riferimento anche per altri settori ed ambiti di intervento.

Procedendo per approssimazioni successive, il dato di partenza consiste nella loro riconducibilità alla categoria dei consorzi di diritto privato, retti quindi dalla disciplina *ex artt.* 2602 e seguenti del codice civile. Non di meno, la normativa codicistica subisce alcune significative “contaminazioni”, su cui è importante soffermare l’attenzione⁷.

Una prima deviazione risiede nella circostanza che il legislatore riconosce a questi consorzi la personalità giuridica, che viceversa – come ben noto – non costituisce un attributo dell’istituto codicistico. In base alla disciplina generale, tale attributo può derivare dall’adozione della veste societaria (*sub specie* di società di capitali), ma tale configurazione è chiaramente da escludersi nel caso dei consorzi di imballaggi previsti dal testo unico ambientale.

Una seconda deviazione attiene invece all’autonomia statutaria, che deve essere esercitata in un contesto “dialettico” con l’autorità ministeriale preposta al settore ambientale; nel dettaglio, il dialogo tra soggetto pubblico e soggetti privati assume configurazioni diverse. In particolare, nel caso dei consorzi *ex art.* 223 t.u.a. (ossia i consorzi formati dai produttori di imballaggi in senso tecnico)⁸, l’autorità ministeriale provvede alla redazione di uno schema tipo, che funge da punto di riferimento per la redazione dello statuto effettivamente adottato dai singoli consorzi. Lo statuto così adottato dal singolo consorzio è poi soggetto ad approvazione da parte della pubblica amministrazione mediante apposito provvedimento.

Si apre qui uno spazio di discrezionalità amministrativa, che si appunta sulla “incisività” con cui il soggetto pubblico può conformare le scelte organizzative dei consorziati, ad esempio in termini di composizione degli organi statutari. Sul punto si tornerà in seguito, esaminando le questioni tecniche ivi sottese, nonché le soluzioni adottate dall’autorità giudiziaria.

Questa ingerenza della pubblica amministrazione nella configurazione strutturale dei consorzi in discorso si giustifica in ragione della rilevanza *lato sensu* pubblicistica degli interessi che l’attività consortile è volta a soddisfare, e che – in ultima analisi – con-

⁷ Del resto, osserva perspicuamente SARALE, *Consorzi e [...]*, cit., 408, che il termine consorzio non individua un solo istituto, ma una pluralità di organismi difficilmente riducibili ad unità.

In arg. CUSA, *Il consorzio tra soggettività, responsabilità e tipicità*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 342, che la disciplina codicistica in materia di consorzi deve ritenersi derogabile ad opera delle leggi speciali che regolino specifiche fattispecie consortili. In arg. anche MOSCO, *Consorzi per il coordinamento [...]*, cit., 62.

⁸ Per completezza, deve osservarsi che, invece, nel caso del consorzio *ex art.* 224 t.u.a. (il Conai, ovvero il macroconsorzio cui aderiscono sia le imprese che producono imballaggi, sia quelle che li utilizzano per la commercializzazione dei loro prodotti), l’autorità ministeriale è chiamata ad approvare lo statuto autonomamente adottato dal consorzio e, in tale frangente, può subordinare l’approvazione all’adozione di determinate modifiche. In buona sostanza, quindi, nel caso di Conai manca lo schema statutario preconstituito, di emanazione ministeriale.

cernono appunto la salvaguardia dell'ambiente ed il rispetto delle prescrizioni impartite dal legislatore europeo.

Ragionando in termini generali, la valorizzazione dell'istituto consortile compiuta dal legislatore ambientale risulta perfettamente aderente alla storia che contraddistingue la figura del consorzio nel nostro ordinamento. Fin dalla sua origine nell'ordinamento corporativo del secolo scorso, infatti, il consorzio ha assunto il ruolo di strumento di coordinamento dell'attività imprenditoriale, come tale utilizzabile anche dalla mano pubblica per il perseguimento di apposite finalità⁹. In questa prospettiva, nella fase iniziale di costruzione del sistema sia il legislatore nazionale sia l'autorità amministrativa hanno guardato all'istituto consortile come leva per "forzare" il ceto imprenditoriale verso l'adozione di condotte idonee a raggiungere gli obiettivi ambientali previsti.

L'ultimo spunto strutturale degno di nota riguarda l'esplicitazione del concetto secondo cui i consorzi di imballaggi non hanno finalità lucrative e non possono distribuire né utili né avanzi di gestione¹⁰. Ciò non impedisce loro di svolgere attività rivolte nei confronti dei terzi (ovvero, in termini più generali, del mercato); anzi, bilanci alla mano, i proventi di queste attività risultano decisamente consistenti, in quanto la gestione dei rifiuti, complessivamente considerata, è certamente un'attività da sottoporre alle dinamiche concorrenziali. In ogni caso, tuttavia, i benefici di queste attività "esterne" devono ridondare a vantaggio delle imprese consorziate¹¹, ad esempio sotto forma di riduzione dei contributi cui le imprese aderenti sono altrimenti tenute verso l'ente consortile.

Il divieto di distribuire utili o avanzi di gestione ricomprende anche l'eventuale fase liquidatoria dell'ente (ad oggi non apertasi), ma soprattutto si estende alle sorti della singola partecipazione: in base alle norme statutarie vigenti (frutto, come sopra chiarito, di approvazione ministeriale)¹², al consorziato che recede o che viene escluso nulla è do-

⁹ Così RICCIUTO, *Struttura e funzione* [...], cit., 81. Nello stesso senso anche MOSCO, *Consorzi per il coordinamento* [...], cit., 15; BORGIOI, *Consorzi e* [...], cit., 20.

¹⁰ Cfr. art. 224, comma 4, t.u.a.: "Per il raggiungimento degli obiettivi pluriennali di recupero e riciclaggio, gli eventuali avanzi di gestione accantonati dal CONAI e dai consorzi di cui all'articolo 223 nelle riserve costituenti il loro patrimonio netto non concorrono alla formazione del reddito, a condizione che sia rispettato il divieto di distribuzione, sotto qualsiasi forma, ai consorziati ed agli aderenti di tali avanzi e riserve, anche in caso di scioglimento dei predetti sistemi gestionali, dei consorzi e del CONAI".

La disposizione trova poi puntuale riscontro negli statuti dei singoli consorzi.

¹¹ In questi termini già MOSCO, *I consorzi tra imprenditori*, Milano, 1988, 116, il quale ricorda che deve esservi una sostanziale coincidenza tra i destinatari dei risultati che direttamente conseguono dall'attività consortile ed i consorziati medesimi, nel senso che il consorzio deve necessariamente operare a favore della cerchia di soggetti che hanno inteso disciplinare o svolgere attraverso il consorzio quella determinata fase dell'attività imprenditoriale. L'attività consortile, quindi, non può riguardare genericamente i terzi, poiché ciò contraddirebbe lo schema causale prefigurato dal legislatore.

Nello stesso senso anche SARALE, *Consorzi e* [...], cit., 427.

¹² Art. 22, comma 11, dello statuto Corepla; art. 22, comma 11, dello statuto Comieco.

vuto, né a titolo di liquidazione della quota di partecipazione, né a titolo di rimborso di eventuali conferimenti o contributi versati¹³.

Il modello consortile qui ricostruito si è ormai consolidato nel trentennio di vigenza della normativa di settore ed ha assunto il ruolo di schema di riferimento per il legislatore nazionale, allorché – in tempi più recenti – è stato chiamato a recepire le ulteriori normative europee in materia di responsabilità estesa del produttore¹⁴, ad esempio per il settore degli oli usati (art. 233 t.u.a.) e dei beni in polietilene (art. 234 t.u.a.).

Non di meno, questa disciplina speciale non è autosufficiente, ma necessita di “appoggiarsi” alle abituali categorie mediante le quali i giuristi guardano ai fenomeni associativi organizzati e, dunque, alle tipologie di enti contemplati nel libro quinto del codice (nonché, volendo, anche nel libro primo). L’interazione tra questi blocchi normativi non è sempre lineare, ma – al contrario – foriera di talune problematiche, che, in ultima analisi, risalgono alla non sempre chiara collocazione sistematica che l’istituto del consorzio assume nel nostro ordinamento ed alle già rilevate incertezze, applicative ed interpretative, che ne derivano¹⁵.

¹³ In termini generali, come noto, la questione è controversa. Utile precisazione si legge in SARALE, *Consorzi e [...]*, cit., 520, la quale osserva che l’espressione quota di partecipazione può assumere due significati, a seconda che si guardi al complesso di diritti ed obblighi inerenti alla fase del ciclo produttivo gestito dal consorzio, ovvero al profilo strettamente patrimoniale come misura di partecipazione al fondo consortile. Sulla base di tale distinzione può ritenersi che, nella prima accezione, la quota di accresce agli altri consorziati, ma – nella seconda accezione – essa dovrà essere liquidata al consorziato receduto o escluso.

Con specifico riguardo al profilo patrimoniale, si veda Mosco, *Consorzi per il coordinamento [...]*, cit., 144 (e, precedentemente, Id., *I consorzi tra imprenditori*, cit., 213), che esclude il diritto al rimborso in caso di scioglimento parziale del rapporto consortile, ritenendo preminente l’interesse del consorzio all’integrità del vincolo consortile.

Contra BORGIOI, *Consorzi e [...]*, cit., 461, il quale valorizza la diversa formulazione normativa dell’art. 2614 c.c. (in materia di consorzi) rispetto all’art. 37 c.c. (in materia di associazioni); solo in quest’ultima disposizione, e non anche nell’altra, il rimborso è espressamente escluso dal legislatore. Nello stesso senso anche RESCIGNO, *Recesso dal consorzio e diritto alla quota*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 415 s. e, più di recente, LUCARELLI, *Sub art. 2609*, in SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società, dell’azienda, della concorrenza – artt. 2575-2642*, in *Commentario del Codice Civile*, cit., 727; nonché CUSA, *La società consortile*, cit., 198; da ultimo LIMATOLA, *Riflessioni sul recesso dal consorzio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2025, 173.

¹⁴ In arg. PRENESTINI, *Economia circolare e [...]*, cit., 747.

¹⁵ In arg. PERONE, *L’interesse consortile*, cit., 3, sottolinea come la disciplina codicistica sia contraddistinta da lacune e incongruenze interne. Occorre quindi individuare soluzioni sistematicamente valide, rispondenti alla causa ed alla struttura consortile e capaci di integrarsi coerentemente, in una visione ordinata, con le norme del codice civile.

3. I problemi aperti: a) la personalità giuridica e la responsabilità patrimoniale

Riassumendo un dibattito ormai quasi secolare sull'istituto consortile, ritengo possa condividersi il convincimento secondo cui, rispetto alle altre tipologie di enti consegnateci dalla tradizione (associazioni, fondazioni, società, etc.), il consorzio si contraddistingue per una connotazione volutamente "gracile". A sua volta, quest'ultima trova una possibile spiegazione nelle funzioni che l'istituto è chiamato a svolgere, ovvero organizzare la cooperazione tra imprenditori; ciò reca inevitabilmente con sé esigenze di riservatezza¹⁶, che hanno indotto il legislatore ad adottare un approccio volutamente minimalista nella regolazione del fenomeno. A ciò si collegano, tuttavia, non poche difficoltà ed incertezze, di natura sia teorica sia applicativa¹⁷.

L'impostazione ora riferita è sostanzialmente rimasta ferma anche dopo la riforma legislativa del 1976, la quale – secondo le voci più lucide della dottrina¹⁸ – si è limitata ad esplicitare un concetto che poteva ritenersi implicito anche nell'assetto normativo preesistente, ossia l'idoneità dell'istituto ad organizzare (non solo la disciplina, ma anche) lo svolgimento di apposite fasi dell'attività imprenditoriale dei singoli consorziati.

L'approccio minimalista della riforma trova riscontro in vari indici normativi: dal fatto che il contratto di consorzio possa essere depositato presso il registro delle imprese anche solo per estratto (art. 2612 c.c.), all'assenza di regole legislative puntuali in ordine all'assetto organizzativo dell'ente ed alla ripartizione di competenze tra diversi organi (art. 2606)¹⁹, alla non chiarissima disciplina in punto di responsabilità patrimoniale (art. 2615 c.c.)²⁰, fino all'incertezza terminologica in ordine alle scritture contabili, nonché al-

¹⁶ Lo spunto si ritrova in BORGIOI, *Consorzi e [...]*, cit., 252.

¹⁷ Ancor di recente è stato osservato che la piena comprensione del fenomeno consortile e la sua adeguata valorizzazione teorica ed operativa sono ostacolate dalle difficoltà che la letteratura ha incontrato nel mettere in luce l'identità giuridico-economica dell'istituto, ovvero il suo tratto caratterizzante rispetto agli altri modelli di esercizio dell'attività imprenditoriale ed ai diversi codici associativi conosciuti dall'ordinamento; così PERONE, *L'interesse consortile*, cit., 1.

¹⁸ Cfr. MOSCO, *Consorzi per il coordinamento [...]*, cit., 11; RICCIUTO, *Struttura e funzione [...]*, cit., 76. Diversa valutazione in BORGIOI, *Consorzi e [...]*, cit., 34.

¹⁹ In arg. MOSCO, *I consorzi tra imprenditori*, cit., 110. Cfr. anche GIROLAMI, *Il consorzio*, in Roppo, Benedetti (diretto da), *Trattato dei contratti III, Opere e servizi – 1*, Milano, 2014, 1182, secondo la quale la disciplina codicistica è ampiamente derogabile da parte dei consorziati nell'esercizio della loro autonomia statutaria. Adde LUCARELLI, *Sub art. 2606*, cit., 710.

²⁰ Controverso, in particolare, è il criterio in base al quale collocare la disciplina delle obbligazioni consortili nel primo, oppure nel secondo, comma dell'art. 2615 c.c. In arg. MOSCO, *Consorzi per il coordinamento [...]*, cit., 188 e s., ritiene che il primo comma esprima la regola generale, mentre quello posto dal secondo comma sia un regime non ordinario.

Cfr. altresì PERONE, *L'interesse consortile*, cit., 224 s. Ampia discussione in DE CICCIO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, Napoli, 2012, 178 ss.

la tempistica prevista per il relativo deposito presso il registro delle imprese (art. 2615-*bis* c.c.)²¹.

Nel contesto normativo ora considerato, il legislatore degli anni Novanta, nel momento in cui si è trovato di fronte all'esigenza di recepire la normativa europea in materia ambientale, si è ugualmente orientato verso l'impiego dell'istituto del consorzio ex art. 2602 c.c. allo scopo di organizzare le (complesse) attività imprenditoriali preordinate al conseguimento degli obiettivi quantitativi fissati in sede europea.

Evidentemente consapevole della fragilità strutturale dell'istituto così prescelto, il legislatore lo ha "puntellato" con alcuni presidi specifici, tra cui spiccano l'attribuzione della personalità giuridica, nonché la sostanziale predisposizione dell'assetto organizzativo da parte dell'autorità amministrativa, che ha appunto curato la stesura della disciplina statutaria di riferimento²².

Nel dettaglio, questa disciplina statutaria ricalca il modello tradizionale della società per azioni, basato sulla tripartizione di competenze, tra assemblea, consiglio di amministrazione e collegio sindacale. L'assetto così configurato produce alcune deviazioni rispetto alla disciplina generale che il codice civile delinea in materia di consorzi. In particolare, l'attenzione merita di essere indirizzata verso due profili che attengono alla conduzione dell'ente consortile.

In primo luogo, al consiglio di amministrazione del consorzio vengono attribuiti poteri gestionali molto ampi, se non proprio esclusivi²³; di conseguenza, viene di fatto esautorata la portata dell'art. 2606 c.c., che attribuisce all'assemblea la competenza a deliberare sull'attuazione dell'oggetto consortile²⁴. In secondo luogo, ed in linea di continuità logica, a questo punto risulta difficile configurare il rapporto tra consorziati ed amministratori in termini di mandato, con sostanziale ridimensionamento della valenza applicativa dell'art. 2608 c.c.²⁵.

²¹ In proposito si nota una sfasatura tra la previsione codicistica, che fissa il termine di due mesi dalla chiusura dell'esercizio, e gli statuti consortili (approvati dall'autorità ministeriale), che – ispirandosi al modello della società per azioni – stabiliscono il termine di quattro mesi, prorogabile fino a sei. Sulle diverse interpretazioni dell'art. 2615-*bis* c.c. e dell'obbligo ivi previsto si veda P. LUCANTONI, *L'obbligo di redazione e deposito della "situazione patrimoniale" nei consorzi con attività esterna (art. 2615-*bis* c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2004, 433 ss.

²² In questa prospettiva, le scelte compiute in ordine alla configurazione strutturale dei consorzi di imballaggi costituiscono una significativa conferma dell'assunto secondo cui uno dei tratti caratterizzanti dell'istituto consortile risiede proprio nella presenza di un'organizzazione comune, mediante la quale i consorziati soddisfano un determinato interesse, ad essi parimenti comune; in arg. PERONE, *L'interesse consortile*, cit., 74.

²³ L'art. 12, comma 4, dello statuto Corepla, nonché l'art. 12, comma 6, dello statuto Comieco, sono così formulati: "Il consiglio di amministrazione è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria del Consorzio ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione e il raggiungimento degli scopi consortili".

²⁴ In arg. DORIA, *L'attività consortile tra interessi dei consorziati e danno ai creditori*, Napoli, 2011, 146 s.

²⁵ Sulla rilevanza di quest'ultima disposizione in termini generali, cfr. LUCARELLI, *Sub art. 2608*,

Non di meno, ai consorzi in questione non è possibile attribuire la veste societaria, perché il dato normativo non offre alcun appiglio in proposito, ma anzi – come già osservato – qualifica tali enti come privi di scopo di lucro e vieta loro la distribuzione di utili ed avanzi di gestione in qualsiasi momento della vita consortile²⁶.

Si ha così l'impressione di un legislatore che si sia fermato “a metà del guado”, nel senso che – da un lato – ha voluto superare l'intrinseca fragilità strutturale del consorzio, quale delineato nel codice civile, attribuendovi la personalità giuridica²⁷, ma – per altro verso – non ha inteso spingersi fino ad adottare l'altro schema ivi delineato, ossia dotarlo esplicitamente della veste societaria, *sub specie* di società di capitali²⁸. Ciò non toglie che la scelta legislativa rafforza plasticamente la distinzione strutturale del consorzio rispetto a quella dei singoli consorziati e, per altro verso, ne favorisce l'autonomia operativa anche nei confronti dei terzi²⁹, come già rilevato a proposito dell'incidenza delle fonti di finanziamento.

Questo assetto del consorzio munito *ex lege* di personalità giuridica, senza però essere qualificabile come società di capitali, pone alcuni interrogativi di natura sistematica.

Il primo attiene al rapporto con l'art. 2615 c.c. e, in particolare, con la regola contenuta nel relativo secondo comma, che – come noto – aggiunge alla responsabilità dell'ente consortile quella del singolo consorziato per conto del quale il consorzio abbia agito nell'assumere obbligazioni verso terzi. Viene quindi da chiedersi se le regole poste dal

in SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società, dell'azienda, della concorrenza – artt. 2575-2642*, in *Commentario del Codice Civile*, cit., 719 e s.

In arg. è interessante la recente decisione Cass., 14 maggio 2025, n. 12949, che, proprio in ragione della vigenza dell'art. 2608 c.c. e della radicale diversità strutturale tra consorzi e società, esclude l'applicabilità ai primi della disciplina sulla responsabilità degli amministratori *ex art.* 2393 c.c. e seguenti.

²⁶ In arg. PRENESTINI, *Economia circolare e [...]*, cit., 763, la quale si interroga altresì circa la possibilità di estendere il divieto anche a quei consorzi che, sempre per finalità ambientali di recupero e riciclo, sono costituiti in via facoltativa in settori non regolamentati.

²⁷ Da ricordare l'opinione di BORGIOLO, *Consorzi e [...]*, cit., 85, secondo il quale il consorzio con attività esterna è un ente comunque dotato di autonomia patrimoniale perfetta; a fronte di tale postulato, costituisce questione di scarso interesse il fatto che poi a tale autonomia si accompagni anche la personalità giuridica. In arg., di recente, FIMMANÒ, *Il «consorzio impresa»*, in *Contr. impr.*, 2025, 1069, la quale sviluppa la tesi secondo cui determinati consorzi svolgono una propria ed autonoma attività imprenditoriale, che si distingue da quella propria dei rispettivi consorziati, e che presuppone quindi una apposita struttura organizzativa ed aziendale.

²⁸ Discorrendo dell'istituto consortile in termini generali, CUSA, *La società consortile*, cit., 41, osserva che, mediante la costituzione di una società consortile, i consorziati decidono di costituire un autonomo soggetto per esercitare in comune almeno un'attività consortile. Tale attività, imputabile giuridicamente alla società e non ai soci, è esercitata in forza dell'unico contratto istitutivo dell'organizzazione comune, al quale devono imputarsi le operazioni decise da competenti organi sociali. *In parte qua* il ragionamento risulta applicabile anche ai consorzi di imballaggi, per effetto del riconoscimento *ex lege* della personalità giuridica.

²⁹ In arg. SARALE, *Consorzi e [...]*, cit., 459.

citato art. 2615, e in particolare quella fissata dal relativo secondo comma, siano applicabili anche al consorzio che sia caratterizzato dalla personalità giuridica.

La risposta sarebbe certamente negativa, se si volgesse lo sguardo verso l'interpretazione che, della disposizione in discorso, viene abitualmente fornita per l'ipotesi in cui il consorzio assuma la veste societaria (*sub specie* di società di capitali), nel senso che si considera prevalente la trama normativa posta dal diritto societario rispetto alle regole consortili³⁰.

Personalmente, ritengo che la medesima soluzione (i.e., l'esclusione dell'applicazione dell'art. 2615, comma 2 c.c.) debba essere adottata anche nel caso in cui il legislatore abbia espressamente attribuito all'ente consortile la personalità giuridica di diritto privato, in quanto – a mio avviso – tale qualificazione non può non generare apposite conseguenze sul piano della responsabilità patrimoniale, con specifico riguardo alla posizione dei singoli consorziati, nel senso di restringere al solo patrimonio consortile il perimetro dei beni aggredibili dai creditori del consorzio ai sensi dell'art. 2740 c.c.³¹.

Quanto all'obiezione secondo cui il nostro ordinamento conosce fattispecie nelle quali sussiste la personalità giuridica dell'ente non è ostativa all'estensione della responsabilità personale verso altri soggetti, quali singoli soci ed amministratori del medesimo

³⁰ Sulla questione del rapporto tra regole consortili e principi societari si riscontrano posizioni articolate. In giurisprudenza, ad esempio, prevale l'orientamento secondo cui le regole societarie si considerano prevalenti rispetto a quelle consortili; così Cass., 27 novembre 2003, n. 18113.

In dottrina, invece, emergono opinioni differenziate. Ad esempio, secondo Mosco, *Consezzi per il coordinamento* [...], cit., 243, la disciplina applicabile è quella societaria, ma con la disapplicazione delle norme attinenti allo scopo lucrativo, data la sostituzione di questo con la funzione consortile; le previsioni della disciplina consortile assumono valore solo se espressamente recepite dai contraenti, e sempre che non contrastino con regole inderogabili della disciplina delle società. Nello stesso LUCARELLI, *Sub art. 2615-ter*, in SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società, dell'azienda, della concorrenza* – artt. 2575-2642, in *Commentario del Codice Civile*, cit., 760.

Secondo CUSA, *La società consortile*, cit., 139, invece, davanti ad un contratto qualificabile come società consortile deve prevalere sempre la disciplina del tipo di società prescelto, rispetto alla disciplina del consorzio, salvo che l'applicazione della prima obliteri uno o più degli aspetti essenziali del fenomeno consortile.

Da ricordare, anche, l'opinione di Giuseppe Ferri, secondo cui “l'adozione della struttura organizzativa delle società di capitali, se pur assume rilievo sotto determinati aspetti, non preclude l'applicazione dei principi propri dei connezzi. Questi anzi prevalgono sui principi societari, nel caso in cui la disciplina del consorzio sia incompatibile con quella della società” (cfr. Id., voce *Connezzi* [...], cit., 382).

³¹ Nel senso del testo anche Mosco, *Connezzi per il coordinamento* [...], cit., 256 e s., sulla base dell'argomento secondo cui la disciplina societaria deve ritenersi prevalente rispetto alle regole consortili. In arg. anche CUSA, *Il consorzio tra* [...], cit., 330, il quale precisa che “l'art. 2615 c.c., indicando i beni sui quali i creditori dell'ente possono soddisfarsi, stabilisce vuoi che il consorzio esterno è un ente (con membri) a responsabilità limitata, vuoi che i terzi non possono mai agire direttamente nei confronti dei connezziati per le obbligazioni contratte in nome del consorzio”. In arg. anche BORGIOI, *Connezzi e* [...], cit., 127 s.

In giurisprudenza si vedano Cass., 28 luglio 2020, n. 16146; Cass., 24 luglio 2020, n. 15863; Cass., 23 marzo 2017, n. 7473; Cass., 27 novembre 2003, n. 18113.

ente, si può replicare che questa estensione si configura come eccezione alla regola, la quale trova spiegazione alla luce del precipuo ruolo che il socio/amministratore svolge nel governo dell'ente, nonché nell'assunzione delle obbligazioni verso i terzi³².

Questa *ratio* estensiva mi sembra del tutto assente nei consorzi in discorso, poiché la missione istituzionale loro assegnata dalla normativa primaria e secondaria rende oggettivamente difficile ipotizzare l'assunzione di obbligazioni per conto di singoli consorziati. Questi consorzi, infatti, agiscono nell'interesse di una "filiera" di imprese e sono chiamati a conseguire obiettivi "di sistema", ovvero rispondenti ad un interesse generale.

Si potrebbe ulteriormente obiettare che la limitazione di responsabilità al solo fondo consortile presuppone la predeterminazione della consistenza del patrimonio dell'ente, nonché la relativa conoscibilità *ex ante* da parte dei terzi, mentre tali profili sono notoriamente assenti nel caso dei consorzi *ex art.* 2602 c.c.³³.

Nel caso dei consorzi di imballaggio, tuttavia, nonché – più in generale – di consorzi dei sistemi EPR, viene in rilievo la vigilanza ministeriale, la quale è chiamata ad intervenire anche sulla consistenza patrimoniale dell'ente. In tal senso è assai indicativa la disposizione che attribuisce alla pubblica amministrazione il potere di adottare apposite prescrizioni con riguardo ai contributi consortili, nel senso di fissarli ad un livello idoneo a garantire l'equilibrio economico-finanziario della gestione (art. 237, comma 7, t.u.a.)³⁴. Ponendo questa disposizione, il legislatore primario valorizza le impostazioni dottrinali che, con riguardo alle società consortili, ritengono compatibili con lo schema della società di capitali quelle previsioni statutarie che chiamano i consorziati ad effettuare contribuzioni periodiche in aggiunta al conferimento iniziale³⁵.

³² Significativa in questo senso è la disciplina della società in accomandita per azioni. La sottoposizione del socio accomandatario al regime di responsabilità personale ed illimitata per le obbligazioni sociali viene tradizionalmente spiegata alla luce del convincimento legislativo secondo cui tale sottoposizione costituisce lo strumento per assicurare, o almeno favorire, una gestione dell'impresa sociale più ordinata e responsabile (così, esplicitamente, COSTI, *Lazionista accomandatario*, Padova, 1969, 128); in altri termini, si tratta di una sorta di contrappeso per il fatto che il socio accomandatario è, di diritto, amministratore della società. L'accomandatario, dunque, è gravato da responsabilità illimitata in quanto amministratore, più che non in quanto socio (COSTI, *op. cit.*, 119). Da ultimo, anche per gli altri riferimenti, G. FERRI jr, *Della società in accomandita per azioni. Artt. 2452-2561*, in *Il codice civile. Commentario* P. Schlesinger, Milano, 2020, 17 ss., 29 s., 38 ss.; ID., *La società in accomandita per azioni*, in *Trattato delle società*, diretto da Donativi, III, Milano, 2022, 11 ss.

³³ In arg. BORGIOI, *Consorzi e [...]*, cit., 87.

³⁴ In arg. DORIA, *L'attività consortile tra [...]*, cit., 103, ricorda come il ricorso ad indici di liquidità e solvibilità possa essere utilmente applicato nella valutazione della situazione patrimoniale degli enti associativi privi di capitale sociale.

³⁵ In arg. MOSCO, *Consorzi per il coordinamento [...]*, cit., 171; BORGIOI, *Consorzi e [...]*, cit., 165, il quale precisa che con il termine contributo si designano le prestazioni in denaro, che – a differenza del conferimento – hanno un contenuto variabile a scadenza periodica. Queste prestazioni non entrano, di regola, a far parte del capitale sociale e servono per fare fronte alle spese correnti. Cfr. anche LUCARELLI, *Sub art. 2615-ter*, cit., 763; nonché CUSA, *La società consortile*, cit., 154 s.; SARALE, *Consorzi e [...]*, cit., 561.

4. (segue): b) la struttura organizzativa tra autonomia statutaria e indicazioni della pubblica amministrazione

Il secondo ordine di problemi sollevati dai consorzi di imballaggi verte sulla loro struttura organizzativa, la quale – come precedentemente osservato – è frutto di una duplicità di fonti: da un lato l'autonomia negoziale (*rectius*, statutaria) delle imprese consorziate e, dall'altro lato, i provvedimenti amministrativi che recepiscono le indicazioni provenienti dall'autorità ministeriale preposta al settore.

Sempre muovendo dalla fragilità strutturale dell'istituto consortile nella versione codicistica, il legislatore primario, oltre ad attribuire la personalità giuridica ai consorzi di imballaggi, ha altresì previsto che il loro assetto venisse “plasmato” dalla pubblica amministrazione, attraverso propri provvedimenti. Ne è scaturita una figura – per così dire – ibrida³⁶, perché un ente esplicitamente qualificato come di diritto privato, viene in realtà ad essere strutturato in conformità al modello delineato dal soggetto pubblico.

Incidentalmente deve essere osservato che i consorzi in discorso rimangono volontari, e non obbligatori³⁷, in quanto le imprese, pur gravate dagli obblighi ambientali, non sono tenute ad aderire a tali consorzi, ma possono soddisfare i predetti obblighi mediante una delle modalità alternative contemplate dal legislatore³⁸. Ma quand'anche le imprese intendano dare vita ad un ente consortile diverso da quelli predisposti dal legislatore ambientale, non di meno il relativo assetto statutario deve essere sottoposto al vaglio della pubblica autorità preposta al settore³⁹.

Tornando ora alla questione di carattere generale, la scelta normativa di far interagire autonomia statutaria e prescrizioni della pubblica amministrazione pone il problema di individuare il punto di equilibrio tra i due “formanti”, ovvero di stabilire il limite oltre il quale al soggetto pubblico è precluso spingersi, a pena di violare la connotazione

³⁶ Per questa aggettivazione cfr. anche ALBÈ, *L'annosa questione della natura giuridica dei Consorzi unici di filiera per la gestione dei rifiuti da imballaggio perviene al giudizio del Consiglio di Stato*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2015, 132.

³⁷ Se fossero obbligatori (così come venne inizialmente previsto dal legislatore nazionale; sul punto si veda Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, segnalazione AS080 del 28 novembre 1996, in *Boll.* 47/1996), tali consorzi si collocherebbero al di fuori dei fenomeni associativi. In arg. V. RICCIUTO, *Struttura e funzione [...]*, cit., 49, nonché – nello specifico – ALBÈ, *L'annosa questione della [...]*, cit., 130.

³⁸ La presenza di modalità alternative mediante le quali assolvere agli obblighi ambientali costituisce uno dei tratti caratterizzanti della normativa europea; in arg. DE LEONARDIS, voce *Economia circolare [...]*, cit., 177.

³⁹ Nella motivazione di Cons. Stato, Sez. IV, 4 giugno 2021, n. 4287, si legge la seguente affermazione: “Dai principi enucleati dal richiamato precedente si trae che i consorzi previsti dall'art. 234 D.Lgs. n. 152 del 2006, la cui finalità e la cui disciplina positiva è del tutto analoga alla tipologia di consorzio previsto e disciplinato dall'art. 223 D.Lgs. n. 152 del 2006, godono di ampia autonomia negoziale nella predisposizione della disciplina statutaria, che può essere conformata dal Ministero vigilante, soltanto nei limiti in cui ciò sia strettamente necessario per il perseguimento delle finalità pubblicistiche”.

formalmente privatistica degli enti in discorso e, soprattutto, l'autonomia statutaria delle imprese aderenti.

La questione si è posta all'attenzione degli interpreti allorché, dando attuazione alle indicazioni impartite dal legislatore primario, il Ministero competente emanò il provvedimento amministrativo contenente lo statuto-tipo dei consorzi ex art. 223 t.u.a.; le prescrizioni ivi contenute vennero ritenute eccessivamente "invasive" da parte di alcuni dei consorzi già esistenti, nonché delle imprese appartenenti alle filiere interessate. Nel contenzioso che ne scaturì il giudice amministrativo fu quindi chiamato ad una delicata opera di bilanciamento tra le diverse istanze.

È interessante osservare che i due gradi di giudizio si sono conclusi con esiti diametralmente opposti, in quanto il primo giudice respinse i ricorsi azionati, ritenendo quindi che le prescrizioni dell'autorità ministeriale fossero compatibili con il dato normativo⁴⁰. Questa decisione è stata tuttavia ribaltata dal Consiglio di Stato, che ha fissato il punto di equilibrio tra i due formanti in maniera diversa, censurando alcune delle prescrizioni impartite dall'autorità ministeriale e, dunque, facendo arretrare il formante pubblico a favore di un maggiore spazio per l'autonomia statutaria dei consorziati.

In questa sede non è necessario entrare nel merito delle singole questioni attraverso le quali si è articolato il contenzioso. Preme piuttosto sottolineare che il bilanciamento è stato raggiunto dall'autorità giudiziaria mediante una valutazione basata (non su regole specifiche, in realtà inesistenti, bensì) sui principi ricavabili dall'ordinamento complessivamente considerato e, in particolare, all'esito del raffronto tra la natura privatistica degli strumenti (consortili) predisposti dal legislatore ed il carattere invece generale degli obiettivi (ambientali) al cui perseguimento quegli strumenti sono preordinati⁴¹.

In buona sostanza, dunque, il formante dominante è quello privatistico, che può tollerare limitate e circoscritte correzioni/integrazioni da parte del soggetto pubblico, unicamente nella misura in cui ciò sia giustificato dall'esigenza di perseguire gli interessi

⁴⁰ Cfr. TAR Lazio, 24 ottobre 2014, n. 10699.

⁴¹ Questo il passaggio rilevante della motivazione che si legge in Cons. Stato, 24 settembre 2015, n. 4475: *"l'univoca scelta legislativa di attribuire ai consorzi personalità giuridica di diritto privato – ricorrendo allo strumento del consorzio che, peraltro, costituisce la figura privatistica tipica configurata dal codice civile, negli artt. 2602 ss., per la collaborazione tra imprese – e di sottrarli, quindi, alle regole organizzative proprie delle pubbliche amministrazioni, impon[e] al Ministero, in sede di adozione dello schema-tipo di statuto, di far tendenzialmente riferimento all'ordinaria disciplina che presiede all'organizzazione e all'attività degli enti di diritto privato, e di limitarsi ad apportarvi i correttivi di stampo pubblicistico strettamente necessari al perseguimento degli interessi generali predeterminati dalla legge, al cui perseguimento è tesa l'attività dei soggetti consorziali in questione, in un rapporto di reciproca autonomia e nel rispetto del principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'art. 118, comma 4, Cost., oltre che dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza sub specie di congruità tra disciplina normativa e azione amministrativa e di adeguatezza, necessità e idoneità delle previsioni regolatorie limitative dell'autonomia consortile rispetto all'obiettivo da perseguire, costituito dalla riduzione al minimo possibile, per tutto il ciclo di vita, dell'impatto ambientale degli imballaggi e dei rifiuti da imballaggio (art. 217, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006)"*.

generalmente stabiliti dal legislatore⁴². Viene così a delinearsi una prospettiva di metodo, che appare meritevole di essere valorizzata anche in altri ambiti e sotto altri profili.

L'analisi dell'assetto organizzativo dei consorzi richiede di essere approfondita anche su un altro versante, quello concernente il modello istituzionale di ente che scaturisce dalla predetta ibridazione tra autonomia statutaria e prescrizioni dell'autorità amministrativa.

I consorzi di imballaggi, che il legislatore primario qualifica come consorzi muniti della personalità giuridica di diritto privato, sono dotati di statuti che, in punto di fatto, mutuano la veste societaria e, in particolare, quella della società per azioni. Ciò è comprovato innanzitutto dalla classica tripartizione di organi (assemblea, consiglio di amministrazione e collegio sindacale), ma anche dal puntuale richiamo alla disciplina del bilancio, ivi inclusa la revisione contabile, nonché dall'insieme del quadro di regole predisposte. In maniera provocatoria, quindi, si potrebbe osservare che la veste societaria, apparentemente esclusa a livello di legislazione primaria, sembrerebbe – per così dire – rientrare dalla finestra attraverso le determinazioni dell'autorità amministrativa.

In realtà, l'adozione del modello tradizionale della società per azioni trova spiegazione in una logica prettamente strutturale e, più esattamente, nell'esigenza di dotare questi enti di un assetto organizzativo idoneo e adeguato rispetto alla complessità sia della relativa composizione sia dei compiti istituzionali cui essi sono preposti. È invece da escludere che l'adozione del modello sottenda una connotazione funzionale degli enti in discorso⁴³, che – ripetesi – non hanno fine di lucro.

In parole più semplici, la vicenda conferma che il modello strutturale della società per azioni (tradizionale) rimane lo schema principale per disciplinare, in ambito privatistico, organizzazioni complesse, soprattutto se di matrice imprenditoriale, ovvero preordinate ad interagire con le dinamiche del mercato.

Pur in questa prospettiva, tuttavia, le criticità non mancano. In particolare, le scelte compiute nel testo unico ambientale circa la configurazione di questi enti pongono il problema di individuare la disciplina applicabile, per i casi in cui le regole poste dal legislatore speciale – primario e secondario – lascino spazio a lacune interpretative ed applicative. In proposito deve essere ricordato che i consorzi di imballaggi sono ormai divenuti degli operatori di dimensioni medio-grandi, con importanti numeri in termini di

⁴² Giova precisare che i consorzi in discorso svolgono un'attività di pubblico interesse, ma non un servizio pubblico; la precisazione si legge nella motivazione di Cons. Stato, 24 settembre 2015, n. 4475.

⁴³ Su profilo funzionale e/o causale degli enti consortili cfr. RICCIUTO, *Struttura e funzione* [...], cit., 149. L'autore osserva che il legislatore del 1976 ha voluto creare un istituto utilizzabile per ogni forma di cooperazione tra imprese indipendenti e, di conseguenza, non ha qualificato in senso causale l'istituto in discorso. Quest'ultimo si presta così ad essere utilizzato per la creazione di strutture organizzative a carattere imprenditoriale analoghe a quelle realizzabili con lo strumento societario, senza il rispetto delle garanzie patrimoniali all'uopo previste.

Nello stesso senso, più di recente, GIROLAMI, *Il consorzio*, cit., 1167 s.

fatturato e di risultati di gestione, e svolgono attività che possono incidere in profondità nella vita delle singole imprese consorziate, così come delle pubbliche amministrazioni coinvolte nella gestione dei rifiuti.

Nello scenario ora rappresentato, deve ritenersi fisiologico l'insorgere di conflitti di interessi, nonché di contenziosi tra gli attori del sistema; da ciò scaturisce l'esigenza di individuare strumenti possibilmente puntuali per dirimere tali controversie, attraverso un quadro di regole in grado di attribuire agli operatori un apprezzabile livello di certezza giuridica.

Volendo esemplificare, un quesito sorto alla luce dell'esperienza pratica è il seguente: sono esperibili rimedi cautelari *ante causam* rispetto alle delibere assunte dall'organo amministrativo?⁴⁴ La risposta dovrebbe essere affermativa, qualora si ritenga che la disciplina suppletiva debba essere attinta da quella dettata in materia di società di capitali; all'opposto, l'esperibilità di tali rimedi dovrebbe essere negata qualora l'ambito di riferimento sia individuato negli enti del libro primo e, in particolare, di quelli di natura associativa⁴⁵.

Prescindendo momentaneamente dalla legislazione ambientale, deve osservarsi che già a livello di teoria generale non vi è concordia di opinioni a proposito del "serbatoio" normativo a cui attingere allorché la (scarna) disciplina dettata dal codice civile in materia di consorzi necessita di essere integrata per risolvere talune questioni applicative. La natura imprenditoriale del consorzio dovrebbe, di per sé, indurre l'interprete a guardare all'ambito societario, ma anche qui si riscontrano talune incertezze quanto alla scelta tra società di persone⁴⁶ e società di capitali⁴⁷.

⁴⁴ In arg. MOSCO, *Consorzi per il coordinamento [...]*, cit., 111, testo e nota 36.

⁴⁵ In proposito si raffrontino le disposizioni contenute – rispettivamente – agli artt. 2388, comma 4, e 23, comma 3, del codice civile.

Diversa valutazione in PERONE, *L'interesse consortile*, cit., 186, secondo cui l'art. 2606 c.c. dispone – con formula ampia – la generale impugnabilità delle deliberazioni dei consorziati relativamente all'attuazione dell'oggetto consortile; tale rimedio non necessita di integrazioni analogiche dalla disciplina di altre figure associative, in quanto si applica indipendentemente dalla natura, assembleare o gestoria, dell'organo consortile che abbia adottato la decisione.

In arg. BORGIOLI, *Consorzi e [...]*, cit., 327, il quale rileva la lacunosità del dato normativo in materia di consorzi, ritenendo che esso sia colmabile con i riferimenti all'autonomia contrattuale dei medesimi consorziati.

⁴⁶ Orientato in questo senso, ad esempio, è CUSA, *Il consorzio tra [...]*, cit., 345; l'autore fa talora riferimento anche alla disciplina in materia di cooperative (Id., *op. cit.*, 344). In termini generali cfr. SARALE, *Consorzi e [...]*, cit., 502.

⁴⁷ E, in quest'ultimo ambito, tra la disciplina dettata per le s.p.a. e quella dettata per le s.r.l.; in quest'ultimo senso, ad esempio, MOSCO, *Consorzi per il coordinamento [...]*, cit., 61, valorizzando sia la flessibilità e semplicità dell'ordinamento interno, sia la presenza di elementi personali. Nello stesso senso è orientato anche DORIA, *L'attività consortile tra [...]*, cit., 168.

In arg. anche LUCARELLI, *Sub art. 2606*, cit., 711, la quale richiama genericamente la disciplina in tema di società di capitali per risolvere eventuali dubbi con riguardo all'articolazione del potere gestionale all'interno dei consorzi.

Per la verità, la (apparentemente naturale) inclinazione verso l'ambito societario non viene condivisa da alcune autorevoli pronunce del Giudice di legittimità, il quale rileva che l'applicazione analogica ai consorzi delle norme dettate per le società non può essere considerata una regola generale, quantomeno nelle ipotesi in cui il consorzio non abbia assunto la veste societaria⁴⁸. Nel leggere la motivazione di queste pronunce sembra di avvertire il convincimento secondo cui, per sé considerato, il consorzio, pur essendo un imprenditore, è un ente diverso dalla società commerciale e, come tale, abbisogna di una propria ed autonoma disciplina generale di funzionamento, la quale prescinda dalla ormai consunta contrapposizione tra libro primo e libro quinto del codice civile⁴⁹.

5. Alcune conclusioni, tra punti fermi e problemi aperti

La vicenda sopra schematizzata rappresenta probabilmente un'interessante *case study*, utile a riflettere sulle tipologie di enti esistenti nel nostro ordinamento, nonché sulle esigenze sistematiche sottese al loro concreto utilizzo da parte degli attori del sistema socioeconomico.

Le circostanze narrate nelle pagine precedenti, infatti, trasmettono la sensazione secondo cui all'atto del recepimento della disciplina europea in materia di imballaggi non vi era, nell'ordinamento giuridico italiano, uno schema di ente già "pronto all'uso", nel senso che fosse in grado contemperare l'articolato insieme di interessi e questioni sottesi all'attuazione del principio "chi inquina paga" in questo specifico settore.

Dovendo intervenire sulla regolazione di attività imprenditoriali (*rectius*, sulla funzionalizzazione di attività imprenditoriali verso obiettivi ambientali), il legislatore ha

⁴⁸ Così Cass., 17 febbraio 2012, n. 2334 (est. Rordorf); Cass., 3 giugno 2010, n. 13465 (est. Rordorf).

Non si tratta, però, di un indirizzo unanimemente condiviso. In senso diverso si vedano Cass., 10 marzo 2023, n. 7179; Cass., 16 dicembre 2013, n. 28015, ove invece si afferma che lo statuto di disciplina dettato dal codice civile per i consorzi evidenzia una sicura assimilazione alle società per azioni.

⁴⁹ In arg. CAMARDI, *Enti collettivi e formazioni sociali, dal Libro I al Libro V attraverso il Terzo settore*, in *Contr. impr.*, 2023, 479. Muovendosi nello stesso ordine di idee, DORIA, *L'attività consortile tra [...]*, cit., 22, ravvisa l'esigenza di reimpostare un quadro sistematico delle strutture associative, superando l'argomento imperniato sulla neutralità delle forme strutturali rispetto allo scopo.

In arg., di recente, un interessante spunto si legge in DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute e i comitati*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 2024, 84, il quale osserva che la caratteristica saliente degli enti del libro quinto consiste nella presenza di un ceto di creditori residuali, che – per definizione – realizzano il proprio interesse economico individuale solo a valle rispetto alla soddisfazione di tutti gli altri interessi connessi all'esito dell'attività di impresa. Ciò esprime l'attuazione del principio di concentrazione tra rischio e potere, e prospetta come accettabile il pericolo di conflitto di interessi fisiologico nella gestione dell'impresa.

Nello stesso senso CAMARDI, *Enti collettivi e [...]*, cit., 480, osserva che associazioni e fondazioni, pur quando svolgono un'attività astrattamente lucrativa, non possono appropriarsi in forma egoistica del lucro così generato.

naturalmente rivolto lo sguardo verso l'istituto consortile⁵⁰. Tuttavia, in ragione della più volte rilevata fragilità della disciplina codicistica, è stato necessario “irrobustire” lo schema di base introducendo una serie di rinforzi, parte dei quali sono stati stabiliti dallo stesso legislatore primario, mentre la restante parte è stata demandata alle valutazioni ed agli interventi dell'autorità amministrativa preposta al settore.

L'esito finale è certamente da valutarsi positivamente, se è vero – come è vero – che grazie ai consorzi in discorso l'Italia, partendo sostanzialmente da zero, ha saputo raggiungere con largo anticipo gli obiettivi fissati dal legislatore europeo, dando vita ad un sistema che certamente non sfigura rispetto a quelli, ben più risalenti, creati in altri Paesi dell'Unione.

Fermo quanto precede, il giurista attento al dato sistematico non può fare a meno di osservare che i protagonisti di questa vicenda, ossia i consorzi *ex art.* 223 t.u.a. hanno dovuto sostanzialmente “inventarsi” il proprio assetto strutturale ed organizzativo; ciò è avvenuto grazie al confronto – sempre dialettico e talora contenzioso – tra il mondo dell'imprenditoria privata e quello dei soggetti pubblici a vario titolo coinvolti nel settore di attività.

Viene allora da chiedersi se la vicenda qui esposta non sia suscettibile di una diversa chiave di lettura, che guardi alla complessiva evoluzione, come maturata dall'ordinamento giuridico complessivamente considerato nella sua variegata articolazione. Secondo questa prospettiva, è probabilmente vano attendersi di reperire, a livello (se non di codice civile, quantomeno) di legislazione primaria, delle tipologie di enti privati che siano già compiutamente conformate per assolvere alla complessità di compiti che, nell'odierno contesto socioeconomico, vengono loro assegnati dalla legislazione ambientale.

Nello scenario ora considerato, il fattore che caratterizza il quadro di riferimento è probabilmente rappresentato dall'interazione tra interessi pubblici e strumenti privati. Ciò corrisponde ad un approccio tendenzialmente sconosciuto nella sistematica del codice civile, salvo alcune limitate e circoscritte eccezioni, tra cui possiamo annoverare certamente l'istituto consortile, che fin dall'inizio risulta configurato – almeno a livello teorico – come potenzialmente preordinato anche verso il perseguimento di interessi di portata (se non pubblica, quantomeno) generale.

Ciò che inevitabilmente mancava nella visione del codice civile è rappresentato dalla sovrapposizione del diritto europeo, che interviene non solo nel senso di articolare in maniera molto più complessa la dialettica tra interessi pubblici e strumenti privati, ma anche nel senso di connotare il funzionamento degli istituti privatistici secondo una prospettiva particolarmente attenta alle dinamiche del mercato e della concorrenza⁵¹.

⁵⁰ Così anche PRENESTINI, *Economia circolare e [...]*, cit., 772.

⁵¹ Sulla rilevanza del principio di concorrenza nella materia della gestione dei rifiuti la letteratura è molto vasta. *Ex multis*, si vedano DE LEONARDIS, voce *Economia circolare [...]*, cit., 177; PRENESTINI, *Economia circolare e [...]*, cit., 750.

In questo quadro, l'ordinamento italiano ha adottato una soluzione originale sul piano del metodo: in luogo di istituire *ex novo* un ente puntualmente regolato nella sua configurazione strutturale, ha – per così dire – approfittato della scarsa disciplina del consorzio per “delegificare” la materia, affidando all'autorità amministrativa, ed alla sua maggiore agilità operativa, il compito di adattare l'assetto organizzativo dell'ente alla specificità dei compiti e delle funzioni ad esso affidate.

Ragionando in una prospettiva sistematica, l'interprete è indotto ad interrogarsi se i consorzi di imballaggi (e, più in generale, dei sistemi EPR) possano candidarsi a rappresentare un modello di riferimento, astrattamente utilizzabile anche per altri ambiti disciplinari ed applicativi. L'interrogativo rimanda ad una problematica di portata ben più vasta, che attiene alla disciplina degli enti privati, quale delineata nel nostro ordinamento, in rapporto alle attività concretamente esperibili dai consociati. Come ben noto, trattasi di questione annosa e, allo stato, rimasta sul piano delle declamazioni teoriche, con la sola, ma assai rilevante eccezione, rappresentata dalla riforma delle società di capitali, risalente ai primi anni Duemila.

Nei suoi termini generali, la problematica esula dalle finalità del presente studio. Ci si limita ad osservare che, sullo sfondo di talune questioni applicative concernenti i consorzi, aleggia talora l'opzione interpretativa di attingere alla disciplina contenuta nel libro primo del codice civile, da intendersi qui come quadro regolatorio di ultima istanza in materia di fenomeni associativi⁵². Si tratta tuttavia di una linea di tendenza rimasta sostanzialmente priva di riscontri in concreto, posto che, alla prova dei fatti, il giurista chiamato a dirimere questioni interpretative in materia consortile preferisce comunque guardare al libro quinto del codice, ritenendo decisiva la natura imprenditoriale dei soggetti coinvolti e degli interessi sottesi al fenomeno⁵³.

Ciò conferma, per un verso, la collocazione sempre più marginale che gli enti del libro primo del codice ormai rivestono a livello sistematico⁵⁴ e, per altro verso, la soverchiante importanza assunta dal modello delle società di capitali come schema idoneo a regolare i fenomeni associativi di natura corporativa. È importante precisare che il ruolo così svolto attiene alla connotazione strutturale dell'ente, mentre rimane impregiudicata la natura degli interessi perseguiti, che non necessariamente deve essere lucrativa⁵⁵, come ben attestano i fenomeni qui rappresentati.

⁵² In questo senso sembra orientato, di recente, E. CUSA, *Il consorzio tra [...]*, cit., 332 s.; in arg. anche RICCIUTO, *Struttura e funzione [...]*, cit., 48. L'impostazione si trova già in FERRI, voce *Consorzio [...]*, cit., 378, il cui scritto è antecedente alla riforma del 1976.

⁵³ In questo senso cfr. DORIA, *L'attività consortile tra [...]*, cit., 69 ss. Osserva CUSA, *La società consortile*, cit., 102, che lo scopo consortile deve essere economico.

⁵⁴ Nello stesso senso, da ultimo, DI RAIMO, *Le associazioni [...]*, cit., 103.

⁵⁵ Nell'ambito di una vasta letteratura, MARASÀ, *La 'commercializzazione' degli enti del Libro I del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 215, ravvisa, nel contesto attuale, “un uso delle forme societarie del Titolo V completamente disancorato non solo dal fine di lucro soggettivo ex art. 2247 c.c. ma anche da qualsiasi altra finalità economica dei soci”. Nello stesso senso anche CAMARDI, *Enti collettivi e [...]*, cit.,

Indubbiamente la vicenda qui ricostruita presenta alcune significative peculiarità, tra cui spicca la forte determinazione – tanto del legislatore quanto degli attori del sistema – a conseguire gli obiettivi stabiliti dall’ordinamento europeo. È stato questo il fattore decisivo che ha saputo colmare le lacune normative che altrimenti caratterizzano la disciplina consortile; queste ultime sono probabilmente destinate a riproporsi in presenza di altre situazioni, in cui occorra coordinare molteplici interessi verso il perseguimento di obiettivi di rilievo generale.

ABSTRACT

Muovendo dal recepimento delle normative europee in materia di riciclo e recupero dei rifiuti di imballaggi, il saggio si sofferma sulle scelte compiute dal legislatore italiano, il quale ha sistemi operativi imperniati sulla figura del consorzio. In questo contesto l’istituto consortile è stato riconfigurato, nel senso che l’originario impianto codicistico è stato integrato con novità significative (ad esempio, l’attribuzione della personalità giuridica), alcune delle quali sono affidate alla valutazione discrezionale della pubblica amministrazione. Ne risulta un quadro composito, che conferma le notevoli potenzialità del consorzio come schema di coordinamento delle attività imprenditoriali, ma – allo stesso tempo – anche la sua incerta collocazione sistematica.

Starting from the implementation of European regulations on the recycling and recovery of packaging waste, the essay focuses on the choices made by the Italian legislator, whose operating systems are centered on the consortium. In this context, the consortium institution has been reconfigured, integrating the original legislative framework with significant innovations (for example, the attribution of legal personality), some of which are left to the discretionary assessment of the public administration. The result is a complex picture, confirming the consortium's considerable potential as a framework for coordinating business activities, but also—at the same time—its uncertain systematic positioning.



Le online dispute resolution *

Enrico Minervini

Prof. ord. dell'Università di Napoli "Federico II"



SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il primo problema. – 3. Il secondo problema. – 4. Segue: l'intelligenza artificiale. – 5. Segue: le piattaforme digitali. – 6. Il terzo problema. – 7. Il quarto problema. – 8. Il quinto problema. – 9. Il sesto problema.

1. Premessa

Mi sono più volte occupato delle *Online dispute resolution*¹ (di seguito indicate, per brevità, come ODR), e sempre mi sono imbattuto in una difficoltà per così dire preliminare, e cioè quella di come impostare lo scritto: si deve procedere ad analizzare la normativa vigente, o invece ad effettuare una ricognizione della prassi esistente?

Potrebbe apparire ovvia e scontata la necessità di percorrere la prima strada, dato che il giurista, o quanto meno il giurista di diritto positivo, è abituato a ragionare sulle norme: ma in materia di ODR le norme sono poche, piuttosto farraginose, e di non grande momento, avendo spesso una natura «promozionale», tant'è che si è parlato ironicamente della montagna che ha partorito il topolino². Mi sia consentito per ragioni di

* Lo scritto riproduce, con qualche modifica ed ampliamento, e con l'aggiunta delle note, la relazione svolta a Brescia il 24 ottobre 2025 nell'ambito della seconda giornata, dedicata alla «Digitalizzazione e sostenibilità dell'impresa», del Convegno su «La disciplina di parte generale dei contratti per l'impresa».

¹ MINERVINI, *I sistemi di ODR*, in Id. (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, Napoli, 2016, 7 ss.; Id., *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, ivi, 45 ss.; Id., *Appunti sulle ODR*, in *Tecnologia e diritto*, 2020, 154 ss.

² Così, FRANCESCA, *Dalle ADR Offline alle procedure di Online Dispute Resolution: statuti normativi e suggestioni di sistema*, in IMBRENDA e FACHECHI (a cura di), *Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico*, in *Corti salernitane*, 2015, 10.

brevità di non fare un inventario di tali norme, e di aggiungere soltanto che di recente il legislatore italiano è intervenuto, a seguito della pandemia di Covid-19, per disciplinare in maniera più articolata la mediazione in modalità telematica³, e per introdurre la negoziazione assistita in modalità telematica⁴, e che, sempre di recente, anche il legislatore europeo ha adottato alcune normative, che si occupano anche delle ODR⁵.

Si potrebbe pensare allora di percorrere la seconda strada che ho indicato, e cioè di effettuare una ricognizione della prassi esistente, una sorta di inventario dei vari strumenti di ODR che il mondo del commercio elettronico presenta, specialmente negli USA. Temo che questa seconda strada, oltre ad essere superiore alle mie forze, sarebbe anche di scarso interesse per chi mi legge.

Seguirò invece una terza strada, che ho già battuto in precedenza⁶, e cioè mi limiterò a fare una sorta di inventario critico dei principali problemi che le ODR pongono all'attenzione del giurista, ed in particolare del giurista di diritto positivo, nella convinzione che il boom dell'intelligenza artificiale, da un lato, e delle piattaforme digitali, specie di *e-commerce*, dall'altro lato, hanno rivoluzionato completamente il mondo della ODR, sicché quanto espongo in questa sede diverge profondamente da quanto sostenuto nei miei precedenti scritti sul tema.

2. Il primo problema

Il primo problema è il seguente: di cosa stiamo parlando, sotto il profilo giuridico. Infatti, le ODR non sono una categoria dogmatica, comunque si voglia intendere il termine categoria nel linguaggio giuridico⁷. Le ODR sono nient'altro che una serie di problemi strettamente connessi tra loro, che emergono dall'incontro delle *Alternative dispute resolution* (di seguito indicate, per brevità, come ADR) con la rete telematica⁸, ed ora con l'intelligenza artificiale e con le piattaforme digitali; in altre parole, sono una nozione utile per perimetrare un'area di problemi, una sorta di formula «magica», ricca di suggestioni, per aggregare una serie di questioni poste dalla tecnologia della rete, ed ora dall'intelligenza artificiale e dalle piattaforme, al mondo delle ADR.

³ BRUNIALTI, *La mediazione in modalità telematica*, in DALFINO (a cura di), *La nuova "giustizia complementare"*, numero speciale del *Foro it.*, 2024, 251 ss.

⁴ BRUNIALTI, *La mediazione in modalità telematica*, in DALFINO (a cura di), *La nuova "giustizia complementare"*, cit., 423 ss.

⁵ Sul punto, cfr. FELICETTI, *La risoluzione extragiudiziale delle dispute nei mercati digitali: alcune novità dall'Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 214 ss., 219 ss.; BARTOLOMUCCI, *Le tutele stragiudiziali nella platform economy*, in BOCCHINI (a cura di), *Trattato, Le piattaforme digitali, e-Agorà*, Torino, 2025, 455 ss.

⁶ MINERVINI, *Appunti sulle ODR*, cit., 156 ss.

⁷ Non prende posizione al riguardo FELICETTI, *La risoluzione extragiudiziale delle dispute nei mercati digitali*, cit., 205.

⁸ Così, MINERVINI, *I sistemi di ODR*, cit., 8 s.; Id., *Appunti sulle ODR*, cit., 156.

Vi è quindi un problema, di taglio teorico, di regolamento di confini tra ADR e ODR, o se si preferisce tra ADR *offline* e ADR *online*: i confini sono quanto mai labili (basti pensare all'ABF: procedura telematica, decisione *offline*)⁹. Ma sul punto non intendo soffermarmi.

3. Il secondo problema

Passo al secondo problema, che è il seguente: se vi sia una differenza vorrei dire ontologica tra ADR e ODR, o vi sia soltanto una differenza di modalità con le quali si svolgono i procedimenti.

In passato, nei miei precedenti scritti sul tema, ho sostenuto con decisione l'inesistenza di ogni differenza ontologica tra ADR e ODR¹⁰: le seconde sono la riproduzione adattata agli strumenti telematici delle prime, note da tempo, quali essenzialmente negoziazione, mediazione o conciliazione, arbitrato specie irrituale¹¹. Si tratta, insomma, di sistemi alquanto eterogenei, di tipo autonomo, da una parte, e di tipo eteronomo, dall'altra parte (ma la distinzione tra sistemi autonomi ed eteronomi è labile, non sussistendo tra gli stessi una netta soluzione di continuità, come il citato ABF dimostra, ammesso che si tratti di una ODR)¹². Si fa così ricorso alla posta elettronica, alla *chat*, alla videoconferenza, alla teleconferenza, ecc.

Se si accoglie questa ricostruzione, è agevole concludere che le ODR sono una sorta di naturale evoluzione della ADR per effetto del boom del commercio elettronico, che spesso ha carattere transnazionale (anche se, naturalmente, può fare ricorso alle ODR anche chi conclude un contratto sul mercato reale, e non su quello virtuale)¹³. Insomma, le ADR sono il genere, le ODR la specie, caratterizzata dal mezzo di comunicazione (la rete)¹⁴: la vorticosa espansione delle negoziazioni telematiche comporta la trasformazione delle ADR in ODR, che sono una implicazione vorrei dire necessaria ed inevitabile del commercio elettronico¹⁵, in quanto consentono il dialogo tra soggetti residenti in località distanti, evitando i costi ed i tempi degli spostamenti, ecc.¹⁶. In sintesi: le ODR si limitano ad agevolare le procedure classiche di ADR.

⁹ MINERVINI, *I sistemi di ODR*, cit., 9; Id., *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, cit., 49.

¹⁰ MINERVINI, *I sistemi di ODR*, cit., 9; Id., *Appunti sulle ODR*, cit., 156.

¹¹ Vedi, tra gli altri, MARANGON, *I sistemi online di risoluzione delle controversie*, in *Dir. inf.*, 2006, 380; FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, *Profili civilistici delle ODR*, Napoli, 2016, 38.

¹² MINERVINI, *I sistemi di ODR*, cit., 9; Id., *Appunti sulle ODR*, cit., 156.

¹³ LOMBARDI, *La mediazione e lo spazio cibernetico: uno sguardo alle proposte della Commissione Europea su ADR e ODR*, in *Giust. civ.*, 2012, II, 463 s.

¹⁴ Così, FORGILLO, *La giustizia digitale. Le on line dispute resolution*, in BOCCHINI (a cura di), *Manuale di diritto privato dell'informatica*, Napoli, 2023, 676.

¹⁵ MINERVINI, *I sistemi di ODR*, cit., 9.

¹⁶ MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci ed ombre della diffusione globale delle ODR*, in *Amministrazione in cammino*, 4 dicembre 2020, 2.

4. Segue: l'intelligenza artificiale

Le considerazioni che ho testè esposto sono ancora valide oggi? Avrei più di un dubbio al riguardo. Iniziano a diffondersi in Europa e, sia pure con lentezza, anche in Italia sistemi di ODR che non rappresentano una evoluzione delle classiche procedure di ADR, sistemi talora qualificati di seconda generazione, ove l'intervento dell'uomo non è centrale per la risoluzione della controversia: insomma, sistemi non *human-based*, ma *technology-based* (o *machine-based*). Si pensi, ad esempio, alla *automated negotiation*, detta anche *blind offer*; al *software as mediator*, detto anche *software based mediation*; alla *peer pressure*¹⁷: questi sistemi hanno delle caratteristiche talmente peculiari da renderli radicalmente diversi rispetto ai tradizionali strumenti di risoluzione alternativa delle controversie¹⁸.

Siffatta diffusione di sistemi *technology-based* è dovuta in primo luogo alla crescita impetuosa ed inarrestabile dell'intelligenza artificiale¹⁹, che come ho accennato in precedenza ha cambiato profondamente anche il mondo delle ODR (e forse anche il mondo delle ADR).

Nell'ambito dei sistemi di ODR di seconda generazione, non *human-based* ma *technology-based*, l'intelligenza artificiale regna incontrastata. In primo luogo, essa svolge una serie di adempimenti per così dire preliminari: presentazione della domanda e della risposta della controparte; esame dei profili di inammissibilità della domanda; facilitazione delle comunicazioni tra le parti; analisi e sistemazione della documentazione prodotta; traduzione, ove la documentazione prodotta dalle parti sia elaborata in lingue diverse; predisposizione dei verbali; traduzione simultanea delle dichiarazioni delle parti che parlino lingue diverse; ecc. Ma non basta. L'intelligenza artificiale svolge spesso una vera e propria funzione di soluzione del conflitto, sia che si tratti di sistemi autonomi sia che si tratti di sistemi eteronomi²⁰.

L'interprete si interroga allora sul ruolo che l'intelligenza artificiale può giocare tanto nei sistemi autonomi quanto in quelli eteronomi.

Con riguardo ai sistemi autonomi facilitativi, vi è il timore che l'intelligenza artificiale ostacoli, e non favorisca, la possibilità di instaurare un metodo dialogico di risoluzione delle controversie: è difficile instaurare un dialogo tra le parti, alla luce della fredda imparzialità del computer e dell'automatizzazione informatica²¹.

¹⁷ Per una illustrazione di tali sistemi di seconda generazione cfr. MARANGON, *I sistemi online di risoluzione delle controversie*, cit., 390 ss.; CAMARDI, *Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 552 s.; FORGILLO, *La giustizia digitale*, cit., 675.

¹⁸ MINGARDO, *Amministrare la giustizia online*, cit., 5.

¹⁹ BARTOLOMUCCI, *Le tutele stragiudiziali nella platform economy*, cit., 452.

²⁰ BARTOLOMUCCI, *Le tutele stragiudiziali nella platform economy*, cit., 452 s.

²¹ COSÌ, ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 290.

Con riferimento ai sistemi autonomi valutativi, invece, le parti, alla luce del risultato probabilistico confezionato dall'intelligenza artificiale, sulla scorta di ragionamenti, se così si può dire, matematici e statistici, potrebbero ritenere che i vantaggi derivanti dal giudizio non siano convenienti: l'intelligenza artificiale favorisce la risoluzione delle controversie²².

Con riguardo ai sistemi eteronomi, infine, non resta che rinviare alle perplessità manifestate dalla dottrina, anche alla luce dei paletti posti dalle norme vigenti (ad esempio, l'art. 22 del GDPR), e dell'opacità che l'intelligenza artificiale presenta, e cioè alla difficoltà di comprendere come sia pervenuta ad un determinato risultato, in ordine alla possibilità che l'intelligenza artificiale sostituisca il giudice nel decidere²³.

5. Segue: le piattaforme digitali

La diffusione di sistemi di ODR di seconda generazione è dovuta altresì alle profonde modifiche subite dal commercio elettronico in questi ultimi anni, per effetto innanzi tutto della pandemia di Covid-19. Intendo fare riferimento al boom delle piattaforme digitali, specie di *e-commerce*, come ad esempio Amazon, EBay, Alibaba. L'utente, e cioè colui che intende acquistare un bene o un servizio, sempre più spesso si rivolge non al sito del singolo imprenditore che produce il bene o eroga il servizio ma alla piattaforma, che intermedia il rapporto tra l'utente e l'imprenditore.

Le piattaforme, a differenza dei singoli imprenditori, mettono sistematicamente a disposizione dell'utente sistemi di ODR di seconda generazione, in un'ottica di massimizzazione della fiducia nelle piattaforme stesse, sia come erogatrici del servizio di intermediazione, sia come gestori, se così di può dire, delle relazioni negoziali tra le parti intermedie anche nella fase patologica²⁴: le ODR trovano ormai il loro luogo di elezione nel contesto delle piattaforme, che assumono un ruolo dominante nel procedimento di composizione delle controversie²⁵. Insomma, la piattaforma ha interesse a tenere alta la sua reputazione anche quale *problem solver*, sicché la efficace e tempestiva risoluzione delle controversie acquista un valore strategico²⁶. Naturalmente, il ruolo delle piattafor-

²² COSÌ, GABELLINI, *La «comodità del giudicare»: la decisione robotica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1324 s.

²³ Sul punto la dottrina è sconfinata: cfr., da ultimo, FINOCCHIARO, *L'intelligenza artificiale nell'ambito giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2025, 425 ss.; LATINI VACCARELLA, «Per prima cosa, ammazziamo tutti gli avvocati», *Il diritto processuale civile all'alba dell'intelligenza artificiale*, ibidem, 971 ss.; FABIANI, *Prevedibilità della decisione giudiziale, giudizio di diritto, intelligenza artificiale e intelligenza aumentata*, in *AI Law*, 2025, 57 ss.

²⁴ COSÌ, BARTOLOMUCCI, *Le tutele stragiudiziali nella platform economy*, cit., 438.

²⁵ MERONE, *Online dispute resolution, intermediari digitali e il nuovo paradigma della composizione preventiva e self-executing*, in *Riv. arb.*, 2022, 282; FELICETTI, *La risoluzione extragiudiziale delle dispute nei mercati digitali*, cit., 208, 212.

²⁶ CASABONA, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'alternative dispute*

me, con riferimento alle controversie insorte tra le parti, è a seconda dei casi alquanto diversificato: si è parlato al riguardo di un modello debole, di un modello forte e di un modello fortissimo²⁷. Quel che è certo è che la scelta di fare ricorso ai sistemi di ODR messi a disposizione dalle piattaforme è talora condizionata dall'adesione alle condizioni generali di contratto che impongono il ricorso a tali sistemi, laddove ciò non avviene generalmente ove l'utente si rivolga al sito del singolo imprenditore²⁸.

È appena il caso di aggiungere che l'utente è normalmente un consumatore: ma può ricoprire tale ruolo anche il professionista (uso il termine nel significato che allo stesso è attribuito dal codice del consumo), ovvero il c.d. imprenditore debole.

6. Il terzo problema

Chiusa la trattazione del ruolo dell'intelligenza artificiale e delle piattaforme digitali nelle procedure di ODR, passo ad esaminare il terzo problema, che è il seguente: perché nascono e si sviluppano le ODR.

La risposta è agevole. Espansione del commercio elettronico ed espansione delle ODR vanno di pari passo, in quanto rappresentano due facce della stessa medaglia: non avrebbe senso garantire la rapidità delle transazioni commerciali, se poi si dovessero seguire i procedimenti tradizionali per risolvere le controversie²⁹. Lo sviluppo del commercio elettronico, specie transfrontaliero, è frenato dalla sfiducia degli utenti (consumatori, professionisti, imprenditori deboli) nella possibilità di gestire adeguatamente i rapporti negoziali sorti *online* nella fase patologica, anche perché sul piano dei costi/benefici spesso è più conveniente per l'utente sopportare il danno, piuttosto che ricorrere alla giustizia ordinaria (si pensi, specie per i consumatori, ai c.dd. *small claims*)³⁰.

Si aggiunga la difficoltà di individuare le norme applicabili al contratto telematico, raccordando norme di diritto interno (caratterizzate da scarsa armonizzazione, con livelli di tutela spesso divergenti: da qui l'interesse dell'UE per le ODR) e norme di diritto internazionale privato, e definendo il ruolo della c.d. *lex mercatoria*, o meglio *lex electronica* o *lex informatica*³¹ (che è spesso il frutto, vi è da temere, dello strapotere di pochi

resolution all'online dispute resolution, in *Dir. inf.*, 2017, 515 s.; MERONE, *Online dispute resolution*, cit., 276 s.; FELICETTI, *La risoluzione extragiudiziale delle dispute nei mercati digitali*, cit., 213.

²⁷ CASABONA, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie*, cit., 500 ss., 502 ss., 507 ss.

²⁸ MERONE, *Online dispute resolution*, cit., 277; BARTOLOMUCCI, *Le tutele stragiudiziali nella platform economy*, cit., 451.

²⁹ MINERVINI, *I sistemi di ODR*, cit., 13; ID., *Appunti sulle ODR*, cit., 157. Altre citazioni in FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, cit., 22 s.

³⁰ Tra gli altri, LEPORE, *Il possibile carattere transnazionale delle ADR nel sistema italo-comunitario delle fonti*, in IMBRENDA e FACHECHI (a cura di), *Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico*, cit., 121.

³¹ T. ROSSI, *La tutela dei diritti nel mercato digitale*, in IMBRENDA e FACHECHI (a cura di), *Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico*, cit., 75; CRISCUOLO, *Il ruolo della*

grandi *players*, quali ad esempio le piattaforme). In sintesi, la rete accresce la debolezza dell'utente³²; le ODR fidelizzano l'utente al commercio elettronico, e stimolano la fiducia di questi³³.

7. Il quarto problema

Il quarto problema è il seguente: quali controversie siano utilmente assoggettabili alle ODR.

In passato, nei miei scritti sul tema³⁴, ho sostenuto l'inidoneità delle ODR a risolvere questioni particolarmente complesse: la speditezza e la rapidità delle ODR, che costituiscono i principali vantaggi del ricorso alle stesse, non lo consentono³⁵. In altre parole, le ODR sono utili a fronte di controversie standardizzate e seriali, relative essenzialmente alla determinazione del *quantum* del danno, specie ove il *quantum* non sia di entità rilevante. Diversamente è a dirsi ove la controversia concerna non soltanto il *quantum* ma anche l'*an debeat*, ovvero abbia ad oggetto il risarcimento di un danno non patrimoniale³⁶.

L'irrompere dell'intelligenza artificiale potrebbe comportare la necessità di superare le conclusioni testè esposte: il progredire delle tecnologie di intelligenza artificiale potrebbe condurre alla predisposizione di strumenti di ODR di seconda generazione che, sia pur lentamente, mettano fuori dal gioco i sistemi c.d. automatizzati, mostrandosi idonei a risolvere anche controversie complesse, e non standardizzate e seriali, offrendo soluzioni modulate sulle particolari circostanze fattuali del caso concreto³⁷. Solo il tempo dirà se questo auspicio è fondato.

8. Il quinto problema

E vengo al quinto problema, che è il seguente: quali siano i rischi connessi alla crescita delle ODR, e quindi i limiti delle stesse.

prassi economica telematica: autosufficienza ordinamentale e lex mercatoria, *ivi*, 107 ss.

³² Così, VACCÀ, *Il punto su ODR, online dispute resolution*, in *Contratti*, 2009, 158.

³³ CRISCUOLO, *Il ruolo della prassi economica telematica*, cit., 115; MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, in MINERVINI (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, cit., 40 ss.

³⁴ Cfr. specialmente MINERVINI, *Appunti sulle ODR*, cit., 158.

³⁵ LOMBARDI, *La mediazione e lo spazio cibernetico*, cit., 464, 469; FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, cit., 132 ss.

³⁶ TRIPODI, *I sistemi di conciliazione on line: dalla soluzione delle controversie alla gestione dei rapporti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Dir. internet*, 2005, 209; FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, cit., 47, 49, 52, 120.

³⁷ MINERVINI, *Appunti sulle ODR*, cit., 159.

In passato, nei miei scritti sul tema³⁸, ho sottolineato la tendenza all'appiattimento su soluzioni schematizzate, stereotipate, standardizzate, ripetitive, dovute anche alla necessaria speditezza delle procedure di ODR, che rischia di sacrificare la giustizia del caso concreto³⁹. In altre parole, se l'utente adisse il giudice ordinario, potrebbe ottenere una tutela più intensa, ma in genere non lo fa, attesi i tempi ed i costi della giustizia civile, e spesso lo scarso valore degli acquisti *online* (specie per i consumatori)⁴⁰.

L'intelligenza artificiale potrebbe consentire di eliminare, almeno parzialmente, i rischi testé illustrati, in quanto la stessa dovrebbe consentire di perseguire con successo la giustizia del caso concreto, evitando il segnalato appiattimento su soluzioni ripetitive.

Milita in tal senso la capacità dell'intelligenza artificiale di gestire ed elaborare una enorme quantità di dati, tenendo così conto di tutte le peculiarità anche fattuali del caso concreto.

Milita invece in senso opposto la tendenza dell'intelligenza artificiale ad incasellare le soluzioni all'interno delle griglie e degli schemi del passato.

Certamente, le ODR non rappresentano la panacea di tutti i mali del commercio elettronico, ma rappresentano un rimedio utile a fronte della crescita e della massificazione dei rapporti negoziali *online*, e contribuiscono a contenere i timori degli utenti del commercio elettronico, e ad agevolare la crescita di quest'ultimo⁴¹.

9. Il sesto problema

Chiudo esaminando il sesto ed ultimo problema: quali siano i costi delle ODR.

Affinché le procedure di ODR possano essere appetibili per l'utente, e specialmente per il consumatore, è indispensabile che le stesse siano alquanto economiche, ed anzi possibilmente senza costi per l'utente stesso. Sorge allora il problema del finanziamento degli organismi ODR, di modo che l'utente possa adire le procedure a costo zero: il finanziamento pubblico sarebbe la via maestra, ma le difficili contingenze economiche rendono, io temo, impercorribile questa strada⁴².

Non resta allora che ricorrere al finanziamento privato, e cioè dei soggetti che operano nel commercio elettronico, con il rischio che si sviluppino tra imprenditore ed organi-

³⁸ Cfr. specialmente MINERVINI, *Appunti sulle ODR*, cit., 159.

³⁹ POLIDORI, *ODR e giustizia del caso concreto*, in IMBRENDA e FACHECHI (a cura di), *Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico*, cit., 65 ss.; FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, cit., 120.

⁴⁰ POLIDORI, *ODR e giustizia del caso concreto*, cit., 63 ss.

⁴¹ MINERVINI, *I sistemi di ODR*, cit., 13; ID., *Appunti sulle ODR*, cit., 160.

⁴² POLIDORI, *ODR e giustizia del caso concreto*, cit., 69 s.; ANGELONE, *La «degiurisdizionalizzazione» della tutela del consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 750.

smo una sorta di legame fiduciario, che potrebbe minare l'indipendenza e l'imparzialità di quest'ultimo⁴³.

Il rischio è massimo per ciò che concerne le piattaforme digitali, ove le procedure di ODR vengono per così dire internalizzate (con riguardo sia ai rapporti intermediati dalla piattaforma, sia ai rapporti intrattenuti con la piattaforma)⁴⁴: l'imparzialità non viene in sostanza considerata come un elemento determinante per il corretto svolgimento delle procedure stesse⁴⁵, sicché qualche dubbio sull'effettiva sussistenza della stessa è lecito sollevare⁴⁶.

Non resta che confidare nella circostanza, già segnalata, che per le piattaforme le ODR sono un importante strumento di fidelizzazione degli utenti, sicché gli stessi non vanno senza ragione delusi: ma resta sempre aperta la possibilità che le piattaforme finiscano per favorire una categoria di utenti a discapito di un'altra⁴⁷.

ABSTRACT

Nello scritto viene fatto un inventario critico dei principali problemi che le online dispute resolution pongono all'attenzione del giurista, nella convinzione che il boom dell'intelligenza artificiale, da un lato, e delle piattaforme digitali, specie di e-commerce, dall'altro lato, hanno rivoluzionato il mondo delle *online dispute resolution*.

This article offers a critical overview of the main issues raised by online dispute resolution mechanisms for legal scholarship, on the premise that the boom in artificial intelligence, on the one hand, and in digital (e-commerce) platforms, on the other, has profoundly reshaped the field of online dispute resolution.

⁴³ FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, cit., 136; ANGELONE, *La «degiurisdizionalizzazione» della tutela del consumatore*, cit., 750.

⁴⁴ BARTOLOMUCCI, *Le tutele stragiudiziali nella platform economy*, cit., 446.

⁴⁵ Così, BARTOLOMUCCI, *Le tutele stragiudiziali nella platform economy*, cit., 446, 451.

⁴⁶ MERONE, *Online dispute resolution*, cit., 280; FELICETTI, *La risoluzione extragiudiziale delle dispute nei mercati digitali*, cit., 211.

⁴⁷ FELICETTI, *La risoluzione extragiudiziale delle dispute nei mercati digitali*, cit., 211.



Responsabilità sanitaria e intelligenza artificiale. Appunti su diagnosi e cura



Marco Dell'Utri

Corte Suprema di Cassazione

SOMMARIO: 1. Una fotografia della responsabilità sanitaria contemporanea. – 2. L'intelligenza artificiale nell'ambiente medico-sanitario. – 3. Modelli di responsabilità. – 3.1. L'orizzonte normativo europeo. – 3.2. Le norme interne. – 3.3. I profili soggettivi della responsabilità. – 4. Responsabilità e culture. – 5. Per una conclusione.

1. Una fotografia della responsabilità sanitaria contemporanea

La configurazione della responsabilità sanitaria alla stregua di un sottosistema del più generale sistema della responsabilità civile costituisce un dato largamente condiviso nella letteratura e nell'opinione comune.

Si tratta dell'esito di una vicenda che rispecchia, sul piano normativo, le progressive trasformazioni che hanno caratterizzato l'organizzazione e l'esercizio dell'attività sanitaria degli ultimi decenni¹.

¹ Per una panoramica dell'evoluzione della responsabilità sanitaria, v., in generale, TODESCHINI, *Dalla Balduzzi fino alla Gelli Bianco, storia dell'offensiva al contatto sociale*, in Id. (a cura di), *La responsabilità medica*, Torino, 2019, 1041 ss.; COMANDÉ - Nocco, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 e 2043 c.c.*, in GELLI - HAZAN - ZORZIT, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017, 253 ss.; PITTELLA, *L'evoluzione della responsabilità civile in ambito sanitario*, in ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Pisa, 2017, 245 ss.

Sulle origini della responsabilità da contatto sociale in ambito medico v. in giurisprudenza, Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Nuova Giur. Comm.*, 2000, I, 334 ss., con nota di THIENE, ed in *Giur. It.*, 2000, 740 ss., con nota di PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*; in *Giust. Civ.*, 1999, 999 ss., con nota di GIACALONE, *La responsabilità*

Alla capillare diffusione delle conoscenze scientifiche e alle accresciute possibilità di incidenza sulla salute delle persone si è accompagnato, con l'incremento dell'intervento pubblico nella gestione della sanità collettiva, l'enorme innalzamento dei costi finanziari, non solo per la gestione ordinaria delle prestazioni, ma anche per gli oneri di riparazione degli inevitabili danni connessi all'esercizio delle attività di cura.

In questo quadro, il ruolo svolto dal sistema della responsabilità civile, sollecitato da una domanda di sicurezza sempre crescente tra il pubblico degli utenti, ha determinato la conseguenza – per certi aspetti inevitabile – della reazione 'difensiva' del ceto sanitario, nei cui confronti hanno finito col riversarsi in larga misura le conseguenze del progressivo arricchimento e affinamento delle tutele della salute individuale elaborate in ambito giudiziario.

In breve tempo, è apparsa evidente l'insufficienza del governo assicurato dalle regole dettate per la risoluzione delle controversie individuali: i rischi di insostenibilità del costo dei conflitti in ambito sanitario hanno ben presto trasformato il tema della tutela della salute e della sicurezza delle cure in un fenomeno di rilievo sociale, necessariamente destinato ad essere regolato e controllato sul piano collettivo.

Si tratta di un fenomeno non nuovo sul terreno delle trasformazioni delle relazioni di diritto privato connesse all'insorgenza di un interesse di carattere generale, se si pensa ai limiti immaginati, già all'epoca dell'entrata in vigore della Costituzione, come coesenziali alla libertà dell'attività d'impresa (dall'art. 41) e alla successiva ricostruzione sistematica, sul piano legislativo, dei danni legati alla circolazione stradale² o a quella dei

del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extra contrattuale o "transtipica"?; in Riv. It. Med. Leg. 2001, 830 ss., con nota di D'ALOJA - FIORI, La responsabilità professionale dei medici dipendenti dal servizio sanitario nazionale dopo la sentenza n. 589/1999 detta "del contatto sociale". Trentadue anni dopo il fatto il medico apprende che la sua responsabilità non era extracontrattuale, bensì contrattuale: con le relative conseguenze; in Resp. Civ. Prev., 1999, 653 ss., con nota di FORZIATI, La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione; in Foro It., 1999, 3332 ss., con nota di LANOTTE, L'obbligazione del medico dipendente è una obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione? e di DI CIOMMO, Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero; in Corriere Giur., 1999, 441 ss., con nota di DI MAJO, L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione.

Sulle novità della l. n. 24/2017, v. RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Milano 2018; VOLPE (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria*, Bologna, 2018; IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019; CICERO, *La presunta eclissi della responsabilità medica da contatto sociale*, in Riv. dir. civ., 2019, 19 ss. e in VOLPE (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria*, cit., 55 ss.; GABRIELLI - RUFFOLO (a cura di), *La responsabilità medica*, in Giur. it., 2021, 456 ss.

² Su cui v. la l. 24 dicembre 1969, n. 990 sull'introduzione dell'obbligo assicurativo in materia di circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, di seguito assorbita nel d.lgs. n. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. Codice delle assicurazioni provate).

prodotti di consumo difettosi³ e, più di recente, al trattamento e alla diffusione dei dati personali⁴.

In modo non dissimile da quanto accaduto in quei settori della vita di relazione, l'esigenza di una razionalizzazione complessiva del sistema dell'attività sanitaria ha indotto il legislatore (attraverso la legge n. 24/2017, c.d. legge Gelli-Bianco), a riconoscere l'inidoneità degli strumenti tradizionali del diritto privato comune (l'obbligazione, il contratto, il fatto illecito) – legati alla disciplina del singolo episodio conflittuale o della singola lesione di un interesse giuridicamente rilevante – a realizzare un'adeguata risposta ai rischi connessi alla sistematica ricorrenza della *medical malpractice*, rendendosi piuttosto indispensabile una gestione politica del 'bisogno sociale' di sicurezza attraverso una configurazione 'di sistema'.

Dall'osservazione dei singoli episodi conflittuali, i riflettori dell'ordinamento appaiono ora diversamente orientati sull'esame del soggetto (o dei soggetti) cui può essere ascritta, quale caratteristica propria, quella di generare il rischio sociale; e dunque, di analizzarne e disciplinarne le modalità di comportamento in un quadro, per l'appunto, di 'sistema'.

Si tratta, in concreto, tra le molte altre misure possibili, di dar vita alla creazione di istituzioni pubbliche deputate alle attività di descrizione e di raccolta dei dati necessari allo studio delle politiche di *risk management*; di prevedere doveri e obblighi d'indole pubblicistica; di affermare forme di responsabilità differenziate o, in ogni caso, sottratte agli ordinari meccanismi di applicazione delle regole comuni; di provvedere all'istituzione di autorità amministrative di controllo e di sanzione; di sollecitare l'intervento della finanza pubblica o il coinvolgimento del mondo delle assicurazioni private.

Un modello per cui, da un lato, il sistema sociale di riferimento (costituito, in primo luogo, da quello delle strutture sanitarie) assume il compito di gestire i rischi sanitari (attraverso il perfezionamento delle tecniche di *risk management* e la massimizzazione della circolazione del sapere scientifico consolidato) e, dall'altro, di sostenerne gli oneri finanziari che vi sono connessi attraverso il ricorso alla leva assicurativa.

Il 'sistema' (o sotto-sistema) della responsabilità sanitaria così disegnato si muove, dunque, attorno al valore fondante della *sicurezza delle cure*, cui è peraltro dedicata la titolazione della legge n. 24/2017 destinata a dettare “*disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*”.

³ Su cui v. il D.P.R. del 24 maggio 1988 n. 224 che ha recepito la direttiva comunitaria 85/374/CEE introducendo per la prima volta nel sistema giuridico italiano il principio della responsabilità oggettiva del produttore, successivamente abrogata e incorporata nel Codice del Consumo (D.Lgs. n. 206/2005).

⁴ Su cui v. la legge 31 dicembre 1996 n. 675, successivamente abrogata ed assorbita dal c.d. Codice Privacy (D.Lgs. n. 196/2003), modificato dal D.Lgs. 101/2018 che ha recepito il Regolamento UE 2016/679 (GDPR).

Per espressa disposizione di detta legge, la *sicurezza delle cure* rappresenta una 'parte costitutiva' del diritto alla salute perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività' (art. 1).

In particolare, secondo il secondo comma dell'art. 1, «la sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di *tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative*».

In breve, la sicurezza delle cure non si risolve solo nell'affinamento della qualità tecnico-scientifica della prestazione del sanitario, ma anche (quando non soprattutto) nell'apprestamento delle strutture e dell'organizzazione più funzionale alla migliore efficienza del servizio.

Si tratta di declinare il tema della sicurezza delle cure, tanto nei termini dell'accrescimento della qualità dei livelli scientifici delle prestazioni rese, quanto sul piano della più razionale gestione delle risorse finanziarie complessivamente disponibili.

Da questo di vista, la distinzione tra il carattere pubblico o privato dell'organizzazione dell'attività sanitaria perde centralità e cede al vantaggio collettivo che può essere realizzato sul piano di un'organizzazione complessiva.

Non si tratta, naturalmente, di avallare in termini generali una scelta di carattere politico, circa l'opportunità di riservare maggiori o minori risorse all'uno o all'altro settore (pubblico o privato) dell'organizzazione della sanità, quanto di strutturare l'organizzazione dell'attività sanitaria in generale, indipendentemente dalla circostanza che i servizi siano prestati in modo integrale da soggetti pubblici o, al contrario, da un sistema in cui operano, tanto soggetti che risalgono all'iniziativa pubblica, quanto soggetti costruiti dall'iniziativa privata.

Si è detto come, nel quadro tracciato dalla legge Gelli, rivesta un ruolo di particolare rilievo l'espressa disposizione secondo cui la sicurezza delle cure (come parte costitutiva del diritto alla salute) si realizza anche mediante *l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative*.

È nell'ambito di questa previsione che assume un suo preciso significato l'impiego dell'intelligenza artificiale o, correlativamente, il mancato impiego di quest'ultima, come eventuale fonte di responsabilità.

Nella relazione sullo stato di salute dell'Unione Europea di qualche anno fa⁵, si è evidenziato come la trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza costituisca la principale soluzione per una riforma del *welfare* sanitario e sociale, anche sotto il profilo del risparmio di spesa.

⁵ "Lo stato della salute nell'UE: Relazione di accompagnamento 2017", reperibile nel sito https://ec.europa.eu/health/state/glance_it, su cui v. anche FERIOLI, *L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, cit., 163.

Da questo punto di vista, l'utilizzo delle tecnologie di intelligenza artificiale consentirebbe l'impiego di algoritmi per migliorare la raccolta, la conservazione e il trattamento dei dati personali relativi alla salute degli individui; informazioni che consentono di studiare le caratteristiche fisiche genetiche di ciascuno al fine di migliorare la prevenzione delle malattie, elaborare diagnosi e realizzare un trattamento e un'assistenza personalizzata.

In questa direzione vanno letti, e si inseriscono, i provvedimenti nazionali già adottati in materia di fascicoli sanitari elettronici e di servizi di telemedicina nell'ambito della creazione di reti di informazione sanitaria.

Sempre sotto il profilo del risparmio della spesa pubblica e dell'appropriatezza delle cure, si è parlato del carattere promettente dell'introduzione della robotica nell'ambito delle operazioni chirurgiche, della rieducazione e della riabilitazione, oltreché dei *social robot* nell'assistenza domiciliare per anziani e disabili.

Secondo una ricerca inglese di non molti anni fa, circa il 30% dei compiti svolti dagli infermieri e circa il 25% di quelli svolti dai medici, potrebbero in futuro essere compiuti da robot o da sistemi di intelligenza artificiale⁶.

La progressiva concentrazione dell'interesse del sistema, più per le strutture organizzative (ospedali e cliniche) che per le persone (i singoli medici) – segnatamente in relazione alla crescente rilevanza dell'impiego di capitali e investimenti in strumentazione ad elevato contenuto tecnologico a fini organizzativi, diagnostici e terapeutici – ha comportato una ridefinizione del rapporto tra la persona del medico e le macchine attraverso le quali è chiamato ad esercitare le proprie funzioni, oltre che a un ripensamento del ruolo dell'una (la struttura) e dell'altra (la persona del medico) nelle relazioni con l'utente finale.

In questo senso, l'attività delle strutture sanitarie appare sempre meno la somma di singoli atti medici, e sempre più una prestazione organizzata che non si esaurisce nel mero operato dei singoli sanitari, ma si esplica e si materializza nell'erogazione di un servizio complesso e articolato, in cui i criteri di valutazione della responsabilità del singolo medico si accostano e si confondono con quelli che attengono alla responsabilità delle strutture sanitarie per l'inadempimento delle obbligazioni proprie.

Da un certo punto di vista, l'evoluzione della professione sanitaria appare parallela alla stessa traiettoria che caratterizza la trasformazione delle altre tradizionali professioni protette che, se un tempo rifiutavano l'idea della prestazione resa dall'azione di strutture organizzative complesse (le c.d. società tra professionisti rigidamente proibite dalla legge n. 1815/39)⁷, appaiono oggi sempre più spesso avviate sulla strada contraria, se

⁶ *The final Report of Lord Darzi Review of Health and Care*, 15.6.2018, reperibile sul sito internet: <https://www.ippr.org>, che calcola il possibile risparmio di risorse economiche da parte del *National Health Service* inglese grazie all'utilizzo massiccio della robotica e dell'intelligenza artificiale nella sanità e nell'assistenza, su cui v. FERIOLI, *op. ult. cit.*, 165.

⁷ V. la l. 23 novembre 1939, n. 1815 (*Disciplina giuridica degli studi di assistenza e di consulenza*) formalmente abrogata dalla l. 12 novembre 2011, n. 183.

si pensa alla sempre più frequente costituzione di società di *engineering*, di consulenza tributaria, legale, commercialistica ecc. sulla scia di quanto previsto dall'art. 2, co. 1, lett. c), della legge n. 223/2006⁸.

Si tratta di un'evoluzione organizzativa a cui sembra accostarsi, con specifico riferimento alla scienza medica, una parallela evoluzione epistemologica, destinata a fondarsi sempre più sull'accumulazione di enormi masse di dati trattati attraverso algoritmi e sempre meno sull'esperienza individuale del singolo professionista.

E tuttavia, accanto all'accentuazione dell'aspetto strutturato e complesso della prestazione sanitaria nel mondo contemporaneo, la legge intende contestualmente conservare e ridefinire in modo esplicito la cura come relazione personale e il tempo della cura come dimensione stessa della relazione col paziente.

Varrà, al riguardo, richiamare l'espressa disposizione del comma 8 dell'art. 1 della legge n. 219/2017 sul consenso informato, secondo cui *"Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura"*⁹.

⁸ Secondo l'art. 2, co. 1, lett. c), della legge n. 223/2006 «In conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali [...] il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti, fermo restando che l'oggetto sociale relativo all'attività libero-professionale deve essere esclusivo, che il medesimo professionista non può partecipare a più di una società e che la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità».

Sul tema v., BAUCO - FREZZA - VALENTE, *Le società di professionisti*, Milano, 2002; SARALE - CAVANNA, *Le professioni protette, dagli studi associati alle società*, in *Giur. it.*, 2020, 1247.

⁹ Sul tema del consenso informato v., tra gli altri, COPPINI, *Diritti del paziente e consenso informato*, in RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018, 167 ss.; STANZIONE - ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, 257 ss.; CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 1037 ss.; DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, 2, 783 ss.; FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, 85 ss.; AZZONI, *Il consenso informato: genesi, evoluzione, fondamento*, in VIAFORA - GAIANI (a cura di), *A lezione di bioetica: temi e strumenti*, Milano, 2012, 164 ss.; ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di cura*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, 1, 2020 ss.; CACACE, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, in *Danno e Resp.*, 2017, 2, 238 ss.; GORGONI, *Il trattamento sanitario arbitrario nella morsa tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 2, 740 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *Informazione e consenso*, in IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 255 ss.; ALBANESE, *La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per la violazione degli obblighi informativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 4, 1171 ss.; SALANITRO, *Il consenso attuale e anticipato nel prisma della responsabilità medica*, in *NLCC*, 2019, 1, 124 ss.; FACCI - SAN MARTINO, *il consenso informato ed il risarcimento dei danni*, in *Corriere giur.*, 2020, 3, 353 ss.; TOMMASI, *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 1, 556 ss.

A questo stesso riguardo, il Comitato Nazionale per la Bioetica – come si ricava dalla ‘presentazione’ della raccolta tematica sulle nuove tecnologie e le loro applicazioni relative agli anni tra il 1992 e il 2023 – ha sottolineato l’essenzialità della coltivazione di una sorta di *umanesimo digitale* per una medicina ‘con’ le macchine e non ‘delle’ macchine¹⁰.

Ogni soggetto è malato ‘a modo suo’ e il contatto personale costituisce l’elemento essenziale di ogni diagnosi e di ogni terapia.

In questo senso, la macchina non potrà mai sostituire l’umano sul piano relazionale; ed è difficile non avvertire la risonanza di questa affermazione con il principio, fatto proprio negli anni ‘50 dall’Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo cui la nozione di salute si estende oltre la condizione di completo stato di benessere fisico, per attingere la dimensione psicologica e sociale della persona.

Nell’ambito dell’attività sanitaria, siamo, dunque, di fronte al singolare paradosso, per cui, mentre il contesto fortemente oggettivo e strutturato dell’organizzazione tende a sfumare il rilievo della relazione personale tra il singolo sanitario e il paziente (a fronte all’esaltazione della razionalizzazione organizzativa dettata dall’investimento capitalistico di carattere scientifico e tecnologico), dall’altro, quella relazione viene contestualmente accentuata, sul piano legislativo, attraverso la raccomandata conservazione del carattere tipicamente empatico del rapporto personale che il paziente instaura all’interno della struttura sanitaria, segnatamente in ragione della sua determinante qualità di persona affetta da una singolare e irripetibile condizione di sofferenza.

Proprio questa commistione di aspetti personali e aspetti tecnologici sembra individuare la migliore prospettiva dalla quale muovere per l’analisi della responsabilità legata all’uso dell’intelligenza artificiale nell’ambito della prestazione medica di carattere diagnostico e terapeutico.

2. L’intelligenza artificiale nell’ambiente medico-sanitario

Converrà anticipare come, secondo quanto risultante dai più recenti documenti normativi riguardanti il rapporto tra l’attività medica di carattere diagnostico-terapeutico e l’intelligenza artificiale¹¹, la responsabilità personale del medico rimanga centrale rispetto alla funzione meramente *servente* della tecnologia informatica¹².

¹⁰ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Le nuove tecnologie e le loro applicazioni: percorsi bioetici, Raccolta tematica 1992-2023*, 15, consultabile sul sito <https://bioetica.governo.it/media/1kqnu3jc/tecnologie-emergenti-pubblicazione.pdf>, 15.

¹¹ V. il Regolamento (UE) 2024/1689 dell’Unione Europea (c.d. AI Act) e la l. 23 settembre 2025, n. 132 (Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale) destinata a recepire quel regolamento.

¹² Sul tema del rapporto tra responsabilità medica e intelligenza artificiale, v., in generale, GABRIELLI - RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, 1657 ss.; RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale – Il diritto, i diritti, l’etica*, Milano, 2020; DE BERARDINIS, *L’impiego delle nuove tecnologie in medicina*, in ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 489 ss.;

Si tratta della riaffermazione dell'idea per la quale la potenza non è nulla senza controllo, mentre una potenza senza controllo è un rischio non calcolato, in coerenza al principio, largamente diffuso nel discorso sovranazionale, dello *human in command approach*¹³.

Sul piano filosofico è, intanto, possibile dubitare che l'intelligenza artificiale possa limitarsi a costituire un semplice strumento nelle mani del medico, alla stregua di tutti quegli strumenti che, da sempre (dalla ruota alla fiamma ossidrica), hanno accompagnato l'evoluzione del lavoro umano in chiave tecnologica.

DI GREGORIO, *Robotica e intelligenza artificiale: profili di r.c. in campo sanitario*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2019, 4, 433 ss.; FASAN, *La tecnologia ci salverà? Intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2020, 1, 677 ss.; FERIOLI, *L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2019, 1, 163 ss.; FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione della intelligenza artificiale*, in *Contratto e Impresa*, 2020, 458 ss.; GIUSTI, *Intelligenza artificiale e sistema sanitario*, in DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 309 ss.; GUERRA, *Diritto comparato e robotica: riflessioni sulla litigation americana in materia di chirurgia robotica*, in *Dir. Inf.*, 2016, 157 ss.; VERONA, *Errore diagnostico e intelligenza artificiale: profili di responsabilità nell'imaging medico*, in *NGCC*, 2025, 1075 ss.; V. DI GREGORIO, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?*, in *Danno e resp.*, 2022, 51 ss.; CEREÀ, *Intelligenza artificiale a servizio dei pazienti per il contrasto a CoViD-19*, in *NGCC (suppl.)*, 2020, 45 ss.; MACRÌ - FURLANETTO, *I robot tra mito e realtà nell'integrazione con le persone, negli ambienti sociali e negli ospedali. Un approccio tra risk management e diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 3, 1045 ss.; PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecnologie e dir.*, 2020, 1, 161 ss.; SCALZINI, *Alcune questioni a proposito di algoritmi, dati, etica e ricerca*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 1, 169 ss.; SPINA, *La medicina degli algoritmi: Intelligenza Artificiale, medicina digitale e regolazione dei dati personali*, in PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 321 ss.; STRADELLA, *Forum Artificial Intelligence and Law. La medicina*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2020, 1, 508 ss.; MARCHETTI, *Alcune riflessioni in tema di intelligenza artificiale e responsabilità in medicina*, in *Resp. civ. e prev.*, 2025, 1782 ss.; SCOTTI, *La responsabilità civile dei danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario*, in *Giust. civ.*, 2024, 158 ss.; GUERRA, *Nanomedicina e diritto. Un primo approccio*, *Danno e resp.*, 2006, 1029 ss.; COMANDÉ, *La r.c. dopo la L. n. 132/2025: per favore parliamone!*, in *Danno e resp.*, 2025, 673 ss.

In ambito medico-legale v. LOMBARDI, *La responsabilità civile delle piattaforme digitali nel danno da deepfake di natura sanitaria o biomedica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2025, 923 ss.; FIORINELLI - MENOZZI - SESTINI - SARACINO - SIMONI - PARZIALE - MACRÌ, *Intelligenza artificiale in medicina e responsabilità: scenari giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2025, 831 ss.

¹³ Così il Parere 31 maggio 2017 CNT/806) del Comitato Economico e Sociale Europeo, avente ad oggetto “Le ricadute dell'Intelligenza Artificiale sul mercato unico (digitale), sulla produzione, sul consumo, sull'occupazione e sulla società”. Si vedano, inoltre, gli Orientamenti Etici per una Intelligenza Artificiale affidabile, pubblicati l'8 aprile 2019 e predisposti dal “Gruppo Indipendente di esperti ad alto livello” istituito dalla Commissione Europea: i §§ 62-65 di tali Orientamenti indicano espressamente, fra i “requisiti per una Intelligenza Artificiale affidabile”, l'esistenza di adeguati poteri di “intervento e sorveglianza umani” sui beni e sui sistemi ‘intelligenti’. V., al riguardo, SAVINI NICCI - VETRUGNO, *Intelligenza artificiale e responsabilità nel settore sanitario*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 615.

Sembrerebbe, infatti, che l'intelligenza artificiale valga piuttosto a designare i confini di un 'ambiente specifico' (la c.d. *infosfera*) all'interno del quale il ruolo dell'umano è chiamato ad inserirsi adattivamente in termini critico-dialogici¹⁴.

Dal discorso degli specialisti abbiamo appreso come i sistemi di intelligenza artificiale si distinguano, per evoluzione di complessità, tra sistemi esperti, sistemi di apprendimento supervisionato e sistemi di auto-apprendimento non supervisionato, come i *Large Language Model* (LLM) e i sistemi di *deep learning* di ultima generazione, caratterizzati dalla capacità del procedimento di elaborare enormi masse di dati e di riformulare continuamente (attraverso il contatto con l'esperienza) la struttura e la composizione degli algoritmi che entrano in relazione nello scambio tra i diversi strati di profondità dell'elaborazione¹⁵.

L'aspetto critico degli *output* di intelligenza d'artificiale, secondo il comune convincimento, consiste nella (relativa) opacità delle soluzioni che prospetta: i sistemi di intelligenza artificiale lavorano, infatti, non secondo legami di causalità logicamente spiegabili (ossia fondandosi su riconoscibili nessi semantici), ma sulla base di differenze statistiche tratte dalla computazione dei giganteschi *dataset* da cui sono alimentati; inferenze la cui determinabilità risulta spesso impedita, al di là dei fattori strutturali, persino dai vincoli di segretezza industriale che coprono i codici sorgenti.

Le principali cause dell'incontrollabilità e dell'imprevedibilità dei sistemi di AI si riconducono, per lo più, alla complessità della struttura algoritmica, costituita da milioni di neuroni artificiali; altrove, l'indecifrabilità è il frutto dell'impiego di modelli di apprendimento statistici che appaiono incomprensibili per la mente umana.

Se può far sorridere il classico aneddoto del riconoscimento digitale automatico di immagini di *husky* e di lupi (un compito rispetto al quale l'infallibilità dei sistemi è risultata dalla relativa attenzione, non già per l'animale ritratto, quanto per la presenza, nelle figure esaminate, della neve, di collari o di palazzi circostanti¹⁶), assai più rilevante, ai fini del nostro discorso, appare l'esame delle lesioni cutanee, ossia dei tumori della pelle riconosciuti da sistemi addestrati su miliardi di immagini (che nessun singolo medico avrà mai potuto vedere nella sua carriera), e, per di più, a una risoluzione irraggiungibile dall'occhio umano; un compito che i sistemi di AI hanno pur tuttavia dimostrato di non

¹⁴ Sulla nozione di 'infosfera' v., tra tutti, FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

¹⁵ Al riguardo, v. SANTOSUOSSO - SARTOR, *Decidere con l'IA. Intelligenze artificiali e naturali nel diritto*, Bologna 2024, 19 ss.

¹⁶ L'aneddoto si riferisce a una ricerca che fu effettivamente realizzata (la si trova descritta in un articolo scientifico del 2016, disponibile in rete su <https://arxiv.org/pdf/1602.04938>) e dalla quale furono ricavati davvero quei risultati; tuttavia, in quell'occasione, l'intelligenza artificiale fu appositamente impostata in modo difettoso ("We trained this bad classifier intentionally") allo scopo di dimostrare l'importanza dell'uso di immagini campione ben selezionate e di mettere in chiaro il pericolo delle cosiddette 'correlazioni spurie' e i rischi di un'eccessiva fiducia riposta in sistemi addestrati in modo improprio.

saper assolvere con fedeltà nei casi di addestramento condotto sulla base di dati ricavati, con percentuali assolutamente maggioritarie, da persone caratterizzate da una determinata colorazione della pelle¹⁷.

Si è rilevato come, in ambito sanitario, sia possibile identificare, esemplificativamente, almeno cinque scenari in cui l'affidabilità dei sistemi di AI può venir meno, e si sono indicati tali evenienze nei casi di pazienti asintomatici o che hanno sintomi atipici; in quelli di pazienti con comorbidità o con un quadro clinico complesso; nei casi in cui le caratteristiche dell'ambiente di destinazione in cui la macchina si trova a operare siano molto diverse da quelle dei laboratori di progettazione o di sperimentazione o, ancora, nelle ipotesi di malattie tuttora sconosciute¹⁸.

Date queste premesse, si comprende come l'attenzione condotta sul caso particolare, lungi dal soddisfarsi da un impiego acritico di quei sistemi, si sia piuttosto rivolta all'intelligenza artificiale come elemento di arricchimento e di articolazione del dialogo tra paziente e medico nell'ambito della relazione di cura, ossia come riferimento di sicuro interesse per l'alleanza terapeutica (che è all'origine di ogni progetto di cura), pur nella costante consapevolezza dei condizionanti limiti imposti da un simile coinvolgimento.

La legge n. 132/2025 detta, in ambito sanitario, il principio secondo cui l'uso dell'AI rappresenta un 'contributo' al miglioramento del sistema sanitario (come prevenzione, diagnosi e cura) nel rispetto dei diritti e della *privacy*¹⁹.

In questo contesto, i principi-cardine della legge si sintetizzano nel divieto di criteri discriminatori nell'accesso alle cure; nel diritto all'informazione per l'interessato; nella promozione dell'AI per l'inclusione delle persone con disabilità; nell'obbligo di affidabilità realizzato attraverso la periodicità delle verifiche e dell'aggiornamento dei sistemi; ma, soprattutto, nella considerazione dell'AI esclusivamente come supporto e nella permanente attribuzione al medico delle decisioni finali²⁰.

¹⁷ V. sul punto COMANDÉ, *Tecnologie e metamorfosi del danno e della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2024, 159.

¹⁸ GRASSO, *Diagnosi algoritmica, errata e responsabilità medica*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 339 s.

¹⁹ Secondo l'art. 7, co. 1, della legge n. 135/2025 «L'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale contribuisce al miglioramento del sistema sanitario, alla prevenzione, alla diagnosi e alla cura delle malattie, nel rispetto dei diritti, delle libertà e degli interessi della persona, anche in materia di protezione dei dati personali».

²⁰ Art. 7: «Uso dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario e di disabilità

1. L'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale contribuisce al miglioramento del sistema sanitario, alla prevenzione, alla diagnosi e alla cura delle malattie, nel rispetto dei diritti, delle libertà e degli interessi della persona, anche in materia di protezione dei dati personali.

2. L'introduzione di sistemi di intelligenza artificiale nel sistema sanitario non può selezionare e condizionare l'accesso alle prestazioni sanitarie secondo criteri discriminatori.

3. L'interessato ha diritto di essere informato sull'impiego di tecnologie di intelligenza artificiale.

4. La presente legge promuove lo sviluppo, lo studio e la diffusione di sistemi di intelligenza artificiale che migliorano le condizioni di vita delle persone con disabilità, agevolano l'accessibilità, la mobilità indipendente e l'autonomia, la sicurezza e i processi di inclusione sociale delle medesi-

Più in generale, con riguardo all'uso dell'intelligenza artificiale nelle professioni intellettuali, l'art. 13 impone la considerazione dei sistemi di intelligenza artificiale come finalizzati *al solo esercizio dell'attività strumentale e di supporto con prevalenza del lavoro intellettuale*, con la previsione che le informazioni relative ai sistemi di intelligenza artificiale utilizzati dal professionista siano comunicati al destinatario della prestazione con un linguaggio chiaro, semplice ed esaustivo²¹.

Nell'accostarsi al tema della responsabilità civile per l'impiego dell'intelligenza artificiale in ambito medico, converrà rilevare come, tra le aree all'interno delle quali possono rivelarsi più frequenti i pregiudizi per i singoli, occorre considerare, in primo luogo, il trattamento dei dati personali.

La digitalizzazione dei dati medici (fascicoli sanitari, banche dati delle assicurazioni sanitarie, registri di somministrazione di farmaci etc.) concorre alla creazione di una vasta quantità di informazioni che sono fatalmente predisposte alla possibilità di essere analizzate e usate, non solo ai fini del trattamento sanitario, ma anche a fini di ricerca²².

Il raffinamento dei dati in possesso del sistema, nell'incontro con i dati personali del singolo paziente, consente progressivamente di pervenire a una tendenziale personalizzazione della cura che, a sua volta, proprio per il complesso delle particolarità che può caratterizzare la singola esperienza, potrà fornire ulteriore materiale e nuovi dati al sistema generale per approfondire le conoscenze complessive.

Da quest'ultimo punto di vista, un problema particolarmente critico è quello che attiene all'accesso ai dati: la potenziale disponibilità di una vasta quantità di dati (quelli inseriti nel *network* del servizio sanitario nazionale *in primis*) tutela l'interesse collettivo alla salute che è costituzionalmente protetto. Ci si chiede se e in che misura i dati appartengano al paziente, se egli ne possa disporre sempre e comunque e se e in che misura nell'erogare servizi sanitari sia corretto e lecito subordinare l'accesso al consenso espli-

me persone anche ai fini dell'elaborazione del progetto di vita di cui all'articolo 2, comma 1, lettera n), del decreto legislativo 3 maggio 2024, n. 62.

5. I sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario costituiscono un supporto nei processi di prevenzione, diagnosi, cura e scelta terapeutica, lasciando impregiudicata la decisione, che è sempre rimessa agli esercenti la professione medica.

6. I sistemi di intelligenza artificiale utilizzati in ambito sanitario e i relativi dati impiegati devono essere affidabili, periodicamente verificati e aggiornati al fine di minimizzare il rischio di errori e migliorare la sicurezza dei pazienti».

²¹ Art. 13: «*Disposizioni in materia di professioni intellettuali*

1. L'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale nelle professioni intellettuali è finalizzato al solo esercizio delle attività strumentali e di supporto all'attività professionale e con prevalenza del lavoro intellettuale oggetto della prestazione d'opera.

2. Per assicurare il rapporto fiduciario tra professionista e cliente, le informazioni relative ai sistemi di intelligenza artificiale utilizzati dal professionista sono comunicate al soggetto destinatario della prestazione intellettuale con linguaggio chiaro, semplice ed esaustivo».

²² Sul tema v. RE FERRÈ, *Il fascicolo sanitario elettronico nello spazio europeo dei dati sanitari tra diritti del paziente e utilizzo secondario dei dati*, in *Dir. amm.*, 2025, 1237 ss.

cito dell'interessato a un loro trattamento anonimizzato a fini scientifici, pur tenendo conto dei rischi di re-identificazione, volontaria o accidentale, nei casi di pseudonimizzazione dei dati²³.

La specificità dell'analisi connessa al tema della responsabilità per il trattamento dei dati sanitari suggerisce, tuttavia, di limitare il discorso in questa sede al rilievo di queste minime indicazioni, convenendo qui fermare l'attenzione alla considerazione dell'uso dell'intelligenza artificiale nel quadro delle prestazioni di diagnosi e di cura al fine di non disperdere, rispetto alle più ampie e sfumate dimensioni del tema della sicurezza digitale, l'unità del ragionamento che si conduce.

In ambito diagnostico, i sistemi di intelligenza artificiale (*diagnostic decision support systems* - DDSS) vengono impiegati allo scopo di suggerire al medico una serie di possibili o probabili ipotesi diagnostiche in modo rapido e accurato, in vista di una decisione terapeutica, ovvero di scegliere se e quali pazienti ricoverare d'urgenza o trasferire in terapia intensiva.

Si tratta di inferire da una serie di dati (sintomi, storia clinica, reazione agli stimoli, esami medici etc. etc.) la veridicità o meno dell'ipotesi clinica iniziale (è provato che X soffre della malattia Y o viceversa), attraverso la combinazione di procedimenti induttivi con quelle modalità logiche di abduzione che, più propriamente, caratterizzano le modalità di funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale.

Tali dispositivi, infatti, a differenza dei tradizionali strumenti diagnostici – i quali permettono di identificare in genere soltanto l'esistenza di uno o più elementi caratteristici della malattia –, sono progettati per offrire un'informazione definitiva e completa sull'esistenza di una patologia senza bisogno di ricorrere alla valutazione di sintesi di un medico, proponendosi poi di suggerire anche la terapia da adottare.

L'esperienza pratica ha reso noto l'impiego del sistema *AI Watson*, progettato e diffuso dalla IBM²⁴: un programma di intelligenza artificiale rivolto agli oncologi per la defi-

²³ RUFFOLO, *L'Intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e 'potenziamento'*, in Id. (a cura di), *La responsabilità medica*, in *Giur. It.*, 2021, 503, con richiami a CIANCIMINO, *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e Intelligenza Artificiale*, Napoli, 2020, 108 ss.

²⁴ Secondo il resoconto di VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2022, 670, nt. 3, la piattaforma fornisce supporto al personale sanitario che opera in oncologia identificando le opzioni di trattamento adatte alla storia clinica di ogni paziente e fornendo studi pertinenti che supportano le sue raccomandazioni. Ciò consente agli operatori sanitari di avere accesso, durante il trattamento dei pazienti, ad una grande quantità di dati, tra cui le più recenti scoperte scientifiche. Poiché la scelta del trattamento ottimale implica che, per ogni paziente, vengano considerati fattori come il livello di forma fisica, l'età, il profilo genetico, lo stato delle funzioni corporee, lo stadio e il tipo di cancro, un'equipe medica impiega in genere diversi giorni per scegliere il protocollo di trattamento adeguato. Viceversa, il dispositivo intelligente richiede circa due minuti per elaborare i dettagli del paziente e formulare raccomandazioni in ordine di priorità, indicando anche effetti collaterali e possibilità di sopravvivenza. Tale efficienza sarà molto utile non solo in Paesi dove il numero dei medici è molto basso, ma anche nei Paesi sviluppati. Invero, si può prevedere uno scenario in cui gli operatori sanitari potrebbero in-

nizione di cure. Si tratta di un sistema che fu largamente apprezzato nel 2017, per la sua capacità diagnosticare un tumore in pochi minuti, e in seguito aspramente criticato in un'inchiesta di una rivista specializzata che ne avrebbe evidenziato la notevole fallibilità, verosimilmente imputabile ai dati circoscritti a un numero limitato di medici e di pochi ospedali²⁵.

Noto agli specialisti è anche l'algoritmo *Medical Sieve*: un sistema di 'assistenza cognitiva automatizzata' dedicata a radiologi e cardiologi per coadiuvarne l'attività diagnostica e decisionale. Il sistema, raccogliendo dati clinici documentali e dati derivanti da tecniche di *imaging* dei pazienti, li analizza rintracciando, se ve ne sono, anomalie. I risultati della sua ricerca alimentano un algoritmo che utilizza elementi provenienti, sia da risultanze cliniche indipendenti del singolo paziente, sia da statistiche relative a pazienti simili, ovviamente nella misura resa possibile dalla potenza computazionale del sistema, per giungere ad una potenziale diagnosi differenziale che orienti il medico nella sua decisione.

Altrettanto conosciuto è il progetto di diagnosi umana *Human Dx*, strumento decisionale basato sull'AI che si avvale dei *Big Data* accumulabili attraverso un *crowdsourcing* destinato a coinvolgere medici e ricercatori a livello globale. Il progetto ha ricevuto centinaia di migliaia di contributi da decine di migliaia di professionisti distribuiti in oltre 80 Paesi. L'idea che sostiene il progetto è quella per cui l'intelligenza collettiva, potenziata dalla capacità computazionale che solo l'AI è in grado di esibire, possa condurre a un successo diagnostico incomparabile rispetto a quello conseguibile dai singoli medici posti di fronte al caso²⁶.

Sempre in ambito diagnostico, iniziano a sedimentarsi studi che sostengono la capacità dell'intelligenza artificiale (non solo di diagnosticare i già ricordati tumori cutanei con un livello di accuratezza sovrapponibile o persino superiore a quello di dermatologi affermati, ma anche) di identificare specifiche anomalie della conduzione atrio-ventricolare così come farebbe uno specialista cardiologo esperto, di interpretare reperti radiologici o istopatologici al pari di specialisti radiologi e anatomo-patologi qualificati, di individuare patologie maculari come se fossero oculisti di consolidata esperienza.

serire le informazioni del paziente nell'applicazione per generare opzioni di trattamento e quindi interagire con specialisti situati altrove per discutere la linea d'azione appropriata, migliorando così l'accesso all'assistenza sanitaria. Per un approfondimento sulla tecnologia sviluppata da IBM Watson, v. KAMALNATH, *Rethinking liability and licensing for doctors in the era of AI: Insights from company law*, in *Asia Pacific Journal of Health Law & Ethics*, 11(2), 2018, 33-50; v. anche LAGIOIA - CONTISSA, *The strange case of dr. Watson: Liability implications of AI evidence-based decision support systems in health care*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 12(2), 2020, 245-290.

²⁵ V. al riguardo, STRADELLA, *Forum Artificial Intelligence and Law. La medicina*, in *BioLaw Journal* – *Rivista di Biodiritto*, 2020, 1, 509.

²⁶ STRADELLA, *loc. ult. cit.*

Si ragiona financo sulla possibilità per i computer di diventare in futuro apprezzabili assistenti degli psichiatri, imparando a decifrare i pensieri che si celano dietro le nostre espressioni facciali²⁷.

Sul piano terapeutico, oltre all'individuazione della corretta terapia farmacologica adattata al caso concreto, le applicazioni dell'intelligenza artificiale hanno avuto una notevole rilevanza (oltreché una ragguardevole risonanza sul piano normativo continentale) nell'ambito dell'uso dei robot.

In relazione alla robotica chirurgica, il parlamento dell'Unione Europea ha emanato, il 16 febbraio 2017, una Risoluzione con il titolo "*Norme di diritto civile sulla robotica. Risoluzione del parlamento europeo il 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*"²⁸, in cui si richiama l'attenzione sul profilo della prevenzione, imponendo agli Stati di concentrare le iniziative sulla fase della formazione del professionista medico o tecnico dedicato all'attività, al fine di proteggere la salute degli utenti, e richiedendo la garanzia che i dispositivi e i robot usati in medicina siano soggetti a procedure di sperimentazione in sicurezza nel rispetto delle disposizioni già vigenti.

Nel settore medico, la risoluzione ribadisce l'approccio della supervisione e del controllo umano, riservando la scelta finale sull'esecuzione di un intervento al chirurgo. Il documento, nella sezione dedicata all'educazione del lavoro, raccomanda lo sviluppo delle competenze dei professionisti in rapporto anche alla sostenibilità ambientale, in un contesto in cui la cura del paziente prevede la preliminare identificazione dei ruoli e delle responsabilità dei soggetti coinvolti, dal progettista al programmatore, dal produttore dell'apparato all'operatore.

Successivamente, il Parlamento europeo è intervenuto con la Risoluzione del 12 febbraio 2019, "*Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale*" spostando l'accento sulla competitività economica e sulla sovranità tecnologica dell'Europa²⁹.

La chirurgia robotica si basa sull'utilizzazione delle caratteristiche abilitanti dei robot per migliorare le capacità possedute dal chirurgo quando esegue l'intervento a mano libera: la presenza di un'interfaccia tra chirurgo e strumenti che effettuano l'intervento permette di modulare elettronicamente la relazione tra i movimenti dell'uno e degli altri; il robot può regolare l'ampiezza o la dimensione del movimento, così che movimenti ampi del chirurgo possano imprimere movimenti minimi alla punta dello strumento, il che può

²⁷ In relazione a tali rilievi v. SAVINI NICCI - VETRUGNO, *Intelligenza artificiale e responsabilità nel settore sanitario*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 603.

²⁸ *Norme di diritto civile sulla robotica*, Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).

²⁹ *Una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale*, Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale (2018/2088(INI)).

rivelarsi particolarmente utile negli interventi chirurgici che richiedono, appunto, movimenti minimi e assolutamente precisi, come la sutura di piccoli vasi di minimo calibro. È possibile poi l'integrazione con algoritmi per ridurre il tremore mediante filtri incorporati.

Più recentemente, la chirurgia robotica si è arricchita del supporto dell'anestesia roboticamente assistita: una piattaforma automatizzata controlla gli agenti anestetici con dispositivi computer-assistiti, che, ai fini del dosaggio ottimale di un farmaco, calcolano momento per momento le dosi di un anestetico in un sistema a circuito chiuso.

È stata, infine, proprio la chirurgia robotica ad alimentare il concetto della *telechirurgia*: il chirurgo può eseguire l'intervento sul paziente trovandosi a grande distanza, pur continuando ad essere necessaria la presenza *in loco* di personale specializzato per preparare il paziente, inserire i *port-a-cath* (dispositivi di accesso venoso), attaccare il robot, sostituire gli strumenti ed intervenire in caso di complicanze o reperti inattesi che non possano essere dominati mediante il robot. Prima di un'applicazione nella pratica di tali approcci innovativi in remoto, dovranno essere risolti i potenziali ritardi tra movimenti del chirurgo e movimenti dello strumento. Maggiore è la distanza che devono percorrere i dati trasmessi dalla console al paziente, maggiore è il potenziale ritardo: è stato calcolato che ritardi maggiori di 250 millisecondi possono compromettere in modo significativo la qualità dell'intervento)³⁰.

In materia di dispositivi medici, l'Unione Europea ha emanato nel 2017 il Regolamento UE n. 745/2017 finalizzato a garantire il buon funzionamento del mercato interno per quanto riguarda i dispositivi medici, un livello elevato di protezione della salute dei pazienti e degli utilizzatori e la fissazione di standard elevati di qualità e sicurezza³¹.

Nel quadro dell'impiego di dispositivi guidati da intelligenza artificiale (nell'ambito del c.d. Internet delle cose, *Internet of things*) si colloca altresì la terapia riabilitativa e il tema scottante dello *human enhancement* (potenziamento umano)³².

In quest'ambito, il tema della responsabilità connessa all'impiego di dispositivi guidati dall'intelligenza artificiale si estende, esemplificativamente, dai sistemi di AI che rimettono agli algoritmi la decisione se sottoporre il paziente al controllo medico o meno; alle protesi e agli esoscheletri intelligenti connessi come innesti corporei animabili con il pensiero; dai dispositivi medici *smart* (orologi che monitorano temperatura e frequenza cardiaca; cerotti che misurano pressione arteriosa e saturazione; sensori sottocutanei che leggono i livelli di zucchero; etc.); agli organismi geneticamente modificati, il cui impiego nelle tecniche di cura e ricostruzione degli organi ha trovato nuovo impulso nei si-

³⁰ SAVINI NICCI, Vetrugno, *Intelligenza artificiale e responsabilità nel settore sanitario*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 604 s.

³¹ Regolamento del Parlamento e del Consiglio del 5/4/2017 (*Medical Device Regulation*) entrato in vigore dal 26 maggio 2020 (che abroga la direttiva n. 385/90 CEE e la direttiva n. 42/93 CEE e sostituisce il precedente d.lgs. n. 46/1997 di attuazione).

³² Sul tema dello *human enhancement* v., tra gli altri, RUFFOLO - AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, in GABRIELLI - RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, 1658 ss.

stemi di AI quale parte della convergenza e dell'interazione tra nanotecnologie, biologia, *information technology* e scienze cognitive³³; dai *chatbot* avanzati capaci di interazione simil-umane nei rapporti con i pazienti bisognosi di assistenza o al fine di alleviare stati depressivi; ai dispositivi di *eHealth* per il monitoraggio della salute mediante i cosiddetti *wearables* (dispositivi indossabili) (come, ad es., i *pace-maker* controllabili a distanza), fino ai dispositivi utilizzati per processare ed esaminare enormi quantità di dati al fine di comprendere il funzionamento di un composto farmaceutico.

Sul tema dello *human enhancement* si apre un capitolo vasto di indagini di carattere etico-giuridico, con particolare riguardo alla legittimità di forme di trasformazione del corpo umano che possono condurre (al di là degli indubbi progressi sul piano del recupero di funzioni perdute) a esiti potenzialmente discriminatori sul piano sociale e relazionale. Si tratta, con riguardo a quest'ultimo capitolo del rapporto tra sanità e intelligenza artificiale, di chiamare in causa l'eterna dialettica tra libertà e responsabilità, che solo alle scelte politiche collettive del tempo futuro è possibile affidare³⁴.

Un aspetto su cui varrebbe dedicare almeno un cenno è quello relativo all'incidenza che può (o potrebbe) avere l'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale alle tecniche di riabilitazione sul piano della determinazione dei danni alla salute, laddove il recupero di determinate funzioni biologiche possa in qualche misura incidere positivamente sulla riduzione del danno dinamico-relazionale, anche in chiave di rivedibilità diacronica, salvo (sempre e in ogni caso) il principio per cui deve ritenersi esclusa l'imponibilità di alcun obbligo, a carico del danneggiato, di sottoporsi a qualsivoglia trattamento sanitario allo scopo di limitare i danni subiti³⁵.

³³ Sul tema v. GUERRA, *Nanomedicina e diritto. Un primo approccio, Danno e resp.*, 2006, 1029 ss.

³⁴ Sulle generali tematiche attinenti al "transumanesimo", oltre al già citato RUFFOLO - AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, v. ALEXANDRE - BESNIER, *Do Robots make love? From AI to immortality – Understanding transhumanism in 12 questions*, Londra, 2018; BERRY - FAGERJORD, *Digital humanities*, Cambridge, 2017; BOSTROM, *Superintelligenza – Tendenze, pericoli, strategie*, Torino, 2018; CUILLANDRE, *Un monde meilleur: et si l'intelligence artificielle humanisait notre avenir?*, Parigi, 2018; DAUGHERTY - WILSON, *Human + Machine: reimagining work in the age of AI*, Boston, 2018; DUMOUCHEL - DAMIANO, *Vivere con i robot – Saggio sull'empatia artificiale*, Milano, 2019; FRISCHMANN - SELINGER, *Re-Engineering humanity*, Cambridge, 2018; FRY, *Hello World – Esseri umani nell'era delle macchine*, Torino, 2019; GAGGI, *Homo premium, come la tecnologia ci divide*, Bari, 2018; HANSON, *The age of EM – Work, love, and life when robots rule the Earth*, Oxford, 2016; HARARI, *Homo Deus – Breve storia del futuro*, Milano, 2017; ID., *Da animali a dei. Breve storia dell'umanità*, Milano, 2014; HUSAIN, *The sentient machine – The coming age of artificial intelligence*, New York, 2017; KAKU, *Il futuro dell'umanità, dalla vita su Marte all'immortalità, così la scienza cambia il nostro destino*, Milano, 2018; MALONE, *Superminds – The surprising power of people and computers thinking together*, Londra, 2018; OLIVEIRA, *The digital mind – How science is redefining intelligence*, Cambridge, 2017; PICQ, *L'Intelligence artificielle et les chimpanzés du futur – Pour une anthropologie des intelligences*, Odile Jacob, Paris, 2019; PIZZUTI, *Evoluzione non autorizzata*, Vicenza, 2016; SADIN, *L'intelligence artificielle ou l'enjeu du siècle anatomie d'un antihumanisme radical*, Parigi, 2018; TEGMARK, *Vita 3.0 – Esseri umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2018.

³⁵ Sul punto v., nella giurisprudenza più recente, Cass., 24 aprile 2024 n. 11137.

Sul fronte della responsabilità connessa agli errori destinati a trasmettersi sull'*output* finale di tutti i sistemi e i *medical devices* sin qui esemplificativamente richiamati, occorrerà riconoscere, di volta in volta, il ruolo dei diversi soggetti che ne risultano coinvolti.

A tal fine, converrà distinguere, all'interno della categoria generale dei *produttori* dei sistemi, gli *autori della progettazione*, a cui risale l'ideazione degli algoritmi, dai *programmatori*, a cui è rimessa la conversione della progettazione nel 'codice macchina' comprensibile dal sistema. Si tratta, con riguardo alle attività degli uni e degli altri, di operazioni potenzialmente capaci di incidere sui meccanismi di autoapprendimento del sistema, per l'eventuale mancata predisposizione di adeguati blocchi volti a inibire evoluzioni destinate a sfociare in comportamenti lesivi. Secondo il lessico più consueto all'educazione del giurista, può pensarsi a tali mancanze alla stregua di *difetti* del 'prodotto' destinati a caratterizzare, tanto la componente algoritmica, quanto quella propriamente fisica della macchina che la incorpora³⁶.

Da questa prospettiva, un ruolo decisivo acquistano altresì gli *addestratori*, ossia i soggetti che alimentano i sistemi attraverso l'immissione dei dati.

L'alimentazione attraverso i dati realizza, secondo il linguaggio invalso tra gli specialisti, il vero e proprio 'allenamento della macchina' (*training*); un'espressione che, specialmente nel c.d. *machine learning*, allude all'attività di selezione dei dati, alla costruzione dei *dataset* e alla fissazione dei parametri di ricerca per l'apprendimento automatico. Attraverso tale pratica, gli algoritmi si 'allenano' a trovare correlazioni tra i diversi dati immessi utilizzando i parametri di ricerca prefissati. È qui, nella potenziale costruzione e immissione di *dataset* poco rappresentativi o financo discriminatori, che si annidano i maggiori rischi di un *output* lesivo (si pensi a dati necessariamente indotti a trascurare patologie rare, o non adeguatamente rappresentativi dell'età o del sesso del campione).

Da ultimo, il profilo soggettivo dei responsabili degli errori dei sistemi di AI si completa con la categoria degli *utilizzatori*, ossia delle strutture sanitarie e/o dei singoli medici che delle prestazioni di quei sistemi concretamente sia avvalgono.

3. Modelli di responsabilità

Si è più volte ripetuto come uno dei temi centrali, nella materia della responsabilità civile relativa all'uso dell'intelligenza artificiale, è quello che interroga sulla necessità dell'introduzione di nuove norme, nuovi schemi o rinnovate categorie giuridiche desti-

³⁶ V. RUFFOLO, *L'Intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e "potenziamento"*, in E. GABRIELLI - U. RUFFOLO (a cura di), *La responsabilità medica*, cit., 503, 505, 507; Id., *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in GABRIELLI - RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 1693; SAVINI NICCI - VETRUGNO, *Intelligenza artificiale e responsabilità nel settore sanitario*, cit., 614 s.; PAVAN, *Intelligenza artificiale e modelli di responsabilità civile: riflessioni a margine dei recenti interventi normativi europei*, in *Danno e resp.*, 2025, 692.

nate a governare le conseguenze dannose degli impieghi dell'AI, a fronte del riconoscimento della perdurante possibilità di riferirsi o di ricorrere ai modelli già sperimentati e consolidati dalla tradizione³⁷.

Si è altresì rilevato come le diverse soluzioni prospettabili nella costruzione delle regole di responsabilità 'da intelligenza artificiale' non siano affatto neutre sul piano delle opzioni di politica del diritto³⁸.

Finalità di tutela del danneggiato, di incentivo al progresso scientifico della ricerca, ovvero all'utilizzo delle macchine di AI da parte degli operatori (o degli utenti) possono entrare in conflitto, e gli assetti del giudizio di responsabilità – individuazione dei soggetti responsabili e criteri di imputazione – possono privilegiare ora l'uno ora l'altro degli interessi menzionati, di volta in volta legati, in una dimensione conflittuale, alla tutela della persona, al potenziamento della conoscenza scientifica o alla massimizzazione della redditività commerciale nell'uso delle tecnologie.

Da quest'ultimo punto di vista, la riflessione condotta in chiave comparativa tra i diversi sistemi giuridici nel mondo ha consentito di identificare i caratteri propri del modello europeo (incline a costruire la propria identità giuridica facendo appello al linguaggio dei diritti e ai valori costituzionali della persona), rispetto, ad es., a quello americano o a quello cinese, viceversa orientati, il primo, a riaffermare l'inderogabilità dei principi del libero mercato in vista della massimizzazione dei profitti e della libertà dell'innovazione tecnologica, e il secondo ad accreditare una precisa visione di società, da realizzare mediante il consolidamento dei valori del socialismo e del confucianesimo attraverso il controllo della società da parte del partito comunista³⁹.

La proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio diffusa nel 2022 per l'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale dell'intelligenza artificiale⁴⁰ mirava a facilitare il risarcimento dei danni causati da sistemi di IA, armonizzando le norme nazionali in materia di responsabilità civile, ma le difficoltà di ordine politico (variamente ascritte alla mancanza di consenso tra le istituzioni europee o alle complicazioni delle relazioni politico-commerciali sul piano intercontinentale) hanno indotto la Commissione europea a ritirare la proposta nel corso del 2025⁴¹.

³⁷ V., per tutti, RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, cit., 1689 ss.; COSTANZA, *L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in GABRIELLI - RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 1686 ss.

³⁸ D'ADDA, *Danni da robot (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 809.

³⁹ In tal senso, v. SMORTO, *Il ruolo della comparazione giuridica nella contesa per la sovranità digitale*, in *DPCE online*, 2023, 1, 339 ss. (reperibile su <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1810/1815>). V. anche STIANO, *La 'corsa' alla regolamentazione dell'intelligenza artificiale: una riflessione in chiave comparata*, in *Dir. pubb. comp. ed eur.*, 2025, 97 ss.

⁴⁰ Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale - *AI Liability Directive*, adottata dalla Commissione europea il 28 settembre 2022 (COM(2022) 496 final, 2022/0303 (COD)).

⁴¹ La decisione ufficiale di ritiro è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'UE del 6 ottobre 2025.

Allo stato, l'approccio dell'Unione Europea sembra concentrarsi principalmente sull'*AI Act* e sulla direttiva (riveduta) sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi (*Product Liability Directive*), che considera esplicitamente il *software* e l'IA come 'prodotti', con nuove regole applicabili a partire dal 9 dicembre 2026.

3.1. L'orizzonte normativo europeo

Converrà sinteticamente ricordare come l'*AI Act*⁴² abbia scelto di impostare il proprio approccio sulla base del *rischio*, per cui il rigore delle regole d'indole precauzionale è destinato ad accrescersi in proporzione al pericolo potenziale per la salute e i diritti dei pazienti.

Il riconoscimento della potenziale incidenza dell'attività sanitaria sulla vita umana ha in tal senso indotto il decisore europeo a classificare la maggior parte delle applicazioni mediche nell'ambito delle attività 'ad alto rischio' (art. 6 e Allegato III).

In termini esemplificativi, si tratterebbe di governare il rischio legato all'impiego di tutti i dispositivi medici dotati di *software* per analisi di campioni biologici o dei sistemi che suggeriscono terapie o prognosi, o di algoritmi per l'assegnazione di posti letto o per la gestione delle emergenze.

Per tutti i sistemi ad alto rischio il regolamento prevede requisiti rigorosamente stringenti (artt. 9-15) volti a garantire la qualità dei dati e la relativa conformità al GDPR; l'assicurazione di un'adeguata supervisione umana, il rispetto di adeguati *standard* di trasparenza e di sicurezza (legati anche alla diffusione di documentazione tecnica dettagliata, alla tracciabilità delle operazioni e alla protezione da attacchi informatici); la proibizione di pratiche destinate a comportare rischi inaccettabili, come la manipolazione comportamentale (ad es., sistemi che usano tecniche subliminali per indurre comportamenti dannosi per la salute fisica o psicologica di una persona), *social scoring* (come la selezione dell'ammissione alle cure sulla base di punteggi legati al riscontro di determinati comportamenti sociali), o come il riconoscimento delle emozioni, generalmente vietato, benché consentito per taluni specifici scopi terapeutici (come, ad es., ai fini del supporto di pazienti affetti da autismo).

Si tratta di previsioni cautelari presidiate da un rigoroso apparato sanzionatorio, con la possibile applicazione di multe di rilevantissimo impegno economico⁴³.

Dal suo canto, la Direttiva (UE) 2024/2853 sulla responsabilità da prodotti difettosi⁴⁴ è destinata a realizzare l'aggiornamento delle regole europee per l'era digitale e dell'IA.

⁴² Il Regolamento (UE) 2024/1689, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 12 luglio 2024 e in vigore dal 1° agosto 2024), costituisce la prima normativa organica al mondo sull'intelligenza artificiale ed è destinata a incidere significativamente sul settore sanitario.

⁴³ Per un'informazione generale sull'*AI Act* v., tra i molti, PETRUSO - SMORTO, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, in NGCC, 2024, 989 ss.; RESTA, *L'ambito territoriale di applicazione del Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: note critiche*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2024, 731 ss.

⁴⁴ La Direttiva (UE) 2024/2853 (che abroga la precedente direttiva 85/374/CEE) è stata approvata definitivamente il 23 ottobre 2024 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 18 novembre 2024 (serie L).

Il principio cardine della direttiva rimane quello della responsabilità oggettiva (*strict liability*) per cui il produttore risponde dei danni causati da un difetto del prodotto a prescindere dalla colpa: il danneggiato può limitarsi a provare il danno subito, il difetto del prodotto e il nesso causale tra i due.

La novità sul piano digitale è riscontrabile sul piano della definizione della nozione di 'prodotto', che la direttiva allarga alla considerazione del *software* e dell'intelligenza artificiale (tanto autonomi, quanto integrati all'interno di supporti fisici identificabili in modo specifico come prodotti collocati sul mercato) e degli stessi servizi digitali necessari al funzionamento del prodotto (come, ad es., i c.d. *cloud per smart device*). La responsabilità del produttore è destinata a coprire anche i difetti eventualmente emersi dopo la vendita a causa degli aggiornamenti del *software* o, in ipotesi, della loro mancanza.

Sul piano processuale, le difficoltà connesse all'identificazione dei difetti di prodotti così tanto sofisticati sul piano tecnologico (si pensi alle c.d. *black boxes* degli algoritmi più complessi) appaiono semplificate, secondo le previsioni del decisore europeo, attraverso il riconoscimento, in favore del consumatore, di presunzioni di difettosità del prodotto che, nei casi tecnicamente troppo complessi da spiegare, sollevano il danneggiato dai propri oneri probatori, imponendo, per converso, alle aziende, l'obbligo di rivelare documenti e dati tecnici rilevanti per il giudizio.

Si tratta di responsabilità e condizioni che, oltre le figure dei produttori, incidono anche sugli importatori e, in talune ipotesi, sui fornitori della logistica, o ancora a carico di coloro che abbiano eventualmente apportato modifiche sostanziali al prodotto diffuso sul mercato⁴⁵.

Le regole di responsabilità, così comprensivamente richiamate, si completano, sul piano pratico, attraverso l'identificazione, in termini sistematici, di due ampie categorie di soggetti potenzialmente chiamati a rispondere dei danni provocati, potendo separarsi, da un lato, gli utilizzatori finali (ossia i professionisti e le strutture sanitarie che utilizzano i dispositivi intelligenti per il trattamento dei pazienti), dai soggetti che contribuiscono, a vario titolo, alla realizzazione del sistema intelligente, ossia alla creazione e alla programmazione dei dispositivi stessi (*software house*, fornitore dei dati, programmatore dell'algoritmo, assemblatore del dispositivo, etc.)⁴⁶.

In concreto, al fine di stabilire l'eventuale responsabilità dell'una o dell'altra categoria, risulterà determinante il livello di controllo che i professionisti manterranno sui dispositivi medici intelligenti. Quanto più ampio, infatti, sarà il margine di discreziona-

⁴⁵ Per un'informazione generale sulla direttiva, v. FUSARO *Intelligenza artificiale e responsabilità da prodotti difettosi: la direttiva 2024/2853*, in NGCC, 2025, 2, 488 ss.; AFFERNI, *La nuova direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi: una analisi economica*, in Resp. civ. prev., 2025, 351 ss.; CEVOLANI, *La nuova disciplina europea della responsabilità per danno da prodotti difettosi (Dir. 2024/2853/UE)*, in NLGC., 2025, 439 ss.

⁴⁶ Sul punto v. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, in Danno e resp., 2022, 673.

lità di cui gode il professionista nel decidere se allinearsi o meno ai risultati ottenuti dai dispositivi, tanto maggiore sarà, di conseguenza, la sua responsabilità.

In tal senso, rileva il livello di trasparenza dei processi decisionali della macchina e dal numero di informazioni che i produttori forniranno agli utilizzatori in ordine al funzionamento e alla precisione dei dispositivi intelligenti, poiché, quanto più elevati saranno i livelli di trasparenza dei processi e il numero delle informazioni fornite, tanto minori saranno le responsabilità dei produttori, dal momento che i professionisti saranno posti nelle condizioni di prendere decisioni consapevoli sul trattamento dei pazienti, assumendone la relativa responsabilità.

3.2. Le norme interne

Accanto alle fonti di derivazione sovranazionale, il discorso condotto sulla responsabilità per l'uso dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario può utilmente avvalersi dei canoni della legislazione nazionale e di quelli tradizionali del codice civile, ossia delle regole dettate per il caso di inadempimento delle obbligazioni (artt. 1218 ss.) e di quelle relative alla responsabilità aquiliana (artt. 2043 ss.), eventualmente integrate dalla connessione con i principi della legge Gelli (n. 24/2017).

Da quest'ultima prospettiva, ad esempio, il medico 'strutturato' (dipendente da strutture sanitarie pubbliche o private) sarà destinato a rispondere unicamente secondo i principi della colpa aquiliana, ai sensi dell'art. 2043 c.c., con esclusione dei principi normativi propri dell'inadempimento, ma anche degli altri titoli di responsabilità extracontrattuale previsti dal codice (ai sensi degli artt. 2047, 2048, 2049, 2050, 2051 e 2052 c.c.)⁴⁷.

Secondo le prospettive della legge Gelli, ci si interroga se le linee-guida o le buone pratiche cliniche accreditate (richiamate dalla legge speciale al fine di incidere sul giudizio di colpa del medico strutturato o sull'entità del danno) potranno identificarsi con il solo patrimonio conoscitivo dei sistemi esperti supervisionati (in ipotesi nutriti da fonti legalmente riconosciute), o se, al contrario, potranno estendersi alle fonti ricavabili dalla consultazione di sistemi non supervisionati (come i sistemi di *machine learning*) di cui, tuttavia, appaiono difficilmente identificabili le origini e, dunque, le assicurazioni garantite dal riferimento a documentazione di sperimentata qualità scientifica⁴⁸.

Ai modelli forniti dalle norme tradizionali del codice civile – che pur consentono di articolare le tutele, dal riconoscimento delle forme di responsabilità per colpa, al modello fondato sulla responsabilità oggettiva, fino allo schema che considera le implicazioni connesse al rischio di impresa – si accosta la responsabilità da prodotto difettoso (artt. 114-126 del d.lgs. n. 206/2005, riletti alla luce della nuova direttiva europea), in ipotesi

⁴⁷ Cfr. l'art. 7, co. 3, della legge Gelli, secondo cui l'esercente la professione sanitaria 'strutturato' (anche in regime di libera professione intramuraria) risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente.

⁴⁸ Sul punto, v. GRASSO, *Diagnosi algoritmica, errata e responsabilità medica*, cit., 341 ss.

anche nella forma della *class action*, come di recente accaduto negli USA nei confronti del robot Da Vinci impiegato nella chirurgia cardiaca e prostatica⁴⁹.

Per ciascuno dei modelli ricavabili dalle norme interne richiamate, la letteratura ha posto in evidenza, accanto ai possibili elementi di compatibilità con la responsabilità per l'uso di sistemi di AI, gli elementi di perplessità o di più deciso dissenso, sottolineando, ad esempio, lo scarso rilievo dei principi ricavabili dagli artt. 2047, 2048 o 2052 c.c., in materia di illecito degli incapaci o dei minori o di danni provocati da animali, apparendo discutibile ricondurre l'elaborazione fornita dai sistemi di intelligenza artificiale alla disciplina delle responsabilità da intelligenze naturali, anche 'minori', come quelle umane meno sviluppate (incapaci, minori) o quelle animali⁵⁰.

Anche sulla norma dell'art. 2049 c.c. si è registrata una motivata perplessità della dottrina, talora dettata dalla circostanza del negato riconoscimento, in capo ai sistemi di intelligenza artificiale, di una specifica soggettività elettronica; in breve – si è rilevato – quella norma, nel disciplinare la responsabilità dei padroni e dei committenti per il fatto illecito commesso dai loro domestici o commessi, sembrerebbe presupporre necessariamente l'azione dannosa di un comportamento umano⁵¹.

Su quest'ultimo aspetto, in realtà – e, in particolare, sul tema relativo al possibile riconoscimento di una personalità giuridica in capo a 'soggetti elettronici' (pure introdotto nel quadro della discussione a livello europeo⁵²) – la preoccupazione, non sempre aper-

⁴⁹ Su cui v. GUERRA, *Diritto comparato e robotica: riflessioni sulla litigation americana in materia di chirurgia robotica*, cit., 162 ss.; sul robot Da Vinci in generale v. anche PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecnologie e diritto*, 2020, 170; GRASSO, *Diagnosi algoritmica, errata e responsabilità medica*, cit., 351; DE BERARDINIS, *L'impiego delle nuove tecnologie in medicina*, cit., 490 s.; FERIOLI, *L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano*, cit., 172; FACCIOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, in *NGCC*, 2023, 732; RUFFOLO, *L'Intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e 'potenziamento'*, cit., 504; DI GREGORIO, *Robotica e intelligenza artificiale: profili di r.c. in campo sanitario*, in *Resp. medica. Dir. e pratica clinica*, 2019, 438.

⁵⁰ V. in tal senso RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, cit., 1698 s.; SCOTTO DI CARLO, *La responsabilità connessa all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno e resp.*, 2024, 424-425.

⁵¹ SCOTTO DI CARLO, *La responsabilità connessa all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale*, cit., 425.

⁵² Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)) si trova a chiare lettere esplicitato l'invito, rivolto alla Commissione, «a esplorare, esaminare e valutare, nell'ambito della valutazione d'impatto del suo futuro strumento legislativo, le implicazioni di tutte le soluzioni giuridiche possibili, tra cui [...] l'istituzione di uno *status* giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi» (Principi generali riguardanti lo sviluppo della robotica e dell'intelligenza artificiale per uso civile, n. 59, lett. f).

tamente rivelata nel discorso pubblico, è parsa condizionata dal rilievo di considerazioni d'indole storica, in particolare riferite alla responsabilità per l'intelligenza 'piena' che si esprime nell'azione di soggetti integralmente sottoposti al dominio del loro utilizzatore, come nel rapporto intrattenuto dallo schiavo con il padrone; in tal senso, decisivo è sembrato, nell'abbandono di quella prospettiva, l'intuibile disvalore esibito, sul piano morale, dall'allusione a un simile scenario relazionale.

Al ripudio dell'intelligenza artificiale come 'persona' (sia pur solo giuridica), neppure è sembrata estranea l'evocazione del timore della sopraffazione dell'AI.

A quelle preoccupazioni ancora si risponde, esorcizzandole, con la rivendicazione del persistente *gap* fra il perscrutabile dell'AI e l'imperscrutabile dell'intelligenza umana, i cui moti e le cui capacità ancora segnano nel mistero la differenza fra il cervello umano e quello elettronico. Quando la morfologia di questo si avvicina a quello umano, le diffidenze sembrano crescere e, al fine di superarle, soccorre il richiamo alla 'macchina', che, nella sua nozione primaria, ancora rimane solo un mezzo per implementare la forza dell'uomo (quella fisica).

Il connubio macchina/intelligenza genera inquietudini, pur se il sollievo che se ne riceve alletta, nella prospettiva della delega alla macchina (anche se intelligente) del lavoro assegnato. Tornerebbe, dunque, rivisitato lo schiavo e la minaccia del suo anelito al riscatto. L'orizzonte si fa fantascientifico e si rischia, da parte di chi non conosce (se non alla superficie della manifestazione) l'intelligenza artificiale, di imboccare percorsi di riflessione slabbrati perché oscuri⁵³.

Anche in relazione all'estensione, alla responsabilità dell'AI, delle più rigorose previsioni e dei più stringenti criteri stabiliti dall'art. 2050 c.c., in materia di danni derivanti dallo svolgimento di attività pericolose, si sono rimarcate, al di là dei diffusi consensi, le severe perplessità di quanti hanno ritenuto di intuirne un principio di contraddizione, apparendo incoerente la considerazione, in termini di pericolo, dell'impiego di quanto, in linea di principio, è chiamato a contribuire all'estensione dei margini di sicurezza dell'azione umana.

Non meno controversa è apparsa la prospettiva dell'estensione, al danno da intelligenza artificiale, del disposto dell'art. 2051 c.c. e, quindi, della responsabilità oggettivamente ascritta (salvo la prova del caso fortuito) a carico del custode della 'cosa' da cui il danno è obiettivamente dipeso.

A quanti hanno rilevato la piena idoneità del modello dell'art. 2051 c.c. a governare il fenomeno dell'AI (eventualmente integrato dall'art. 2050 c.c. e dalle norme di *product liability*)⁵⁴, si è replicato – in termini verosimilmente più sensibili sul piano ontologico – il carattere discutibile della qualificazione dei sistemi di intelligenza artificiale alla stregua di una 'cosa'. Il livello tecnologico dell'AI e il suo contenuto *standard* (funzione/elaborazione), in tal senso, sembrerebbe largamente trascendere la realtà ripresa nel nostro co-

⁵³ Così COSTANZA, *L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, cit., 1686.

⁵⁴ V., per tutti, RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, cit., 1700.

dice civile, ancora legato alla nozione della 'forza', anche se incrementata da macchine. L'intelligenza artificiale 'provvede' alla macchina, sicché, di ciò che proviene da questa, sarebbe fattore determinante: il mondo delle cose senza responsabilità parrebbe, dunque, troppo semplice di fronte all'intelligenza artificiale e alle sue alchimie mentali⁵⁵.

Attraverso la gestione degli strumenti normativi tradizionali, intanto, la nostra giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di sottolineare come, sul piano della responsabilità solidale tra le strutture sanitarie e i singoli professionisti, deve ritenersi indefettibile il coinvolgimento della prima, per la determinante incidenza del rischio di impresa che ne caratterizza la presenza nel quadro del sistema.⁵⁶

Il principio – costruito attraverso la combinazione delle norme minime dettate dal codice civile in materia di adempimento e di solidarietà debitoria – varrebbe a contribuire al disegno della responsabilità connessa all'impiego di strumentazioni e tecnologie poste a disposizione del singolo medico dal soggetto, la struttura sanitaria, alla quale il rischio per l'utilizzazione di tali attrezzature inevitabilmente si riconduce.

3.3. I profili soggettivi della responsabilità

Al di là di una più approfondita disamina dei singoli modelli di responsabilità e delle argomentazioni che si ritengano di condividere sulla relativa applicabilità alle ipotesi di responsabilità sanitaria legata all'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, converrà sottolineare la necessità di adeguare i rimedi di tutela alla specificità delle soluzioni tecnologiche considerate.

⁵⁵ COSTANZA, *L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, cit., 1687 ss.

⁵⁶ Secondo Cass., 20 ottobre 2021 n. 29001, anche nel regime anteriore alla legge n. 24 del 2017, «la responsabilità della struttura sanitaria, integra, ai sensi dell'art. 1228 c.c., una fattispecie di responsabilità diretta per fatto proprio, fondata sull'elemento soggettivo dell'ausiliario, la quale trova fondamento nell'assunzione del rischio per i danni che al creditore possono derivare dall'utilizzazione di terzi nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale, e che deve essere distinta dalla responsabilità indiretta per fatto altrui, di natura oggettiva, in base alla quale l'imprenditore risponde, per i fatti dei propri dipendenti, a norma dell'art. 2049 c.c.; pertanto, nel rapporto interno tra la struttura e il medico, la responsabilità per i danni cagionati da colpa esclusiva di quest'ultimo deve essere ripartita in misura paritaria secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, comma 2, e 2055, comma 3, c.c., atteso che, diversamente opinando, la concessione di un diritto di regresso integrale ridurrebbe il rischio di impresa, assunto dalla struttura, al solo rischio di insolvenza del medico convenuto con l'azione di rivalsa, e salvo che, nel relativo giudizio, la struttura dimostri, oltre alla colpa esclusiva del medico rispetto allo specifico evento di danno sofferto dal paziente, da un lato, la derivazione causale di quell'evento da una condotta del sanitario del tutto dissonante rispetto al piano dell'ordinaria prestazione dei servizi di ospedalità e, dall'altro, l'evidenza di un difetto di correlate trascuratezze, da parte sua, nell'adempimento del relativo contratto, comprensive di omissioni di controlli atti ad evitare rischi dei propri incaricati». In senso conforme, Cass., 7 novembre 2024, n. 28642; Cass., 11 novembre 2019 n. 28987, in *NGCC*, 2020, 345, con nota di D'ADDA, *I rapporti interni tra debitore ed ausiliario ex art. 1228: una opportuna messa a punto (con molte luci e qualche ombra)*.

Una cosa, infatti, dovrà ritenersi la responsabilità per l'uso degli strumenti diagnostici, un'altra quella per l'uso dei dispositivi indossabili; e un'altra ancora quella per i robot chirurgici. Anche all'interno della fenomenologia robotica, occorrerà distinguere le forme della responsabilità da accertare in relazione alla natura e al tipo di funzioni che vengano richieste al robot.

Allo stesso modo, ai fini della responsabilità per i danni arrecati al paziente, pure rileverà, alla radice, la scelta organizzativa di 'non avvalersi' dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale dotati di riconosciuta e sperimentata efficienza e capacità. Si tratta di un rilievo che, se può apparire marginale in relazione all'organizzazione di un singolo studio medico (segnatamente sul piano della ponderazione dell'esigibilità dell'investimento economico in tecnologie), appare di rilevante significato nel quadro della responsabilità per l'organizzazione di una più complessa struttura sanitaria, chiamata a dar conto dei criteri utilizzati in vista della realizzazione dell'obiettivo primario della sicurezza delle cure offerte.

Con specifico riferimento all'organizzazione delle strutture sanitarie, il Regolamento dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale, nel qualificare i servizi di assistenza sanitaria tra i sistemi ad alto rischio (Reg. UE AI, allegato III, 5.a), prevede (art. 26) che la struttura, in quanto utilizzatore, affidi la sorveglianza dei sistemi a persone fisiche che dispongano della competenza, della formazione e dell'autorità necessarie; adotti le misure tecniche ed organizzative idonee *ex ante* a garantire che il loro uso avvenga in conformità con le istruzioni che li accompagnano; garantisca che i dati inseriti nel sistema siano pertinenti e sufficientemente rappresentativi; monitori il funzionamento dell'AI e informi il fornitore e le autorità competenti ove si verifichino incidenti o si manifestino determinati rischi.

La normativa europea, applicata al settore sanitario, si pone così in linea di continuità con il principio espresso dall'art. 1 della legge Gelli-Bianco, che stabilisce un dovere generale di prevenire e gestire i rischi per la salute dei pazienti attraverso «l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative» di cui dispongono le strutture preposte, con il contributo di tutto il personale medico e paramedico.

Si tratta di prescrizioni che, nel caso di danno conseguente alla relativa violazione, valgono a giustificare la responsabilità della struttura sanitaria in via contrattuale.

L'AI Act prevede inoltre che la struttura sanitaria si doti di tecnologie affidabili e certificate; formi adeguatamente il personale e organizzi i servizi in modo che l'uso dell'AI non si traduca in una delega in bianco alle macchine⁵⁷.

Queste particolari fattispecie di responsabilità c.d. 'preventiva', pur fondandosi su autonomi criteri di imputazione, si inseriscono in una più ampia strategia normativa finalizzata a prevenire o ridurre i danni, con l'obiettivo di non arrestare lo sviluppo tecnologico, ma di orientarlo in senso rispettoso dei diritti delle singole persone e degli interessi della società nel suo complesso.

⁵⁷ Si tratta di una disciplina complementare al Reg. U.E. n. 2017/745 sui dispositivi medicali (MDR), che stabilisce il dovere dei fabbricanti di prevedere un sistema di gestione del rischio lungo l'intero ciclo di vita del dispositivo, compreso il monitoraggio post-commercializzazione.

In ogni caso, nella fase intermedia che separa l'assunzione delle obbligazioni nei confronti di un singolo paziente, da parte della struttura sanitaria, e l'intervento che quest'ultima esercita su quello (e, dunque, prima ancora della produzione del danno), le violazioni preparatorie possono anche legittimare l'esperimento di rimedi civilistici di natura preventiva, volti ad evitare il rischio dell'inadempimento e dell'evento dannoso (risoluzione immediata, adempimento coattivo in via urgente, eccetera)⁵⁸.

Anche il tema della formazione del personale sanitario nell'uso degli strumenti informatici costituisce – al di là dell'impegno dei singoli professionisti, nella misura in cui l'acquisizione di un adeguato livello di formazione e di conoscenze rappresenti l'assolvimento di un obbligo proprio – materia di specifici e puntuali obblighi delle strutture sanitarie, oltre a un preciso vincolo individuabile a carico dei produttori e dei fornitori dei sistemi di intelligenza artificiale.

Con riguardo alla responsabilità del singolo professionista, varrà ribadire il divieto, in ambito sanitario, di lasciare che i sistemi di AI, in quanto considerati 'ad alto rischio', possano sostituirsi all'essere umano; il medico, pertanto, dovrà costantemente mantenere un ruolo attivo nel rapporto con la macchina, valutando criticamente le indicazioni ricevute, rifiutando un compito di mero esecutore del trattamento deciso dallo strumento digitale.

La passiva accettazione del responso dell'AI, senza le dovute verifiche, non potrà non condurre, in caso di danno, al riconoscimento di una responsabilità per negligenza, imperizia o imprudenza, oltre che per violazione di specifici doveri nominativamente previsti.

In termini più precisi, il mancato controllo sul funzionamento degli strumenti di intelligenza artificiale integra una colpa omissiva e come tale costituisce criterio di imputazione della responsabilità per fatto illecito.

Al di fuori dei casi di organizzazione individuale del proprio studio medico, il singolo professionista non potrà invece considerarsi soggetto alla responsabilità oggettiva del custode ai sensi dell'art. 2051 c.c. per i danni cagionati dal malfunzionamento dell'AI che sia stata utilizzata per determinate attività di diagnosi e di cura, assumendo al riguardo un valore assorbente la scelta aziendale compiuta a monte dalla struttura sanitaria nella quale egli presta la propria opera.

Più in generale, tutte le volte che il danno non derivi direttamente e immediatamente dal funzionamento difettoso del sistema intelligente, ma presuppone una condotta umana che interagisca con esso, quest'ultima dev'essere valutata in termini di conformità o meno alle regole tecniche della professione medica.

Da questo punto di vista, uno degli aspetti più delicati dell'intelligenza artificiale in relazione alla responsabilità medica riguarda la comprensibilità delle decisioni assunte dal sistema intelligente. Molti algoritmi, soprattutto quelli basati su reti neurali com-

⁵⁸ In questo senso, molto chiaramente, v. ALBANESE, *Digitalizzazione delle cure e intelligenza artificiale: gli obblighi integrativi strumentali e di protezione nell'adempimento della prestazione sanitaria*, in *Resp. med. dir. e pratica clinica*, 2025, 312.

plesse (c.d. *black boxes*), non permettono di comprendere chiaramente il processo che ha condotto a una diagnosi o a una raccomandazione terapeutica. In ogni caso, l'*iter* logico seguito dall'IA è comunque diverso da quello umano, in quanto basato sull'inferenza statistica e non sulla deduzione causale.

In caso di interazione con questi strumenti, il medico dev'essere innanzitutto in grado di comprendere il contesto decisionale nel quale si inserisce. La supervisione attiva richiede, infatti, che il medico sappia quando e perché l'AI fornisce una certa indicazione. In termini meramente esemplificativi, se un sistema di ausilio alla diagnosi segnala una patologia con un certo grado di probabilità, al medico è richiesto di considerare quali dati ha usato il sistema (immagini, anamnesi, esami di laboratorio), di valutare se e quanto siano affidabili quei dati (ad es. un'immagine sfocata o un dato clinico impreciso può falsare l'output) e capire con riguardo a quale popolazione è stato addestrato l'algoritmo, per sapere se è applicabile al paziente in esame.

Si tratta di un procedimento che necessariamente richiede l'integrazione, con l'apporto della conoscenza umana, dell'*output* dell'AI nel ragionamento clinico.

In breve, l'apporto fornito dall'intelligenza artificiale costituisce un dato che chiede d'essere valutato alla stregua di uno dei vari elementi del ragionamento che si affiancano all'osservazione clinica diretta, all'esperienza personale del professionista, alle linee guida e alle evidenze scientifiche riscontrate.

Nessun professionista potrà dunque sottrarsi alla sua responsabilità semplicemente imputando l'errore all'AI o al difetto organizzativo della struttura, dovendo piuttosto intervenire, tutte le volte che ravvisi rischi per la salute del paziente, al fine di prevenirli o di mitigarli, eventualmente rifiutandosi di eseguire la prestazione, indirizzando gli interessati verso un'altra struttura che offra maggiori garanzie di sicurezza⁵⁹.

Quanto, infine, al produttore (e alle figure allo stesso equiparate, come l'importatore, il fornitore della logistica, ecc.), in caso di malfunzionamento e di danno conseguente, sarà possibile riferirsi alle regole più sopra richiamate in materia di responsabilità da prodotto difettoso (e, segnatamente, delle regole da ultimo rielaborate dalle istituzioni europee nella corrispondente direttiva del 2024).

L'evoluzione della normazione di derivazione continentale conferma l'elasticità dei criteri di imputazione della responsabilità civile e la capacità di dare risposte alle istanze sociali di giustizia in modo efficiente.

Per un verso, il produttore è il soggetto che meglio di chiunque altro è in grado di effettuare l'analisi costi-benefici, investendo in sicurezza tutte le volte che i relativi costi siano inferiori rispetto a quelli dei danni preventivabili.

Per altro verso, il costo anche assicurativo dei danni o delle misure di sicurezza sarà riversato sul prezzo dei prodotti e ripartito tra tutti gli acquirenti.

⁵⁹ Si riportano, in questi esatti termini, le condivisibili argomentazioni illustrate da ALBANESE, *op. ult. cit.*, 312-313.

Troverà così applicazione un criterio di giustizia, in virtù del quale l'utilità sociale prodotta dall'innovazione tecnologica deve trovare corrispondenza nella collettivizzazione dei costi che ne derivano e che non possono restare in capo ai singoli danneggiati⁶⁰.

Rimane tuttavia ancora scoperto – in forza di ciò che da molti autori è considerato l'aspetto più fragile della tutela del consumatore – il rischio che addossa a quest'ultimo le conseguenze dello sviluppo tecnologico, secondo il principio della c.d. difesa fondata sullo stato delle conoscenze o dell'arte che, ai sensi dell'art. 118, co. 1, lett. e, d.lgs. n. 206/2005 (c.d. codice del consumo), esclude la responsabilità del produttore «se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso».

La potenziale estensione della nozione di 'produttore' ai diversi soggetti coinvolti nella realizzazione del sistema intelligente (dall'ideatore al progettista allo sviluppatore-programmatore) pone anche un problema di imputazione del danno (in caso di rivalsa del *solvens*) nei confronti dei responsabili solidali.

Da questo punto di vista, ancora una volta, l'elaborazione delle norme del codice civile, da parte della giurisprudenza pratica, sembra fornire un utile strumento di risoluzione dei problemi più stringenti, segnatamente là dove si continua a ribadire la compatibilità della solidarietà dei debitori pure in presenza di criteri di imputazione di natura eterogenea, come quelli della colpa, del rischio o della responsabilità oggettiva⁶¹; si tratta di titoli di imputazione che, nella loro reciproca combinazione, consentono di modulare le responsabilità di ciascun concorrente in rapporto al grado della colpa e delle conseguenze dannose provocate, ma anche all'intensità del rischio posto in circolazione con il proprio contributo.

4. Responsabilità e culture

Sul piano della comparazione dei modelli culturali che presiedono ai regimi di responsabilità civile, si è sovente contrapposto (invero, non sempre in modo corretto, sul piano della fedele registrazione dei fatti) il modello 'reattivo' del sistema italiano della

⁶⁰ Così ALBANESE, *La prevenzione dei danni da utilizzo dell'intelligenza artificiale tra responsabilità civile e regole europee di risk management*, in *Europa e dir. priv.*, 2025, 168.

⁶¹ V., per tutte, Cass., Sez. Un., del 27 aprile 2022 n. 13143, secondo cui, ai fini della responsabilità solidale di cui all'art. 2055, comma 1, c.c., norma sulla causalità materiale integrata nel senso dell'art. 41 c.p., è richiesto solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano fra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità – contrattuale ed extracontrattuale –, in quanto la norma considera essenzialmente l'unicità del fatto dannoso, e riferisce tale unicità unicamente al danneggiato, senza intenderla come identità delle norme giuridiche violate; la fattispecie di responsabilità implica che sia accertato il nesso di causalità tra le condotte caso per caso, in modo da potersi escludere se a uno degli antecedenti causali possa essere riconosciuta efficienza determinante e assorbente tale da escludere il nesso tra l'evento dannoso e gli altri fatti, ridotti al semplice rango di occasioni.

responsabilità civile a quello, definito in termini ‘proattivi e relazionali’, fondato sul modello dell’*accountability* di ispirazione anglosassone⁶².

Il c.d. *risk management* – eventualmente associato a una risposta in chiave indennitaria più che risarcitoria⁶³ – varrebbe a introdurre, nel nostro sistema, elementi propri di un modello, quello dell’*accountability*, capace di rappresentare un cambio di paradigma profondo.

Si tratterebbe di passare da un sistema focalizzato (quasi) esclusivamente sulla ‘colpa’ e sulla ‘punizione’ (secondo i criteri della responsabilità civile e penale del medico) a un sistema basato sulla trasparenza e sul miglioramento progressivo.

Nell’immaginare una pratica applicazione di tale modello, si tratterebbe di accantonare l’idea della colpa per valorizzare il significato della ‘rendicontazione’ (*disclosure*). Le resistenze (e i conseguenti gravi costi) che, nel discorso politico corrente, si attribuiscono alla c.d. ‘medicina difensiva’ muovono dall’immagine di un personale medico tutto chiuso nei propri timori e incline a nascondere gli errori e a sovraccaricare i pazienti di esami sostanzialmente ingiustificati o inutili.

Nel modello dell’*accountability*, viceversa, tanto la struttura sanitaria, quanto il singolo medico, sarebbero chiamati ad assolvere a un obbligo proattivo di comunicazione dei propri errori al paziente e alla comunità (c.d. *open disclosure*). Non si attenderebbe la reazione giudiziaria del paziente: la struttura renderebbe conto con immediatezza di quanto accaduto, fornendo la spiegazione dei procedimenti che hanno condotto alla produzione del danno e illustrando le misure da adottare al fine di scongiurarne la ripetizione.

In questa prospettiva, il *focus* del regime di responsabilità verrebbe traslato dall’individuo ai processi: non si tratterebbe di cercare un ‘colpevole’ (il chirurgo, l’infermiere), ma di riconoscere che l’errore sanitario è quasi sempre l’esito di un fallimento del sistema, in ipotesi gravato da turni massacranti, protocolli obsoleti, mancanza di comunicazione tra reparti. In breve, la struttura sanitaria diverrebbe *accountable* non solo (o non tanto) per l’esito dell’intervento, quanto per la qualità dei protocolli di sicurezza messi in atto.

Là dove la responsabilità giuridica, secondo il tradizionale disegno che appartiene alle nostre consuetudini di pensiero, si attiva (per lo più) in presenza di un danno, l’*accountability* si caratterizzerebbe per la sua costanza e continuità.

⁶² Sulla distinzione tra *liability* e *accountability* v., tra i molti, COMANDÉ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra «liability» e «accountability»*, *Il carattere trasformativo dell’IA e il problema della responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2019, 169 ss.

⁶³ Nella legislazione italiana vigente, i modelli di prestazione indennitaria dello Stato, in materia sanitaria, riguardano principalmente, i danni legati all’attività trasfusionale o alla pratica vaccinale (cfr., in primo luogo, la l. n. 210/92). Un caso particolare è quello dei danni derivati dall’uso del talidomide (la cui indennizzabilità fu originariamente istituita con la l. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 2, comma 363). Si tratta sempre di casi che prevedono naturalmente l’accertamento, al fine di conseguire l’indennità stabilita dal legislatore, della derivazione causale del danno dedotto dall’attività sanitaria denunciata e che non precludono il ricorso all’azione civile di danno.

Alle strutture sanitarie si chiederebbe di pubblicare con regolarità e trasparenza i dati in proprio possesso sugli esiti clinici (tassi di mortalità, infezioni ospedaliere, tempi di attesa). Essere *accountable* significherebbe accettare il giudizio pubblico sui risultati ottenuti rispetto alle risorse investite, consentendo ai cittadini di esercitare in modo consapevole il proprio diritto di scegliere i luoghi e le persone a cui affidarsi.

In un sistema decisamente orientato nel senso dell'*accountability*, i primi passi mossi dalla legislazione italiana (e, in primo luogo, dalla stessa legge Gelli-Bianco) anticiperebbero un deciso approfondimento: ogni errore ed ogni eventuale *near miss* (ossia ogni evento che avrebbe potuto causare un danno, ma non l'ha fatto) dovrebbe essere obbligatoriamente rendicontato. In un sistema di pura *accountability*, la punizione per il singolo verrebbe largamente mitigata dinanzi a un'onesta segnalazione che permetta al sistema di imparare e di crescere.

Anche il ruolo del paziente sarebbe chiamato ad assumere un suo attivo significato, nel quadro di un patto espressivo di un'autentica alleanza terapeutica (*shared decision making*). Lungi dal limitarsi a richiedere la sottoscrizione di un modulo di consenso, il medico avrebbe il compito di coinvolgere il paziente nella concreta valutazione delle opzioni, dei rischi e nell'esame partecipato delle incertezze ancora irrisolte, sì che la decisione conseguente potrà dirsi realmente condivisa. L'eventuale esito negativo individuerà il medico come *accountable*, non già perché avrà fallito il risultato, quanto (eventualmente) per non aver correttamente gestito il processo decisionale con il paziente.

Ai vantaggi connessi alla riduzione della medicina difensiva, alla maggiore sicurezza del ceto sanitario, alla riduzione dei costi e al possibile incremento di fiducia del pubblico nel sistema sanitario complessivo, la più accorta dottrina ha individuato i limiti più gravi del sistema dell'*accountability* per il carattere irriducibilmente generalizzato e astratto del sistema preventivo, come plasticamente rappresentato dall'esempio dell'*AI Act* europeo.

L'incontrollata proliferazione delle normative cautelari finisce col rivelarsi del tutto sovrabbondante ed eccessivamente costosa in relazione ai singoli casi particolari in cui l'adozione delle cautele sarebbe del tutto irrilevante o inutile.

Al contrario, il sistema costruito sulle norme di responsabilità civile (*liability*) e sulla colpa oggettivizzata, secondo quanto consegnatoci dalla tradizione che ci appartiene più da vicino, ancora consentirebbe di raggiungere il medesimo risultato attraverso la spinta alla prevenzione 'personalizzata' in relazione alla particolarità delle singole situazioni e della irripetibilità delle fonti di rischio.

In questo senso, la responsabilità civile (*liability*) presenterebbe degli indubbi vantaggi, rispetto ai più specifici doveri di *risk management*. Anzitutto, si ridurrebbe «il rischio di soluzioni giuridiche economicamente inefficienti, che impongono scelte organizzative, non decise dalla singola impresa caso per caso, ma imposte in modo uniforme da autorità centrali, talvolta non dotate di sufficiente capacità cognitiva dei problemi. In questi casi, l'impresa non può auto-determinare la propria organizzazione, che è invece etero-determinata sulla base di una valutazione astratta dei rischi, di tal che può accadere che i costi delle misure preventive superino quelli dei possibili danni. La responsabilità civile spinge invece l'imprenditore a compiere autonomamente una analisi

costi-benefici, scegliendo la soluzione più conveniente dal punto di vista economico tra prevenire il danno e risarcirlo».

In questa prospettiva – in cui prevalgono aspetti di analisi economica della responsabilità giuridica – il risarcimento finirebbe peraltro col tradire la propria funzione di efficiente allocazione dei costi anche «là dove venisse piegato a una logica punitiva, che ne determini la quantificazione in una misura superiore al danno subito dal soggetto leso. In tal caso, infatti, i costi certi di prevenzione potrebbero superare quelli degli eventuali danni. Viceversa, un risarcimento commisurato al danno effettivo risulta coerente con la logica del mercato, premiando le imprese più efficienti nella gestione del relativo rischio»⁶⁴.

5. Per una conclusione

Al fondo del lungo discorso sin qui condotto, rimane la questione della responsabilizzazione umana di fronte all'uso delle macchine intelligenti.

Si tratta di un tema che largamente trascende i confini della responsabilità medica (e che pure all'interno di quest'ultima si ripropone) e che affida al tempo a venire, e alle scelte delle comunità politiche, il disegno possibile di una nuova antropologia.

La storia della scienza moderna ci ha insegnato che la strada dell'emancipazione dal pensiero magico e dalle trappole della superstizione risiede nel valore fondante della spiegazione e della sua comunicabilità⁶⁵.

La storia giudiziaria più recente ricorda, proprio nell'ambito della scienza medica, le vicende del c.d. multitrattamento Di Bella⁶⁶ e quella del c.d. 'caso Stamina'⁶⁷. Sono storie che hanno impegnato la comunità generale sul tema della spiegabilità dei processi di cura e della relativa condivisibilità nell'ambito della comunità scientifica.

Converrà allora domandarsi – nell'attesa e auspicata apertura di tutte le 'scatole nere' – se la rinuncia al valore della spiegazione non varrà a significare – e in quale misura (e pure a fronte degli inspiegabili vantaggi) – un pericoloso cedimento al fascino dell'oscuro e il mesto ritorno nel buio della magia.

⁶⁴ Le citazioni sono tratte da ALBANESE, *La prevenzione dei danni da utilizzo dell'intelligenza artificiale tra responsabilità civile e regole europee di risk management*, cit., 157 s.

⁶⁵ Su cui v., magistralmente, ROSSI, *La nascita della scienza moderna in Europa*, Roma-Bari, 1997; ID., *Il tempo dei maghi. Rinascimento e modernità*, Milano, 2006; ID., *I filosofi e le macchine. 1400-1700*, Milano, 2009 (1962).

⁶⁶ Su cui v. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del "multitrattamento Di Bella"*, in *Giur. it.*, 1999, 160 ss.

⁶⁷ Su cui D'AMICO, "Funziona! non vi basta?" A proposito delle conclusioni dell'indagine conoscitiva del Senato della Repubblica sul c.d. caso Stamina, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2016, 297 ss. (reperibile su <https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/892/892>).

ABSTRACT

Il testo analizza l'evoluzione della responsabilità sanitaria nel contesto contemporaneo, segnata dal passaggio da un modello centrato sulla singola relazione medico-paziente a un sistema organizzativo complesso, orientato alla sicurezza delle cure. Secondo quanto previsto dalla legge n. 24/2017, infatti, «la sicurezza delle cure rappresenta una parte costitutiva del diritto alla salute» e si realizza anche attraverso l'uso appropriato delle risorse organizzative e tecnologiche. In questo quadro, l'intelligenza artificiale assume un ruolo crescente nelle attività diagnostiche, terapeutiche e organizzative, pur mantenendo la centralità della decisione umana. L'autore esamina i rischi connessi all'opacità algoritmica, i modelli di responsabilità applicabili (dal codice civile alla nuova disciplina europea, incluso l'AI Act e le nuove norme in materia di responsabilità del produttore), e distingue le responsabilità di produttori, programmatori, addestratori, strutture e medici. Il contributo si chiude confrontando i modelli culturali di liability e accountability, interrogandosi sul futuro equilibrio tra innovazione tecnologica, tutela del paziente e responsabilizzazione umana.

The text examines the evolution of healthcare liability in the contemporary context, marked by the shift from a model centered on the individual doctor–patient relationship to a complex organizational system oriented toward patient safety. Under Law No. 24/2017, “the safety of care constitutes an essential component of the right to health” and is achieved also through the appropriate use of organizational and technological resources. Within this framework, artificial intelligence plays an increasingly significant role in diagnostic, therapeutic, and organizational activities, while preserving the centrality of human decision-making. The author analyzes the risks associated with algorithmic opacity, the applicable liability models (ranging from the Civil Code to the new European regulatory framework, including the AI Act and the updated rules on product liability), and distinguishes the respective responsibilities of manufacturers, programmers, trainers, healthcare institutions, and physicians. The contribution concludes by comparing the cultural models of liability and accountability, reflecting on the future balance between technological innovation, patient protection, and human responsibility.



La Corte Costituzionale muove un altro passo verso l'unificazione dell'adozione dei minori



Francesca Cristiani

Prof. ass. dell'Università di Pisa

SOMMARIO: **1.** La questione oggetto di esame e la decisione della Corte Costituzionale. – **2.** L'evoluzione nell'interpretazione del cognome come espressione dell'identità personale. – **3.** La riflessione sulle diverse ipotesi di adozione in casi particolari. – **4.** La progressiva assimilazione delle due forme di adozione nella unitaria prospettiva del riferimento all'interesse del minore.

1. La questione oggetto di esame e la decisione della Corte Costituzionale

Il Tribunale dei minorenni di Bari, con ordinanza 17 gennaio 2025, ha posto alla Consulta la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3, 117, primo comma della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184, in coordinamento con l'art. 299, primo comma del codice civile

“nella parte in cui non consente, con la sentenza di adozione in casi particolari, di sostituire il cognome dell'adottato minore di età con quello dell'adottante, derogando alla previsione che impone di anteporre il cognome dell'adottante a quello dell'adottato”.

L'ordinanza, preliminarmente osservando come i dubbi di costituzionalità della norma in questione non possano essere superati in via interpretativa, richiama l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di tutela, attraverso l'art. 2 della Costituzione, del diritto all'identità personale e con esso del diritto al nome. In tale prospettiva sottolinea come il prenome e il cognome costituiscano il fulcro dell'identità giuridica e sociale dell'individuo, in collegamento alla formazione sociale che lo accoglie.

Evidenzia altresì il Tribunale come, nella materia in esame, sia sempre più accentuato il rilievo attribuito dal diritto vivente alla volontà dei soggetti minori, rilevando altresì che l'individuazione del segno distintivo del minore, costituito da nome e cognome, si pone

“in funzione esclusiva del suo interesse, che è essenzialmente quello di evitare un danno alla sua identità personale, intesa anche come proiezione della sua personalità sociale”.

L'ordinanza del Tribunale muove dal presupposto che il criterio di riferimento essenziale in materia, accolto da altre sentenze della Corte, sia costituito dalla ricerca della miglior soluzione possibile per l'adottando.

In tale prospettiva, la rigidità della regola che scaturisce dalle norme sottoposte all'attenzione della Consulta non consentirebbe di distinguere adeguatamente le diverse situazioni alle quali si applicano, in virtù del richiamo operato dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983, alcune norme previste dal codice civile per l'adozione dei maggiorenni.

Pur essendo, infatti, le diverse ipotesi di adozione in casi particolari accomunate da tale richiamo alla normativa sull'adozione dei maggiorenni, quest'ultima meriterebbe di essere applicata, in concreto, soltanto tenendo conto della profonda differenza ontologica tra i due istituti. Differenza che impone appunto, per l'adozione di minori, l'imprescindibile riferimento al superiore interesse dell'adottando.

In questo caso, infatti, l'interesse pubblico alla certezza dell'attribuzione del cognome dovrebbe essere oggetto di bilanciamento con l'interesse del minore, destinato ad avere un peso preminente, interesse da proteggere attraverso una regola flessibile, che porti all'individuazione del cognome che risulti, attraverso una valutazione in concreto, a tal fine maggiormente idoneo.

L'ordinanza di rimessione ricorda altresì come l'esigenza di “compiere una delicata opera di bilanciamento tra l'interesse pubblicistico alla certezza delle regole in materia di attribuzione del cognome e la salvaguardia del diritto al nome come principale elemento di individualizzazione della persona nella società” sia stata sottolineata anche dalla giurisprudenza della Corte EDU, in particolare riconducendo il diritto al nome nell'alveo della tutela offerta dall'art. 8 CEDU.

In sintesi, la preclusione alla possibilità di ottenere, con la sentenza di adozione in casi particolari, la sostituzione del cognome del padre biologico, estraneo alla vita del minore, con il cognome dell'adottante, che lo stesso minore riconosce come figura paterna, configurerebbe una lesione della vita privata e familiare e si porrebbe in contrasto con il superiore interesse dell'adottando, fondando così l'illegittimità costituzionale della norma sottoposta all'esame della Consulta.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 210 del 2025¹, ha dichiarato:

“l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), in relazione all'art. 299, primo comma, del codice civile, nella parte in cui non consente all'adottando di assumere, con la sentenza di adozione del minore di età, il solo cognome dell'adottante, se i consensi e gli assensi di cui agli artt. 45 e 46 della legge n. 184 del 1983 sono favorevoli a tale effetto e se esso risponde all'interesse del minore”.

2. L'evoluzione nell'interpretazione del cognome come espressione dell'identità personale

La Corte Costituzionale precisa che la disciplina censurata

“interseca sia il complesso tema dei rapporti tra l'attribuzione del cognome e il diritto all'identità personale sia la relazione tra l'adozione in casi particolari e le regole dettate per l'adozione del maggiore di età, cui l'art. 55 della legge n. 184 del 1983 opera un rimando”.

Entrambi i profili vengono presi esaurientemente in esame dalla sentenza, che si pone in continuità e perfetta armonia sia con la sua stessa giurisprudenza più recente in relazione all'adozione dei minori², sia con la giurisprudenza, anche sovranazionale, in tema di individuazione dei contenuti del diritto all'identità personale³, del quale il cognome e il prenome costituiscono una componente essenziale.

Quanto all'aspetto relativo al cognome, la Corte non manca di ribadire il riferimento alla duplice prospettiva che ne individua le due componenti, ovvero la funzione *identificativa* e quella *identitaria*⁴.

¹ La sentenza è stata oggetto di un primo commento di CIANCIOLO, *Dall'automatismo normativo alla valorizzazione caso per caso*, in *Guida al diritto* n. 4/2026, 55 ss.

² Il riferimento più immediato è alle recenti sentenze della Corte che, in diverso modo, hanno valorizzato, nell'ambito dell'adozione, il ruolo imprescindibile e fondante dell'interesse del minore. Esemplari, in questo senso, la sentenza n. 33 del 2025, in tema di adozione internazionale da parte del *single*; la sentenza n. 183 del 2023, a proposito del mantenimento dei rapporti con la famiglia di origine in caso di adozione cd. piena; la sentenza n. 79 del 2022, in relazione all'estensione della parentela all'adozione in casi particolari. Per la rilevanza specifica, sul tema, di queste sentenze, si veda oltre, nel testo, par. 4.

³ La stessa ordinanza di rimessione del Tribunale richiama specificamente due pronunce della Corte EDU (26 ottobre 2021, terza sezione e 7 febbraio 2023, seconda sezione). Per una recente ricostruzione, in merito, degli itinerari di detta Corte, cfr. IANNICELLI, *Cognome e identità personale*, Pisa, 2025, 67 ss.

⁴ V. in proposito DEL PRATO, *Interesse del genitore e interesse del figlio nella modifica del cognome*, in *Riv. dir. civ.* 2021, 947, il quale precisa come “la portata privatistica del nome assolve ad una funzione identitaria; identificativa ne è la funzione in ambito pubblicistico”.

Ed è proprio quest'ultima la funzione che più specificamente viene in considerazione nel momento in cui si ritenga di dover prevedere un margine di flessibilità nell'applicazione di una regola rigida, in quanto volta precipuamente a garantire l'interesse – più spiccatamente pubblicistico – alla identificazione del singolo nell'ambito della collettività.

La prospettiva privatistica del cognome fa di esso un tratto essenziale della personalità, che viene riconosciuto come bene oggetto di autonomo diritto dall'art. 2 della Costituzione, per cui "la tutela del diritto al nome non è più la semplice protezione del segno distintivo individuale (termine essenziale di riferimento delle «regole del gioco» nelle attività del privato): il mezzo di identificazione ha acquisito un indubbio valore aggiunto grazie al suo potere evocativo dell'intera personalità umana"⁵.

La accentuazione di tale profilo ha rappresentato il presupposto fondante di altre pronunce in relazione alla "questione" del cognome, e, specificamente, della nota sentenza del 2022, da più parti definita rivoluzionaria⁶. Questa decisione, nel sovvertire la regola tradizionale dell'attribuzione del cognome paterno, considerata in contrasto con la parità tra i due genitori, percorre il medesimo cammino già tracciato da precedenti pronunce, sia della stessa Consulta, sia della Corte EDU, nel solco della valorizzazione del nome come realizzazione piena ed effettiva del diritto all'identità personale.

Lo specifico riferimento alla funzione *identitaria* del cognome porta inevitabilmente anche ad accentuare il ruolo della volontà dei soggetti *lato sensu* coinvolti, nel momento in cui si debba attribuire, modificare o sostituire il cognome, posto che, al contrario, il suo aspetto identificativo, corrispondente più immediatamente ad un interesse pubblicistico, è sottratto alla disponibilità dell'interessato.

In particolare, il comune accordo tra i genitori al momento dell'attribuzione del cognome alla nascita, accordo che con la sentenza della Corte n. 286 del 2016⁷ rendeva

⁵ Le espressioni riportate sono di GIARDINA, *Interesse del minore: aspetti identitari*, in N.G.C.C., 2016, 160.

⁶ Cfr. Corte Cost n. 131 del 2022, sentenza che è stato oggetto di numerosi commenti. V., tra altri, AL MUREDEN, *Il cognome tra autonomia dei genitori e identità personale del figlio*, in N.G.C.C., 2022, 1092 ss. e in *Fam e dir.*, 2022, 882 ss.; *Cognome e identità personale nella complessità dei rapporti familiari*; SESTA, *Le nuove regole di attribuzione del doppio cognome tra eguaglianza dei genitori e tutela dell'identità del figlio*, loc. ult. cit., 877 ss. Per un ampio esame dell'ordinanza con la quale la Corte aveva sollevato dinanzi a sé la questione cfr. TROIANO, *Il cognome dei figli ancora al vaglio della Consulta*, in N.G.C.C., 2021, 598 ss.

⁷ La sentenza n. 286 del 2016 nel consentire, in caso di accordo tra i genitori, l'aggiunta del cognome della madre a quello del padre, precisava come l'impossibilità, per il figlio, di essere identificato, fin dalla nascita, anche con il cognome della madre, costituisse una irragionevole compressione della sua identità personale. Per un commento alla pronuncia, si vedano, *ex plurimis*, AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*, in *Fam. e dir.*, 2017, 213 ss.; CARBONE, *Per la Corte Costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo*, in *Corr. Giur.*, 2017, 165 ss.; FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*, in L.N.G.C.C., 2017, 818 ss. Per un panorama generale della normativa all'epoca vigente in materia di attribuzione del cognome ai figli cfr. CARICATO, *L'attuale normativa italiana in materia di attribuzione del cognome*, in *Il diritto al cognome materno*, a cura di FABBRICOTTI, Napoli, 2017, 7 ss.;

possibile l'attribuzione del cognome materno, diventa, con la pronuncia del 2022, presupposto imprescindibile per l'attribuzione del cognome di uno solo dei genitori.

La prevalenza del profilo identitario del cognome costituisce presupposto della accentuazione dell'elemento volontaristico, ai fini della sua scelta, anche nelle ipotesi di adozione in casi particolari e, specificamente, nel caso preso in esame dalla sentenza in commento.

La tutela del cognome, inteso “come rappresentazione sintetica della personalità individuale, che nel tempo si arricchisce progressivamente di significati” merita infatti di essere assicurata attraverso la scelta della soluzione che, nei diversi casi concretamente verificabili, appare maggiormente idonea, anche in quanto rispettosa della volontà espressa dai soggetti coinvolti.

Se, come accennato, la rilevanza del profilo volontaristico è, pur nelle differenti ipotesi, univocamente frutto della accentuazione della prospettiva privatistica del nome, tuttavia il ruolo della volontà espressa dai genitori al momento di attribuzione del cognome al figlio alla sua nascita – e/o (anche) dal figlio se la questione sorge in un momento successivo – assume diverse sfaccettature e si colora di luce differente nelle ipotesi di adozione dei maggiorenni e dei minori in casi particolari.

In riferimento all'adozione dei maggiorenni, la Corte costituzionale si è pronunciata nel 2023⁸, attribuendo specifico e peculiare rilievo alla volontà dei soggetti coinvolti nel rapporto adottivo ai fini della individuazione del cognome a seguito dell'adozione.

In tale pronuncia la Corte, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 299, primo comma, nella parte in cui non consente, con la sentenza di adozione, di aggiungere, anziché di anteporre il cognome dell'adottante a quello dell'adottato maggiore di età, precisa che questa possibilità non può che avere il presupposto della manifestazione del consenso favorevole a tale effetto proveniente dall'adottando e dall'adottante; compete, insomma, all'autonomia dell'adottante e dell'adottando la scelta dell'anteposizione del cognome di quest'ultimo a quello dell'adottante⁹. La richiesta che giustifica l'applicazione di una diversa regola, rispetto a quella automatica della anteposizione del cognome dell'adottante, muove infatti dalla considerazione che il cognome originario può avere assunto un rilievo identitario tale da configurare, con la sua posposizione al cognome adottivo, una lesione dell'identità personale dell'adottato. La Corte Costituzionale ha dunque censurato “l'irragionevolezza dell'automaticità e rigidità del meccanismo mergente dall'art. 299, primo comma, che sacrifica, aprioristicamente, il diritto all'identità personale dell'adottando”¹⁰.

TROIANO, *Unità della famiglia e disciplina del cognome*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di SALANITRO, Pisa, 2019, 247 ss.

⁸ Il riferimento è alla sentenza n. 135 del 2023, per la quale si vedano BONILINI, *Il cognome dell'adottato maggiore di età*, in *Foro It.*, 2023, I, 2357 e TROIANO, *Automatismo vs libertà di scelta nella determinazione del cognome dell'adottato maggiore di età* in *N.G.C.C.*, 2024, 349 ss.

⁹ V. BONILINI, *Adozione del maggiore di età e cognome dell'adottato*, in *Liber Amicorum per Michele Sesta*, Padova, 2025, 327.

¹⁰ Le espressioni riportate tra virgolette sono di BONILINI, *op. ult. cit.*, 324.

Allo stesso modo, con la sentenza in esame, la Corte specifica che la scelta in ordine alla possibile sostituzione del cognome dell'adottando con quello dell'adottante, che *riflette la sua effettiva identità*, presuppone imprescindibilmente che “coloro che sono tenuti a esprimere i consensi e gli assensi all'adozione, in base agli artt. 45 e 46 della legge n. 184 del 1983”, siano favorevoli a tale sostituzione.

In altri termini, la ineludibile tutela dell'interesse del minore e, specificamente, della sua identità personale, si inserisce necessariamente nella cornice rappresentata dalla manifestazione dei consensi richiesti dalla normativa sull'adozione¹¹.

Funzione identitaria del cognome e valorizzazione dell'elemento volontaristico, nella preminente ed unitaria prospettiva dell'interesse del minore, sono dunque i cardini attorno ai quali ruota la sentenza della Corte, che coglie l'occasione per una analitica riflessione sulle diverse ipotesi di adozione in casi particolari, nelle quali la soluzione da seguire – preferibile in tale univoca prospettiva – impone una valutazione concreta delle peculiari caratteristiche di ciascuna di esse.

3. La riflessione sulle diverse ipotesi di adozione in casi particolari

I medesimi incontestabili presupposti della accentuazione dell'aspetto identitario del cognome e della precipua considerazione della volontà manifestata dai soggetti coinvolti, nell'ambito del rapporto adottivo, ai fini della scelta, nella corretta impostazione unitaria della imprescindibile e prioritaria salvaguardia dell'interesse del minore, possono assumere aspetti diversi e portare, conseguentemente, a soluzioni differenti in relazione alla – osserva la Corte – “complessa varietà di fattispecie” che “l'istituto dell'adozione in casi particolari abbraccia”¹².

In particolare, se è vero che la caratteristica tradizionalmente individuata come discrezionale dell'adozione in casi particolari rispetto all'adozione cosiddetta “piena” sta nella mancata recisione dei vincoli con la famiglia di origine, è altrettanto indubitabile che nelle specifiche diverse situazioni, tutte inserite nella “cornice” dei casi particolari, la previsione inderogabile di tale caratteristica, “suggerita” dalla permanenza del cognome originario, comporta l'impossibilità di operare quel bilanciamento indispensabile, alla luce del fondamento dell'istituto dell'adozione dei minori, che impone di tenere conto

¹¹ Precisa acutamente TROIANO, *op. ult. cit.*, 343, come “Solo la rimessione della scelta agli interessati, quale presupposto della decisione del giudice, consente dunque di tenere conto di tutte le circostanze concrete rilevanti per la sfera personale dell'adottando maggiore di età, tali da rendere la sua identità fortemente correlata al cognome originario”.

¹² Analizza attentamente anche in prospettiva *de iure condendo* le diverse ipotesi di adozione in casi particolari, rilevando come alla loro incontestabile eterogeneità faccia da sfondo il minimo comun denominatore rappresentato dall'interesse del minore, IORIO, *Appunti per una riforma delle adozioni in Italia*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, II, Napoli, 2023, 1706 ss.

primieramente del miglior interesse del minore e, quindi, di applicare la soluzione in concreto preferibile a tutela del medesimo.

Si tratta allora di stabilire – in relazione alle riflessioni svolte poco fa sul carattere identitario del cognome come espressione, appunto, della identità personale – quale sia il peso che, nella singola fattispecie da regolare, il cognome abbia in tale prospettiva e se lo stesso sia sentito e apprezzato dal minore come segno di appartenenza al gruppo familiare da tale cognome, appunto, individuato.

La pronuncia della Corte prende analiticamente in considerazione, in proposito, i diversi casi che possono presentarsi come presupposto dell'adozione ex art. 44 della legge 184 del 1983.

Occorre allora verificare innanzitutto se l'adozione sia riferita ad un minore che abbia ancora un genitore biologico (del quale porta il cognome), tuttora titolare ed esercente la responsabilità genitoriale: genitore legato al minore, in concreto, non solo nominalmente, ma anche di fatto e affettivamente. In questo caso, alla prosecuzione dei legami con la famiglia originaria fa da naturale corollario la regola del mantenimento del cognome, che corrisponde perfettamente a tutti gli interessi in gioco.

Regola alla quale la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 135 del 2023 poc'anzi riferita, ha attribuito un margine di flessibilità, consentendo la scelta nel senso di aggiungere, anziché di anteporre, il cognome dell'adottante a quello dell'adottato, se entrambi nel manifestare il consenso all'adozione si sono espressi a favore di tale effetto.

Quest'ultima pronuncia, riferita all'adozione di maggiorenni, incide sulla relativa norma, applicabile, per espresso richiamo dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983 n. 184, anche all'adozione in casi particolari¹³, imponendo una specifica valutazione, in concreto, dell'interesse dei soggetti coinvolti. Cosicché, nell'ipotesi di minore il quale conservi un legame non solo giuridico ma anche affettivo con il genitore biologico – del quale porta il cognome, cognome con il quale lui stesso si identifica e che dunque rappresenta espressione della sua identità personale – ben potrà disporsi, con la sentenza di adozione, che il cognome adottivo venga non anteposto, bensì posposto a quello originario. Al contrario, non ci sarebbe, in questo caso, alcuna giustificazione nel prevedere, a tutela dell'interesse del minore, la sostituzione del cognome originario con quello adottivo.

Sostituzione che non appare opportuna neppure laddove il minore sia stato adottato nell'ambito della propria famiglia, a meno che – come la stessa sentenza ricorda – “ricorra il caso del minore che porta il cognome del genitore che ha ucciso l'altro genitore”. Ipotesi, quest'ultima, rispetto alla quale la sostituzione del cognome è consentita da apposita disposizione normativa, attraverso uno specifico procedimento amministrativo,

¹³ Propende per l'applicabilità della regola che emerge dalla sentenza n. 135 del 2023 della Corte Costituzionale anche all'adozione in casi particolari, nonostante una non chiara affermazione della sentenza sul punto, CINQUE, *La nuova adozione del maggiorenne a servizio della genitorialità di fatto*, in N.G.C.C., 2024, 1493.

con la conseguenza che risulterebbe ingiustificato impedire che la sostituzione possa essere l'effetto del procedimento di adozione¹⁴.

I casi nei quali si può addivenire alla pronuncia di adozione *ex art. 44* della legge 184 del 1983 possono, al contrario, rendere preferibile la sostituzione del cognome originario, laddove lo stesso venga a costituire un legame puramente formale con la famiglia biologica, legame del tutto inesistente, in fatto, per il disinteresse del gruppo familiare di origine, oppure perché espressione e ricordo di un genitore che sia stato dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale.

In altri termini, quando il cognome costituisce una connessione *nominale* con un gruppo familiare i cui componenti hanno consapevolmente deciso di disinteressarsi del minore, orfano dei genitori e affetto da specifiche patologie¹⁵ o con un genitore che si sia reso colpevole di comportamenti tali da giustificare una pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale, è evidente come il criterio del mantenimento ad ogni costo di tale connessione formale, come conseguenza del fatto che l'adozione *ex art. 44* si caratterizza per non recidere i legami con la famiglia di origine, meriti di essere messo in discussione.

Ciò rende indispensabile per un verso verificare in che misura il cognome originario costituisca, nel caso concreto, espressione della identità del minore, che con quel nome e cognome si identifica¹⁶, si rappresenta e si sente rappresentato all'esterno; per altro verso, e comunque, bilanciare la funzione identificativa del cognome con l'interesse del minore ad essere riconosciuto e rappresentato tramite il riferimento al gruppo familiare con il quale si è instaurata, a seguito dell'adozione, una effettiva e sostanziale comunanza di affetti.

Sotto il primo profilo ha certamente una rilevanza specifica l'età del minore, perché è naturale che la funzione identificativa, ma anche identitaria, aumenta e si consolida con il passare del tempo.

Peraltro, pur in presenza di una ormai acquisita e riconosciuta funzione identitaria del cognome originario, la sua sostituzione potrebbe essere rispondente all'interesse del minore, non solo per "lasciarsi alle spalle" un vissuto "da dimenticare", ma anche per risultare inserito in un nuovo e diverso gruppo familiare, con il quale rapportarsi in maniera del tutto paritaria, sotto l'aspetto identificativo, anche rispetto a tutti gli altri membri. A quest'ultimo proposito, in particolare, la Corte fa espresso riferimento alla "sussistenza (o anche la possibilità che possano nascere) fratelli o sorelle che hanno già (o potrebbero assumere) il cognome dell'adottante o degli adottanti".

Né si deve dimenticare che, nella valutazione concreta degli interessi in gioco, al fine di operare l'eventuale bilanciamento di opposte esigenze, un ruolo fondamentale è

¹⁴ La Corte richiama espressamente l'art. 13 della legge n. 4 del 2018, che ha previsto disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici.

¹⁵ L'ipotesi riferita nel testo è quella della lett. c) dell'art. 44 della legge n. 183 del 1984.

¹⁶ Rileva efficacemente GIARDINA, *op. cit.*, 163, come "tra passato e futuro, c'è un presente da rispettare: spesso ci preoccupiamo di ciò che un bambino diventerà domani, ma ci dimentichiamo che lui è qualcuno oggi".

svolto dalla volontà delle parti coinvolte, prima fra tutte l'adottando che, in ragione della sua età e capacità di discernimento, dovrà e potrà comunque essere ascoltato¹⁷, nella irrinunciabile prospettiva di giungere alla soluzione per lui preferibile.

Ed è proprio questa prospettiva che sta alla base della pronuncia della Corte, la quale censura la rigidità di una regola che non consente di adeguare la soluzione concreta alle differenti situazioni che si possono presentare nell'ipotesi di adozione in casi particolari che, seppur caratterizzata da un rinvio normativo all'adozione dei maggiorenni, è, rispetto a quest'ultima, ontologicamente del tutto diversa, quanto meno in relazione alla sua *ratio originaria*¹⁸.

E non soltanto l'adozione ex art. 44 della legge 183/1984 è, nel suo fondamento, lontana dalla funzione tradizionale, cd. "aristocratica", dell'adozione dei maggiorenni, ma negli anni si è assistito ad una sua costante evoluzione nel senso di una tendenziale sovrapposizione con l'adozione cd. piena, cosicché risulta sempre meno ragionevole applicare *de plano* all'adozione in casi particolari le norme previste per l'adozione regolata dal codice civile, in virtù del richiamo operato dall'art. 55 della legge.

4. La progressiva assimilazione delle due forme di adozione nella unitaria prospettiva del riferimento all'interesse del minore

La Corte Costituzionale, con la sentenza in commento, compie un ulteriore passo verso la convergenza tra l'adozione ex art. 44 e l'adozione ex artt. 6 e seguenti della legge

¹⁷ Per una esauriente ricostruzione del riconoscimento del diritto del minore ad esprimere le proprie opinioni cfr. recentemente G. DE CRISTOFARO, *Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il cd ascolto tra c.p.c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, II, cit., 1099 ss. Osservava all'indomani della riforma del 2012 come l'ascolto del minore rappresenti uno dei meccanismi funzionali alla realizzazione del diritto, esaltando la dimensione partecipativa che caratterizza la famiglia dei figli ROSSI CARLEO, *La famiglia dei figli*, in *Giur. It.*, 2014, 1264.

¹⁸ Si è rilevato (cfr., tra altri, CINQUE, *La nuova adozione del maggiorenne a servizio della genitorialità di fatto*, cit.) come l'adozione dei maggiorenni si sia andata progressivamente discostando dalla tradizionale funzione di trasmissione del cognome e del patrimonio e sia divenuta, anche a seguito di diversi interventi giurisprudenziali, "polifunzionale", così da consentire di adattarsi alle multiformi identità delle realtà familiari adottive. Le differenti situazioni di fatto che possono costituire il presupposto di tale forma di adozione (osserva autorevolmente LENTI, in *Diritto della famiglia, Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2021, 1099, come, essendo rivolte le nuove funzioni dell'adozione dei maggiorenni a dare veste giuridica ad una genitorialità di fatto latamente intesa, in alcuni casi si tratti di "un'adozione in casi particolari rimandata nel tempo") giustificerebbero una flessibilità normativa che invece la Corte costituzionale ha escluso con riferimento al cognome dell'adottato maggiorenne, con la sentenza n. 53 del 2025. Cfr. in merito la nota critica di CINQUE, *All'identità non si comanda... ma l'adottato maggiorenne non può portare il solo cognome adottivo*, in *N.G.C.C.*, 2025, 1177 ss.

del 1983, allineandosi anche ad altri recenti pronunce che si muovono nel senso di un progressivo avvicinamento delle due ipotesi di adozione dei minori.

Risale già all'indomani della legge del 1983 l'auspicio che autorevole dottrina¹⁹ aveva mosso verso un superamento della differenza di effetti tra le due forme di adozione dei minori. Si osservava, in proposito, che l'effettiva funzione svolta dall'adozione in casi particolari rendeva irragionevole la differenza e preferibile un suo superamento, che avrebbe consentito il pregevole risultato di evitare di configurare una categoria di figli "marginali"²⁰, ovvero quelli vissuti in una famiglia adottiva "con la *deminutio* dell'adozione in casi particolari".

La prospettiva di un'eliminazione della duplicità degli effetti dell'adozione dei minori sembrava condivisa, seppure per *incidens*, anche dalla Consulta fin dal 1994, quando la stessa fu chiamata a pronunciarsi in relazione all'adozione in favore della persona singola²¹.

Non c'è dubbio che la successiva evoluzione giurisprudenziale abbia proseguito il cammino verso l'avvicinamento tra le due forme di adozione.

L'attenuazione delle differenze si è realizzata in primo luogo per tramite di una progressiva estensione, in via interpretativa, delle ipotesi di adozione in casi particolari, estensione che ha accentuato inevitabilmente l'unicità funzionale delle due ipotesi, acuendo allo stesso tempo il divario tra l'adozione in casi particolari e l'adozione dei maggiorenni, alla disciplina della quale la legge n. 184 del 1983 opera rinvio, con la previsione dell'art. 55.

L'adozione ex art. 44 ha in effetti assunto un ruolo concreto che certamente non era quello immaginato dal legislatore²². Lungi dal rivestire carattere residuale, è divenu-

¹⁹ Cfr. in merito, tra altri, BUSNELLI, in *N.L.C.C.*, 1984, 12; BESSONE FERRANDO, *Minori e maggiori di età (Adozione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, app. V, Torino, 1984, 90; GIUSTI, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in *Il Diritto di famiglia, Trattato* diretto da BONILINI CATTANEO, vol. III, Torino, 2007, 540, il quale osservava l'inopportunità della scelta del legislatore del 1983 perché, "anziché prevedere uno strumento alternativo di adozione sarebbe stato sufficiente disporre, nel quadro di un sistema uniforme nel suo elemento essenziale, costituito dall'attribuzione all'adottato dello *status* di figlio legittimo, una disciplina meno rigida per presupposti e condizioni, capace di dare il giusto riconoscimento alla diversità delle situazioni sostanziali presupposte, ma senza prescindere da una tendenziale unitarietà di regolamentazione".

²⁰ La eloquente espressione è di MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 838 ss.

²¹ Il riferimento è alla sentenza n. 183 del 1994, nota come "caso Di Lazzaro", nella quale la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sottoposta dalla Corte d'Appello di Roma sul presupposto (non condiviso dalla Corte) che la Convenzione di Strasburgo imponesse senza esclusioni l'adozione da parte del *single*, ipotizzò la possibilità che il legislatore potesse "ampliare l'ambito di ammissibilità dell'adozione di un minore da parte di un solo adottante, qualificandola in ogni caso con gli effetti dell'adozione legittimante. In proposito sia consentito rinviare, tra altri, a CRISTIANI, *L'adozione da parte del singolo: normativa convenzionale, legge italiana e prospettive di riforma alla luce dell'interesse del minore*, in *N.G.C.C.*, 1994, I, 608 ss.

²² Osserva FERRANDO, in *Adozione del minore. Linee evolutive e problematiche attuali*, in Liber

to strumento di normale impiego proprio in considerazione della capacità, “grazie alla sua elasticità, di adattarsi alla varietà di situazioni in cui è necessario dare ai bambini una nuova famiglia”²³, varietà di situazioni nelle quali si configura un modello di famiglia sempre più eterogeneo e distante da quello tradizionale²⁴.

Elasticità della normativa che, in particolare, ha consentito di ricondurre nell'ambito dell'adozione in casi particolari e precisamente in quella prevista dalla lett. d) dell'art. 44, l'adozione da parte di uno dei membri della coppia unita civilmente²⁵, questione rispetto alla quale la legge n. 76 del 2016 ha fatto una scelta di compromesso²⁶, lasciando la soluzione del problema²⁷ all'interpretazione della giurisprudenza.

Più in generale, si è assistito ad una evoluzione pressoché costante nella interpretazione del concetto di *impossibilità* di affidamento preadottivo, cui fa riferimento, appunto, la lett. d) dell'art. 44, che, rigorosamente intesa nei primi anni di vigenza della legge (quando l'ipotesi corrispondente era quella prevista dalla lett. c) dell'art. 44) come *impossibilità di fatto* dell'affidamento preadottivo, è stata successivamente interpretata

Amicorum per Michele Sesta, cit., 808, come “l'istituto ha percorso un sentiero evolutivo grazie al quale è stato applicato oltre i limiti immaginati dal legislatore”.

²³ Le parole riportate nel testo sono di FERRANDO, *op. ult. cit.*, 801 ss.

²⁴ Rileva SESTA, in *Verità e relazioni familiari: Roberto Conti intervista Gabriella Luccioli e Michele Sesta*, in *Accademia*, 2024, 597, come “la parola ‘famiglia’ è riferita a una pluralità di modelli familiari socialmente tipizzati e da tempo giuridicamente tutelati: nell'ordinamento non si rinviene più la famiglia ma le famiglie”. In merito alle attuali, fluide caratteristiche della famiglia e dei legami di coppia cfr., tra altri, BUSNELL, *La parabola del matrimonio tra la crisi dell'istituto e la “resilienza” di una istituzionalizzazione 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, 9 ss.; e, *ivi*, CAMARDI, *Presentazione*, 5; DI NICOLA, *Differenziazione dei modelli familiari e pluralizzazione del legame di coppia*, 81 ss.; FERRANDO, *Divorzio e riforme degli istituti familiari*, 37 ss.; PATTI, *Dall'isola all'arcipelago?*, 49 ss.; SESTA, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, 67 ss. Questo stesso Autore, in *Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, cit., 1859, rileva che “è proprio partendo dalla posizione dei figli che va ricostruito l'intero diritto di famiglia”. Per una disamina dell'interesse del minore nell'ambito delle “nuove famiglie” e nella crisi della coppia, cfr. altresì C. IRTI, *Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia*, in *Diritto civile minorile*, a cura di CORDIANO e SENIGAGLIA, Napoli, 2024, 185 ss.

²⁵ Come ha osservato pressoché unanimemente la dottrina fin dai primi commenti della legge n. 76 del 2016 la vera e propria differenziazione tra coniugi e parti dell'unione civile si gioca sul piano della filiazione: cfr. FERRANDO, *Conclusioni*, in *L.N.G.C.C.*, 2016, 1777; QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, *ivi*, 1688; ZATTI, *Introduzione al Convegno*, *ivi*, 1663; BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. e dir.*, 2017, 381 ss.

²⁶ Cfr. in proposito, tra altri, gli interessanti rilievi di MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Il Corr. giur.*, 2016, 1203 ss.

²⁷ La pressoché totale equiparazione tra matrimonio e unione civile, basata sul principio di non discriminazione a causa dell'orientamento sessuale, avrebbe dovuto piuttosto consentire, con una scelta meno compromissoria, alle parti dell'unione civile l'adozione ex art. 44, lett. b). Sul punto, tra altri, ZATTI, *op. loc. ult. cit.*; V. BARBA, *op. loc. ult. cit.*, in *Fam. e dir.*, 2017, 381 ss.

anche come *impossibilità giuridica* dell'adozione. Si è rilevato²⁸ come la lettera d) costituisce una autentica clausola generale che il giudice può concretizzare in relazione ai singoli casi. Una volta letta nel prisma dell'interesse del minore, l'ampia dizione di "impossibilità di affidamento preadottivo" si presta ad abbracciare situazioni molteplici in cui è nell'interesse del bambino dare veste giuridica a relazioni familiari già vissute.

Così, la Corte di Cassazione²⁹ ha ritenuto ammissibile la costituzione dell'adozione ex art. 44, lett. d), nei confronti di colui (o colei) che, unito ad altro *partner* nell'ambito di una stabile relazione omosessuale, abbia instaurato un rapporto affettivo con il figlio di questi, affermando che tale disposizione "integra una clausola di chiusura del sistema", alla quale si possa ricorrere ogni volta che, nel precipuo interesse del minore, sia opportuno dare forma giuridica ad una situazione di fatto, il mancato riconoscimento della quale – o, a maggior ragione, la cui interruzione – possa costituire motivo di sacrificio della tutela del bambino, da assicurare in via assolutamente prioritaria. Tale soluzione è stata poi costantemente seguita dalla giurisprudenza successiva.

Pur condividendo la opportunità di una interpretazione elastica della normativa³⁰, non si può mancare di sottolineare il pericolo rappresentato da non corrette interpretazioni e opinabili applicazioni, in concreto, dell'interesse del minore, la cui stabilità e continuità affettiva, nel diritto ad un ambiente *familiare*, deve prevalere su ogni altra esigenza eventualmente contrastante. In altri termini, si deve evitare rigorosamente che questo interesse diventi un vero e proprio scudo con il quale, giustificando ogni scelta del legislatore ed ogni soluzione della giurisprudenza, si finisca per coprire altri interessi, che non necessariamente meritano analoga o paritaria tutela. In merito all'applicazione dell'art. 44, lett. d), talvolta il mantenimento di una situazione di fatto, ormai instaurata, potrebbe infatti determinare la conseguenza di dare preminente spazio alla protezione di interessi egoistici del singolo³¹, non necessariamente coincidenti con quelli dell'adot-

²⁸ Cfr. FERRANDO, *Lo stato di figlio nel prisma dell'interesse del minore*, in Liber Amicorum per Paolo Zatti, II, cit., 1668.

²⁹ La Corte di Cassazione, con sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962 – emessa all'indomani dell'emanazione della legge n. 76 del 2016, non applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie oggetto di pronuncia – si è allineata alla giurisprudenza di merito, che si era ripetutamente pronunciata positivamente, seppur non in maniera univoca, accogliendo un'interpretazione in qualche modo avallata anche dalla modifica apportata alla norma dalla legge n. 149 del 2001 che, con l'introduzione della lett. c), ha contribuito ad ampliare i margini di elasticità già riconosciuti, in via interpretativa, alla fattispecie dell'adozione in casi particolari. La sentenza è stata oggetto di numerose note di commento. Si veda per tutti, anche per una diffusa analisi della evoluzione giurisprudenziale nell'interpretazione della lett. d) (*olim c*) dell'art. 44, FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016*, in N.G.C.C., 2016, 1213 ss.

³⁰ Obiettivamente, soprattutto considerando che la stessa "clausola" cui si riferisce la Corte di cassazione è stata utilizzata per consentire l'adozione del figlio del convivente *more uxorio* della coppia eterosessuale, è incontestabile che risulterebbe del tutto ingiustificata una differenziazione basata soltanto sull'orientamento sessuale dei soggetti in questione, che si risolverebbe in una inammissibile discriminazione.

³¹ Rileva acutamente LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in Riv. dir. civ., 2016,

tando, attribuendo a ciascuno, indistintamente, un *diritto alla filiazione senza certezza* che questa non corrisponda soltanto al suo egoistico interesse, eventualmente in conflitto con quello, prioritario, dell'adottando.

In secondo luogo, la giurisprudenza, valorizzando il profilo funzionale delle due forme di adozione, sempre sulla scorta dell'imprescindibile riferimento, in entrambe, all'interesse del minore³² ha promosso una tendenziale parificazione di effetti per le due differenti ipotesi normative, operando una sorta di osmosi reciproca tra l'una e l'altra.

Paradigmatiche, in questo senso, appaiono le pronunce n. 79 del 2022³³ e n. 183 del 2023 della Corte Costituzionale.

Con la sentenza del 2022 la Corte ha risolto il delicato problema interpretativo originatosi all'indomani della modifica dell'art. 74 c.c.³⁴, sulla necessità di considerare, o meno, le adozioni in casi particolari ex art. 44 della legge n. 183 del 1984 incluse tra le ipotesi di adozione che danno vita ad un vincolo di parentela tra il minore adottato e la famiglia dell'adottante³⁵. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante³⁶, muovendo dalla constatazione che "la rete dei legami parentali incarna uno dei possibili istituti che la Repubblica è chiamata a

come, talvolta "la dichiarata priorità dell'interesse del minore si risolve nell'effettiva promozione dell'interesse degli adulti".

³² Nella sentenza n. 33 del 2025 la Corte costituzionale ha ricordato come la centralità dell'interesse del minore sia plasticamente riprodotta anche intitolazione della legge del 1983: "Diritto del minore ad una famiglia".

³³ Osserva come l'intervento della Consulta sul punto avvicina in maniera significativa la disciplina dell'adozione in casi particolari a quella "piena" IORIO, *op. cit.*, 1707.

³⁴ Cfr. in proposito recentemente CAMPIONE, *Gli "itinerari" della parentela dalla l. n. 219/2012 ad oggi*, in *Liber amicorum per Michele Sesta*, cit., 421 ss. Interessante l'accento ad una possibile "penetrazione della autonomia privata nel contesto giuridico della parentela" che si legge in RIZZUTI, *Premesse ad uno studio sulla parentela elettiva*, *ivi*, 1683.

³⁵ Per le diverse soluzioni proposte dalla dottrina cfr., tra altri, Morozzo Della Rocca, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, *op. loc. cit.*

³⁶ Cfr. in merito, tra altri, CINQUE, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, in *N.G.C.C.*, 2022, 1013 ss.; FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione Giustizia*, 7 giugno 2022; CHIRICALLI, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in *Famiglia*, n. 3/2022, 17 maggio 2022; SESTA, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Fam. e dir.*, 2022, 904 ss. All'indomani della sentenza della Corte, in relazione ad una ordinanza della Cassazione (Sez. I, n. 10989/2022) nella quale si ribadisce come possa essere rispondente all'interesse del minore la coesistenza di legami parentali sia con la famiglia di origine che con quella adottiva, cfr. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e pluralità di rapporti parentali*, in *Fam. e dir.*, 2022, 1117 ss. Segnala gli effetti della sentenza n. 79 del 2022 in relazione alla apertura della adozione ex art. 44 ai parenti entro il quarto grado del minore non orfano RIZZUTI, *L'adozione mite della propria nipote*, in *Fam. e dir.*, 2024, 482.

favorire al fine di proteggere, con una proiezione orizzontale dell'obiettivo costituzionale, l'interesse del minore".

Con la sentenza n. 183 del 2023 la Consulta ha escluso la fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 27, comma terzo della legge sull'adozione, del quale ha proposto una interpretazione costituzionalmente orientata, basata sull'interesse preminente del bambino a vedere preservate relazioni affettive, la cui rottura potrebbe cagionare traumi ulteriori proprio al soggetto da proteggere³⁷. La tutela dell'interesse del minore, comune a tutte le ipotesi di adozione che lo riguardano, si esplica anche con la protezione della partecipazione alla cerchia familiare. Pertanto, la rete dei legami affettivi di cui è parte il minore deve essere protetta e mantenuta sia sotto il profilo giuridico, attribuendo ai legami stessi il suggello del vincolo di parentela, sia, comunque, evitando che il figlio veda di fatto cancellata ogni relazione con la originaria cerchia familiare di riferimento, purché sussista, in concreto, un suo interesse a mantenere, con la stessa, relazioni di tipo socio-affettivo.

Nella medesima prospettiva della progressiva convergenza delle due forme di adozione si porrebbe anche la eventuale equiparazione tra coppia genitoriale e *single* ai fini della legittimazione a presentare disponibilità all'adozione; equiparazione ormai sancita, com'è noto, dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 33 del 2025³⁸ in riferimento all'adozione internazionale. Le motivazioni di tale pronuncia, che pone alla base della decisione la considerazione, in concreto, dell'interesse del minore, sarebbero infatti sicuramente replicabili anche con riferimento all'adozione nazionale³⁹, apparendo obiettivamente difficile, in astratto, giustificare un differente trattamento, in relazione alla richiesta di adozione da parte di un *single*, in ragione del fatto che la disponibilità ad adottare sia riferita ad un minore di nazionalità italiana o straniera⁴⁰.

³⁷ Cfr. in proposito DOGLIOTTI, *Questa è l'adozione da preferire!*, in *Fam. e dir.*, 2024, 128 ss.; GRASSO, *La Corte Costituzionale "apre" all'adozione aperta*, in *N.G.C.C.*, 2024, 321 ss.; SPANGARO, *L'adozione duttile, in nome del miglior interesse del minore*, in *Giur. It.*, 2024, 2048 ss.

³⁸ La sentenza n. 33 del 2025 è stata commentata in *questa Rivista*, n. 8 del 2025, 435 ss., da ASTONE, *Adozione del singolo e famiglia monoparentale: le prospettive dopo la decisione n. 33/25 della Corte Costituzionale*; BILOTTI, *L'accesso della persona singola all'adozione internazionale. Il supremo garante invade un ambito riservato al decisore politico?*; CALDERAI, *Dalla "natura" alla società: l'adozione nel canone costituzionale*; CRISTIANI, *Adozione da parte del single e interesse del minore*. V. altresì LONG, *Un'involuzione copernicana*, in *N.G.C.C.*, 2025, 993 ss.

³⁹ Con ordinanza 11 marzo 2026 il Tribunale di Venezia, sulla scorta della sentenza n. 33 del 2025, ha sottoposto alla Corte la questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 29 *bis* della legge nella parte in cui, per rinvio all'art. 6, non include i soggetti parti di un'unione civile tra i legittimati a presentare dichiarazione di disponibilità ad adottare un minore straniero. La decisione della Corte, inevitabilmente, sarà destinata a produrre, direttamente o indirettamente, effetti anche in relazione all'adozione nazionale.

⁴⁰ Come è stato rilevato (cfr. CRISTIANI, *op. loc. ult. cit.*), peraltro, in concreto, il procedimento previsto per l'adozione nazionale che comporta la scelta comparativa tra i diversi aspiranti all'adozione, difficilmente potrà portare all'accoglimento della disponibilità espressa da un *single*. Laddove *single* e coppia genitoriale possano essere paritariamente considerati sotto il profilo della loro

In conclusione, riprendendo il filo del discorso più direttamente riferito alla sentenza in commento, si può osservare come la Corte Costituzionale – con la declaratoria di illegittimità della norma che impedisce, dettando una regola rigida in relazione all'attribuzione del cognome all'adottato in casi particolari, la sostituzione del cognome originario con quello adottivo, laddove tale sostituzione risulti, in concreto, maggiormente confacente all'interesse dell'adottando – abbia aggiunto un ulteriore mattone alla costruzione di una disciplina unica per le due forme di adozione.

Ancora una volta, emerge la necessità di garantire in via prioritaria e preminente, nell'adozione dei minori, il rispetto e la tutela di colui che è al centro dell'istituto, ovvero l'adottando.

Tutti gli aspetti presi in esame dalla sentenza della Corte, ovvero il profilo identitario del cognome, la rilevanza della volontà espressa dai soggetti coinvolti, la relazione tra adozione dei maggiorenni e adozione in casi particolari, devono essere letti attraverso la lente del miglior interesse del minore⁴¹, che impone di valorizzare l'unicità funzionale delle due forme di adozione⁴² e di percorrere con convinzione la strada della loro definitiva unificazione.

ABSTRACT

Il contributo prende in esame la sentenza n. 210 del 2025 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 55 l. n. 184/1983, in relazione all'art. 299 c.c., nella parte in cui preclude, nell'adozione in casi particolari, la sostituzione del cognome dell'adottato con quello dell'adottante. Si osserva come la pronuncia si collochi nel solco dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di identità personale, valorizzando la funzione identitaria del cognome e la rilevanza della volontà dei soggetti coinvolti, censurando altresì l'automatismo normativo in favore di una valutazione in concreto orientata al superiore interesse del minore. L'analisi si sofferma, inoltre, sulla varietà delle fattispecie riconducibili all'adozione ex art. 44 e sul progressivo avvicinamento tra le diverse forme di adozione, nella prospettiva di una loro tendenziale convergenza.

specificità idoneità affettiva e capacità educativa nei confronti del bambino in stato di abbandono, è evidente, infatti, che la richiesta proveniente dal *single* sia inevitabilmente destinata a soccombere, in via comparativa, rispetto a quella proveniente da una coppia di genitori.

⁴¹ Per una diffusa analisi del significato e della rilevanza dell'interesse del minore, anche alla luce delle fonti sovranazionali nell'ambito delle categorie della nuova dogmatica minorile cfr. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in *Diritto civile minorile*, a cura di CORDIANO e SENIGAGLIA, cit., 131 ss.

⁴² Rileva FERRANDO, in *Adozione del minore. Linee evolutive*, cit., dopo limpida analisi dei mutamenti intervenuti nell'applicazione delle due forme di adozione, anche in virtù dell'interpretazione data dalla giurisprudenza, in relazione ai differenti effetti tra le due ipotesi: "Ci si può chiedere se la loro sopravvivenza nel nuovo contesto non mostri elementi di irragionevolezza che ne suggeriscano la cancellazione o la revisione".

This article critically examines Constitutional Court Judgment No. 210 of 2025, which declared unconstitutional Article 55 of Law No. 184/1983, in conjunction with Article 299 of the Civil Code, insofar as it precludes, in cases of adoption in special circumstances, the replacement of the adoptee's surname with that of the adopter. The ruling is situated within the evolving jurisprudence on personal identity, highlighting the identity-forming function of the surname and the significance of the parties' expressed will, while rejecting rigid statutory formalism in favor of a contextual, best-interest assessment. The discussion further addresses the diverse scenarios encompassed by adoption under Article 44 and underscores the ongoing convergence between distinct forms of adoption, pointing toward their progressive unification.



La relazione tra conviventi e la disciplina della prescrizione: il decorso del tempo tra fatto e diritto nella tutela dei legami familiari



Caterina Murgo

Prof. ass. dell'Università di Pisa

SOMMARIO: **1.** Premessa: la corte costituzionale ritorna sui rapporti tra i conviventi. – **2.** *De familiae natura*. – **2.1.** La famiglia di fatto tra inclusione e rimedi. – **3.** Il tempo, i diritti e le famiglie.

1. Premessa: la corte costituzionale ritorna sui rapporti tra i conviventi

La sentenza del 23 gennaio 2026, n. 7, della corte costituzionale ha accolto l'istanza del Tribunale di Firenze che, con ordinanza n. 117/25, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2941, n. 1 c.c. e, in via eventuale, del co. 18, art. 1, l. n. 76/'16, “nella parte in cui non prevedono che la prescrizione dei diritti sia sospesa anche fra conviventi stabili e legati, fra loro, da vincolo di affettività familiare”. I giudici della consulta hanno ritenuto che la previsione codicistica integri la violazione degli artt. 2 e 3 Cost., ammettendosi il richiamo in funzione ermeneutica ai criteri enunciati dall'art. 8 della Carta Edu (sul diritto al rispetto della vita privata e familiare) e dagli artt. 9 e 33 della Carta DFUE (rispettivamente sul diritto di sposarsi e di formare una famiglia e sul diritto alla “protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale”).

La vicenda che si colloca all'origine dell'ordinanza della corte fiorentina non soltanto descrive l'evoluzione dei costumi con riguardo alle relazioni affettive, ma riassume la duplice connotazione dei legami che hanno la propria sede nel contesto delle compagini familiari, con effetti che si producono al tempo stesso sul piano personale e patrimoniale.

Nel caso di specie, al vincolo affettivo tra i conviventi si è affiancato un rapporto ad efficacia obbligatoria, che ha visto una parte riconoscere l'attribuzione patrimoniale ricevuta dall'altro *partner* in funzione dei miglioramenti da apportare su un bene di

proprietà esclusiva del ricevente; contestualmente, il beneficiario ha escluso che la somministrazione di denaro fosse riconducibile al sostegno morale e materiale a cui i conviventi sono naturalmente tenuti, impegnandosi, pertanto, alla restituzione della somma.

Alla cessazione della convivenza, stante il perdurare dell'inadempimento, la parte creditrice si è attivata in giudizio, allo scopo di ottenere quanto dovuto, mentre il convenuto ha eccepito il compimento del termine di prescrizione del diritto.

Chiamato a decidere sulla questione, il Tribunale di Firenze si è mosso su un doppio piano, formale e sostanziale: i giudici hanno infatti ritenuto astrattamente valida e utile l'eccezione di prescrizione del diritto, essendo decorso il tempo previsto dalla legge nell'inerzia del titolare; contestualmente, esigenze di giustizia hanno imposto di tenere in considerazione le ragioni sottostanti alla inattività del convivente in qualità di creditore, procedendosi alla verifica sull'idoneità del legame sentimentale-affettivo a costituire una valida giustificazione rispetto al mancato esercizio del diritto.

Partendo dall'analisi delle cause legali di sospensione del termine di prescrizione, la corte è giunta a sostenere che la *ratio* sottostante alla previsione di cui al n. 1 dell'art. 2941 c.c., operativa nei rapporti tra i coniugi, sia idonea a trovare applicazione anche in favore delle parti di una relazione non fondata sul matrimonio, ma ugualmente caratterizzata da stabilità e reciproca assistenza morale e materiale. L'obiettivo della disposizione è, infatti, quello di evitare la collisione tra il compimento delle attività interruttive del termine di prescrizione, inerente al rapporto obbligatorio in corso tra i protagonisti del legame, e la difesa dell'armonia del nucleo familiare, di cui sarebbe compromessa la stabilità.

L'esigenza di riservare un trattamento omogeneo a situazioni connotate dalle medesime istanze di protezione ha condotto a ritenere sia l'inattualità della disciplina codicistica, che riserva esclusivamente ai coniugi una specifica causa di sospensione del termine di prescrizione per tutta la durata del vincolo, estesa ai *partner* dalla l. n. 76, sia la produzione di una irragionevole disparità di trattamento, stante l'unitarietà dell'interesse leso, inquadrabile nel valore intrinseco riconosciuto al rapporto familiare.

La corte costituzionale, che ha ritenuto fondata la questione, nella prima parte della sentenza ricostruisce il percorso compiuto dal formante normativo e da quello giurisprudenziale sulla famiglia di fatto, portando il *focus* sul quadro dei "criteri" che ne hanno consentito l'emersione sul piano giuridico¹.

Nella seconda parte della sentenza, la riflessione in parallelo tra fatto e diritto si sofferma sulla disciplina della prescrizione, sulla pluralità delle letture dell'istituto, che ne costituiscono la cifra peculiare, e sull'esigenza forte, avvertita dall'ordinamento, di non circoscrivere in via definitiva l'ambito degli interessi meritevoli di protezione, aspettativa che tutti gli istituti giuridici, e in particolare quelli operanti in ambito familiare, racchiudono.

¹ VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 185 ss.

Il presente commento seguirà l'ordine a cui si è fatto cenno, nel tentativo di rinvenire, nel testo della ricostruzione compiuta dalla Corte costituzionale, il filo conduttore di un'operazione auspicabilmente ripetibile in tutte le situazioni che interessano la persona.

2. *De familiae natura*

L'itinerario compiuto dalla famiglia incentrata su legami di fatto, a partire dal convegno tenuto a Pontremoli nel 1976, i cui Atti sono stati pubblicati l'anno successivo, pur attraversando evoluzioni e involuzioni, si è svolto seguendo alcune fondamentali declinazioni².

Premessa una necessaria distinzione tra il piano orizzontale e quello verticale della relazione tra i conviventi, comprensiva, in questa seconda modalità, del rapporto con i discendenti, con riguardo al primo dei profili individuati l'ordinamento ha disegnato talune traiettorie oggetto di un vivace dibattito³.

In una prima direzione, infatti, si è avvertita l'esigenza di individuare i presupposti fondanti della comunità composta dai conviventi *more uxorio*, al fine di offrire una qualificazione a quella compagine in termini di famiglia, anche avvalendosi della dimensione collegata al rapporto genitoriale.

In un successivo passaggio, l'ordinamento ha inteso verificare la normativa applicabile, ricomponendo tutti i tasselli utili ad evitare disparità di trattamento tra i membri della formazione sociale familiare, con l'obiettivo di trarre la massima utilità dalle misure di tutela predisposte dal sistema giuridico.

A queste finalità, con riguardo al primo dei profili enunciati, pare utile ricordare le novità introdotte dalla l. 149/01, normativa intervenuta a modificare la disciplina dell'affidamento e dell'adozione dei minori, contenuta nel testo della l. n. 184/1983, rubricata *Diritto del minore a una famiglia*: l'art. 6, co. 1 l. n. 149, andando a modificare l'art. 6 l. n. 184, nel contesto dell'adozione del minore con effetti pieni, ha inserito tra i requisiti utili a integrare la durata del rapporto triennale tra gli aspiranti genitori adottivi, fondato sul matrimonio, anche la convivenza stabile e continuativa occorsa tra le parti.

² Sull'argomento, E. QUADRI, *Tra società e diritto: la famiglia come luogo di realizzazione della personalità dei suoi membri nella visione di Guido Alpa*, in questa Rivista, n. 8/25. Si rileggano a tale proposito le motivazioni di Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Foro it.*, 1988, I, 2515 ss.

V. pure VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1322 ss., in particolare sull'inquadramento dei contratti di convivenza: "trattandosi di contratti che intendono dare ordine ai rapporti familiari di fatto, la loro valutazione è sempre dipesa, nell'evoluzione storica, dal modo di giudicare la convivenza al di fuori del matrimonio. Oggi, su questo tema, si può dare per acquisito che la convivenza di fatto sia fenomeno non solo ammesso, ma anche protetto dalla legge".

³ F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1447 ss.

La previsione, significativa e di grande novità, definisce un importante indicatore della componente di carattere temporale che, in modalità diacronica, deve connotare il legame tra gli adulti del nucleo familiare, laddove il decorso del tempo e la perdurante conservazione del rapporto sono incasellati dall'ordinamento tra i fattori positivi attestanti la stabilità della relazione.

La medesima disposizione, art. 6 l. n. 184, rileva ai fini individuati dal legislatore anche nella parte in cui esclude dalla candidatura all'adozione piena del minore quanti siano separati soltanto di fatto, poiché il disallineamento in corso tra i coniugi, attestato dalla separazione con effetto esclusivamente tra le parti, fornirebbe indizi sulle crepe (eventuali) di un rapporto che invece per l'ordinamento deve conservarsi in modalità più stabile possibile. Questo alla luce delle finalità proprie dell'istituto dell'adozione dei minori, focalizzato sulla costituzione di un complesso familiare idoneo ad accogliere un minore d'età in stato di abbandono.

La l. n. 149/01 è intervenuta anche sul testo del codice civile, modificando le disposizioni di cui agli artt. 330 e 333 c.c. (art. 37 co. 1, 2 l. n. 149), norme che incidono sulla responsabilità genitoriale in modalità tale da escludere i genitori dall'esercizio delle funzioni ovvero da limitarne l'ambito di operatività.

Il legislatore del 2001 ha infatti mutato il dettato degli artt. 330 co. 2 e 333 co. 1 c.c., consentendo di pervenire all'emissione di un provvedimento che sia non soltanto idoneo a prevedere, come fino a quel momento, l'allontanamento del minore dalla casa familiare, al fine di evitare allo stesso qualunque pregiudizio, ma sia tale da disporre, in alternativa alle modifiche al collocamento della persona minore d'età, anche l'allontanamento dall'abitazione del genitore o convivente che abbia tenuto condotte in contrasto con il benessere del minore.

Con la variazione introdotta al testo nella sua precedente formulazione, il legislatore ha incluso il convivente tra i soggetti destinatari di una misura che, partendo dalla necessaria premessa rappresentata dall'inclusione del convivente nell'ambito di una formazione sociale qualificabile in termini di famiglia, perviene ad escluderlo dall'accesso e dalla frequentazione della casa familiare in ragione delle sue condotte pregiudizievoli compiute a danno dei minori ivi presenti.

La configurazione di un legame familiare si affida anche al tempo e al suo decorso ai fini della ricostruzione del quadro, sia pure in modalità differenti in considerazione degli obiettivi perseguiti.

In qualche caso il legislatore ha attribuito al fattore temporale un valore astrattamente positivo, ma *de jure condendo*, in quanto utile a proiettare in avanti la costruzione del vincolo: è quanto prospetta, secondo una parte della dottrina, la definizione che della convivenza è tracciata dal co. 36 l. n. 76, laddove è offerta una descrizione del rapporto in termini di "progettualità"⁴.

⁴ FIGONE, *La convivenza: evoluzione giurisprudenziale e normativa*, in *Fam. dir.*, 2026, 60 ss., che pure ritiene la durata della convivenza un "indice significativo".

Su un diverso versante, il tempo della convivenza è valutato nella sua estensione e costituisce un criterio utile ad effettuare un *check* ragionevole sulla “validità” e sulla tenuta del rapporto *more uxorio*, non soltanto in via diretta, come ai fini delle vicende in precedenza enunciate, ma anche con effetti indiretti.

In questi termini, la convivenza di fatto, intesa quale relazione affettiva caratterizzata dalla continuità nel tempo, dalla stabilità del rapporto e dalla nascita di obblighi di contribuzione in vista del soddisfacimento dei nuovi interessi sottesi alla relazione tra i conviventi, riflette l'esistenza di un nucleo familiare funzionale, rispetto al quale l'ordinamento ha indagato gli effetti anche in vista di eventuali legami preesistenti, fondati sul matrimonio, al fine di definire le reciproche “interferenze”.

Traccia di tali esplorazioni si ritrova nell'ambito delle vicende connesse all'attribuzione dell'assegno di divorzio, le cui sorti, secondo l'orientamento della giurisprudenza presente e (anche) passata, sono legate all'evoluzione delle vicende familiari, anche in coincidenza con una rinnovata riflessione sull'estensione della solidarietà post-coniugale⁵.

A seguito del *revirement* anticipato dalla prima sezione della Corte di Cassazione nel 2017⁶ e alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite del 2018⁷, i giudici hanno confermato la polifunzionalità dell'attribuzione corrisposta in sede di scioglimento del matrimonio/cessazione degli effetti civili, distinguendo tra la funzione prettamente assistenziale e quella di natura perequativo-compensativa⁸.

Per ciascuna delle finalità assolute dall'assegno divorzile, le corti hanno considerato gli effetti del fattore temporale, in un caso estendendo la durata del rapporto coniugale fino a ricomprendere anche la convivenza precedente al matrimonio intercorsa tra i co-

⁵ V. CINQUE, *Coniugio e convivenza di fatto: quali interferenze?*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 236 ss.; SPADAFORA, *Un'incauta presenza sul terreno della redistribuzione delle fortune familiari: l'assegno di divorzio*, in *Fam. dir.*, 2026, 122 ss., commento a Cass., 30 settembre 2025, n. 26392, *ivi*, 119 ss.

⁶ Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in *De Jure*; tra i commenti, *ex multis*, MARIANI, *La corte di cassazione e l'assegno divorzile*, in *Questione Giustizia*, 2017.

⁷ Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Giur. It.*, 2018, 1843, con nota di RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*.

⁸ Cass. civ., 17 settembre 2025, n. 25495, in *Fam. dir.*, 2026, 5 ss., sulle funzioni assolute dalla misura economica dell'assegno “di divorzio” nel momento dello scioglimento dell'unione civile, con nota di SPADAFORA, *Famiglia coniugale e famiglia paraconiugale nel paradosso aristotelico*, *ivi*, 9 ss.: “La trama aperta del testo Costituzionale eleva la solidarietà a valore comune a tutte le formazioni sociali, ed è suscettibile di manifestarsi precipuamente in quelle che nascono da una relazione affettiva stabile e proiettata verso il futuro, creando una piccola comunità di affetti e vita comune ove, oltre alla reciproca dedizione tra i partner, possono acquistare rilevanza anche altre scelte altruistiche, atteso che è possibile l'inserimento di soggetti deboli dei quali prendersi cura, come i minori e gli anziani.” (cons. 8.2).

Sull'ordinanza, BIAGIONI, *Cessazione dell'unione civile ed assegno divorzile: tra analogia interpretativa e principi di equità sostanziale*, in questa *Rivista*, n. 9/25.

niugi, in quanto dotata di caratteri utili ad attestare già a quel momento l'esistenza di una formazione familiare anche in assenza dell'atto formale⁹.

Si è ugualmente ritenuto che l'esistenza di una compagine familiare incentrata su una relazione affettiva dotata di stabilità e continuità incida anche per altra via sulla misura rappresentata dall'assegno di divorzio: a tali conclusioni è pervenuta da tempo la giurisprudenza, in caso di nuova convivenza da parte del coniuge obbligato, laddove la corresponsione dell'assegno in favore del *partner* precedente è stata ridefinita in considerazione degli obblighi contributivi generati dal nuovo complesso familiare¹⁰.

Diversamente, nel caso dell'instaurazione di una nuova convivenza da parte del percipiente, le eventuali variazioni su quanto corrisposto dall'ex coniuge obbligato saranno commisurate alle finalità di natura assistenziale dell'attribuzione, escludendosi da parte dell'orientamento più recente la caducazione di diritto e/o *in toto* dell'assegno¹¹.

Al riguardo, il *focus* è stato condotto dalle corti sulla funzione delle contribuzioni pervenute all'ex coniuge, beneficiario dell'assegno, per effetto della nuova convivenza: in quanto finalizzato all'adempimento di obblighi di assistenza morale e materiale, il *quantum* del sostegno ricevuto dal nuovo convivente appare in grado di ridurre necessariamente, fino a farla scomparire, quella declinazione dell'assegno divorzile rispondente alla medesima natura assistenziale¹².

In assenza non soltanto della coabitazione, che potrebbe mancare o comunque caratterizzare il nuovo nucleo familiare in modalità discontinua, ma stante anche l'esclusione di un reale progetto familiare, la Corte di Cassazione ha d'altra parte negato l'incidenza della nuova relazione sulla configurazione dell'assegno di divorzio¹³.

⁹ Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2023, n. 35385, in *Fam. dir.*, 2024, 548 ss., con il commento di BENANTI, *Le Sezioni Unite sulla funzione compensativa dell'assegno divorzile estesa alla convivenza prematrimoniale*, 553 ss., e quello di AL MUREDEN, *Assegno divorzile e rilevanza del contributo prematrimoniale: dalla "durata del matrimonio" alla "durata della famiglia"*, 559 ss. V. pure CHIRICALLI, *Sul rilievo della preesistente convivenza "more uxorio" nella determinazione dell'assegno "post-unione civile". Spunti per un ripensamento dei fondamenti assiologici della disciplina della legge n. 76 del 2016 a margine delle Sezioni Unite n. 35969 del 2023*, commento a Cass., sez. un., 27 dicembre 2023, n. 35969, in *Studium iuris*, 2025, 477 ss.

¹⁰ Sul tema, si legga la ricostruzione di AL MUREDEN, *La solidarietà post-coniugale nelle famiglie ricomposte*, in *Giur. it.*, 2024, 2254 ss.

¹¹ Cass., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198, in *Fam. dir.*, 2022, 113 ss.

¹² Cass., 19 marzo 2024, n. 7257, in *De Jure*: ivi si richiede, oltre alla continuità della relazione, anche il "coinvolgimento personale" di ciascuna parte.

¹³ Cass., ord. 10 giugno 2024, n. 16051, in *De jure*; v. pure Cass. pen., 13 febbraio 2026, n. 5987, in *De Jure*: la corte ha accolto il ricorso dell'imputato per reato di maltrattamenti in famiglia nella parte in cui il giudice di primo grado non aveva adeguatamente vagliato la ricorrenza del requisito della convivenza; per i giudici, "Per consolidata giurisprudenza, ai fini della configurabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia, il concetto di "convivenza", in ossequio al divieto di interpretazione analogica delle norme incriminatrici, va inteso nell'accezione più ristretta, presupponente una radicata e stabile relazione affettiva caratterizzata da una duratura consuetudine di vita comune nello stesso luogo (Sez. 6, n. 38336 del 28/9/2022, Rv. 283939). Si richiede, pertanto, relazione

2.1. La famiglia di fatto tra inclusione e rimedi

Al riconoscimento della valenza giuridica delle relazioni tra conviventi qualificabili in termini familiari segue la verifica delle disposizioni applicabili per i profili operanti sul piano personale e patrimoniale.

Sin dal principio dell'analisi del fenomeno, laddove allo stato attuale si segnala una crescita costante delle convivenze a fronte della progressiva riduzione del numero dei matrimoni, l'esclusione di una totale irrilevanza giuridica delle famiglie di fatto ha condotto ad interrogarsi sulle previsioni normative, in particolare di quelle con finalità rimediale, idonee a regolare i profili giuridici più significativi della relazione tra conviventi¹⁴. A partire dai doveri generati dal rapporto di convivenza, riportati alla sfera di operatività delle obbligazioni naturali, fino alla misura, individuata nell'azione di arricchimento ingiustificato, volta a fronteggiare possibili squilibri o approfittamenti sul piano patrimoniale, i formanti normativo e giurisprudenziale hanno disegnato una rete di protezione utile a tutelare le parti conviventi nel perimetro segnato dal vincolo¹⁵.

Anche di recente la Corte di Cassazione ha precisato taluni dei profili che interessano il legame delle parti nell'ambito di una compagine familiare non fondata sul matrimonio, nella parte in cui la relazione sia caratterizzata in modalità analoghe a quelle di cui è intessuto il negozio matrimoniale. In quei limiti, per i giudici, non soltanto devono inquadrarsi nell'ambito delle obbligazioni naturali i contributi forniti dall'una all'altra parte al fine del soddisfacimento di interessi familiari, ma è l'intera vicenda costituita dalla convivenza, che costituisce la base della famiglia di fatto, a presentare significative assonanze con il matrimonio. Ciò consentirebbe al vincolo con base solidaristica in corso tra i conviventi di travalicare lo stadio del legame nelle sue declinazioni sincroniche,

affettiva implicante reciproche aspettative di mutua solidarietà ed affetti, fondata sul rapporto di coniugio o di parentela o, comunque, su una stabile condivisione dell'abitazione”.

Cfr. Cass. pen., 19 maggio 2025, n. 18740, in *De Jure*, sull'integrazione del reato di cui all'art. 572 c.p. anche in presenza della cessata convivenza e del perdurare della coabitazione.

¹⁴ Sull'esistenza di un “principio famiglia”, in grado di accomunare molteplici aggregati soggettivi, S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 516 ss.

¹⁵ Sulla difficoltà di ricondurre a unità le prestazioni eseguite gratuitamente, BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, IX, 990 ss.: per l'A., dovendosi escludere una soluzione univoca, “L'azione di arricchimento è in linea astratta ammissibile quando non si riesca a dimostrare che l'area delle prestazioni sopra indicate è valutata nel suo complesso dall'ordinamento quale “giusta causa” che vale a paralizzare qualunque pretesa restitutoria”.

Sul tema, ESPOSITO, *Rapporti patrimoniali fra conviventi*, nota a Cass., 3 ottobre 2019, n. 24721, in *giustiziavivile.com* del 12 maggio 2020: per la corte, l'attribuzione patrimoniale prestata quale contributo alla realizzazione della casa familiare, in seguito mantenuta in proprietà esclusiva di una parte, è in grado di fondare l'azione di ripetizione di un indebito pagamento ex art. 2033 c.c., laddove, per l'A., “alla luce delle peculiarità del caso concreto, la Cassazione fa buon governo delle norme che regolano i rapporti tra azione di ingiustificato arricchimento e azione di ripetizione dell'indebito, sulla scorta della dirimente considerazione della mancanza del titolo del pagamento”.

riverberando i propri effetti anche nel periodo successivo alla sua cessazione in considerazione del fondamento solidaristico della relazione¹⁶.

La decisione della consulta che si commenta, innovando l'orientamento precedente sul tema, si riporta al solco tracciato dai provvedimenti recenti della corte costituzionale in materia di famiglie, individuati con precisione nel testo in concomitanza con i principali interventi della giurisprudenza di legittimità (conss. 14.1 e 14.2).

La sentenza risponde anche alla *ratio* delle novità introdotte dalla legislazione speciale e applicabili al rapporto tra conviventi nella fase antecedente l'entrata in vigore della l. n. 76/16, profilo sul quale, anche in tal caso, la corte costituzionale si è soffermata in modalità diffusa (cons. 14.4).

Al riguardo, i giudici costituzionali hanno tratteggiato le principali novità sul piano normativo, fulcro della rete di protezione che l'ordinamento ha inteso progressivamente realizzare al fine di preservare un legame affettivo stabile nelle sue principali manifestazioni. Una relazione così connotata è infatti idonea a coinvolgere la vita in concreto delle parti, spaziando da aspetti di natura personalissima, quali l'istanza e la nomina dell'amministratore di sostegno (artt. 406, 408, 412 c.c.), la richiesta per l'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita (art. 5 l. 40/04)¹⁷, fino alle misure patrimoniali, ove rientrano anche le elargizioni previste in favore del convivente delle vittime di terrorismo o criminalità organizzata (art. 4 co. 2, l. 302/1990), predisposte dallo Stato in presenza di eventi in grado di alterare mediante il ricorso alla violenza gli equilibri familiari¹⁸.

¹⁶ Cass., 2 gennaio 2025, n. 28, in *Giur. it.*, 2025, 278 ss., con nota di BALESTRA, *Cessazione della convivenza more uxorio, doveri morali e obbligazioni naturali*, 279 ss.: per l'A., le prestazioni tra conviventi sono soggette a una pluralità di qualificazioni, "quella della liberalità (nelle varianti conosciute), dell'adempimento di un dovere morale, dell'esecuzione di un accordo tra conviventi (contratto di convivenza). Sullo sfondo la possibilità, in difetto di una concreta giustificazione, di invocare l'arricchimento senza causa".

Sul tema della "solidarietà post-affettiva" nella famiglia fondata sul matrimonio, SPADAFORA, *Diritto della famiglia ed effettività*, Milano, 2022, 101 ss.

Ancora, sulla valutazione della ripresa della relazione tra conviventi ai fini della reiterazione di un reato realizzato in ambito domestico/familiare, Cass. pen., 14 gennaio 2026, n. 1577, in *sistema-penale.it*, con nota di VASTA.

¹⁷ Corte cost., 22 maggio 2025, n. 69, in *cortecostituzionale.it*, nella parte in cui si riconosce che il legislatore del 2004 ha inteso definire "una soluzione di partenza ritenuta idonea a fornire la migliore tutela in astratto del minore. Questa viene associata alla presenza di futuri genitori identificati nella coppia formata da individui maggiorenni – che, dunque, si presuppongono maturi – e unita da un legame affettivo, attraverso il matrimonio, secondo il paradigma familiare di cui all'art. 29 Cost., o attraverso la convivenza, secondo il modello riconducibile agli artt. 2 e 30 Cost." (cons. 9.1).

¹⁸ Corte Edu, 3 novembre 2015, ric. n. 43028/05, A. P. c. Italia, in *giustizia.it*, in materia di irricevibilità del ricorso proposto dalla persona convivente con una delle vittime di Nassiriyah, sull'accesso alle misure previste dalla l. 206/04, in considerazione del mancato esperimento di tutte le vie di ricorso interne.

Sulla conformità al diritto europeo della normativa interna in tema di misure previste in favore delle vittime di reati intenzionali violenti, di cui alla l. 122/16, BRUNETTA, *L'indennizzo alle vittime "in-*

La configurazione di un legame stabile tra conviventi rileva anche quando si includono nell'ambito dei rapporti familiari i discendenti, laddove la violazione dei diritti della persona nel contesto della famiglia produce il sorgere di un obbligo risarcitorio a carico del convivente inadempiente, ancor più se ciò implichi la mancata assistenza morale e materiale verso i figli¹⁹.

Fatta salva la disciplina unitaria delineata dal legislatore in favore di tutti i figli, nelle fasi evolutive della compagine familiare²⁰, l'interpretazione in funzione applicativa di alcune disposizioni, sebbene inerente alla relazione filiale, ha acquisito significato anche se riferita alla parte adulta del rapporto. È stato, infatti, offerto un valido contributo in favore di una più efficace e inclusiva definizione della famiglia, quale formazione sociale in grado di prestare attuazione alle funzioni tipicamente genitoriali, oltre a consentire di accogliere e valorizzare un'impostazione incentrata sul pluralismo dei consessi familiari²¹.

È quanto traspare dalla ricostruzione, non sempre condivisa, tracciata dalla giurisprudenza sulla norma di cui all'art. 44, co. 1, lett. d) l. n. 184/1983, in materia di adozione dei minori in casi particolari: nella parte in cui la previsione include il caso della "impossibilità di affidamento preadottivo" e stante l'accoglimento di una nozione di impossibilità incentrata sulla condizione materiale e al tempo stesso giuridica in cui si trova il minore, le corti hanno ampliato il quadro dei soggetti ammessi all'adozione, riconoscendo l'esistenza di un complesso familiare dotato dei requisiti essenziali di cui all'art. 57 l. n. 184 anche a beneficio delle coppie di conviventi di fatto²².

Tra gli interventi delle corti sulle famiglie non fondate sul matrimonio, passati e recenti, uno in particolare ha offerto indicazioni decisive, orientando la giurisprudenza successiva.

Si fa riferimento in questa sede alla sentenza della Corte costituzionale n. 404 del 1988, sulla successione del convivente nel contratto di locazione di immobili urbani²³.

dirette" di reati violenti: la decisione della Corte di giustizia, in Giur. it., 2025, 505 ss.

¹⁹ Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, in *De Jure*, su cui vedi le riflessioni di FIGONE, *La convivenza: evoluzione giurisprudenziale e normativa*, cit., 599 ss.

²⁰ Sulle funzioni genitoriali, SASSI, *La genitorialità nel sistema di protezione della persona*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2025, 17 ss.; sulla riforma del processo civile, DANOVI, *Un processo unitario per la giustizia familiare e minorile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 476 ss.

²¹ CINQUE, *Una disciplina per la famiglia ricomposta: cosa insegna la soluzione catalana?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, II, 1530 ss.

²² Sul tema, FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, relazioni a *Le corti fiorentine: dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, Firenze 4 novembre 2016, e all'incontro di studio "Il minore e il diritto alla genitorialità", Corte di Cassazione, 13 dicembre 2016, su *cortedicassazione.it*; BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, adozioni*, in *osservatoriofamiglia.it*, n. 3/2016; Trib. min. Brescia, 11 settembre 2018, su *avvocatipersonenefamiglie.it*.

²³ Corte cost., n. 404/1988, cit.; sulle "pretese successorie" della persona convivente, in dipendenza della rispondenza o meno ai requisiti dettati al co. 36, l. n. 76, PACIA, *Successione mortis causa e casa familiare: in attesa di una riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 324 ss.

Per i giudici della consulta la questione sollevata ruotava non tanto intorno alla comparazione *stricto sensu* tra la posizione del coniuge e quella della persona convivente, ma doveva considerarsi inerente al valore tutelato dalla norma, che includeva (e include) alcune categorie di soggetti nell'ambito della previsione di cui all'art. 6, l. 392/1978, in qualità di parti chiamate a subentrare nella posizione contrattuale del *de cuius*.

È stato affermato che l'obiettivo della previsione è quello di non privare i soggetti conviventi con il conduttore di una soluzione abitativa, alla luce di un interesse, costituzionalmente tutelato, rispondente a una delle esigenze ineludibili della persona, indipendentemente dal grado e dalla *species* della relazione che lega i congiunti al locatario.

Da qui la tutela della posizione del convivente di fatto, in quanto soggetto la cui condizione sarebbe idonea a essere gravemente pregiudicata dall'evento della morte dell'intestatario del contratto.

Nella sentenza del 1988 la consulta ha individuato un *fil rouge* riprodotto anche in numerose decisioni successive, laddove, lungi dall'individuare nel rapporto tra i conviventi un inesistente simulacro del negozio matrimoniale, il giudice delle leggi ha inteso tutelare i diritti fondamentali della persona all'interno delle formazioni sociali ove questa si trovi a operare.

Il modello avviato dalla corte è stato condiviso anche dal recente intervento che ha ridisegnato la posizione della persona convivente all'interno dell'impresa familiare²⁴, ove l'assenza di una presunzione di gratuità del lavoro prestato dal familiare risponde ai diritti costituzionalmente fondati al lavoro e a un compenso dignitoso quale corrispettivo dell'attività prestata²⁵.

In questa dimensione, la sentenza della corte costituzionale è intervenuta su una duplice questione, vale a dire l'inclusione del convivente tra i congiunti partecipanti all'impresa e, in quanto tale, titolare dei diritti di cui all'art. 230-bis c.c., e il riconoscimento della *deminutio* di tutela a carico del convivente introdotta dal legislatore con la l. n. 76/16 all'art. 230-ter c.c.²⁶.

A un primo approccio, la consulta ha confermato l'orientamento prevalente, in forza del quale deve continuare ad affermarsi la distinzione (ontologica) tra il legame fondato sulla convivenza di fatto e il vincolo sorto in conseguenza del negozio matrimoniale,

²⁴ Corte cost., 25 luglio 2024, n. 148, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, I, 1426 ss., con il commento di DI ROSA, *La riconosciuta eguale tutela del convivente di fatto nell'impresa familiare*, ivi, 1421 ss.; v. pure FERRERI, *Impresa familiare: la Corte costituzionale equipara lo "statuto" dei diritti del convivente more uxorio a quello del coniuge e degli altri familiari lavoratori*, in *Labor, Il lavoro nel diritto*, 7 ottobre 2024, Pisa.

²⁵ Cass., sez. lav., 15 marzo 2006, n. 5632, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1728, nel senso dell'interpretazione estensiva ovvero dell'applicazione analogica dei diritti definiti dall'art. 230-bis c.c. alle attività prestate dal convivente.

²⁶ Cass. civ., sez. un., ord. 4 maggio 2025, n. 11661, ivi, 1461 ss., con il commento di DI ROSA, *L'equiparazione del convivente di fatto nell'impresa familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, I, 1454 ss.; sul tema, NUNIN, *Convivenza more uxorio e lavoro di cura: il rilievo della presunzione di gratuità*, in *Fam. dir.*, 2024, 1128 ss., nota a Trib. Parma, sez. lav., 31 agosto 2023, n. 327, ivi, 1121 ss.

lasciando a “casi particolari” l’ammissibilità di un rinvio alla disciplina del matrimonio a beneficio dei conviventi (Corte cost., n. 148/24, cons. 7).

D'altra parte, comune appare lo snodo centrale delle questioni all'esame della corte: il convivente non rileva quale persona singolarmente intesa, ma in quanto componente di una formazione plurisoggettiva che l'ordinamento identifica con la famiglia, al di là delle sottostrutture formali (eventualmente) ricorrenti.

È quanto ribadito dalla consulta anche nella recente sentenza n. 10 del 2024, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, l. 354/1975 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*), “nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente”.

La decisione “affrontando la delicata questione dell'affettività intramuraria in stato di detenzione, non ha dubitato della inclusione della convivenza tra le relazioni affettive della persona che l'ordinamento giuridico tutela «nelle formazioni sociali in cui esse si esprimono, riconoscendo ai soggetti legati dalle relazioni medesime la libertà di vivere pienamente il sentimento di affetto che ne costituisce l'essenza» (come richiamata da Corte cost. 148/24, cons. 7).

3. Il tempo, i diritti e le famiglie

Il decorso del tempo e la contestuale produzione di effetti rilevanti per l'ordinamento costituiscono uno dei profili d'indagine tra i più complessi e in continua evoluzione, trattandosi di un ambito in cui il sistema è chiamato a fornire garanzie di tutela degli interessi rilevanti, configurando la posizione dei singoli nel contesto degli obiettivi generali perseguiti.

Nel panorama del diritto delle persone e della famiglia il fattore tempo scandisce diacronicamente tutte le vicende idonee a costituire e modificare la vita della persona e il suo stato davanti alla legge, dalla nascita alla conclusione dell'esistenza, ricomprendendo nelle sue declinazioni taluni effetti giuridici riferiti alla fase antecedente alla nascita e tutti i profili *post mortem*.

Con riguardo, in particolare, alle persone fisiche, il tempo, se riferito all'età anagrafica, oltre a rappresentare un impedimento alla celebrazione del negozio matrimoniale *ex artt.* 84 c.c., è in grado di dettare, all'art. 89 c.c., la soglia che impedisce alla donna di contrarre matrimonio per finalità connesse allo *status* dei figli.

Il negozio matrimoniale fonda la presunzione di paternità e di concepimento di cui agli artt. 232, 233 c.c., configurando uno *status filiationis a latere* paterno suscettibile di essere modificato per effetto di azioni che l'ordinamento disciplina dettando precisi limiti temporali²⁷.

²⁷ Per una riflessione ampia sulle ragioni delle recenti riforme, SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2021, 767 ss.

Il legislatore ha, per altro verso, sancito l'imprescrittibilità delle azioni in favore del figlio, in funzione di una tutela rafforzata della posizione dei discendenti (artt. 244 co. 5, 249 co. 2, 263 co. 2, 270 co. 1 c.c.)²⁸.

Anche i profili patrimoniali che contraddistinguono i legami familiari sono attraversati e conformati dal fattore temporale, in grado di incidere sul momento dell'acquisto dei diritti, sulla loro modifica e/o cessazione e anche sull'ultrattività di determinate misure, che si proiettano al di là dell'ambito di efficacia dei negozi di riferimento²⁹.

Le declinazioni di natura patrimoniale attraversano tutta l'estensione dei legami familiari, a partire dagli obblighi di contribuzione ai bisogni dei componenti della famiglia, attivi per i coniugi ex art. 143 c.c. e per i *partner* dell'unione civile in forza del co. 11 l. n. 76, fino alla regolamentazione del regime degli acquisti compiuti in costanza di rapporto, di cui la comunione legale, estesa dai coniugi ai *partner* dell'unione e in via eventuale alle convivenze, ai sensi dei co. 13, 50, 53, lett. c) l. n. 76, rappresenta soltanto una delle opzioni possibili³⁰.

A ciò deve aggiungersi che le stesse dinamiche familiari possono reclamare spazi di gestione dei rapporti patrimoniali che si collocano al di fuori del perimetro tracciato dalle norme che qualificano le relazioni tra congiunti, esigendo l'applicazione della disciplina che, in via ordinaria, modella gli istituti corrispondenti ovvero conformando quella regolamentazione alla peculiarità del legame in corso.

In caso di diritti disponibili vantati da un coniuge verso l'altro o tra le parti di una unione civile (co. 18 l. n. 76), il legislatore ha costruito una precisa cornice, ove l'attualità della relazione, matrimoniale ovvero generata dall'unione, osta al compimento di atti

²⁸ DEL PRATO, *Status di figlio: autoresponsabilità e verità*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 742 ss.

Su un caso recente, intervenuto sulla tardiva dichiarazione giudiziale dello stato di figlio e sull'idoneità delle condotte dell'erede a interrompere il possesso *ad usucapionem*, Cass., 1° aprile 2025, n. 8519, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2026, I, 116 ss., con nota di ZAMPONE, *Status, apparenza e tempo: la successione tra retroattività della filiazione e stabilità degli assetti patrimoniali*, *ivi*, 122 ss. Sul tema, anche DE MEO, *Diritti dei figli nati fuori dal matrimonio e le regole di prescrizione e usucapione dei beni ereditari*, in *giustiziacivile.com* del 6 marzo 2014.

Si legga pure, in tema di risarcimento del danno endofamiliare a seguito dell'accertamento giudiziale della paternità, PISANU, *Violazione dei doveri genitoriali e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2025, commento a Trib. di Patti, 209/2025, 2287 ss., specie 2292 ss. sul dibattito in corso sul *dies a quo* del termine di prescrizione dei diritti connessi all'accertamento dello stato di figlio.

²⁹ Per le convivenze disciplinate dalla l. n. 76, co. 36 ss., la dottrina ha posto l'attenzione sul diritto all'abitazione della casa familiare (co. 42-45) e sulla misura dell'assegno alimentare per il caso della cessazione della convivenza e stante lo stato di bisogno del convivente (co. 65). Sul punto, v. SAVI, *Convivenza di fatto tra persone dello stesso sesso e diritto del partner superstite al trattamento di reversibilità*, nota a App. Milano, 24 maggio 2018, n. 1005, in *Dir. fam. per.*, 2019, 160 ss., specie par. 4. V. pure PARDINI, *Il diritto del convivente superstite a continuare ad abitare nella casa familiare dopo il decesso del partner proprietario: un diritto in cerca di identità*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1857 ss., commento a Cass., 27 aprile 2017, n. 10377, *ivi*.

³⁰ Sulle manifestazioni dell'autonomia privata nella crisi della famiglia, DELL'ANNA MISURALE, *Crisi dei rapporti familiari e nuove prospettive rimediali*, in *Giust. civ.*, 2025, 31 ss.

utili alla tutela della pretesa economica, ma idonei a turbare l'equilibrio della compagine familiare.

In questa direzione è orientata la previsione oggetto del recente giudizio di legittimità costituzionale di cui all'art. 2941 n. 1 c.c., norma che introduce il vincolo matrimoniale, per tutta la sua durata, tra le cause di sospensione del termine di prescrizione dei diritti.

La disposizione s'inserisce nel quadro della disciplina della prescrizione: collocata sul finire del libro VI del codice civile³¹, la norma racchiude, con l'art. 2942 c.c., le cause di sospensione del decorso del termine prescrizionale, a cui segue l'elenco delle condotte con effetto interruttivo (artt. 2943, 2944 c.c.)³².

Le disposizioni intrecciano numerosi profili di criticità alla *ratio* ispiratrice della prescrizione estintiva, confermando sullo sfondo questioni non del tutto risolte: dall'ammissibilità degli impedimenti di fatto all'accesso alla giustizia; dalle molteplici letture possibili dell'inerzia del titolare del diritto all'incidenza del decorso del tempo anche sulle situazioni indisponibili³³.

Alle cause di sospensione della prescrizione è consegnato il compito di valorizzare determinati stati soggettivi del titolare del diritto ovvero di riconoscere rilievo ai rapporti in corso tra le parti, eleggendo l'ordinamento una valida ragione giustificativa per l'inattività del creditore.

La previsione codicistica secondo la quale la prescrizione "rimane sospesa tra i coniugi" produce, sul piano dei rapporti tra le parti, il mantenimento del diritto a beneficio del titolare e la salvezza delle relazioni familiari da possibili incrinature dovute al compimento di atti interruttivi del termine prescrizionale, volendosi favorire la spontaneità delle condotte in costanza di matrimonio/unione civile.

La norma oggetto del sindacato di legittimità costituzionale, letta in modalità combinata con la peculiarità delle singole discipline a cui è stata affiancata nei casi di specie, in considerazione dei diritti fatti valere, non può, pertanto, essere qualificata in termini di "esonero temporaneo" dalle regole applicabili ai rapporti ordinari tra le parti, ma è

³¹ Sui legami tra diritti e tutele, Di MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1999, 363 ss.; S. PATTI, *Il metodo scientifico di Reiner Schulze per l'armonizzazione del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 340, dove, riferendosi a un noto inquadramento dell'istituto della prescrizione, che realizzerebbe il processo di adeguamento tra fatto e diritto, si è parlato di "formula magica". Sull'istituto della prescrizione, GRASSO, voce *Prescrizione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, vol. XXXV, 56 ss.; RENDA, *La prescrizione tra tensioni evolutive e torsioni involutive*, in *Europa e diritto privato*, 2023, 83 ss.

³² GRASSO, voce *Prescrizione c) diritto privato*, cit., 70 ss.; sull'intersezione tra disciplina della prescrizione, cause sospensive e obbligazioni solidali, v. BONANNO, *Sospensione della prescrizione e natura della solidarietà*, in questa *Rivista*, n. 6/25, commento a Cass., 10 maggio 2024, n. 12928.

³³ VITUCCI, voce *Prescrizione*, in *Enc. giur.*, Roma-Bologna, 1991; CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 725 ss.; MAGRI, *La prescrizione*, Napoli, 2019, specie 193 ss. e 293 ss.; ROSELLI, *Nomofilachia della Corte Edu, con particolare riguardo alla prescrizione estintiva*, in *Questione Giustizia*, 2019.

correttamente inquadrata tra le misure finalizzate a garantire la “pace familiare”, assicurando alla vittima “il diritto di agire in giudizio nella consapevolezza delle inevitabili suggestioni che possono dissuaderla da rivolgersi al giudice manente matrimonio”³⁴.

Riportare il *focus* della disposizione dalla fattispecie ai valori da preservare ne ha determinato anche un’evoluzione in fase applicativa³⁵. Nella misura in cui la funzione dell’istituto è stata intesa come strettamente connessa all’esigenza di garantire l’unità del complesso familiare, è stato parimenti escluso il protrarsi del *favor* connesso alla sospensione del termine di prescrizione in concomitanza di eventi tali da determinare una ragionevole compromissione delle relazioni affettive familiari.

La lettura di cui sopra ha condotto le corti a ritenere non applicabile la previsione in sede di separazione tra i coniugi, in considerazione dello svanire dell’ *affectio maritalis*³⁶.

Tale orientamento ha dimostrato di avere assorbito il dato sociale, che vede nella separazione una delle cause prodromiche alla disgregazione (in via definitiva) della compagine familiare, e lo ha riformulato con la mediazione dei principi fondamentali³⁷.

³⁴ FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Torino, 2015, 64 ss., specie 71 ss., sull’applicabilità della norma in esame ai diritti nascenti per effetto di un illecito civile.

³⁵ Sull’argomento, ROSELLI, *Nomofilachia della Corte Edu, con particolare riguardo alla prescrizione estintiva*, op. ult. cit., specie par. 2.

³⁶ Nel senso che la sospensione opera anche tra coniugi separati, Corte cost., 19 febbraio 1976, n. 35, su *giurcost.org*, che ha ritenuto la questione di legittimità costituzionale non fondata: per i giudici, “Ed invero – pur tenuto conto delle limitazioni degli effetti del vincolo matrimoniale che il regime di separazione personale comporta (cfr. le sentenze di questa Corte n. 99 del 1974, n. 128 e n. 13 del 1970) – è indubitabile che, nei rapporti reciproci (anche patrimoniali), la posizione dei coniugi, finché il matrimonio non sia dichiarato nullo o sciolto per le cause previste dall’ordinamento giuridico, resti, comunque, qualificata dal perdurante (anche se in forma attenuata) vincolo coniugale.”.

L’orientamento è stato superato da Cass., 4 aprile 2014, n. 7981, in *Foro it.*, 2014, I, 1768 ss., anche sul tema della decorrenza del *dies a quo* dei diritti acquisiti nella fase della crisi o post-matrimoniale. Si legga pure Cass., 20 agosto 2014, n. 18078, in *De Jure*: per la corte è opportuno andare al di là dell’interpretazione letterale della legge, prospettando la lettura delle norme l’una per mezzo dell’altra, secondo la connessione tra le previsioni interessate (par. 3.5), in considerazione di “una sostanziale esautorazione del vincolo stesso” mostrata dalla vicenda della separazione tra i coniugi (3.8).

Per il danno da perdita del rapporto parentale le tabelle milanesi ammettono i coniugi non separati: in materia, CINQUE, *Coniugio e convivenza di fatto: quali interferenze?*, cit., 245 ss.; anche la l. 91/1999, in materia di prelievi e trapianti di organi e tessuti, all’art. 3, riconosce in favore del coniuge non separato (e della persona convivente) il diritto di ricevere informazioni sulle opzioni terapeutiche praticabili.

³⁷ Cass., sez. I, ord. 2 novembre 2022, n. 32212, in *De Jure*: “Al credito vantato da un coniuge separato nei confronti dell’altro per la restituzione di somme pagate per spese relative ad un immobile in proprietà con l’altro coniuge, non si applica la sospensione della prescrizione ex art. 2941 c.c., n. 1, dovendo prevalere sul criterio ermeneutico letterale un’interpretazione conforme alla “ratio legis”, da individuarsi, tenuto conto dell’evoluzione della normativa e della coscienza sociale e, quindi, della valorizzazione delle posizioni individuali dei membri della famiglia rispetto alla conservazione dell’unità familiare e della tendenziale equiparazione del regime di prescrizione dei

In seguito al più recente intervento della consulta, la disposizione di cui all'art. 2941 n. 1 c.c. ha compiuto un passo ulteriore: individuato nel vincolo affettivo il *common core* delle relazioni familiari, che tutte le parifica, indipendentemente dalla formalità delle condotte costitutive, è stata auspicabilmente affermata la prevalenza dell'interesse alla sopravvivenza dei vincoli fondati su una solida relazione affettiva rispetto a forme di tutela immediata di diritti e interessi patrimoniali.

Al tempo stesso, le situazioni giuridiche coinvolte, che insistono su diritti disponibili, non risultano a rischio di caducazione immotivata, producendosi, per effetto di uno "spostamento" in avanti delle condizioni idonee alla loro pretesa, il prolungamento della "durata" del diritto in parallelo con la tenuta del legame (Corte cost., 7/26, cons. 16.1).

ABSTRACT

Il lavoro si sofferma sulla sentenza della Corte costituzionale n. 7 del 2026, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2941 n. 1 c.c., nella parte in cui non prevede la sospensione del termine di prescrizione anche tra i conviventi di fatto, in funzione della tutela degli equilibri familiari.

The paper aims to discuss the latest rule of the Constitutional Court, n. 7/26, about the regulation of the legal prescription and the relation among the cohabitants.

The period of the time of the legal prescription is suspended for both the time of the marriage – as the law already declares – and the time of non-marriage relationship (art. 2941 n. 1 c.c.), in order to protect the family.

diritti post-matrimoniali e delle azioni esercitate tra coniugi separati. Nel regime di separazione, infatti, non può ritenersi sussistente la riluttanza a convenire in giudizio il coniuge, collegata al timore di turbare l'armonia familiare, poiché è già subentrata una crisi conclamata e sono già state esperite le relative azioni giudiziarie, con la conseguente cessazione della convivenza (VC)".



La pena privata nella disciplina delle locazioni

Francesco Molinaro

Magistrato, dott. di ricerca Università “Tor Vergata” di Roma



SOMMARIO: 1. Gli incerti confini della pena nel diritto privato. – 2. Le diverse figure punitive previste nell’ordinamento: le pene private legali, giudiziali e negoziali. – 3. Le disposizioni punitive nella disciplina delle locazioni di immobili ad uso abitativo e ad uso diverso da quello abitativo. – 4. La particolare figura sanzionatoria rappresentata dall’art. 13 D.lgs. 9 dicembre 1998 n. 431. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Gli incerti confini della pena nel diritto privato

La pena privata è stata tradizionalmente definita come «la privazione d’un diritto privato o la determinazione di un’obbligazione privatistica a scopo di punizione del trasgressore della norma e ciò non a vantaggio della comunità giuridica come tale, bensì a vantaggio di un terzo determinato, il quale sarà, per lo più, colui che dal delitto è stato leso»¹.

Una simile definizione, che individua nella misura afflittiva una reazione nei confronti dell’illecito ispirata non alla riparazione di un danno ma alla retribuzione di un

¹ La definizione si deve a THON, *Rechtsnorm und subjectives recht – untersuchungen zur allgemeinen rechtslehre*, Weimar, 1878, trad. Ib., *Norma giuridica e diritto soggettivo – indagini di teoria generale del diritto*, Padova, 1939, 35 che, in contrapposizione al Windscheid, ha ritenuto che non tutte le pene siano di competenza del giudice penale (cfr. DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi nei nostri giorni*, in *Eu. dir. priv.*, 2018, 1310). L’affermazione del Thon è stata successivamente ripresa da GROSSFELD, *Die Privatstrafe – Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am Main-Berlin, 1961, 9 che ha individuato gli aspetti peculiari della pena privata nei seguenti quattro caratteri: «1. es hängt nur vom Verletzten ab, ob eine Vergeltung erfolgt oder nicht; 2. die Höhe der Strafe bestimmt allein der Verletzte; 3. die Strafe wird vom Verletzten selbst vollstreckt; 4. der mit der Strafe verbundene Schaden für den Täter wird zu einem unmittelbaren Vorteil für den Verletzten».

atto vietato², ha alimentato nella dottrina tradizionale un atteggiamento di diffidenza, distacco e talvolta persino di aperto disprezzo verso tale figura.

Alcuni Autori, infatti, evidenziandone i confini incerti³ e la funzione che è chiamata ad assolvere, l'hanno aspramente criticata, descrivendola come un retaggio barbarico, evocativo del concetto di «vendetta»⁴, come quello che «di peggiore vi è nell'uomo»⁵ o, nella migliore delle ipotesi, come uno strumento anacronistico⁶, proprio di ordinamenti ormai scomparsi⁷

² Così, ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*, in *Tratt. contr.* diretto da RESCIGNO e curato da GABRIELLI, II, Torino, 2006, 1013.

³ HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, 1904, I, nella prefazione ad un saggio dedicato all'idea e al ruolo della pena privata nel diritto contemporaneo, ha definito quel terreno di indagine alla stregua di un piccolo campo, dall'aspetto triste e dai confini incerti, una vera e propria «terre maudite sur laquelle planent de sombres légendes». Parimenti, secondo KEISER, *Responsabilità per danni tra sanzione e risarcimento: paradigmi della giurisprudenza tedesca del XIX secolo*, in *Storia metodo cultura*, 2023, 197, la *Privatstrafe* indica un'epoca di confini poco chiari tra diritto penale e diritto civile.

⁴ La vendetta, nel tempo, è stata declinata in varie accezioni. ARISTOTELE, *Rhetorica*, I, 10, 1369, traduzione a cura di PLEBE, Bari, 1961, 51, la identificava in un istinto di reazione passionale. Viceversa, DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1962, 108, distaccandosi da una visione sentimentalistica, la definiva come una forma di autodifesa mentre VERDIER, *Le système vindicatoire. Esquisse théorique*, in *Id.*, *La Vengeance*, Paris, 1980, 16 come sistema di scambio e di controllo sociale della violenza.

⁵ Così H. MAZEAUD - L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, III, Paris, 1950, 467: «ce bénéfice vient apaiser l'antique besoin de vengeance qui sommeille au fond du cœur de chaque victime. L'homme qui a souffert, n'est pas satisfait par cela seul que disparaît sa souffrance; l'instinct le pousse à désirer que l'auteur de la faute souffre à son tour le même mal. L'idée est barbare; elle tient à tout ce qu'il y a de mauvais dans la nature humaine». Tale affermazione, peraltro, è stata notevolmente attenuata nella successiva edizione dell'opera del 1960, 487 ove scompare la considerazione della pena privata come tutto ciò che c'è di male nella natura umana e si legge testualmente: «Parfois, ce bénéfice vient apaiser l'antique besoin de vengeance qui sommeille au fond du cœur de chaque victime. Dans d'autres cas, il vise simplement comme une peine publique, à décourager la faute et à la punir si elle se produit. Parfois encore, le législateur a pensé que la faute commise était d'une catégorie qui échappait souvent à la justice et qu'il fallait, quand elle était incontestable, en profiter pour frapper le coupable pour les autres fautes qu'il avait pu commettre et indemniser la victime pour les autres fautes dont elle avait pu souffrir. Quoi qu'il en soit, le législateur permet à la victime, dans des situations exceptionnelles, d'obtenir autre chose que la réparation du dommage. C'est ce qu'on a très justement appelé les peines privées; peine, parce que le but n'est plus de réparer, mais de causer un dommage à l'auteur de la faute, de le punir; peine privée parce que le dommage souffert par le responsable se traduit par un avantage dont profite la victime».

⁶ Così RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Paris, 1933, 81-82. L'Autrice, nel negare ogni cittadinanza alla pena privata nel diritto moderno, ha affermato che la stessa «n'est plus qu'une curiosité juridique».

⁷ La pena privata affonda le sue radici nel diritto romano classico dove si distingueva tra *poenae ex stipulatu* e *poenae ex maleficio*: le prime erano volte ad apprestare un rimedio per le ipotesi di inadempimento contrattuale mentre le seconde venivano in rilievo in rapporto a particolari illeciti (cfr. VENTURINI, *Premessa romanistica*, in BUSNELLI - SCALFI, *Le pene private*, Milano, 1985, 14-15 e CURSI, *Una storia della polifunzionalità della responsabilità civile: dalla poena ai punitive damages*,

che non avrebbe alcuna reale utilità nella società contemporanea⁸, nella quale la tecnica risarcitoria⁹ avrebbe definitivamente soppiantato la pena¹⁰.

In sostanza, la critica ricorrente mossa dalla dottrina tradizionale è che l'irrogazione di una sanzione da parte dei privati comprometterebbe il principio della statualità della pena. La potestà punitiva, infatti, costituisce una prerogativa esclusiva dello Stato e non può essere esercitata dai singoli, né essere posta a tutela di interessi esclusivamente individuali¹¹.

Dinanzi al rifiuto di larga parte degli studiosi, a cui non si è sottratto nemmeno un giurista del calibro dello Jhering¹², altra parte della dottrina ha osservato che un'ostilità tanto accesa verso tale figura sia ingiustificata, oltretutto frutto di un approccio e di uno studio superficiale della stessa¹³.

Nella letteratura più recente si è così affermata l'idea che la pena privata non escluda, al più attenui, il principio di statualità della pena, atteso che la sua irrogazione compete sempre all'organo giudiziario (nelle ipotesi di pene private legali o giudiziarie) oppure, nei casi di pene private negoziali, trova comunque fondamento nel contratto che, ai sensi dell'art. 1372 c.c., ha forza di legge tra le parti¹⁴.

in *Storia metodo cultura*, 2023, 7). Alcune tracce della pena privata si riscontrano anche nel diritto intermedio dove veniva utilizzata quale surrogato della pena pubblica. Infatti, ad esempio, veniva richiamata per individuare quelle ipotesi in cui la perseguibilità di un reato fosse rimessa alla disponibilità del privato, in cui il giudice interveniva solo su istanza del danneggiato [così DIURNI, voce *Pena privata (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1960, 740].

⁸ GROSSFELD, *Die Privatstrafe* cit., 9 ha affermato: «Das Wort Privatstrafe erinnert an frühe und weit zurückliegende Zeiten. Man fühlt sich zurückversetzt in die Anfänge der menschlichen Kultur. Einem Menschen ist Unrecht geschehen; er zieht aus des Täters zu strafen».

⁹ Ciò ha portato FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Das Rechtsgeschäft*, II, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, 390 a considerarla come un *Fremdkörper*, cioè un corpo estraneo al diritto privato, il cui compito non sarebbe quello di "punire" ma di regolare i rapporti giuridici tra i consociati: essa, infatti, si porrebbe in contrasto con la conquista degli ordinamenti moderni, rappresentata dalla netta separazione tra diritto privato e diritto penale.

¹⁰ ALBANESE, voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 58 ha affermato che parte della dottrina ha ritenuto che «la storia evolutiva del diritto privato romano, sotto il profilo dell'illecito, potrebbe concepirsi come la storia di una degradazione progressiva della penalità».

¹¹ Cfr. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 772.

¹² Cfr. JHERING, *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, Giessen, 1867. Tuttavia, l'Autore, qualche anno dopo, ha attenuato notevolmente il suo pensiero [così E. MOSCATI, voce *Pena*, cit., 771]. Questo parziale *revirement* si è avuto in JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1897, 89.

¹³ Cfr. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private?*, in ID. - SCALFI, *Le pene private*, Milano, 1984, 3.

¹⁴ GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, cit., 122, ha osservato come il principio *nulla poena sine lege* non abbia cittadinanza in ambito negoziale, dove l'esigenza di tutelare il singolo contro l'arbitrio dell'altra parte viene assolta dal "consenso" e dalla possibilità per i paciscenti di ricorrere, in condizioni di parità, all'autorità giudiziaria. Del medesimo avviso è ZENO ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law"*, in *Giur. it.*, 1985, 20, il quale, facendo leva sul consenso dell'avente diritto, ha escluso che per dare cittadinanza nel nostro ordinamento a figure negoziali aventi carattere punitivo, diverse dalla clausola penale, fosse

La pena privata non costituisce, peraltro, uno strumento anacronistico scomparso con l'avvento della più raffinata tecnica risarcitoria¹⁵. Al contrario, può ancora ritagliarsi un ruolo significativo nel diritto privato, in tutti quei casi in cui il solo risarcimento si riveli insufficiente sia a compensare il danno che a dissuadere l'autore dalla commissione dell'illecito¹⁶. In questa prospettiva, del resto, assumono rilievo anche le esperienze di ordinamenti stranieri che da tempo fanno ricorso ai *punitive damages*¹⁷.

2. Le diverse figure punitive previste nell'ordinamento: le pene private legali, giudiziali e negoziali

Tale consapevolezza ha determinato, come fu osservato in un noto Convegno tenutosi a Pisa¹⁸ oltre quarant'anni fa, una rinnovata attenzione nei confronti della pena privata che si presta a raggruppare al proprio interno fattispecie molto diverse tra loro,

necessaria una specifica previsione normativa. Infatti, l'Autore ha osservato come: «il singolo volontariamente accetta determinate clausole penitenziali che potranno essergli applicate; ed è sempre il singolo che volontariamente può sottomettersi alla sanzione, recedendo dall'associazione, pagando la penale».

¹⁵ In merito EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, Tübingen, 2004, 578, ha osservato che «Statt aussichtslose Rückzugsgefechte zu führen, indem pönale Elemente des Privatrechts allein wegen ihrer Rechtsnatur abgelehnt werden, sollte sich die Privatrechtswissenschaft besser wieder auf den gemeinsamen Zweck aller Rechtsgebiete besinnen: die Gewährleistung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit durch den effektiven Schutz der von der Rechtsordnung anerkannten Rechte der Rechtsunterworfenen. Dogmatische Grundsätze, die dieses Ziel nicht befördern oder sogar behindern, sind es nicht wert, aufrechterhalten zu werden».

¹⁶ Sul punto CICERO, voce *Pena privata*, in *Dig. disc. priv.*, VIII agg., Torino, 2013, 481, ha rilevato che: «La dottrina moderna ha disquisito di pena privata nell'accezione di parente povero del risarcimento del danno. Vero è in senso contrario che la pena privata è strumento addirittura più efficace rispetto alla tutela risarcitoria aquiliana; e ciò in special modo nell'ipotesi in cui l'autore potenziale del danno non trovi nell'obbligazione risarcitoria una ragione sufficiente per astenersi dal suo comportamento, poiché la misura prevedibile del risarcimento, ancorata al limite del danno è inferiore al profitto della propria iniziativa illecita».

¹⁷ Per un esame comparativo dei *punitive damages* si rinvia a CALABRESI, *The complexity of torts – the case of punitive damages*, New York, 2012; KOZIOL - ASKELAND, *Punitive damages: Common law and Civil law perspectives*, Wien, 2009; BLATT - HAMMESFAHR - NUGENT, *Punitive Damages. A State by State Guide to Law and Practice*, St. Paul, 2004; SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, in *Yale L. Jour.*, 2003, 347 ss.; MÜLLER, *Punitive damages und deutsches schadenersatz-recht*, Berlin, 2000; ROSENGARTEN, *Punitive damages und ihre anerkennung und vollstreckung in der bundesrepublik Deutschland*, Hamburg, 1994. Per uno sguardo al dibattito punitivo in Italia si rimanda a DE LUCIA, *L'impatto dei punitive damages sul sistema italiano di responsabilità civile*, Napoli, 2021; CARABETTA, «Punitive damages» e teoria della responsabilità civile, Torino, 2020; DE NOVA, *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i punitive damages*, in *Jus*, 2017, 388 ss.; CORSI, *Danni punitivi: ancora attese le Sezioni Unite*, ivi, 2017, 399 ss. e P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali – Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012.

¹⁸ Il riferimento è al felice incontro di studio tenutosi presso l'Università di Pisa nel 1984. In tale occasione, BUSNELLI, *Verso una riscoperta*, cit., 3, pose l'interrogativo se ci si stesse muovendo verso una riscoperta delle pene private.

atteso che in alcuni casi si atteggia quale perdita di un diritto o di una facoltà, mentre in altri comporta il pagamento di una somma di denaro del tutto scollegata rispetto al danno patito¹⁹.

Preso atto che questa figura si presta a riunire al suo interno fattispecie eterogenee, accomunate dall'estraneità alla logica del modello riparatorio di cui all'art. 2043 c.c., la dottrina ha studiato le pene private elaborando una classificazione delle stesse che, a sommeso avviso di chi scrive, non può prescindere dal carattere dell'illiceità dalla condotta del trasgressore. Diversamente ragionando, la pena finirebbe per diventare un contenitore vuoto, privo di reale utilità, nel quale far confluire ogni ipotesi di difformità dall'ordinamento in cui manchi una perfetta corrispondenza tra danno subito e sanzione irrogata.

La classificazione più diffusa in letteratura distingue le pene private in legali, giudiziali e negoziali²⁰.

Le prime sono quelle figure in cui i caratteri propri della afflizione sono immediatamente percepibili già dalla disposizione normativa, che attribuisce al giudice la possibilità di riconoscere una somma che si aggiunge al risarcimento.

La previsione di tali figure spesso è accompagnata dall'indicazione di elementi connessi più alla condotta riprovevole, quali la gravità dell'offesa e l'entità del danno cagionato alla vittima, come ad esempio si evince dall'art. 12 L. 8 febbraio 1948 n. 47²¹ e dall'art.

¹⁹ La categoria delle pene private, come osservato da DE SALVO, *Il risarcimento del danno ex art. 709 ter, comma 2, n. 2. c.p.c. come pena privata*, in *Fam. dir.*, 2012, 618, è eterogenea, in quanto si presta a ricomprendere al suo interno figure che non differiscono solo per l'ambito applicativo in cui vengono in rilievo ma anche per il contenuto del provvedimento afflittivo. Infatti, sebbene questo sia costituito prevalentemente da un'obbligazione pecuniaria, non mancano ipotesi in cui la trasgressione della disposizione normativa è punita con la perdita di un diritto o di una facoltà.

²⁰ La tripartizione delle pene private si legge chiaramente in MOSCATI, voce *Pena*, cit., 774 e PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. trecc.*, XXII, Roma, 1990, 2. Tuttavia, non è mancato chi in dottrina ha operato una bipartizione delle stesse, identificando le pene giudiziali e legali. Infatti, è stato osservato come tali figure presentino il dato comune di essere irrogate dal giudice su iniziativa ed a favore del privato. Sul punto, si veda S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, 349 e, da ultimo, C. IORIO, *L'atto illecito: tra torto e contratto*, Tivoli, 2022, 55, che ha rilevato come, una siffatta distinzione, sia priva di utilità anche solo dal punto di vista classificatorio, poiché, spesso, una pena civile si presta ad essere qualificata almeno entro due delle suddette categorie.

²¹ Sul punto si vedano SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, 312; MALZANI, *Obbligo di sicurezza e risarcimento del danno. Quali spazi per una funzione general preventiva della responsabilità civile?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 1050; GRONDONA, *Danno morale da diffamazione a mezzo stampa e ambito di rilevanza dei danni punitivi*, in *Resp. civ.*, 2010, 836; CAMELI, *In tema di diffamazione a mezzo stampa e riparazione pecuniaria*, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1940; BARATELLA, *La riparazione pecuniaria*, in *Resp. com. impr.*, 2001, 295; PINO, *Sentenza straniera di assoluzione, presunzione di innocenza e diffamazione*, in *Danno e resp.*, 2001, 547; DE RADA, *La riparazione pecuniaria ex art. 12 legge 47/1948 tra il ruolo di sanzione civilistica accessoria al reato di diffamazione a mezzo stampa e quello di pena privata*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1455; TENELLA SILLANI, *La responsabilità professionale del giornalista 2° parte*, in *Dir. informatica e inf.*, 1985, 918; BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in BUSNELLI - SCALFI, *Le*

125 d.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30²² o comunque dal riconoscimento al giudice della possibilità di condannare l'autore dell'illecito al pagamento di una somma che non sia esattamente rispondente al danno concretamente subito dal danneggiato, come avviene negli artt. 96 c.p.c.²³, 614-bis c.p.c.²⁴ e 114 c.p.a.²⁵.

pene private, Milano, 1984, 32; ZENO ZENCOVICH, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 43.

²² Cfr. SIGNORETTA, *Ancora sulla (sovra-)compensazione da cumulo fra lucro cessante e retroversione degli utili: danni punitivi o figurativi?*, in *Dir. ind.*, 2024, 582; BUSSANI, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 277; ROMANÒ, *Danni non patrimoniali da reato e componente ultra-compensativa del risarcimento*, in *Giur. it.*, 2021, 66; IORIO, *La retroversione degli utili: fattispecie e disciplina*, in *Judicium.it*, 15 aprile 2020; MA. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo*, in *Contr. impr.*, 2018, 282. Di diverso avviso sono invece GATTI, *Gli utili dell'illecito tra risarcimento e restituzione: il possibile contributo del diritto speciale all'evoluzione del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 80; SIRENA, *Il c.d. prezzo del consenso e la restituzione dei profitti illeciti*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di GRANELLI, Milano, 2022, 789; ID., *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 82; ID., *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 116 e LIBERTINI, *Brevi note sui rimedi risarcitori e indennitari a tutela dei segreti commerciali*, in *Contr. impr.*, 2018, 7.

²³ Tale disposizione, che mira a sanzionare la parte che abbia tenuto nel processo un comportamento contrario ai doveri di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c., è posta a tutela di interessi pubblici quali il buon funzionamento e l'efficienza della giustizia civile e, più in particolare, il diritto alla ragionevole durata dei processi. In merito a tale disposizione si rinvia ai molteplici scritti di CORDOPATRI, voce *Responsabilità processuale aggravata*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988; ID., voce *Spese giudiziali*, ivi, XLIII, Milano, 1990; ID., *La condanna alla rifusione delle spese di lite e l'evoluzione del principio di soccombenza*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 369; ID., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 249. In merito v. anche OLIVIERI, *Compensazione e sanzione nella responsabilità civile. Contributo ad un'analisi funzionale*, Pisa, 2024, 419; STELLA, *L'abuso del processo nella prospettiva del diritto euromunitario*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 67; CARRATTA, *La Corte costituzionale e l'abuso della «sanzione» processuale*, in *Giur. it.*, 2018, 83; PATINI, *La giurisprudenza sull'abuso del processo, sanzioni e destinatari*, in *Corr. giur.*, 2017, 991; BUSNELLI - D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o «condanna punitiva»?*, in *Danno e resp.*, 2012, 585; COVUCCI, *Deterrenza processuale e pena privata: il «nuovo» art. 96, terzo comma, c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2012, 525 GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, 45; A. GIORDANO, *Il litigante temerario paga «in ogni caso». Riflessioni sull'art. 96, comma 3, c.p.c. tra «abuso del processo» e «danni punitivi»*, in *Giur.it.*, 2012, 2114; TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in questa *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 117; SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998 e LORENZETTO PERSICO, voce *Spese giudiziali*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XVIII, Torino, 1988, 425.

²⁴ Gli artt. 614-bis c.p.c. e 114 c.p.a., come noto, richiamano l'*astreinte* di matrice francese. Per una compiuta disamina di tale figura nell'ordinamento francese si rinvia agli scritti di GUERCHOUN, voce *Astreintes*, in *Rép. Dalloz proc. civ.*, Paris, 2012, 1; MARTY - JESTAZ - RAYNAUD, *Droit civil*, II, Paris, 1987, 258. Da ultimo, si veda la voce enciclopedica di DESDEVISES - GERBAY, voce *Astreintes (Introduction)*, in *Jur. class. proc. civ.*, 2020, 3. In Italia, invece, si vedano MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, Napoli, 2024, 462; ID., *La coercizione indiretta*, in *Eu. dir. priv.*, 2021, 514; PUCCIARIELLO, *Astreinte brevettuale: occasione perdute, presenti (e future) del legislatore processuale italiano*, in *Riv. es. forz.*, 2007, 734 e ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 308.

²⁵ Sul punto v. CELLINI, *La penalità di mora nel processo amministrativo tra precarietà della stazione ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 383; CAPORALE, *L'astreinte nel*

Le pene private giudiziali, invece, sono quelle in cui i caratteri propri della pena non sono immediatamente evincibili dalla fattispecie normativa, che genericamente prevede l'obbligo di tenere una determinata prestazione o la condanna al pagamento di una somma di denaro. Tuttavia, tali caratteri possono essere desunti dalla concreta applicazione giudiziale che, comportando la condanna della parte al pagamento di una somma di denaro sensibilmente più elevata rispetto al danno arrecato o facendole perdere una prerogativa o un diritto, rende palese il carattere afflittivo e deterrente della condanna irrogata²⁶.

Tale figura può ricorrere in alcuni casi di risarcimento del danno non patrimoniale che, a differenza di quello disciplinato all'art. 2043 c.c., sarebbe volto non già a trasferire il costo degli incidenti bensì a tutelare determinate situazioni giuridiche soggettive, prive di un'immediata valutazione economica, che, spesso, non si traducono in un diretto valore monetario²⁷; mentre la misura del risarcimento del danno patrimoniale è riferita alla dimensione delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito, quella del danno non patrimoniale è anche rapportata alla gravità della condotta posta in essere²⁸ e alla proporzionalità della sanzione che l'ordinamento commina in capo al suo autore²⁹.

processo amministrativo e i modelli di esecuzione del giudicato, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 244 e SCOCA, *Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2014, 1406.

²⁶ Cfr. V. D'ACRI, *I danni punitivi – dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, Roma, 2005, 44.

²⁷ Tale convinzione è maturata in letteratura da diverso tempo CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, 57, sebbene non si sia spinto sino al punto da riconoscere carattere afflittivo al danno da reato, ha notato la "duplicazione sanzionatoria" cui era sottoposto l'autore di una fattispecie criminosa. Successivamente, CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, 391, ha osservato che «anche ammesso che pena e risarcimento differiscano essenzialmente tra loro...nessuno [può] negare che anche il risarcimento rappresenta un male per il soggetto al quale è addossato, in quanto costituisce per lui una perdita di beni economici». Tale consapevolezza è stata in seguito fatta propria da FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ.* V. SCIALOJA - G. BRANCA, Bologna, 1993, 1244, il quale ha rilevato che tra le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale vi sia anche quella punitivo-afflittiva, volta a sanzionare l'autore dell'illecito per la particolare gravità e riprovevolezza del comportamento tenuto. Tale pensiero è stato ribadito nella successiva versione dell'opera in cui l'Autore ha dedicato un'apposita sezione alle figure di danno punitivo (cfr. *Dei fatti illeciti*, ivi, Bologna, 2020, 822-823) e nella *La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane*, in *Danno e resp.*, 2022, 8. Più di recente, SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di IUDICA - ZATTI, Milano, 2019, 297, ha rilevato come il danno non patrimoniale, che sempre con maggiore frequenza si sta utilizzando come strumento per reagire alle aggressioni ai diritti della personalità, può comportare dei *surplus* sanzionatori, purché ciò resti confinato ai casi di maggiore gravità.

²⁸ A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 234 ha osservato che: «solo accettando la dimensione sanzionatoria del danno non patrimoniale si può spiegare quella giurisprudenza che, quando si tratta di determinare il danno non patrimoniale mediante il ricorso alla valutazione equitativa, affida al giudice il compito di soppesare la "gravità" del fatto muovendo da circostanze quali l'intensità del dolo o della colpa del danneggiante e/o la gravità dell'offesa».

²⁹ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *I nuovi problemi della liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Storia metodo cultura*, 2023, 141-142.

In altri termini, si può affermare, prendendo in prestito le efficaci considerazioni di una parte della dottrina, che il risarcimento del danno patrimoniale, essendo commisurato alle conseguenze economiche che l'illecito ha prodotto in capo al danneggiato, compensa, mentre il danno non patrimoniale, essendo rapportato (anche) alla gravità del fatto, «compensa e sanziona o, forse, sanziona compensando»³⁰.

Infine, le pene private negoziali si identificano nelle ipotesi in cui la misura afflittiva, prevista dalla legge, viene concretamente determinata e attuata, attraverso la pattuizione, dal privato contraente.

Tali figure, che ruotano intorno allo schema della clausola penale di cui all'art. 1382 c.c.³¹, rappresentano l'ipotesi più problematica della terna, in quanto, essendo determinate e irrogate dal privato, creano, come cennato, maggiori frizioni con il principio di statualità della pena³².

3. Le disposizioni punitive nella disciplina delle locazioni di immobili ad uso abitativo e ad uso diverso da quello abitativo

Le sollecitazioni provenienti dalla dottrina hanno trovato accoglimento nella giurisprudenza che, negli ultimi anni, ha aperto alla funzione punitiva nel diritto privato, riconoscendo la presenza nell'ordinamento di figure sanzionatorie.

Un passaggio decisivo si è avuto con l'intervento delle Sezioni Unite³³ che – chiamate a pronunciarsi sull'annosa questione relativa alla delibazione, nel nostro ordinamento,

³⁰ Così A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando?*, cit., 230.

³¹ DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, Padova, 2019, 129, circoscrive la categoria delle pene private negoziali a quelle pecuniarie nella convizione che, in nessun caso, la prestazione pecuniaria irrogata possa essere sostituita con misure afflittive che comportano una limitazione della libertà individuale, neanche nelle ipotesi in cui il soggetto responsabile sia insolvente. Infatti, l'attitudine delle misure afflittive ad incidere sulla libertà individuale del soggetto è propria delle pene pubbliche ma non può riguardare le pene private. Sul punto, si rinvia anche a S. PATTI, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, in *Juscivile*, 2022, 1111, che si è occupato della recensione del volume menzionato.

³² Per una compiuta disamina delle pene private negoziali sia consentito il rinvio a MOLINARO, *La funzione punitiva nel diritto privato. Uno studio sull'atipicità delle pene private negoziali*, Pisa, 2025.

³³ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601 in *Giur. it.*, 2017, 1787 ss., con nota di DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, 1792 ss.; in *Corr. giur.*, 2017, 1042 ss., con il commento di CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti compensativi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law)*, 1050 ss.; in *Danno e resp.*, 2017, 419 ss., con note di LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, 421 ss.; CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*, 429 ss.; MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, 437 ss. e PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, 435 ss.; in *Foro it.*, 2017, I, 435 ss. con note di D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi*:

di sentenze straniere aventi ad oggetto danni punitivi³⁴ – hanno operato un vero e proprio *overruling* rispetto alla netta posizione di chiusura³⁵ fino ad allora manifestata dalla giurisprudenza interna³⁶, aprendo alla possibilità di riconoscere efficacia a tali decisioni³⁷ e, più in generale, alla dimensione sanzionatoria della responsabilità.

Precisamente, la Corte – rilevando come, nell'ordinamento italiano, convivano fattispecie in cui il risarcimento risponde ad un paradigma puramente compensativo e altre in cui il *quantum* monetario riconosciuto alla vittima è superiore al danno subito³⁸ – ha affermato che la responsabilità civile, oltre alla componente compensativa, volta alla riparazione del danno patito³⁹, presenta quella preventiva-deterrente⁴⁰, preordinata a disincentivare chiunque vo-

tanto tuonò che piovve, 2639 ss.; PALMIERI - R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, 2630 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1198 ss. con note di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, 1109 ss.; BRIGUGLIO, *Danni punitivi e deliberazione di sentenza straniera: turning point «nell'interesse della legge»*, 1597 ss.; in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 568 ss., con nota di F.A. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, 575 ss.; in *Giustiziaviva.com*, 2018 con nota di C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, 31 gennaio 2018.

³⁴ Per un'approfondita disamina dei danni punitivi e delle relative ricostruzioni dogmatiche si rinvia a DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie*, cit., 53 ss.

³⁵ Così D'ANDREA, *Principio di ragionevolezza e danni punitivi: la prospettiva costituzionale*, in *Giur. it.*, 2018, 2289. Per una rapida rassegna della tradizionale posizione della giurisprudenza italiana sulla deliberazione di sentenze straniere aventi ad oggetto risarcimenti punitivi si veda PONZANELLI, voce *Danni punitivi*, in *Enc. dir.*, I tematici, VII, *La responsabilità*, a cura di C. SCOGNAMIGLIO, Milano, 2024, 176.

³⁶ Sul punto si può richiamare Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Danno e resp.*, 2009, 93 ss. con nota di PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*. Tuttavia, come osservato da parte della dottrina, la chiusura al risarcimento dei danni punitivi non è così netta come potrebbe apparire negli Stati di *civil law*. Infatti, sebbene un rifiuto totale sembri caratterizzare gli ordinamenti scandinavi e quello ungherese, lo stesso non potrebbe dirsi di altri paesi come la Spagna, la Francia e la Germania. Tra l'altro quest'ultima, con la sentenza del *Bundesgerichtshof* del 14 giugno 1992 [esaminata da TESCARO, *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof (e non solo?)*, in *Studium iuris*, 2017, 317], sembra aver aperto al risarcimento di danni ultracompensativi (cfr. FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronunzia italiana del 5 luglio 2017*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 276).

³⁷ In senso contrario, si veda A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando* cit., 222, il quale ha osservato come la sentenza in commento non avrebbe aperto la strada ai danni punitivi ma, al contrario, ha posto dei paletti, forse insormontabili, al riconoscimento di sentenze straniere di condanna a risarcimenti punitivi.

³⁸ La presenza di molteplici disposizioni normative che sanciscono l'ammontare dei risarcimenti in misura eccedente il presumibile pregiudizio arrecato – tanto da non poter più essere considerate come una categoria eccezionale – ha portato PARADISO, *Illecito, risarcimento e (nuove) funzioni della responsabilità civile*, in *La responsabilità. Principi e funzioni. Continuando a dialogare con Cesare Massimo Bianca*, a cura di M. BIANCA, Milano, 2023, 276, nonostante la diffidenza verso i risarcimenti punitivi, ad affermare la necessità di ripensare le tradizionali concezioni sulla responsabilità civile.

³⁹ Cfr. M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di MAZZAMUTO, IV, Torino, 2021, 7 e P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021, 10.

⁴⁰ PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità*, cit., 436 ha osservato come la funzione deterrente sia stata valorizzata dagli studi di analisi economica del diritto, i quali hanno avuto il meri-

glia porre in essere un'attività dannosa nei confronti dei terzi⁴¹ (danno esemplare)⁴², nonché punitivo-sanzionatoria della condotta antigiusuridica (danni punitivi)⁴³.

In altri termini, la Suprema corte, squarciando quel velo di ipocrisia che da sempre ha accompagnato l'analisi dei suoi caratteri⁴⁴, ha affermato che, sebbene la funzione compensativa costituisca l'anima principale della responsabilità civile, quest'ultima può assolvere anche una funzione deterrente e punitiva. Ciò si traduce nel riconoscimento, in favore del danneggiato, di un risarcimento superiore al danno subito ma solo nei casi

to di denunciare il fatto che la riparazione della perdita subita non è idonea a giustificare, da un punto di vista sociale, la traslazione del danno dalla vittima al soggetto che lo ha cagionato. Sulla importanza della funzione deterrente si veda anche SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in Riv. dir. civ., Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti. Verso una riforma? – Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice civile nel momento storico attuale, 2006, II, 531.

⁴¹ In tal modo, la pronuncia *de qua* ha avallato quell'orientamento dottrinario, riassunto nella puntuale osservazione compiuta da Guido Calabresi, secondo cui: «una responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza non è una vera responsabilità civile» (cfr. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in Nuova giur. civ. comm., 2006, II, 297). Di diverso avviso è C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi e danno c.d. esistenziale*, in Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, 361, che ha criticato l'apertura alla funzione sanzionatoria della responsabilità civile rilevando come la prevenzione aggravata sia già appannaggio del diritto penale mentre la prevenzione riferita al danno è svolta dal risarcimento e per i casi in cui si voglia andare oltre la logica del risarcimento (*overdeterrence*) si potrebbero utilizzare rimedi diversi da quelli risarcitori, senza intaccare la funzione tipicamente compensativa della responsabilità civile.

⁴² Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in Resp. civ. prev., 2016, 1133.

⁴³ La funzione punitiva e quella deterrente si sovrappongono solo in parte. Infatti, come osservato da DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in Contr. impr., 2017, 1143, la condanna al pagamento dei *punitive damages*, può essere comminata per sanzionare condotte che, per la particolare gravità, richiedono la condanna ad una somma ulteriore rispetto al risarcimento del danno, in modo da disincentivare future azioni illecite. Tuttavia, non è detto che tale condotta sia anche particolarmente riprovevole sotto il profilo morale e sociale, così da richiedere una punizione «esemplare» mediante il riconoscimento di una somma di denaro spropositata ed esorbitante rispetto al danno effettivamente subito (cfr. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in Contr. impr., 2018, 266).

⁴⁴ Le Sezioni Unite hanno recepito l'orientamento dottrinario che ricostruiva la responsabilità come un istituto dalla doppia anima: da un lato, proteso alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato; dall'altro, idoneo a sanzionare chi si è comportato in modo vietato (così BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in BUSNELLI - SCALEFI, *Le pene private*, Milano, 1984, 302). Tale apertura è stata salutata favorevolmente anche da PONZANELLI, *Punitive damages and the functions of reparation: some preliminary remarks after the decision of the Italian supreme court, joint divisions*, 5 July 2017, no 166601, in BARIATTI - FUMAGALLI - CRESPI REGHIZZI, *Punitive damages and private international law: state of the art and future developments*, Padova, 2019, 35: «in the current lay system, tort liability is not given only the task of restoring the economic interest of the injured party, since the deterrence and punishment functions of civil liability are internal to the law system».

espressamente previsti dalla legge, in ossequio al principio di legalità⁴⁵ di cui agli artt. 23 e 25 Cost.⁴⁶. Al di fuori di tali ipotesi, resta esclusa la possibilità per il giudice di «imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati»⁴⁷.

Un esempio paradigmatico della presenza della funzione punitiva nel diritto privato – come rilevato dalle stesse Sezioni Unite – è offerto dalla disciplina delle locazioni di immobili urbani ad uso diverso da quello abitativo (L. 27 luglio 1978 n. 392) e ad uso abitativo (L. 9 dicembre 1998 n. 431)⁴⁸.

Con riferimento alla prima, la Corte di cassazione ha riconosciuto natura sanzionatoria all'art. 31 della L. n. 392 del 1978. La disposizione prevede che il locatore, il quale abbia riacquisitato la disponibilità dell'immobile per uno dei motivi di diniego alla rinnovazione previsti dall'art. 29 della medesima legge e non lo abbia poi destinato all'uso dichiarato, è tenuto al ripristino del contratto e al risarcimento del danno in favore del conduttore. Tale risarcimento è determinato in misura non superiore a quarantotto mensilità del canone di locazione percepito prima della risoluzione del contratto, oltre alle indennità previste dal successivo art. 34.

In particolare, la norma – nella parte in cui impone al locatore che abbia abusivamente esercitato la facoltà di diniego alla rinnovazione del contratto il pagamento di una somma

⁴⁵ DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno*, cit., 1170, ha sostenuto che le Sezioni Unite, ritenendo necessario che la prestazione personale o patrimoniale oggetto di condanna abbia fondamento legale, hanno contribuito a rendere la sanzione prevedibile e calcolabile dal debitore.

⁴⁶ Cfr. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 17, ha precisato che l'ammissione di tali danni richieda la triplice condizione della tipizzazione legislativa, della prevedibilità della sanzione e della proporzionalità della stessa.

⁴⁷ C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi* cit., 1111, ha sottolineato che la Suprema Corte, nel raccomandare tra le funzioni della responsabilità civile quella sanzionatoria, ha avuto cura di precisare che tale apertura non si deve tradurre in aumenti incontrollati delle somme corrisposte al danneggiato. Tale precisazione si spiega secondo D'ANDREA, *Principio di ragionevolezza*, cit., 2291, in considerazione dell'appartenenza dell'ordinamento italiano ai Paesi di *civil law* che, a differenza di quelli di *common law*, non si caratterizzano per attribuire all'organo giurisdizionale il potere di irrogare risarcimenti ultra-compensativi, totalmente svincolati dalla legge.

⁴⁸ Per un approfondimento sulla disciplina delle locazioni si rinvia a CUFFARO, *sub art. 1571*, in CUFFARO - M. DI MARZIO, *Locazione*, in *Comm. Cod. civ.* Scialoja-Branca-Galgano a cura di DE NOVA, *Libro quarto: Obbligazioni artt. 1571-1606*, Bologna, 2023, 26 ss.; V. NASINI - P. NASINI, *La locazione di immobili urbani ad uso abitativo*, Milano, 2019; LAZZARO - M. DI MARZIO, *Le locazioni per uso abitativo*, Milano, 2012; DE TILLA - GIOVE, *Le locazioni abitative e non abitative*, Padova, 2009; MAZZEO, *Nullità di singole pattuizioni relative al canone nelle locazioni abitative (art. 13, co. 1, l. n. 431 del 1998) e nullità (per omessa registrazione) dei contratti di locazione in genere (art. 1, co. 346, l. n. 311 del 2004)*, in *Arch. locaz.*, 2006, 5 ss.; M. DI MARZIO - FALABELLA, *La locazione*, Milano, 2010; BERNARDI, *Il nuovo diritto delle locazioni abitative*, a cura di S. PATTI, Milano, 2001, 215; MARTONE, *La nuova disciplina delle locazioni abitative*, Padova, 1999; ZANNINI, voce *Locazione*, in *Dig. disc. priv.*, XI, Torino, 1994, 94 ss. e COCO, voce *Locazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 918 ss.

di denaro o il ripristino degli effetti del contratto – configura due distinte misure sanzionatorie di fonte legale, entrambe finalizzate a reprimere uno specifico inadempimento⁴⁹.

Infatti, nonostante il tenore letterale della norma, che richiama il risarcimento del danno, sembrerebbe attribuire alla prima delle invocate misure funzione compensativa, tale rimedio va considerato alla stregua di una pena privata di fonte legale⁵⁰ poiché l'ammontare dovuto dal locatore è svincolato dalla prova del danno patito dal conduttore⁵¹, essendo stabilito dalla legge in un ammontare massimo predefinito⁵².

Anche il ripristino degli effetti del contratto illegittimamente disdettato, previsto dalla norma quale rimedio alternativo alla misura pecuniaria, sembra apprezzabile non già quale risarcimento in forma specifica⁵³, bensì quale sanzione a carico del locatore inadempiente, in quanto dovuto a prescindere dal danno eventualmente patito dal conduttore.

⁴⁹ Così BARATELLA, *Le pene*, cit., 70.

⁵⁰ A favore di tale ricostruzione v. Cass. 8 ottobre 1991 n. 10527, in *Giust. civ. mass.*, 1991, 1454, che, in relazione all'abrogato art. 60 L. 27 luglio 1978 n. 392 (di contenuto analogo alla disposizione analizzata) affermava che: “il diritto del conduttore al risarcimento dei danni nei confronti del locatore che non abbia tempestivamente destinato l'immobile per l'uso in relazione al quale ne aveva ottenuto coattivamente il rilascio, ancorché richieda l'imputabilità a titolo di dolo o colpa del comportamento del locatore, non presuppone la prova in concreto del danno perché questo, come è evidente dalla letterale interpretazione dell'art. 60 della legge sull'equo canone, caratterizzato anche da una funzione sanzionatoria, deve essere comunque liquidato in misura non inferiore a 12 mensilità del canone”.

⁵¹ Cfr. Cass., 30 novembre 2025 n. 31244, in *Italggiure*.

⁵² Sul punto si vedano MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Cod. civ. Comm.* diretto da Schlesinger, Milano, 1999, 317; CAPRIO, *Brevi note sull'art. 60, comma 2, legge 392 del 1978: sanzione o risarcimento?*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1067; DI PATRIZIO, *Locazione ad equo canone*, Milano, 1990, 79; TRIFONE, *Ripristino della locazione e risarcimento del danno a favore del conduttore e sanzione accessoria di pagamento a carico del locatore*, in *Giur. it.*, 1986, I, 505; ZAZZERA, *Mancata destinazione all'uso dichiarato dell'immobile rilasciato a seguito di atto diverso dal provvedimento del giudice*, in *Dir. giur.*, 1982, 54.

⁵³ Il risarcimento in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c., fin dalla sua formulazione, ha attratto l'attenzione della dottrina tanto che in letteratura si riscontrano numerosi studi volti ad individuare la qualificazione giuridica di tale istituto e le differenze con figure affini come il risarcimento del danno per equivalente, l'azione di adempimento e finanche l'esecuzione forzata. Per un approfondito esame di tale figura si rinvia a C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di IUDICA - ZATTI, Milano, 2025, 277; RENNA, voce *Risarcimento del danno in forma specifica*, in *Enc. dir.*, I tematici, VII, *La responsabilità*, a cura di C. SCOGNAMIGLIO, Milano, 2024, 1370; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021, 599; M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di MAZZAMUTO, VI t. I, Torino, 2021, 412; C.M. BIANCA, *Diritto civile – La responsabilità*, V, Milano, 2021, 213; NURRA, *Profili attuali in materia di risarcimento in forma specifica e diritti inviolabili*, in *Liber amicorum per Mario Segni. I rapporti privati nella società civile*, a cura di MAGGIOLO - UDA, 2020, 179; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2017, 917; BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 37; EBENE COBELLI, *Le «grandi braccia» del risarcimento in forma specifica e della condemnation en nature (Note critiche sulla giurisprudenza italiana e francese)*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989, 704; R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1976, 24; ID., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 250; INVREA, *I rimedi contro il torto*, *Riv. dir. comm.*, 1929, 641; S. ROMANO, *Il così*

In tal caso, a favore della natura afflittiva della disposizione milita anche il dato letterale. La rubrica della norma, infatti, non contiene alcun riferimento al risarcimento del danno ma è intitolata espressamente “Sanzioni”.

Parimenti, una disposizione afflittiva si riscontra nel successivo art. 34 della legge sulle locazioni di immobili urbani ad uso diverso da quello abitativo⁵⁴. Tale norma statuisce che, in caso di cessazione del rapporto di locazione non dovuta a risoluzione per inadempimento, disdetta, recesso del conduttore o a una delle procedure previste dal regio decreto del 16 marzo 1942 n. 267, quest’ultimo ha diritto, per le attività industriali, commerciali, artigianali o quelle di interesse turistico, ad una indennità pari a diciotto mensilità dell’ultimo canone corrisposto.

Anche tale disposizione, dunque, prevede il pagamento di una somma di denaro, predeterminata dal legislatore in un certo numero di mensilità del canone, e, quindi, completamente scollegata dall’esistenza e dall’effettiva entità del danno patito dal conduttore⁵⁵.

Analoga tecnica è stata riproposta dal legislatore anche nella disciplina delle locazioni di immobili urbani ad uso abitativo.

Invero, l’art. 3, terzo comma, della L. n. 431 del 1998 prevede che qualora il locatore abbia riacquisitato la disponibilità dell’alloggio a seguito dell’illegittimo esercizio della facoltà di disdetta è tenuto a corrispondere un risarcimento al conduttore da determinare in misura non inferiore a trentasei mensilità dell’ultimo canone di locazione percepito.

Anche tale misura, dovuta a prescindere dalla prova del danno, può essere ricondotta alle pene *ex lege*, poste a tutela del conduttore per prevenire ed eventualmente sanzionare l’inadempimento del locatore⁵⁶.

A differenza di quella prevista all’art. 31 L. n. 392 del 1978, la pena in esame è predeterminata nel limite minimo – non inferiore a trentasei mensilità – e non in quello massimo. Pertanto, essa risulta maggiormente afflittiva rispetto a quella prevista dalla disciplina delle locazioni di immobili urbani ad uso diverso da quello abitativo. Tale differente trattamento trova giustificazione nella particolare destinazione del bene. Infatti, è plausibile ritenere che il legislatore abbia inteso sanzionare più gravemente l’inadempimento del locatore quando incide sul diritto all’abitazione, rispetto alle ipotesi di locazione ad uso diverso.

detto risarcimento del danno in forma specifica, in *Ann. Perugia*, 1928, 59 e D. MANDRIOLI, *Risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, 354.

⁵⁴ MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 317 esclude che una siffatta ricostruzione possa essere estesa all’equo indennizzo previsto dall’art. 43 L. n. 203/1982, in quanto, in tale disposizione, non rilevando alcun inadempimento da parte del concedente tenuto all’indennizzo, si iscrive meglio nelle ragioni compensative della risoluzione del contratto agrario, piuttosto che nella compulsorietà sanzionatoria delle penali *ex lege*.

⁵⁵ Cfr. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 151 e, successivamente, MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 317 e MOSCATI, *Fonti legali e fonti “private” delle obbligazioni*, Padova, 1999, 345.

⁵⁶ Così BARATELLA, *Le pene private*, cit., 72.

4. La particolare figura sanzionatoria rappresentata dall'art. 13 D.lgs. 9 dicembre 1998 n. 431

Oltre alla norma sopra menzionata si può riconoscere un'evidente connotazione sanzionatoria anche alle disposizioni previste all'art. 13 L. n. 431/1998, che mirano a sanzionare quelle pratiche elusive della disciplina fiscale che si concretizzano nella pattuizione di un canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato.

In particolare, il primo comma della suddetta norma – nella parte in cui commina la nullità⁵⁷ di ogni accordo diretto a determinare un canone maggiore rispetto a quello risultante dal contratto scritto e registrato⁵⁸ – svolge una funzione afflittiva, finalizzata a favorire l'emersione del “sommerso” in un settore tradizionalmente esposto ad elevati livelli di evasione.

Infatti, al locatore che abbia occultato il presupposto d'imposta, omettendo la registrazione o simulando un contratto con canone inferiore, viene applicata una pena, mentre al conduttore è attribuita una posizione di forza tale da elevarlo ad una sorta di “sentinella del fisco”⁵⁹.

Il meccanismo predisposto per contrastare la prassi dei c.d. “affitti a nero”, fondato sulla tecnica del conflitto di interessi tra privati, risulta punitivo per il locatore e premiale per il conduttore, che è pertanto incentivato a provvedere all'adempimento (seppur tardivo) della formalità⁶⁰. Infatti, la mancata registrazione dell'accordo dissimulato, che contiene l'effettivo ammontare del canone pattuito tra le parti, espone il locatore al rischio che il conduttore non soltanto possa sottrarsi all'adempimento della obbligazione pecuniaria dissimulata, pur volontariamente assunta, ma possa persino pretendere la restituzione della differenza tra quanto corrisposto e quanto risulta dovuto in base al contratto registrato⁶¹.

In altri termini, in presenza di un accordo che preveda il pagamento di un canone di locazione più alto rispetto a quello risultante dal contratto registrato, il conduttore non solo può non corrispondere la parte di canone di locazione che eccede la misura prevista nel contratto, facendo valere la nullità (parziale)⁶² della pattuizione, ma può anche pre-

⁵⁷ Come osservato da Buset, *Alle Sezioni Unite il patto occulto di maggiorazione del canone e la locazione ad uso diverso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 226, si tratta di un'ipotesi di nullità *sui generis*, non essendo la comminatoria contestuale alla conclusione del ciclo formativo della fattispecie negoziale. Infatti, la registrazione può essere eseguita solo in un momento posteriore al perfezionamento del contratto (fino a trenta giorni dopo la stipula).

⁵⁸ Il riferimento alla registrazione si deve alla L. 28 dicembre 2015 n. 208 che ha modificato l'art. 13 L. 9 dicembre 1998 n. 431.

⁵⁹ Così Buset, *Registrazione tardiva della locazione e sanzioni civili: interviene la Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 777.

⁶⁰ Cfr. Buset, *Registrazione tardiva della locazione*, cit., 777.

⁶¹ Così Cuffaro, *Patti contrari alla legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 497.

⁶² Sulla nullità parziale si rinvia a Franceschelli, *Nullità del contratto*, in *Cod. civ. comm.* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2015; Casella, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, 1969;

tendere la restituzione di quanto pagato in eccedenza rispetto alla somma indicata nel contratto registrato.

Tale obbligo restitutorio, come rilevato da parte della dottrina, costituisce una pena privata legale perché si traduce in una misura afflittiva irrogata dal giudice su iniziativa dell'altro contraente che trae beneficio dalla sanzione posta a presidio di un interesse generale⁶³, quello alla prevenzione del fenomeno elusivo⁶⁴, consentendo una più efficace riconciliazione tra regole civilistiche e norme tributarie⁶⁵.

Infatti, la disposizione delineata al primo comma dell'art. 13 L. n. 431/1998 ben si attaglia alla definizione di pena privata postulata da August Thon, atteso che la nullità della pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato, pur essendo posta a presidio di un interesse generale⁶⁶, impedisce al locatore (autore della condotta fraudolenta) di beneficiare del canone maggiorato e, al contempo, avvantaggia il conduttore che, da un lato, potrebbe sottrarsi al pagamento del canone più elevato previsto nel negozio dissimulato e, dall'altro, pretendere la restituzione della differenza tra quanto corrisposto e quanto risulta dovuto in base al contratto registrato⁶⁷.

ALLARA, *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité en droit civil italien*, in *Travaux de l'association Henri Capitant*, Paris, 1965, 632; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959; ID., *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio in rapporto ai vizi di volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 364; MESSINEO, voce *Annullabilità e annullamento (Dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 477; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, 486; FEDELE, *Della nullità del contratto*, in *Comm. D'AMELIO - FINZI*, I, Firenze, 1948; PIGA, voce *Nullità (in genere)*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino, 1939, 1146 e SCIALOJA, *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, 30.

⁶³ Cfr. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, 533.

⁶⁴ CUFFARO, *Patti contrari alla legge*, cit., 497 ha osservato che si tratta di una sanzione punitiva perché non è volta a reintegrare un interesse particolare bensì a proteggere un interesse generale. Infatti, secondo l'Autore, il legislatore, attraverso la richiamata disposizione, non ha inteso tutelare l'interesse del conduttore, che non ha subito alcun pregiudizio dalla mancata registrazione del contratto recante il canone effettivamente pattuito o dalla mancata conclusione del contratto per iscritto, ma l'interesse generale al rispetto della normativa fiscale.

⁶⁵ Così CUFFARO, *Contratto di locazione e nullità per mancata registrazione*: si peccas, pecca fortier, in *Corr. giur.*, 2018, 1103.

⁶⁶ CUFFARO, *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto (di locazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, I, 365 ritiene che, diversamente dal precedente quadro di riferimento ricavabile dalla disciplina delle locazioni di immobili urbani ad uso diverso da quello abitativo, il dato normativo offerto dal legislatore nella novella del 1998 dimostra come con la prescrizione della nullità il legislatore non abbia inteso tutelare tanto l'interesse del conduttore, il quale non sopporta alcun pregiudizio dalla mancata registrazione del patto recante il canone effettivamente convenuto e corrisposto, bensì l'interesse generale al rispetto della normativa fiscale.

⁶⁷ Secondo CASCIONE, *L'art. 13 della l. n. 431/1998, tra divieto di simulazione relativa e principio di invariabilità del canone*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 633, si tratterebbe di una nullità punitiva che richiama il modello sanzionatorio elaborato dai Paesi di *common law* per cui, al fine di tutelare un interesse pubblico, vengono irrogate sanzioni civili a chi commette fatti illeciti che non rispon-

In termini analoghi si atteggia il sesto comma dell'art. 13 L. n. 431/1998⁶⁸, che disciplina le ipotesi di nullità delle pattuizioni volte ad attribuire al locatore un canone superiore a quello massimo stabilito dalla legge o dagli accordi conclusi in sede locale per immobili aventi le medesime caratteristiche, nonché i casi di omessa registrazione del contratto entro il termine perentorio di trenta giorni. In tali situazioni, il conduttore può chiedere, entro sei mesi dalla consegna dell'immobile, la restituzione delle somme indebitamente versate e la riconduzione del rapporto a condizioni conformi all'art. 2, primo e terzo comma, della medesima legge.

Tale disposizione, parimenti ispirata dall'esigenza di disincentivare l'elusione fiscale, punisce il locatore con la nullità (parziale) e la possibilità per il conduttore pregiudicato di ottenere la restituzione delle somme indebitamente versate, nonché la fissazione di un canone ragionevolmente inferiore a quello pattuito, giacché il canone non potrà eccedere – ma ben potrà essere inferiore – quello definito per i contratti alternativi⁶⁹, fermo restando l'ulteriore contenuto del negozio originariamente diviso⁷⁰.

Ciò posto, alla norma appena tratteggiata deve attribuirsi la medesima natura di pena privata legale riconosciuta al meccanismo sanzionatorio previsto al primo comma dell'art. 13 L. n. 431/1998, in quanto, tale disposizione, nell'intento di far emergere il “sommerso”⁷¹, pregiudica il patrimonio del locatore, impedendogli di ottenere il maggior canone; e, al contempo, comporta un vantaggio economico per il conduttore che ha attivato il rimedio⁷²: quest'ultimo non solo può chiedere la restituzione delle somme inde-

dono ad una esigenza di ristoro, per la quale sussiste il risarcimento del danno ma ad una esigenza sanzionatoria diretta a scoraggiare determinati comportamenti socialmente pericolosi.

⁶⁸ La L. 28 dicembre 2015 n. 208 ha modificato tale disposizione aggiungendo un nuovo inciso che estende la possibilità di chiedere la riconduzione nei casi in cui il locatore non abbia provveduto alla registrazione del contratto nel termine di cui al primo comma dell'art. 13 L. n. 431/1998.

⁶⁹ Sul sindacato del giudice attuato attraverso la nullità parziale della pattuizione che preveda una sanzione eccessiva si rinvia più approfonditamente a MOLINARO, *La funzione punitiva*, cit., 217 ss.

⁷⁰ Cfr. CUFFARO, *Patti contrari alla legge*, cit., 496. Tali affermazioni si leggono anche in ID., *La disciplina delle nullità*, in *La locazione. Disciplina sostanziale e processuale*, Bologna, 2009, 420.

⁷¹ La disposizione prevista dal sesto comma dell'art. 13 L. n. 431/1998, così come quella delineata al primo comma del medesimo articolo, sembrano porsi nel solco del crescente sfumare della separazione fra diritto pubblico e diritto privato, con progressiva commistione fra regole dei due ambiti, giungendo a punire la violazione di una norma di diritto pubblico con una sanzione privatistica (così ULESSI - Buset, *Locazione abitativa e patto occulto di maggiorazione del canone*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 277).

⁷² Così CUFFARO, *Patti contrari alla legge* cit., 497. Di diverso avviso è ADDIS, *La “riconduzione a condizioni conformi” del contratto non registrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 66, secondo cui, a seguito della modifica operata dalla L. 28 dicembre 2015 n. 208 il rimedio conformativo non è più diretto a sanzionare il comportamento illecito del locatore, bensì a responsabilizzare entrambi i contraenti, spingendoli a fare il possibile per curare il puntuale adempimento del precetto tributario o, quantomeno, ad attivarsi per ridurre le sanzioni correlate alla sua violazione mediante la registrazione tardiva del contratto.

bitamente versate ma può anche ottenere la fissazione di un canone più basso di quello pattuito.

Infatti, il giudice, attraverso il rimedio della nullità, non si limita ad accertare l'inefficacia del contratto e a mantenere fermi, in termini circoscritti, gli effetti già prodotti ma dà vita ad un contratto con un effetto difforme da quello originario, senza che sussista, in linea di principio, il presupposto di operatività della regola dettata dall'art. 1419, secondo comma, c.c.⁷³, poiché manca una norma che fissi la misura del canone locativo⁷⁴.

In altri termini, la previsione di un canone di locazione di importo superiore a quello massimo previsto dalla legge o definito dagli accordi conclusi in sede locale per immobili aventi le medesime caratteristiche di quello stipulato o, ancora, l'inadempimento dell'obbligo di registrazione, provocano sul piano del rapporto contrattuale la determinazione autoritativa del canone; quest'ultima, essendo svincolata dal danno patito dal conduttore, costituisce una misura da attrarre all'interno delle pene private di matrice legale⁷⁵.

5. Riflessioni conclusive

La disciplina delle locazioni, caratterizzandosi per il tangibile intreccio tra interessi pubblici e privati, costituisce terreno "fertile" per l'affermarsi delle pene private nonché per dimostrare l'utilità che tali figure possono ancora avere negli ordinamenti contemporanei. Non a caso, parte della dottrina italiana⁷⁶ e, più in gene-

⁷³ L'art. 13, sesto comma, L. 431 del 1998, nella parte in cui consente al giudice di dichiarare la nullità del canone di locazione pattuito dalle parti che risulta eccedente rispetto a quanto indicato nel contratto, sembra richiamare la discussa tesi che, qualificando la clausola come una porzione del testo negoziale dotata di propria autonomia, estende la portata del giudizio di conformità agli interessi delle parti, insito nell'art. 1419 c.c., anche ai frammenti di clausola. In tal senso si vedano MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni a "margine in Riv. dir. banc."*, 2016, 48, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust: profumi e balocchi*, in *Danno e resp.*, 2004, 1169 e, in precedenza, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948. Di diverso avviso, invece, sono F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 716; SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, 33-34; TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 145 e GERI, *Sul significato del termine "clausola" in relazione al comma 2° dell'art. 1419 c.c.*, 1960, 688.

⁷⁴ Così CUFFARO, *Patti contrari alla legge*, cit., 495-496.

⁷⁵ Così CUFFARO, *Locazione di immobili urbani*, in *Enc. dir. - I tematici*, X, *I singoli contratti*, diretto da G. D'AMICO, Milano, 2025, 878.

⁷⁶ Il riferimento è a BUSNELLI, *Verso una riscoperta*, cit., 3. In realtà, l'Autore nel saggio intitolato *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile - alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort law*, a cura di SIRENA, Milano, 2011, 49, si è nuovamente confrontato, a distanza di venticinque anni dal felice incontro di studi pisano, con l'interrogativo concernente la riscoperta delle pene private, giungendo alla consapevolezza che i dubbi posti in occasione del fecondo incontro di studio non abbiano

rale, di quella europea⁷⁷ ha auspicato una rinnovata attenzione verso gli strumenti sanzionatori⁷⁸.

Le pene private, caratterizzate dalla perdita di un diritto o dall'irrogazione di una somma superiore a quanto necessario per ristorare il danno, dimostrano – nei diversi ambiti in cui vengono in rilievo – che lo strumento punitivo può essere ancora utile nel diritto privato quando il risarcimento compensativo non è in grado di far desistere l'autore dal reiterare la propria condotta illecita⁷⁹ o quando si intenda reagire a comportamenti particolarmente riprovevoli, idonei a ledere non soltanto interessi individuali, ma anche valori di rilievo pubblicistico⁸⁰.

L'analisi di alcune disposizioni in materia di locazioni abitative conferma tale impostazione. Si è visto, ad esempio, che l'art. 3, terzo comma, della L. n. 431 del 1998, nella parte in cui obbliga il locatore a versare al conduttore una somma di denaro non inferiore a trentasei mensilità dell'ultimo canone di locazione percepito, mira a sanzionare la condotta del primo mediante il pagamento di una somma ragionevolmente più elevata e comunque scollegata dal danno subito dal conduttore, al fine di sanzionare e prevenire nuovi comportamenti illeciti del locatore in danno di quest'ultimo⁸¹.

Viceversa, l'art. 13 L. n. 431/1998, nella parte in cui sancisce la nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato o eccedente l'importo massimo previsto dalla legge o definito dagli accordi conclusi in sede locale per immobili aventi le medesime caratteri-

perso niente in termini di attualità ma, anzi, si sono rafforzati e meritano, pertanto, di essere sottoposti a nuova verifica, soprattutto nella direzione che ha assunto la nuova responsabilità civile costituzionalmente orientata.

⁷⁷ Una rinascita delle pene private è stata teorizzata nel diritto tedesco da EBERT, *Pönale Elemente*, cit., 578, che, oltre al chiaro sottotitolo dell'opera, ha affermato che: «*Eine Repönalisierung des Privatrechts im Bereich des Persönlichkeitsrechtsschutzes durch das Bekenntnis zum Rechtsinstitut der Privatstrafe sollte daher nicht als Rückschritt in archaische Zeiten, sondern als Renaissance eines seit langem bewährten Rechtsinstituts betrachtet werden*». In senso contrario si veda C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile. La lunga stagione del diritto italiano*, in *Eu. dir. priv.*, 2024, 369-370. Infatti, l'Autore, citando proprio l'interrogativo posto da Francesco Donato Busnelli nel convegno pisano del 1984, ha affermato che quello delle pene private è uno pseudo problema perché si tratta di una figura marginale che «*non sembra avere i meriti che l'attenzione dedicatele farebbe supporre*».

⁷⁸ Cfr. ROMANÒ, *La quantificazione punitiva del danno*, Pisa, 2025, 57.

⁷⁹ Sul punto CICERO, voce *Pena privata*, in *Dig. disc. priv.*, VIII agg., Torino, 2013, 481, ha osservato che: «*La dottrina moderna ha disquisito di pena privata nell'accezione di parente povero del risarcimento del danno. Vero è in senso contrario che la pena privata è strumento addirittura più efficace rispetto alla tutela risarcitoria aquiliana; e ciò in special modo nell'ipotesi in cui l'autore potenziale del danno non trovi nell'obbligazione risarcitoria una ragione sufficiente per astenersi dal suo comportamento, poiché la misura prevedibile del risarcimento, ancorata al limite del danno è inferiore al profitto della propria iniziativa illecita*».

⁸⁰ Cfr. CUFFARO, *Il problema della mancata registrazione del contratto di locazione*, in *Giur. it.*, 2014, 539.

⁸¹ Così BARATELLA, *Le pene private*, cit., 72.

stiche di quello stipulato, assolve una funzione afflittiva volta ad indurre l'emersione del "sommerso" e a consentire al conduttore di ottenere la restituzione delle somme indebitamente versate nonché la fissazione di un canone più basso di quello pattuito⁸².

Alla luce di tali considerazioni, si può ritenere che le pene private, già largamente utilizzate negli ordinamenti di *Common law*⁸³, possano svolgere una funzione di particolare rilievo anche nei sistemi di *Civil law*. Esse, infatti, consentono di coniugare la tutela di interessi privati e pubblici e garantire una più efficace deterrenza nei confronti dell'autore dell'illecito, configurandosi come uno strumento talvolta complementare, talaltra alternativo, rispetto ai tradizionali istituti penalistici⁸⁴.

ABSTRACT

Il saggio – partendo dalla convinzione che le pene private non costituiscono uno strumento anacronistico, sostituito dalla più raffinata tecnica del risarcimento del danno – si prefigge lo scopo di dimostrare l'attuale rilevanza di tali figure attraverso la disciplina delle locazioni di immobili urbani ad uso abitativo che, attraverso la previsione di misure afflittive, mira a tutelare sia gli interessi privati del conduttore che quelli pubblici, rappresentati dalla diffusione di condotte elusive della normativa fiscale.

The essay – starting from the conviction that private penalties are not an anachronistic tool, replaced by the more refined technique of compensation for damages – aims to demonstrate the current relevance of such figures through the regulation of urban property leases for residential use which, through the provision of punitive measures, aims to protect both the private interests of the tenant and the public interest, represented by the spread of conduct that circumvents tax regulations.

⁸² Cfr. CUFFARO, *Patti contrari alla legge*, cit., 497.

⁸³ Cfr. F.A. BENATTI, voce *Danni punitivi (profili di diritto comparato)*, in *Enc. dir. – I tematici*, VII, *La responsabilità* a cura di C. SCOGNAMIGLIO, Milano, 2024, 181 e, in precedenza, *Id.*, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, 1. In merito, si veda anche PORTONERA, *Punitive damages, cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile*, in *Eu. dir. priv.*, 2021, 713.

⁸⁴ BONILINI, *Danno morale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., V, Torino, 1989, 87, ha affermato che la pena privata possa svolgere un'importante funzione in tutti quei casi in cui l'illecito ha determinato scarse conseguenze patrimoniali ma pregiudizi altamente qualificabili; in quelli in cui risulta più adeguata la considerazione privatistica piuttosto che quella penalistica e, infine, nelle ipotesi in cui occorre affiancare alla reazione criminale anche quella privatistica.



Successione necessaria e circolazione dei beni nel nuovo sistema codicistico. Riflessioni a prima lettura sulla riforma degli artt. 561 e 563 c.c.



Giulia Donadio

Prof. ass. dell'Università di Pisa

SOMMARIO: **1.** La tutela del legittimario: l'*an* e il *quantum* della lesione e l'inefficacia dell'attribuzione gravante sul patrimonio indisponibile. L'effettività della riduzione. – **2.** Le alienazioni costitutive. Pesi e ipoteche gravanti sul bene oggetto della disposizione testamentaria ridotta. – **3.** Le c.d. alienazioni costitutive poste in essere dal donatario. – **4.** Le alienazioni traslative e il tramonto dell'azione di restituzione verso i terzi acquirenti.

1. La tutela del legittimario: l'*an* e il *quantum* della lesione e l'inefficacia dell'attribuzione gravante sul patrimonio indisponibile. L'effettività della riduzione

La tutela dei legittimari e le istanze di certezza nella circolazione dei beni rappresentano i due poli di un bilanciamento assai delicato, costantemente oggetto di attenzione da parte della dottrina civilistica¹.

¹ Tra i molteplici contributi dottrinali in argomento si segnalano AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 680 ss.; DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistemi di tutele del legittimario*, Milano, 2007; VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 564 ss.; MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Riv. not.*, 2002, G. PERLINGIERI, *Il discorso preliminare di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015.

Da un lato, si collocano gli interessi della famiglia, di cui il sistema della riserva è proiezione; dall'altro lato, si staglia la logica del mercato, che richiede chiarezza, celerità, controllabilità del "rischio negoziale".

Al crocevia tra queste istanze, sta il regime dei beni oggetto di liberalità – donativa o testamentaria – là dove siffatta liberalità sia risultata eccedente rispetto alla quota disponibile e, dunque, lesiva dei diritti del legittimario. L'inefficacia – relativa e retroattiva – dell'attribuzione, nei confronti del legittimario vittorioso in riduzione, innesca un complesso meccanismo, nel quale bisogna distinguere, in un'ottica di contemperamento tra le ragioni del legittimario e la protezione della certezza dei traffici e dei diritti dei terzi, diverse posizioni.

In prima battuta, viene in rilievo la situazione del beneficiario stesso della liberalità lesiva.

Su un piano successivo, occorre considerare lo stato di chi abbia acquistato diritti minori sul bene oggetto della liberalità lesiva, distinguendo, qui, ulteriormente, tra la natura testamentaria oppure donativa dell'attribuzione ridotta.

In terzo luogo, vi è il caso dell'avente causa del beneficiario della liberalità lesiva, là dove quest'ultimo abbia alienato il bene a terzi. Anche in questa ipotesi, è necessaria una bipartizione tra l'avente causa a titolo oneroso del beneficiario della liberalità lesiva e colui che, invece, ha a sua volta ottenuto, a titolo gratuito, l'oggetto dell'originaria attribuzione lesiva della legittima.

L'assetto del sistema, ridisegnato sensibilmente dalla novella introdotta nel codice civile dalla L. 182 del 2025, può essere tratteggiato come segue.

La reazione del legittimario alla liberalità – sia essa effettuata per il tramite della donazione o per il tramite della disposizione testamentaria – lesiva dei suoi diritti "riservati" ex artt. 536 ss. c.c. avviene attraverso l'esperimento dell'azione di riduzione (art. 564 c.c.).

Si tratta, come è noto, di un'azione sui *generis*, in cui all'accertamento della natura lesiva della liberalità al terzo si accompagna la declaratoria di inefficacia, verso il legittimario procedente, di quella attribuzione: in via costitutiva e retroattiva, il beneficio, gravante sulla porzione indisponibile, è travolto ed il suo oggetto è considerato come mai uscito dal patrimonio del donante o del testatore, nei limiti in cui ciò sia necessario per reintegrare la legittima.

L'*an* e il *quantum* della lesione, in sede di riduzione, sono dimostrati a partire dal calcolo con cui la quota di patrimonio spettante al legittimario, individuata dalle frazioni cui agli artt. 537 ss. c.c., è tramutata in quota di eredità, riservata ai sensi dell'art. 536 c.c. I due concetti – quota di patrimonio e quota di eredità – non sono, infatti, sovrapponibili, giacché la quota di eredità comprende ciò che spetta al legittimario a titolo di legittima, oltre a quanto necessario per pagare i debiti ereditari e conseguire, nonostante il "peso" del debito e al netto del medesimo, la legittima nella sua integrità, in ossequio al principio di intangibilità della stessa. Alla determinazione della quota di eredità riservata si perviene, pertanto, moltiplicando la frazione ideale del patrimonio individuata dalla

legge, agli artt. 537 s.s., variabile, in quanto “mobile”², in relazione a ciascuna categoria di legittimari e alle eventuali ipotesi di concorso, con un valore che è pari a quanto deriva dalla divisione tra il risultato della riunione fittizia (*relictum*, sommato al *donatum* e detratti i debiti, ex art. 556 c.c.) e il *relictum* al netto dei debiti³.

Là dove, all’apertura della successione, emerge che il legittimario non ha conseguito detta quota di eredità, si apre lo spazio per impugnare, tramite l’azione di riduzione, i negozi dispositivi alla base delle attribuzioni eccedenti la disponibile.

L’azione di riduzione presuppone, quindi, una serie di calcoli, caratteristici di un sistema in cui la lesione che viene ricercata non è certa *a priori*, ma deve essere valutata alla luce di vari parametri, adottati con riferimento al momento di apertura della successione⁴, che devono tener conto della consistenza dell’intero patrimonio dopo la riunione fittizia e dell’eventuale imputazione *ex se* di liberalità conseguite dal legittimario stesso. Diverso è, invece, lo strumento dell’azione di nullità riferita ai pesi e alle condizioni sulla legittima, di cui all’art. 549 c.c., attivabile ove la lesione risulti *ictu oculi* dal tenore della disposizione, senza che i complessi accertamenti cui si è fatto cenno risultino necessari (si pensi all’onere testamentario gravante sul soggetto istituito nella sola quota di legittima, in conflitto con il principio di intangibilità di quest’ultima⁵).

Ottenuto il giudicato di riduzione, il legittimario intende conseguire il bene che aveva formato oggetto dell’attribuzione lesiva, ormai caducata. È in questo modo che la tutela raggiunge la propria effettività, garantendo un vantaggio apprezzabile non solo nel mondo del diritto – l’inefficacia relativa e retroattiva del negozio – ma pure nel mondo reale – la restituzione del bene o, almeno, del suo valore.

È a questo punto che possono aprirsi i tre scenari tratteggiati innanzi, su cui le recenti modifiche degli artt. 561 c.c. e 563 c.c. hanno sensibilmente inciso.

La richiesta di restituzione del bene contro il beneficiario stesso della liberalità lesiva è oggetto di un’azione personale, presidio esterno dell’azione di riduzione, che rafforza la stessa consentendo il recupero di un bene la cui alienazione, da parte del donante/*de cuius*, deve considerarsi inefficace per il legittimario leso. Se l’inefficacia della liberalità lesiva è il rimedio alla lesione, dalla restituzione dipende l’effettività della tutela. Per tale ragione, l’azione di restituzione contro il donatario o il beneficiario della disposizione

² In argomento, CARBONE, *Contro l’interpretatio abrogans della dottrina del sistema della quota mobile*, in *Vita not.*, 2008, 1593 ss.

³ Per tutti, in maniera cristallina, MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, 4a ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2000, 174 ss., al quale si deve la formulazione nei menzionati termini del meccanismo per calcolare la quota di eredità spettante sul *relictum*, capiente rispetto al peso dei debiti ereditari, ove presenti.

⁴ Per una sintesi si veda, per esempio, ANDRINI, *Condizioni per l’esercizio dell’azione di riduzione*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Successioni*, a cura di DELFINI e CUFFARO, I, Torino, 2010

⁵ In argomento, ancora, MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 89 ss. e, in particolare, 91, ove è affermata la nullità del legato – per regola generale riducibile – nel caso in cui sia posto a carico del solo legittimario istituito nella sola quota di legittima (c.d. mero legittimario).

mortis causa lesiva è tradizionalmente considerata il riflesso concreto dell'azione di riduzione, a questa indissolubilmente legata, anche rispetto al campo di operatività dell'art. 557 c.c., che considera entrambe le azioni irrinunciabili prima della morte del donante⁶.

Qual è, allora, la posizione del destinatario della liberalità accertata lesiva e ormai ridotta? Costui è tenuto a restituire il bene in natura, dal momento che il giudicato di riduzione ha travolto, sostanzialmente, il suo acquisto, non più opponibile al legittimario.

Dalla caducazione dell'acquisto del beneficiario leso derivano, indi, gli scenari più problematici là dove sul bene siano stati costituiti diritti a favore di terzi o nei casi in cui il bene sia stato, addirittura, alienato a terzi.

Vengono, allora, in rilievo, le norme di cui agli artt. 561 c.c. e 563 c.c., nella loro riformulazione ad opera della recente riforma.

2. Le alienazioni costitutive. Pesi e ipoteche gravanti sul bene oggetto della disposizione testamentaria ridotta

La prima delle norme richiamate in chiusura del paragrafo precedente – l'art. 561 c.c. – è, storicamente, riferita alle c.d. “alienazioni costitutive”, mentre la seconda di esse – l'art. 563 c.c. – regola la diversa ipotesi delle c.d. “alienazioni traslative”.

Nel campo di applicazione dell'art. 561 c.c.⁷ – da cui è bene prendere le mosse – rientrano le fattispecie in cui l'avente causa del *de cuius* – sia *iure successionis* sia in forza di una donazione in vita, giudicata poi lesiva – abbia costituito o abbia visto sorgere sul bene dei “pesi” o delle “ipoteche”.

Pare opportuno sottolineare che il concetto di “pesi” – portato della trasposizione dell'espressione “debiti” del *Code Napoleon* (art. 929) e del Codice civile del 1865 (art. 1065 c.c.) – comprende un'ampia varietà di situazioni: dai gravami puri – quali i diritti reali di garanzia (volontariamente concessi o di origine giudiziale) o di godimento – ai vincoli di

⁶ In termini di una rinuncia alla restituzione contro il donatario come rinuncia parziale alla azione di riduzione, invalida *ex art. 557 c.c.*, si esprime Ieva, *La novella degli artt. 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico applicativi*, in *Riv. not.*, 2005, 5, 944.

⁷ Si riporta il testo della norma, che è (ancora) rubricato come segue “Art. 561. (Restituzione degli immobili).

^{Gli} immobili restituiti in conseguenza della riduzione sono liberi da ogni peso o ipoteca di cui il legatario può averli gravati, salvo il disposto del n. 8 dell'art. 2652. I pesi e le ipoteche di cui il donatario ha gravato gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione restano efficaci e il donatario è obbligato a compensare in denaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore dei beni nei limiti in cui è necessario per integrare la quota ad essi riservata, salvo il disposto del numero 1) del primo comma dell'articolo 2652. Le stesse disposizioni si applicano per i pesi e le garanzie di cui il donatario ha gravato i beni mobili iscritti in pubblici registri. Restano altresì efficaci i pesi e le garanzie di cui il donatario ha gravato i beni mobili non iscritti in pubblici registri restituiti in conseguenza della riduzione e il donatario è obbligato a compensare in denaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore dei beni, nei limiti in cui è necessario per integrare la quota ad essi riservata.

I frutti sono dovuti a decorrere dal giorno della domanda giudiziale.”

destinazione – si pensi a un fondo patrimoniale non traslativo o alla destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c. – ai diritti personali di godimento, fino ai vincoli di indisponibilità derivanti, per esempio, da pignoramenti o sequestri⁸.

Il bilanciamento tra la tutela del legittimario leso e vittorioso in riduzione e le istanze di certezza e stabilità nella circolazione dei beni si colloca, rispetto alle alienazioni costitutive, sul piano della resistenza dei pesi – e dunque della salvezza dei diritti dei terzi – posti sul bene oggetto di restituzione.

Qual è, allora, la sorte dell'ipoteca concessa sul bene oggetto della liberalità lesiva, quando detto bene deve essere restituito? Qual è la sorte del diritto di usufrutto concesso sul cespite dall'avente causa del donante/*de cuius*, una volta accertato che quest'ultimo aveva esaurito la disponibile e intaccato la riserva degli aventi diritto?

I principi generali della successione necessaria orientano in un senso: il diritto a conseguire in natura la legittima e l'intangibilità della stessa non possono che condurre a un effetto purgativo, che sistematicamente ben si collega al rimedio caducatorio della riduzione.

Tuttavia, le istanze di certezza nella circolazione dei beni impongono una diversa soluzione, che si arricchisce di sfaccettature variabili a seconda che la liberalità lesiva sia un'attribuzione *mortis causa* oppure una donazione.

Nel primo caso, l'effetto purgativo effettivamente c'è: i pesi e le ipoteche costituiti dal beneficiario della liberalità testamentaria lesiva sono travolti. Giova osservare che, nonostante il dato testuale sia riferito ai soli legati, è pacifico che la norma si applichi a tutte le attribuzioni *mortis causa*, sia a titolo universale che a titolo particolare, dal momento che la formulazione rappresenta un retaggio storico derivante dal *Code civil*, prima, e dal Codice del 1865, poi⁹, con una discrasia sistematica, anche rispetto all'art. 2652 n. 8, che la Riforma del 2025 non ha colto l'occasione di appianare.

Colui che si avvantaggia del peso apposto dall'erede o dal legatario sul bene restituito a seguito della riduzione perde, pertanto, il suo diritto: così, il creditore ipotecario perde la sua garanzia sul bene, l'usufruttuario perde il suo diritto di godimento, il titolare del fondo dominante perde ogni prerogativa rispetto al fondo servente e via dicendo.

La purgazione, tuttavia, non è un beneficio di cui il legittimario vittorioso in riduzione si può avvantaggiare *sine die*: occorre, infatti, che la domanda di riduzione sia trascritta entro tre anni dall'apertura della successione, termine decorso il quale i beni potranno, sì, essere restituiti, ferme però restando le alienazioni costitutive compiute dal soggetto obbligato alla restituzione (o imposte al medesimo, come nel caso di un pignoramento o di un'ipoteca giudiziale).

⁸ Completa il novero di pesi, recentemente, IACCARINO, *Profili sistematici, disciplina transitoria ed effetti della riforma introdotta dall'art. 44 della l. 182/2025*, in Studio 6/2026 del Consiglio Nazionale del Notariato, nota 13, in cui sono menzionati anche i vincoli derivanti dagli atti d'obbligo e dalle convenzioni urbanistiche.

⁹ MENGONI, *op. cit.*, 306, nota 220 e SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, II, *Delle successioni*, Firenze, 1941, 323.

L'art. 2652 n. 8, per i beni immobili, e art. 2690 n. 5, per i beni mobili registrati, fanno salvi gli acquisti a titolo oneroso da parte del terzo che abbia trascritto il suo acquisto prima della trascrizione della domanda di riduzione, ove questa sia trascritta dopo tre anni dall'apertura della successione.

Ciò comporta che, se il legittimario si attiva diligentemente nei tre anni dall'apertura della successione, trascrivendo una domanda giudiziale di riduzione, la sentenza che accoglie la domanda è opponibile anche a quei terzi acquirenti a titolo oneroso che abbiano trascritto il proprio acquisto prima della trascrizione della domanda di riduzione, purché questa intervenga nei tre anni dall'apertura della successione, in deroga alla regola generale per cui l'ordine delle trascrizioni risolve il conflitto.

Se, invece, l'acquirente a titolo oneroso trascrive il suo acquisto quando non è trascritta alcuna domanda di riduzione e la trascrizione di questa sopraggiunge dopo i tre anni dall'apertura della successione, l'acquirente a titolo oneroso fa salvo il suo acquisto. I tre anni dall'apertura della successione rappresentano, infatti, l'unica finestra temporale entro la quale vige, proprio a tutela del legittimario, una deviazione dalla regola generale della prevalenza del primo trascrivente.

Se, ancora, l'acquirente a titolo oneroso trascrive il suo acquisto dopo la trascrizione della domanda di riduzione, ancorché tardivamente trascritta oltre il triennio dall'apertura della successione, questi soccombe in base all'ordinaria regola della priorità delle trascrizioni, dal momento che un acquisto di un bene oggetto di domanda di riduzione è incauto e l'affidamento del terzo non è meritevole di protezione.

Il primo comma dell'art. 561 c.c., come riformato, si lega, pertanto, agli artt. 2652 n. 8 e 2690 n. 5 c.c., delineando una finestra di rischio per l'acquirente a titolo oneroso del bene di provenienza successoria che ha una durata temporale di tre anni: un arco temporale, vale a dire, sensibilmente ridotto rispetto al decennio richiesto dalla normativa in vigore prima della L. 182/2025.

Invero, l'art. 561 c.c. evoca, oggi, i pesi sui beni oggetto di sole "liberalità immobiliari", ossia sugli immobili di provenienza successoria restituiti a seguito della riduzione. Anche in questo caso, la norma è una *sineddoche*, là dove, nel mutuare il testo del vecchio art. 1094 del codice civile del 1865, essa non è estesa ai beni mobili non registrati trasferiti a mezzo di una liberalità testamentaria.

Siffatta *sineddoche* permane nella formulazione *post* riforma del 2025, dal momento che non solo non è stata colta l'occasione di ampliare il precetto ma, anzi, questo è stato addirittura ristretto, almeno nel suo tenore letterale: se, infatti, il testo previgente dell'art. 561 c.c. conteneva il riferimento anche ai beni mobili registrati di provenienza successoria (art. 561 c.c. comma primo, ultima parte, secondo cui "la stessa disposizione si applica per i mobili iscritti in pubblici registri"), oggi il riferimento ai beni mobili registrati oggetto dei lasciti testamentari ridotti deve essere ricostruito in via interpretativa alla luce dell'art. 2690 n. 5, già richiamato in ordine a questa categoria di beni, poiché la seconda parte dell'art. 561 c.c. di nuovo conio contiene il riferimento ai beni mobili registrati soltanto con esclusiva menzione dei beni donati.

Permane, poi, il vuoto storico rispetto ai beni mobili non registrati oggetto dell'attribuzione *mortis causa*: una lacuna spiegabile, ancora, dopo più di un secolo, con l'inutilità

di una simile previsione rispetto alla “riserva delle norme sulla trascrizione”¹⁰ e, sulla quale, in un’ottica chiarificatrice di un sistema certamente complesso, in cui la ricchezza mobiliare può assumere una grande rilevanza, il Legislatore avrebbe potuto soffermarsi.

3. Le c.d. alienazioni costitutive poste in essere dal donatario

La nuova formulazione dell’art. 561 c.c., nella seconda parte, riguarda le alienazioni costitutive poste in essere dal donatario.

Le fattispecie sono, nel caso di provenienza donativa, delineate in maniera più puntuale rispetto al quadro riferito alle provenienze successorie: la norma riguarda, testualmente, sia i beni immobili, sia i mobili registrati che i mobili non registrati, colmando, in questo contesto, la storica lacuna, anche se solo con riferimento alle alienazioni costitutive del donatario.

Oltre alla maggiore completezza rispetto alle fattispecie delineate, la norma si segnala per una rilevante differenza nella purgazione dei gravami sui beni oggetto di restituzione, dal momento che il legittimario leso dal testamento può godere della liberazione integrale dei cespiti purché trascriva la domanda di riduzione entro tre anni dall’apertura della successione, mentre nulla può fare, per conservare l’effetto purgativo, il legittimario leso dalla donazione, che trova tutela solo sul piano “indennitario”, su cui ci si soffermerà più avanti.

La disparità di trattamento è spiegabile alla luce della *ratio* della novella, volta a stabilizzare il più possibile le c.d. “provenienze donative”, già parte integrante del mercato e della circolazione *inter vivos* dei beni.

A far da contraltare a siffatta “stabilizzazione” immediata e anticipata, rispetto al rischio di ogni effetto purgativo, sta il sistema della tutela indennitaria del legittimario.

Esso non rappresenta, invero, una novità della Riforma, giacché da ormai dal 2005 era stata sancita per legge la permanenza dei gravami sui beni donati e restituiti in conseguenza della riduzione, se questa fosse stata “domandata dopo venti anni dalla trascrizione della donazione” e purché la domanda fosse stata proposta entro dieci anni dall’apertura della successione¹¹. A fronte della persistenza dei gravami, al legittimario vittorioso in riduzione era garantito il diritto alla compensazione in denaro, da parte del donatario, in ragione del minor valore del bene, restituito *cum onere suo*.

Rispetto alle alienazioni costitutive compiute dal donatario, dunque, la novità della riforma è essenzialmente questa: il meccanismo della tutela indennitaria non è condizionato al decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione, ma è la *modalità or-*

¹⁰ Osservava già MENGONI, *op. cit.*, 306, nota 220, che l’art. 561 c.c. “tradisce la fretta con cui si è proceduto al coordinamento del testo del codice”.

¹¹ In argomento, MARICONDA, *L’inutile riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1174; DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all’opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. not.*, 2006, 305 ss.

dinaria di soddisfacimento dei diritti del legittimario rispetto alla restituzione dei beni, la quale fa sempre salvi i pesi posti a vantaggio di terzi, salvo il caso, del tutto residuale, in cui il terzo abbia acquistato il diritto successivamente alla trascrizione della domanda di riduzione di cui all'art. 2652 n. 1 c.c.

La tutela indennitaria diviene, pertanto, centrale: l'obbligo di compensazione in denaro dei legittimari è parametrato al minor valore dei beni, "nei limiti in cui è necessario per integrare la quota ad essi riservata".

È coniato, in questa maniera, un meccanismo in cui il soddisfacimento delle spettanze del legittimario avviene, in parte, in natura, tramite la restituzione del bene – *cum onere suo* – e, in parte, in denaro, grazie al sorgere di un diritto di credito "*ad supplemdam legitimam*", che evoca la struttura del legato tacitativo con diritto al supplemento di cui all'art. 551 c.c.

Dal punto di vista pratico, il *quantum* del credito è condizionato da tre parametri: l'ammontare della lesione, ricavabile con la formula di cui in principio; il valore del bene, pur gravato, restituito in conseguenza dell'impugnativa della donazione; la differenza tra l'entità della lesione e il valore del bene.

Gli aspetti più delicati attengono al momento in cui detti valori devono essere calcolati: se l'entità della lesione si determina all'apertura della successione, per il valore del bene vale il tempo della condanna alla restituzione, così come questo momento è quello di riferimento per la verifica circa la *deminutio* dipendente dal peso. Basti pensare all'esempio di un terreno, edificabile al tempo di apertura della successione, divenuto agricolo nelle more della riduzione e in conseguenza di questa restituito come agricolo, per di più gravato da un'ipoteca a garanzia di un mutuo a metà dell'ammortamento. Il *quando* della restituzione condiziona, dunque, notevolmente il *quantum* del credito *ad supplemdam legitimam* che il legittimario vanta verso il donatario (ancora, nell'esempio fornito, si pensi alla differenza di valore da corrispondere qualora il mutuo sia all'inizio o alla fine dell'ammortamento, circostanza che chiarisce definitivamente che la *aestimatio rei* non può che avvenire al tempo della restituzione).

Dal punto di vista dogmatico, il sorgere di un credito pari alla perequazione di valore tra quanto ricevuto – in natura – e quanto ancora necessario per reintegrare la legittima, mette in risalto il nodo teorico circa la differenza tra tutela in valore della legittima, tutela indennitaria del legittimario e tutela per equivalente.

In questa prospettiva, può essere ancora una volta evocata la figura del legato in sostituzione di legittima con diritto al supplemento: se l'attribuzione della *res* ottenuta dal legittimario si considera, nell'art. 551 c. 2 così come nell'art. 561 c.c., un surrogato della legittima, rafforzata da un diritto di credito tutelabile con gli ordinari mezzi a difesa del credito, il principio della legittima in natura sembra tramontare a favore di una transizione verso una tutela della legittima in valore. Al legittimario compete, in quest'ottica, il diritto non alla *portio bonorum* in sé, ma al valore di una *portio bonorum*, che potrà essere soddisfatto attraverso i beni stessi oggetto delle disposizioni lesive o, come lo stesso art. 561 c.c. consente, in parte tramite la restituzione del bene e in parte tramite il pagamento di una somma di denaro (non ereditario) tesa a congruare la differenza tra il valore del bene e l'entità della lesione.

Il principio per cui la quota riservata al legittimario deve essergli garantita in natura attraverso l'apporcionamiento con beni già del *de cuius* trova, allora, un significativo temperamento nella modalità di liquidazione *mista* del soggetto che, vittorioso in riduzione, si veda restituire un bene non abbastanza capiente da coprire il valore della legittima, in quanto oggetto di un peso persistente.

Secondo una ricostruzione alternativa, al legittimario compete ancora il diritto a conseguire la legittima in natura e, proprio a fronte dell'impossibilità che questi sia integralmente soddisfatto in natura per via della diminuzione di valore del bene gravato, sorge a carico del destinatario della donazione ridotta un'obbligazione indennitaria atta a reintegrare la differenza tra quanto restituibile e quanto astrattamente dovuto, che ben si sposa con il dato letterale della "compensazione" rispetto al minor valore del bene. Il donatario soccombente in riduzione, vale a dire, può gravare di pesi e ipoteche il bene ricevuto e questi oneri sono opponibili anche al legittimario vittorioso, nell'ottica di protezione del mercato e dell'affidamento. Tuttavia, il donatario soccombente resta tenuto sia alla restituzione in natura sia alla prestazione di una somma di denaro, a titolo di indennizzo, per aver alterato il valore di quella consistenza che il legittimario avrebbe dovuto ricevere, astrattamente e in ossequio ai tradizionali principi di intangibilità e legittima in natura, priva di gravami.

Ancora, un'ulteriore strada potrebbe condurre all'inquadramento del diritto del legittimario nei termini di un diritto al conseguimento della legittima, in astratto, attraverso l'attribuzione in natura del bene per il valore della piena proprietà, libera da pesi e vincoli, sul quale si innesta un meccanismo di tutela per equivalente, attraverso il diritto di credito, che monetizza il minor valore del cespite restituito e lo ragguaglia alla lesione subita.

Dal punto di vista pratico, se non vi è discussione sull'orizzonte temporale di riferimento per il calcolo dell'ammontare delle prestazioni dovute, non si rilevano particolari differenze tra le varie ricostruzioni proposte.

Notevole sarebbe, invece, la differenza pratica tra legittima in valore e tutela indennitaria o per equivalente della medesima là dove la prestazione della somma di denaro si valutasse con riferimento non già al momento della restituzione, ma all'apertura della successione, secondo la lettura più rigorosa del concetto stesso di legittima in valore, intesa come il "diritto al valore di una quota di beni al tempo dell'aperta successione"¹².

¹² Chiarissime, in questi termini, le parole di MENGONI, *op. cit.*, 307, ove la sussistenza del diritto al valore dei beni è collegata con l'individuazione di questo valore al momento di apertura della successione, con un richiamo alle riflessioni di ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, nel *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1959, 500, nota 1, secondo il quale il valore dell'epoca di apertura della successione dovrebbe poi ragguagliarsi alla moneta da corrispondere al tempo della liquidazione per la reintegrazione.

4. Le alienazioni traslative e il tramonto dell'azione di restituzione verso i terzi acquirenti

Le riflessioni sin qui svolte in ordine alle alienazioni costitutive aprono la strada alla rinnovata veste della tutela del legittimario rispetto alle alienazioni traslative compiute dall'avente causa del donatario o del beneficiario della liberalità testamentaria lesiva.

È questo il punto più spinoso sul quale la recente riforma ha avuto l'obiettivo di intervenire, tentando di mettere a riparo il mercato dalle annose problematiche concernenti la circolazione dei beni donati.

Nell'assetto pre-riforma, infatti, il legittimario leso o pretermesso, vittorioso in riduzione, avrebbe potuto perseguire il bene oggetto della liberalità lesiva non solo nei confronti dell'avente causa del donante/testatore (ormai *de cuius*), ma anche nei confronti dei terzi subacquirenti.

Ridotta la liberalità – sia testamentaria che donativa, a fronte di un'altra sineddoche normativa dovuta alla trasposizione del *Code*¹³ – e caducato il titolo del disponente, la catena traslativa al cui termine stava il terzo che da quest'ultimo aveva acquistato veniva travolta, con conseguente pretesa restitutoria tesa al recupero del bene oggetto dell'attribuzione lesiva.

Il sistema rispondeva al principio generale per cui *resoluto iure dantis, resolvitur ac ius accipientis*, ferme alcune peculiarità. *In primis*, l'attivazione della tutela restitutoria erga *omnes* era subordinata alla preventiva escussione del beneficiario dell'attribuzione ridotta, il quale avrebbe potuto soddisfare – con altri beni, si intende, o con denaro – il diritto del legittimario alla restituzione. *In secundis*, il terzo avrebbe potuto paralizzare la richiesta restitutoria ritenendo il bene e corrispondendone il valore al legittimario vittorioso.

Il diritto di ritenzione si atteggiava, qui, come un diritto potestativo di acquistare (nuovamente, al prezzo determinato sulla base della stima al momento della restituzione)¹⁴ il bene da colui che, esperita con successo l'azione di riduzione, risultava esserne il vero titolare.

Il peso economico della vicenda sul beneficiario, soccombente in riduzione, non variava sostanzialmente nell'una e nell'altra ipotesi: corrispondendo l'equivalente di quanto dovuto dal terzo, l'obbligato avrebbe evitato di rispondere verso quest'ultimo per evizione; in mancanza, il donatario, l'erede o il legatario che avevano disposto del bene oggetto della liberalità caducata erano obbligati, verso il terzo condannato alla restituzione, sulla base delle norme in materia di evizione.

¹³ Il riferimento è all'art. 930 del *Code civil*. Sul punto, PINO, *Tutela del legittimario*, Padova, 1954.

¹⁴ In alternativa a questa ricostruzione, risalente a DE MARTINO, *Sull'azione di riduzione*, in *Giur. comp. dir. civ.*, VII, 1942, 31, che nella norma ravvisa un'ipotesi di acquisto della proprietà per *litis aestimatio*, la posizione del terzo potrebbe essere assimilata a quella del titolare di un'opzione legale di *datio in solutum* o di un debitore con facoltà alternativa.

Il tentativo di arginare l'incertezza circa la stabilità dell'acquisto per donazione e la sua attitudine a costituire il buon fondamento di una catena traslativa aveva dato origine a un primo, importante, intervento riformatore, allorché – con la L. 80 del 2005, di conversione del D.L. 35 del 2005 – si è stabilito che l'azione di restituzione verso i terzi acquirenti fosse esperibile solo nel ventennio dalla trascrizione della donazione. A tutela dei legittimari *in pectore*, peraltro, residuava la possibilità di bloccare il decorso del ventennio con un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione, trascrivibile, che avrebbe reso claudicante la provenienza donativa indipendentemente dal trascorrere del tempo¹⁵.

Di un passo importante si è trattato, dunque, in un campo nel quale il dibattito sull'azione di restituzione, ormai disancorata dalla morte del donante – dal momento che i venti anni dalla trascrizione della donazione ben potrebbero decorrere quando il donante è ancora in vita – si è aperto nella dottrina e nella giurisprudenza, allontanando quest'azione di condanna dal suo presupposto classico – la riduzione – con rilevanti conseguenze in termini di rinunciabilità preventiva, non considerata contraria al disposto dell'art. 557 c.c.¹⁶, e di inapplicabilità al vasto mare delle liberalità indirette¹⁷.

Tuttavia, il rischio permanente di sospensione del ventennio tramite l'opposizione, insieme con la latitudine del tempo normativamente richiesto alla stabilizzazione, non hanno contribuito a generare fiducia nel titolo donativo quale fondamento sicuro di un

¹⁵ BEVVINO, *Le aspettative tradite dalla riforma degli articoli 561 e 563 del codice civile*, in *Notariato*, 2007, 573 ss.; LEVA, *La novella degli artt. 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi*, in *Riv. Not.*, 2005, 944.

¹⁶ IACCARINO, *La rinuncia anticipata alla azione di restituzione*, in *Notariato*, 2015, 2, 198, commento a Trib. Torino, decreto 26 settembre 2014, n. 229; per un esame del dibattito complessivo, LAFFRANCHI, *La problematica degli immobili di provenienza donativa alla luce di recenti testi dottrinali e pronunce giurisprudenziali*, 2013, in *Riv. not.*, 2013, 58 ss.

¹⁷ Nella giurisprudenza, il primo importante segnale giunge da Cass. 12 maggio 2010, n. 11496, in *Notariato*, 2010, 5, 508 ss., con nota di IACCARINO, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazione indirette sono sicuri*, e in *Riv. not.*, 2011, 1, 189 ss., con nota di SCUDERI, *Donazione indiretta e lezione di legittima: rimedi esperibili e procedure azionabili a tutela dei legittimari lesi*. Secondo la pronuncia, “nell'ipotesi di donazione indiretta di un immobile, realizzata mediante l'acquisto del bene con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, la compravendita costituisce lo strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario, che ha quindi ad oggetto il bene e non già il denaro. Tuttavia, alla riduzione di siffatta liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile ex art. 560 c.c.), poiché l'azione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione; pertanto mancando il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta dev'essere ottenuto dal legittimario leso con le modalità tipiche del diritto di credito, con la conseguenza che, nell'ipotesi di fallimento del beneficiario, la domanda è sottoposta al rito concorsuale dell'accertamento del passivo ex art. 52 e 93 l. fall.”.

successivo acquisto immobiliare¹⁸. Da qui, la fortunata prassi, avallata dalle esigenze di certezza degli istituti di credito, dei negozi risolutori e delle polizze, costruite sul modello della *fideiussio indemnitis* e volte a tenere indenne proprio il terzo acquirente dal rischio di restituzione.

Su questo panorama si staglia, oggi, la riforma del 2025, che segna il tramonto dell'azione di restituzione verso i terzi acquirenti, nel nome delle “semplificazioni in materia di agevolazione della circolazione giuridica dei beni provenienti da donazioni”, come recita la stessa rubrica dell'art. 44 della L. 182/2025¹⁹.

Giova osservare che il nuovo testo dell'art. 563 c.c.²⁰ non ha colto l'occasione per estendere il dato letterale oltre la platea dei donatari e per annoverare, tra i danti causa soccombenti in riduzione, anche gli eredi assegnatari di un bene determinato e i legatari.

La recente norma, tuttavia, continua a rappresentare la regola generale applicabile alla situazione in cui, a seguito della riduzione, risulti che il bene oggetto dell'attribuzione sia stato alienato dal destinatario della liberalità – donativa o testamentaria – ridotta.

Alla luce della disciplina vigente, rispetto alle alienazioni traslative occorre distinguere due situazioni: quella del terzo acquirente a titolo oneroso e quella del terzo acquirente a titolo gratuito.

¹⁸ GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di disposizione lesiva: una riforma attesa, ma timida*, in *Studium Iuris*, 2005, 1129 ss.

¹⁹ Importante è sottolineare la presenza di una disciplina di diritto transitorio, dal momento che la L. 2 dicembre 2025, n. 182 ha disposto (con l'art. 44, comma 2) che “gli articoli 561, 562, 563, 2652 e 2690 del codice civile, come modificati dal comma 1 del presente articolo, si applicano alle successioni aperte dopo la data di entrata in vigore della presente legge. Alle successioni aperte in data anteriore, i medesimi articoli continuano ad applicarsi nel testo previgente e può essere proposta azione di restituzione degli immobili anche nei confronti degli aventi causa dai donatari se è già stata notificata e trascritta domanda di riduzione o se quest'ultima è notificata e trascritta entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge oppure a condizione che i legittimari, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, notificchino e trascrivano nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione. Ai fini di cui al secondo periodo, restano salvi gli effetti degli atti di opposizione già notificati e trascritti ai sensi dell'articolo 563, quarto comma, del codice civile nel testo previgente e fermo quanto previsto dal medesimo comma. In mancanza di notificazione e trascrizione della domanda di riduzione o dell'atto di opposizione previsto dal terzo periodo, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, gli articoli 561, 562, 563, 2652 e 2690 del codice civile, come modificati dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche alle successioni aperte in data anteriore a quella di entrata in vigore della presente legge, decorsi sei mesi dalla sua entrata in vigore”.

²⁰ Tale è il tenore letterale della disposizione: “Art. 563. *Effetti della riduzione della donazione.*

La riduzione della donazione, salvo il disposto del numero 1) del primo comma dell'articolo 2652, non pregiudica i terzi ai quali il donatario ha alienato gli immobili donati, fermo l'obbligo del donatario medesimo di compensare in denaro i legittimari nei limiti in cui è necessario per integrare la quota ad essi riservata. Se il donatario è in tutto o in parte insolvente, l'avente causa a titolo gratuito è tenuto a compensare in denaro i legittimari nei limiti del vantaggio da lui conseguito. Le stesse disposizioni si applicano in caso di alienazione di beni mobili, salvo quanto previsto dal numero 1) del primo comma dell'articolo 2690.”

L'acquirente a titolo oneroso resta estraneo a ogni conseguenza della riduzione della liberalità che costituiva il fondamento dell'acquisto del suo dante causa, con un'importantissima deroga ai principi generali e l'introduzione di una sorta di "immunità" del nuovo titolo, sul quale l'acquisto del terzo è fondato, rispetto a quelle vicende della catena traslativa che risultino alterate a garanzia della posizione del legittimario. A presidio della celerità e della certezza dei traffici, l'avente causa dal donatario o dal legatario non risente delle "sopravvenienze" attinenti alla riduzione dell'acquisto di quest'ultimo, con un peculiare meccanismo di "quasi-astrazione" del nuovo titolo, per il quale, potenzialmente, sarebbero rilevanti tutti i vizi derivanti dalla catena traslativa precedente, eccezione fatta per la caducazione conseguente a riduzione.

La "quasi astrazione" è il punto d'incontro dei poli opposti: le esigenze del mercato, da un lato, e le istanze di protezione familiare, dall'altro lato. Detta astrazione è, perciò, specifica, riferendosi ai soli rimedi caducatori conseguenti alle difese del legittimario.

Ben si spiega, allora, la circoscrizione dell'immunità "piena" ai soli acquirenti a titolo oneroso.

Gli acquirenti a titolo gratuito, infatti, conservano una responsabilità sussidiaria rispetto a quella del beneficiario della liberalità lesiva, su cui si dirà meglio in seguito.

Uscito di scena il terzo acquirente a titolo oneroso, l'obbligo di soddisfazione delle ragioni del legittimario resta in capo al donatario (così come in capo al legatario e all'erede beneficiario di una *singula res*, ex art. 588 c. 2 c.c.), tenuto a "compensare in denaro i legittimari nei limiti in cui è necessario per integrare la quota ad essi riservata".

L'unico caso in cui il terzo avente causa può, invece, essere condannato alla restituzione del bene è quello in cui abbia incautamente acquistato dopo la trascrizione della domanda di riduzione, stante il disposto dell'art. 2652 n. 1 c.c. o, per i mobili registrati, dell'art. 2690 n. 1 c.c.

Sebbene residuale dal punto di vista pratico, l'inciso che fa salve le norme sulla trascrizione della domanda di riduzione è interessante dal punto di vista teorico, offrendo un tassello utile nella ricostruzione della natura della ridisegnata tutela del legittimario.

L'interrogativo riguarda, ancora una volta, l'introduzione di una tutela della legittima in valore pura, sostitutiva della tradizionale legittima in natura.

Orbene, proprio il fatto che in alcune ipotesi – e, segnatamente, nel caso dell'acquisto successivo alla trascrizione della domanda di riduzione – il legittimario possa conseguire in natura il bene, costituente una proiezione della porzione indisponibile del patrimonio del *de cuius*, lascia intendere che il principio della legittima in natura non è affatto tramontato all'interno del sistema, a favore di una nuovissima tutela della legittima in valore, rigorosamente intesa.

Del resto, come già sottolineato, "altro è il concetto di legittima in valore (diritto al valore di una quota di beni) e altro il concetto di equivalente dei beni individuati come oggetto della quota in natura"²¹.

²¹ Si rinvia a quanto osservato *supra*, nt. 11.

L'ordinamento continua, allora, a proteggere il diritto del legittimario ad ottenere il bene in natura, salvo poi ammettere una soddisfazione per equivalente, rispetto al bene in astratto dovuto in natura, qualora questo sia stato immesso nella catena della circolazione giuridica, in nome del contemperamento tra le ragioni della riserva, da un lato, e quelle del mercato, dall'altro lato.

La graduazione dei rimedi, infatti, vede sempre, all'apice delle pretese del legittimario, il diritto alla restituzione in natura: permane l'azione di restituzione del bene nei confronti del diretto beneficiario dell'attribuzione lesiva, sia pur temperata dalla persistenza dei pesi di cui all'art. 561 c.c., a fronte dei quali scatta un'obbligazione, che parrebbe indennitaria, a carico del costituente; resiste, ancora, l'azione di restituzione verso il terzo acquirente negligente, il cui acquisto è successivo alla trascrizione della domanda di riduzione.

Scompare, invece, la pretesa restitutoria verso chi abbia acquistato, a titolo oneroso, dal beneficiario dell'attribuzione ridotta. In questo caso, è all'ultimo che occorre rivolgersi, onde ottenere una somma di denaro *ad supplendam legitimam*. Qual è il parametro per la determinazione di detta somma? La norma, in maniera abbastanza ampia, descrive una compensazione in denaro “nei limiti in cui è necessario per integrare la quota”.

Il legittimario sembra conseguire, allora, una semplificazione anche dal punto di vista della determinazione del *quantum* del diritto di credito che, *prima facie*, non è più collegato al valore di un bene stimato al momento della restituzione, ma è direttamente parametrato alla portata della lesione.

Ed è proprio questo che può apparire lo spiraglio più netto di apertura verso il concetto della legittima in valore: là dove il credito si dissocia dalla valutazione del bene al momento della – ormai non più possibile – restituzione e il tutto si parametri alla lesione subita e calcolata all'apertura della successione, il concetto della legittima in valore assume nuovo vigore. Il *quantum* dovuto in denaro dovrebbe – se la legittima in natura divenisse davvero una legittima in valore “pura” – essere “ragguagliato al valore dei beni al tempo dell'aperta successione”²² e non più, come è sempre stato sostenuto, al valore che essi hanno al tempo dell'effettiva reintegrazione del legittimario.

Uno dei punti più critici per la riforma resta, peraltro, proprio quello dell'individuazione del valore necessario a soddisfare le pretese del legittimario, sia nel caso in cui costui recuperi un bene oggetto di pesi e vincoli (art. 561 c.c.) sia nel caso in cui non possa recuperare alcun bene, stante l'intervenuta alienazione a terzi (art. 563 c.c.).

La coerenza del sistema sembrerebbe richiedere, invece, anche nelle ipotesi in cui la restituzione verso il terzo non sia praticabile perché cancellata dall'ordinamento, che il credito del legittimario alla compensazione fosse stimato con riferimento al potenziale valore del bene – non più recuperabile – al tempo della reintegrazione.

²² DEMOLOMBE, *Cours*, IX, 445, richiamato da MENGONI, *op. cit.*, 307, nota 227, che menziona anche un precedente antico e isolato della giurisprudenza di legittimità (Cass., 3 agosto 1948, n. 1359, in *Foro it.*, 1949, I, 1196).

Il legittimario otterrebbe, quindi, l'equivalente del bene del quale non può più chiedere la restituzione al beneficiario dell'atto di disposizione ridotto, secondo il valore che questo avrebbe nel momento della condanna al pagamento di quanto necessario per soddisfare le sue spettanze.

Se così non fosse, si creerebbe una differenza di trattamento irragionevole tra le ipotesi in cui il legittimario può perseguire il bene presso lo stesso donatario o legatario, che non lo ha alienato, e quelle in cui egli vanta solo un diritto di credito. Ne deriverebbero forti rischi di sperequazione tra le situazioni concrete e una sostanziale remissione alla scelta (di alienare o non alienare) di un soggetto controinteressato (il soccombente in riduzione) della misura del diritto.

Del resto, anche nell'ipotesi di perimento del bene restituendo *ex art. 561 c.c.*, per causa imputabile al donatario, sorge a favore del legittimario un diritto alla prestazione dell'equivalente di un bene la cui concreta restituzione non è più possibile *in rerum natura*, con una "finzione di restituzione" del bene, ragguagliato non già al valore reale al momento della restituzione (giacché è ormai perito), né al momento dell'aperta successione, ma al valore ipotetico che esso avrebbe avuto in quel momento se non fosse perito per causa imputabile al donatario stesso. Se il perimento avvenisse, invece, per causa non imputabile al donatario, in epoca successiva alla apertura della successione²³, nulla sarebbe dovuto al legittimario, in ossequio ai principi generali in materia di estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta e a riprova del fatto che l'equivalente dovuto è stimato con riferimento al valore, reale o potenziale, del bene non già alla apertura della successione (quando esso ancora esisteva e aveva un certo valore), ma al momento della reintegrazione.

Qualche osservazione merita, poi, la posizione del terzo acquirente a titolo gratuito: alla luce del vantaggio ricevuto – e nei limiti del medesimo – costui è gravato di un obbligo di compensazione dei legittimari, là dove il suo dante causa sia insolvente. Si tratta, a ben vedere, di una responsabilità sussidiaria, che evita che sul legittimario ricada il rischio dell'insolvenza, quando l'acquisto del bene da parte del terzo sia avvenuto in assenza di un sacrificio patrimoniale.

Una riflessione finale è, quindi, sollecitata, proprio con riferimento al generale rischio di insolvenza dei soggetti obbligati: una volta venuta meno la "garanzia" – in senso lato – del bene alienato a terzi²⁴ o, comunque, la legittimazione passiva di costoro rispetto alla condanna restitutoria²⁵, che ne è della posizione del legittimario, qualora il destina-

²³ Diversa è l'ipotesi del perimento precedente alla morte del *de cuius*, nella quale il bene non sarebbe considerato neppure nella riunione fittizia di cui all'art. 556 c.c.

²⁴ È evocata, tramite il richiamo alla funzione di garanzia, la tesi di CICIU, *Successioni*, cit., 271, secondo cui "gli effetti di natura reale" conseguenti al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione "vanno spiegati come aventi funzioni di garanzia".

²⁵ La funzione di garanzia del bene, di cui alla nota precedente, ben si collega, dal punto di vista logico, con il meccanismo della legittima in valore; la legittimazione passiva del terzo in restituzione appare, invece, il corollario della sussistenza di un diritto a conseguire la legittima in

tario della liberalità ridotta sia insolvente e non corrisponda al medesimo quanto dovuto, né ai sensi dell'art. 561 c.c. né ai sensi dell'art. 563 c.c.?

Il rischio dell'insolvenza è ripartito, a norma dell'art. 562 c.c., tra due categorie di soggetti, tramite un delicato meccanismo di salvaguardia: il valore di quanto dovuto dall'onorato si detrae dalla massa, ragion per cui essa diminuisce, con una *fiction* che comporta la restrizione sia della legittima sia della disponibile. A fronte di tale restrizione, si assiste ad una compressione delle pretese del legittimario, il quale potrebbe aggredire le donazioni precedenti (in deroga all'ordine di cui all'art. 559 c.c., secondo cui le donazioni sono riducibili a partire dall'ultima e via via verso la più risalente) e conservare il credito verso il donatario insolvente, verso il quale avranno poi regresso anche i donatari precedenti, pur travolti a dispetto della regola generale di cui all'art. 559 c.c.

Su questa soluzione – classica²⁶ – la novella non ha inciso sensibilmente, ancorché bisognerà probabilmente attendersi una reviviscenza notevole dell'applicazione della norma di cui all'art. 562 c.c.

In un quadro nel quale la tutela della legittima si sposta (anche) sul piano del diritto di credito all'equivalente del bene, centrale rilievo assume il rischio di insolvenza dell'obbligato: un'insolvenza che potrebbe, addirittura, essere artatamente calcolata dal disponente stesso, attraverso elargizioni liberali gravanti sulla quota indisponibile del suo patrimonio a favore di soggetti potenzialmente non in grado di soddisfare le proprie obbligazioni.

La prima lettura del nuovo articolato normativo lascia, dunque, aperti alcuni nodi problematici: essi sono il segno del fatto che, sebbene un passo, pur ampio e deciso, sia stato fatto, il tema del bilanciamento tra successione necessaria e istanze del mercato continuerà ad affaticare l'interprete, nella ricerca di un equilibrio il più possibile stabile dal punto di vista tecnico e sistematico.

ABSTRACT

La legge 182/2025 introduce, nel codice civile, rilevanti modifiche volte a temperare la tutela dei legittimari e la certezza dei traffici giuridici. Il contributo analizza tali modifiche, ponendo alcuni interrogativi teorici sulla portata sistematica delle stesse.

The Italian Civil Code has been recently amended by Law no. 182/2025. The Law has the aim of pursuing certainty and strengthening the rights of third parties, granting, at the same time, protection to the rights established by Succession Law for some special categories of legitimate heirs.

natura, dal momento che al legittimario era attribuita la possibilità di ottenere proprio il bene originariamente fuoriuscito dal patrimonio del donante/*de cuius*.

²⁶ La scelta legislativa rappresenta una soluzione di compromesso nella ripartizione del rischio dell'insolvenza, il quale, astrattamente, potrebbe gravare sul solo legittimario oppure solo sui donatari anteriori, legittimati passivi a una riduzione pur rispetto a una donazione che, in origine, sarebbe gravata sulla disponibile.



Due attese riforme: il ridimensionamento dell'azione di restituzione a tutela dei legittimari e le nuove modalità di trascrizione degli acquisti *mortis causa*



Andrea Maria Garofalo

Prof. ass. dell'Università di Trento

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'azione di restituzione a tutela del legittimario pretermesso o leso. – 3. La portata della riforma. – 4. L'azione di riduzione come impugnativa negoziale con effetti restitutori reali. – 5. Su alcune nuove (e vecchie) questioni. – 6. La “nuova” trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità e dell'acquisto dell'eredità *ex art.* 485 c.c. – 7. Scopi diretti ed effetti indiretti del nuovo art. 2648, comma 3, c.c. – 8. Conclusione.

1. Introduzione

La recente l. 182/2025, c.d. di semplificazione, è intervenuta su due istituti privatistici connotati da un elevato grado di tecnicismo, rispetto ai quali da tempo si attendeva una riforma: per un verso, sulle modalità di trascrizione dell'accettazione di eredità (art. 41); per un altro verso, sull'abrogazione (o, più esattamente, sulla compressione) dell'azione di restituzione a tutela dei legittimari (art. 44).

I due interventi confermano un *trend*. Da un lato, nelle materie tecniche il legislatore privatistico non interviene in modo ampio e sistematico sulla trama del codice, ma procede per ritagli (a differenza di quanto accade nelle materie dal contenuto più immediatamente “politico”, che evidentemente occupano una posizione più elevata nell'agenda legislativa). Dall'altro lato, il vero – e forse l'unico – motore delle riforme nel diritto privato “tecnico” è il ceto notarile e, a tutto concedere, quello creditizio (per meglio dire, bancario), alle cui esigenze e alle cui pressioni il legislatore ha oggi dato risposta.

Al di là di considerazioni più sociologiche che giuridiche, i due interventi semplificano davvero; e lo fanno, per lo più, in modo condivisibile, come cercheremo di mostrare nelle pagine che seguono.

Il contributo sarà diviso in due parti: dapprima ci occuperemo delle sorti dell'azione di restituzione (§§ 2-5); successivamente della “nuova” trascrizione dell'acquisto dell'eredità (§§ 6-7).

2. L'azione di restituzione a tutela del legittimario pretermesso o leso

Per comprendere adeguatamente la riforma dell'azione di restituzione¹ occorre, in primo luogo, delineare l'assetto normativo su cui il legislatore è intervenuto.

A) La prima stagione (sino al 2005).

Il sistema di tutela del legittimario vigente sino al 2005 era, nell'interpretazione dominante (quella dovuta soprattutto a Luigi Mengoni), particolarmente protettivo: e ciò era in particolare assicurato dalla natura per lo più “reale” del meccanismo di tutela.

Il legittimario, vittorioso in riduzione contro un donatario, poteva recuperare il bene “in natura” dal donatario stesso per mezzo di un'azione (ritenuta personale) di restituzione. Non solo: ove il donatario avesse posto in essere atti “costitutivi” (di costituzione di pesi o garanzie sul bene), il legittimario avrebbe recuperato il bene privo degli eventuali pesi e delle eventuali garanzie; inoltre, in ipotesi di atti “traslativi” (di alienazione del bene), il legittimario avrebbe potuto rivolgersi al terzo acquirente per ottenere, tramite un'azione (questa volta reale), la restituzione del bene.

Questa facoltà, disciplinata dagli artt. 561 e 563 c.c. nel loro originario tenore, incontrava, per vero, due limiti: anzitutto, l'avvenuta escussione del patrimonio del donatario;

¹ Già commentata, ad oggi, da: AMADIO, *La riforma degli articoli 561 e 563 del codice civile: prima lettura*, in *CNN Notizie*, 12 gennaio 2026; ID., *Sulla riforma degli articoli 561 e 563 del codice civile*, in corso di pubblicazione in *Foro it.*; A.M. GAROFALO, *La “liberalizzazione” della circolazione dei beni di provenienza liberale: cenni sul sistema di protezione della legittima dopo la l. 182/2025*, sempre in corso di pubblicazione in *Foro it.*; DELLE MONACHE, *La libertà di donare alla luce della (nuova) riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2026, 47 ss.; FRANCO, *La nuova disciplina della circolazione degli immobili con provenienza donativa*, in *Immobili & proprietà*, 2026, 93 ss.; CHIANALE, *Le nuove regole sulla circolazione dei beni oggetto di donazione*, in *dirittobancario.it*, 18 dicembre 2025; ID., *Acquisti ereditari e riduzione delle donazioni: le nuove regole sulla trascrizione*, in *NLCC*, 2026, 17 ss.; SICCHIERO, *La riforma della tutela dei legittimari nella circolazione delle donazioni del defunto*, in *Il quotidiano giuridico*, 3 novembre 2025; C. ROMANO, *Una nuova stagione della tutela dei legittimari: la riforma della circolazione degli immobili di provenienza donativa*, in *Notariato*, 2026, 5 ss.; CARNEVALI, *Riduzione della donazione lesiva della legittima e aventi causa dal donatario: una riforma attesa da tempo*, in *Contratti*, 2026, 5 s.; IACCARINO, *Profili sistematici, disciplina transitoria ed effetti della riforma introdotta dall'art. 44 della l. 182/2025*, *Studio CNN* n. 06-2026/C. Sul disegno di legge n. 1184, poi tradottosi nella riforma, v. G. PERLINGIERI, *Audizione sul disegno di legge n. 1184, in tema di circolazione delle proprietà donate*, in *Dir. succ. fam.*, 2025, 339 ss.; TANZILLO, *Osservazioni sulla recente proposta di riforma dell'azione di restituzione* in *Rass. dir. civ.*, 2024, 727 ss.

in secondo luogo, la facoltà del terzo avente causa di liberarsi dell'obbligo di restituzione pagando l'equivalente in denaro. Secondo la tesi mengoniana, al legittimario non poteva invece essere opposto l'usucapione del bene da parte del terzo avente causa²; parimenti, nel caso (frequente) di simulazione relativa della donazione, il terzo in buona fede non poteva opporre al legittimario il disposto dell'art. 1415, comma 1, c.c.³.

Un ulteriore limite era semmai da individuarsi nell'operatività delle norme in tema di trascrizione: l'art. 2652 n. 8 c.c. (per i mobili registrati: l'art. 2690, n. 5, c.c.) stabiliva che, ove la trascrizione della domanda di riduzione fosse stata eseguita dieci anni dopo l'apertura della successione, la sentenza non avrebbe pregiudicato i terzi acquirenti a titolo oneroso in base a un atto trascritto o iscritto prima della trascrizione della domanda.

B) La stagione dell'opposizione alla donazione (2005-2025).

Una prima spallata alla piena (o quasi) "realità" della tutela del legittimario era stata assestata nel 2005, con l'introduzione – ad opera del d.l. 35/2005, conv. in l. 80/2005 – dell'istituto dell'opposizione alla donazione, in virtù del quale, in sostanza, il decorso di venti anni dalla trascrizione della donazione rendeva la riduzione inopponibile ai terzi, salva per l'appunto la trascrizione di un atto di opposizione alla donazione stessa⁴. Spallata resa ancor più forte da una recente interpretazione, per vero assai discutibile, della Suprema Corte, secondo cui il *dies a quo* andava collocato nel giorno dell'avvenuta trascrizione, anche se precedente all'entrata in vigore della riforma e benché fino a quel momento ovviamente non si desse la possibilità di un atto di opposizione⁵.

C) La stagione attuale (dal 2025)⁶.

Dopo numerose ipotesi di riforma non andate in porto⁷, con la legge "di semplificazione" n. 182/2025, e in particolare con il suo art. 44, si è previsto che la riduzione non pre-

² MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*⁴, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2000, 281 s. e 323. La norma di legge consentiva invece al terzo avente causa di beni mobili di opporre l'art. 1153 c.c. in caso di acquisto di buona fede, con tutte le difficoltà che portava con sé l'adattamento del concetto di buona fede allo specifico ambito in esame (tale requisito, come vedremo, è oggi venuto meno).

³ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*⁴, cit., 313.

⁴ Di un problematico funzionamento dell'opposizione alla donazione, con la conseguenza di una sostanziale vanificazione della tutela del legittimario, ha parlato CONSOLO, *La tutela del (futuro) legittimario a fronte di donazioni (ancora solo potenzialmente) lesive proprio non funziona: l'opposizione ex art. 563, 4° comma, c.c. alla deludente prova del processo*, in *Giur. it.*, 2020, 1122.

⁵ Cass., 11 febbraio 2022, n. 4523, in *Foro it.*, 2022, I, c. 2126. In critica v. AMADIO, *Simulazione, liberalità non donative e tutela del legittimario*, Studio CNN n. 137-2022/C.

⁶ L'art. 44, comma 2, l. 182/2025, prevede un complesso regime transitorio, rispetto al quale ci si limita qui a rinviare – oltre che alla lettura della disposizione – ai commenti di CHIANALE, *Le nuove regole*, cit.; ID., *Acquisti ereditari*, cit., 23 s.; IACCARINO, *Profili sistematici*, cit.; FRANCO, *La nuova disciplina*, cit., 103.

⁷ V. ad esempio DELLE MONACHE, *La legittima come diritto di credito nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 37 ss., in relazione a un'ipotesi di riforma più ampia, che mira a trasformare integralmente in diritto di credito la tutela dei legittimari. In

giudica i terzi ai quali il donatario ha alienato gli immobili e i mobili donati, salvo che la relativa domanda non sia trascritta prima della trascrizione dell'acquisto del terzo, ai sensi del nuovo art. 2652 n. 1 c.c., cui rimanda per i mobili registrati l'art. 2690, n. 1, c.c. (art. 563 c.c., nuovo testo). In tal caso è il donatario a dover compensare in denaro i legittimari, nei limiti di quanto necessario per integrare la loro quota di riserva; in ipotesi di insolvenza del donatario, il suo avente causa a titolo gratuito è tenuto a compensare in denaro i legittimari nei limiti del vantaggio che ha conseguito (art. 563 c.c., nuovo testo). Altrettanto importante è la previsione secondo cui restano fermi i pesi e le garanzie, anche ipotecarie, di cui il donatario ha gravato i beni (immobili e mobili) donati, sempre salve le disposizioni in tema di pubblicità della domanda di riduzione (art. 561 c.c., nuovo testo).

Nella sostanza, il donatario è tenuto a restituire il bene donato al legittimario vittorioso in riduzione; tuttavia, qualsiasi atto dispositivo di tale bene che ha posto in essere resta opponibile al legittimario, che vede convertita la sua tutela reale in un diritto di credito da azionare contro il donatario (e, in caso di acquisto a titolo gratuito da parte di un terzo, contro lo stesso terzo, nei limiti del vantaggio che questi abbia conseguito). I limiti sono soltanto quelli derivanti dall'avvenuta trascrizione dell'azione di riduzione, necessariamente dopo la morte del donante e prima della trascrizione dell'acquisto da parte del terzo (la cui buona o mala fede non è, a tal riguardo, rilevante).

3. La portata della riforma

La *ratio* della riforma è, evidentemente, quella di rendere più sicura la circolazione dei beni di provenienza liberale: ed è stata questa la preoccupazione che ha guidato il legislatore. Il quale, anzi, ha sostanzialmente tenuto conto soltanto di questo profilo, senza voler trasformare integralmente il volto della tutela dei legittimari.

A fronte di questo, non appare inutile chiedersi quale sia la vera portata della riforma: infatti, come subito passiamo a vedere, l'abrogazione dell'azione di restituzione contro gli aventi causa del donatario rappresenta un passaggio di grande importanza, ma probabilmente di minor rilievo rispetto a quanto l'enfasi del primo momento potrebbe indurre a credere.

A) La limitata ricorrenza, prima della riforma, dell'azione di restituzione contro gli aventi causa del donatario.

Anzitutto, occorre evidenziare che l'azione di restituzione in caso di acquisti di provenienza donativa costituiva, nella prassi, un fenomeno alquanto raro⁸: nei commentari si rinvenivano solo una manciata di sentenze sul punto.

A ciò si potrebbe obiettare che l'importanza pratica di una norma non va, probabilmente, valutata in ragione della frequenza della sua applicazione giudiziale – altrimen-

dottrina, un'ampia indagine relativamente ai problemi posti dai beni di provenienza liberale si può leggere in VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, Napoli, 2012.

⁸ Cfr. AMADIO, *La riforma*, cit.

ti una norma centrale come quella penale sull'omicidio finirebbe paradossalmente per assumere un rilievo modesto –; occorrerebbe valorizzare, piuttosto, altri criteri, come l'effetto compulsorio o dissuasivo di certi comportamenti. La replica, tuttavia, coglie solo parzialmente nel segno: il fatto è che, già in astratto, era davvero difficile che si arrivasse ad avvalersi dell'azione di restituzione. Da un lato la legge richiedeva, per il suo esperimento, la previa e infruttuosa escussione del donatario, ferma comunque la facoltà del terzo avente causa del donatario di evitare la restituzione “pagando l'equivalente in denaro”⁹; dall'altro, la durata e i costi dei processi in ambito successorio rendevano quanto meno improbabile che, dopo svariati anni di giudizio sull'azione di riduzione, si addivenisse a una inutile escussione del donatario, con conseguente esperibilità dell'azione di restituzione contro il terzo avente causa del donatario¹⁰.

Se nessuno avesse mai rilevato l'instabilità degli acquisti di beni di provenienza liberale, probabilmente la ridottissima frequenza statistica di queste azioni avrebbe indotto il mercato a trascurare questo problema, reputandolo di scarsa consistenza sul piano pratico. Tuttavia, proprio questa instabilità è stata enfatizzata dalla prassi degli istituti di credito, restii ad accettare garanzie ipotecarie su beni di provenienza liberale (anche quando il finanziamento era destinato a consentirne l'acquisto da parte di terzi), per il timore che il vittorioso esperimento dell'azione di restituzione travolgesse l'ipoteca iscritta.

Ne era derivata la sostanziale incommerciabilità dei beni di provenienza donativa, alla quale si era tentato di ovviare mediante la diffusione di polizze assicurative volte a rendere più sicuro l'acquisto¹¹: polizze che incontravano il favore degli istituti assicurativi, proprio in ragione della limitata consistenza attuariale del rischio coperto, ma che, in futuro (vale a dire, una volta cessato il regime transitorio previsto dalla riforma in commento), diverranno del tutto inutili.

B) I confini della tutela dei legittimari in natura e per equivalente prima e dopo la riforma.

B.1) Occorre inoltre considerare che l'abrogazione dell'azione di restituzione è irrilevante con riferimento alla mole (numericamente maggioritaria) di donazioni indirette, rispetto alle quali l'azione era già in passato inoperante.

⁹ Il che di per sé limitava la piena e perfetta realtà dell'azione di restituzione (si trattava, secondo MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*⁴, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2000, 317, di una “anomalia della fattispecie”; proprio tale elemento era stato di recente valorizzato da AMADIO, *Azione di riduzione e proprietà del legittimario (sul c.d. principio della legittima in natura)*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 678 ss., per rivisitare il sistema di tutela del legittimario).

¹⁰ Era, del resto, dibattuto se fosse stato necessario, per chiedere la restituzione, attendere il formarsi del giudicato sull'azione di riduzione oppure se fosse stato possibile agire in restituzione anche prima (per lo meno nello stesso giudizio di riduzione, per mezzo di un cumulo condizionale di domande): sul punto v. di recente BARONE, *Contributo allo studio della tutela giurisdizionale dei diritti riservati ai legittimari*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 106 s.

¹¹ Cfr. ONNIS CUGIA, *Le polizze assicurative “Donazione Sicura”*, in *Federnotizie*, 13 giugno 2025.

La migliore dottrina¹², seguita dalla giurisprudenza¹³, aveva infatti evidenziato come il sistema di tutela reale dei legittimari fosse frutto di un'opzione ricostruttiva dottrinale inapplicabile alle liberalità non donative, per il quale occorreva strutturare diversamente gli strumenti di protezione. In casi del genere, infatti, l'idea di un'azione (di riduzione) volta a rendere inopponibile al legittimario l'acquisto del donatario – idea a cui poi si agganciava la realtà dell'azione di restituzione contro i terzi aventi causa – mostrava di per sé i suoi limiti: nelle liberalità non donative, infatti, il donatario non acquista direttamente dal donante (e nemmeno si può immaginare che il bene donato “torni” nel patrimonio del donante, di cui non ha mai fatto parte o, comunque, da cui non è uscito a titolo derivativo¹⁴).

Di qui la tesi di una legittima “in natura”, tutelata dal sorgere di un diritto di credito nei confronti del donatario, con piena salvezza dei terzi: tesi perfettamente fondata dal punto di vista sistematico, oltre che funzionalmente corretta, stante (almeno in certi casi) la difficoltà per i terzi di riconoscere l'esistenza di una donazione indiretta nell'ambito della catena degli acquisti.

B.2) A ciò va altresì aggiunto che l'abrogazione dell'azione di restituzione non ha avuto il peso sistematico con cui è stata da taluno salutata anche perché non ha affatto convertito la tutela della legittima in un diritto di credito.

Quando si sostiene che la legittima, da reale che era, è divenuta obbligatoria, non si vuol dire che essa non consenta mai il recupero del bene oggetto di donazione (ossia, che abbia smesso di essere un rimedio “in natura”), ma piuttosto che l'effetto dell'azione di riduzione non si spiega nei confronti dei terzi, che fanno salvo il loro acquisto (un'inopponibilità simile a quella propria dell'azione di risoluzione del contratto per inadempimento)¹⁵.

Il donatario, infatti, resta tenuto a restituire il bene: nei suoi confronti la legittima, in caso di donazioni dirette, non è tutelata “per equivalente”, ma ancora oggi “in natura”. Ovviamente ciò aumenta, di molto, il livello di protezione del legittimario, che può

¹² V. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima «per equivalente»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 683 ss.

¹³ Così Cass., 12 maggio 2010, n. 11496, in *NGCC*, 2010, I, 1238 ss., ove può leggersi anche la nota di TODESCHINI PREMUDA, *Liberalità atipiche ed azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima come diritto di credito*. In senso contrario Cass., 11 febbraio 2022, n. 4523, cit., immediatamente però smentita da Cass., 2 dicembre 2022, n. 35461, in *dejure*.

¹⁴ Così è nell'intestazione di bene altrui; così è nell'ipotesi in cui lo si lasci usucapire (magari a valle di una donazione nulla per carenza di forma, la quale può venire convertita ex art. 1424 c.c. in un negozio configurativo). E l'affermazione non è smentita dall'ipotesi di *negotium mixtum cum donatione*, in cui l'intento liberale resta affidato a un negozio configurativo esterno, mentre l'atto di trasferimento ha una causa integralmente onerosa. Sicché, quantunque vi sia in effetti un trasferimento derivativo del bene (che era del “donante”), ciò rileva a fini diversi e non per il trattamento della liberalità non donativa. Sul negozio configurativo nelle liberalità non donative cfr. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 226 ss., e MAGLIUOLO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Notariato*, 2002, 93 ss.

¹⁵ V. CHIANALE, *Le nuove regole*, cit.

contare sul recupero del bene (spesso più vantaggioso) e non solo su un diritto di credito (secondo i lineamenti, invece, del sistema tedesco del *Pflichtteilsergänzungsanspruch* e finanche del *Pflichtteilsanspruch*¹⁶).

Si evidenzia qui, ancor oggi, la divaricazione rispetto alle liberalità non donative, ove l'impossibilità logica di ammettere una dichiarazione di inefficacia dell'acquisto di un bene volta a riportarlo (pur nei soli confronti del legittimario) nel patrimonio del *de cuius* impone di ricostruire il sistema di tutela attorno a un diritto di credito a un equivalente. Divaricazione strutturalmente imposta e funzionalmente non irragionevole, stante le differenze – immediatamente percepibili anche dal laico – tra donazioni dirette e indirette.

C) Azione di restituzione e azione di riduzione contro disposizioni testamentarie lesive.

A quanto si è detto va aggiunto che l'azione di restituzione non è del tutto scomparsa dal nostro sistema: essa è sopravvissuta nell'ambito degli acquisti di beni di provenienza testamentaria.

Precisamente, mentre nel regime previgente l'art. 2652 n. 8 c.c. stabiliva che la trascrizione dell'azione di riduzione contro (donazioni e) disposizioni testamentarie dopo dieci anni dall'apertura della successione non pregiudicava i terzi acquirenti a titolo oneroso in base a un atto trascritto e iscritto prima della trascrizione della domanda, oggi lo stesso articolo, pur riducendo il tempo richiesto da dieci a tre anni e pur non riferendosi più alle donazioni, conferma il trattamento giuridico per le riduzioni chieste contro disposizioni testamentarie (tant'è vero che la prima parte dell'art. 561 c.c. è rimasta inalterata rispetto al passato, anche in quella imprecisione linguistica derivante dal riferimento ai soli legatari e non anche agli eredi¹⁷)¹⁸.

Verrebbe da chiedersi perché, di fronte all'impeto riformista, sia riuscita a salvarsi (pur temporalmente compressa¹⁹) la restituzione nel caso di acquisti di provenienza testamentaria²⁰.

¹⁶ V. LANGE, *Erbrecht*³, München, 2022, 860 ss. e 902 ss.

¹⁷ È vero che rispetto all'erede – salvo il caso di *institutio ex re certa* – l'azione del legittimario non è diretta verso beni in concreto, ma verso una quota (così MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*⁴, cit., 235). Ciò non toglie che il legislatore può ritenere comunque opponibili al legittimario gli atti di alienazione posti in essere dall'erede istituito (lesivamente), come effettivamente avviene (basti considerare, a tal riguardo, il disposto dell'art. 2652 n. 8 c.c.).

¹⁸ Deve ritenersi che, in caso di beni mobili non registrati, continui a operare – a salvezza dell'acquisto dei terzi – l'art. 1153 c.c.

¹⁹ Da notare che il terzo acquirente non ha oggi nemmeno la facoltà, prevista dall'originario art. 563 c.c. per il caso di acquisti dal donatario “ridotto”, di liberarsi pagando l'equivalente in natura del bene (né, a *fortiori*, vede il suo dovere restitutorio subordinato alla preventiva escussione del suo avente causa). Questo trattamento deteriore rispetto al passato, probabilmente non consapevolmente voluto dal legislatore, richiederebbe un intervento normativo correttivo. Sul punto v. anche oltre, § 5, lett. F) e G).

²⁰ Ritiene irragionevole la disparità di trattamento G. PERLINGIERI, *Audizione*, cit., 341.

Le ipotesi sono molte: ad esempio, si potrebbe addurre che, in caso di testamento, i terzi sono in grado di verificare se i legittimari sono stati soddisfatti e, comunque, può essere richiesta loro una dichiarazione di rinuncia all'azione di restituzione (che non subisce i limiti e non fa sorgere le stesse perplessità di una rinuncia posta in essere *vivo patre*). In senso contrario, tuttavia, potrebbe evidenziarsi che una simile immediata evidenza per i terzi non vi è sempre e che la necessità di un'intesa con i legittimari riproduce, in caso di disaccordo, i noti problemi di incommerciabilità dei beni (qui, di provenienza testamentaria), seppur evidentemente oggi limitati nel tempo.

Per un altro verso, si potrebbe ritenere che l'esperibilità dell'azione di restituzione – seppur solo per un termine ristretto, pari a tre anni, in caso di acquisti a titolo oneroso – sia volta a escludere che il legittimario, non appena venuto a conoscenza del testamento, debba affrettarsi a impugnarlo per evitare la fuoriuscita di beni dal patrimonio lasciato dal *de cuius*. In replica, tuttavia, occorrerebbe segnalare che un'identica necessità (di immediata impugnazione) si porrebbe per le donazioni, nel caso in cui il donatario non avesse ancora alienato il bene a terzi al momento del decesso del donante.

Forse ci si deve accontentare di ammettere che l'azione di restituzione è rimasta, pur compressa, in ipotesi di acquisti di beni di provenienza testamentaria per un verso per le ragioni predette, viste nel loro concorso, e per un altro verso per la minore enfasi che il problema ha rivestito negli anni scorsi, specialmente in virtù di una minore preoccupazione, da parte degli istituti di credito, nel finanziare con mutui ipotecari i beni aventi una simile provenienza²¹.

4. L'azione di riduzione come impugnativa negoziale con effetti restitutori reali

Al di là degli effetti pratici della riforma degli artt. 561 e 563 c.c. – meno incisivi, come si è visto, di quanto si potrebbe essere indotti a ritenere in un primo momento, ma nondimeno tutt'altro che trascurabili – la novella costituisce l'occasione per una rilettura dell'azione di riduzione e della sua qualificazione dogmatica.

A) Il dibattito tradizionale e i suoi limiti.

Il nodo teorico intorno alla qualificazione dell'azione di riduzione ha radici profonde nel dibattito dottrinale²²: che qui, per ragioni di spazio, si deve ridurre – per quanto

²¹ Peraltro, dal punto di vista pratico le vendite di beni da parte degli eredi testamentari sono spesso ostacolate dalla giurisprudenza in tema di alienazione della "quotina" (v. Cass., Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 5068, in *Giur. it.*, 2016, 1081).

²² Di recente v. CHIZZINI, *Sulla discussa natura dell'azione di riduzione ereditaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, 25 ss.; BARONE, *Contributo*, cit., 96 ss.

semplificisticamente – a quello tra Ferri, da un lato, e Mengoni, dall'altro. Per il primo²³, il legittimario non vanterebbe un diritto su una quota di eredità in senso proprio (*pars hereditatis*): la riduzione sarebbe strumento di recupero di una *pars bonorum*, operando peraltro quale azione di accertamento. Per Mengoni²⁴, invece, l'azione di riduzione rappresenterebbe come impugnativa negoziale: essa renderebbe inopponibili al legittimario (e a lui solo) le disposizioni testamentarie lesive e le donazioni eccedenti la disponibile, consentendo così il recupero dei beni nel patrimonio del *de cuius*, dal quale il legittimario acquisterebbe per via ereditaria la sua quota.

La tesi di Mengoni, che ha nettamente prevalso in dottrina, ha una sua indubbia coerenza sistematica: assicura l'omogeneità di regime tra riduzione di disposizioni testamentarie e riduzione di donazioni, e giustifica – almeno nelle intenzioni – l'esperibilità di un'azione reale contro i terzi subacquirenti. Tuttavia essa presenta una tensione logica difficile da dissimulare. Se la donazione è resa soltanto inopponibile al legittimario, essa rimane valida ed efficace *erga omnes*: il donatario e i suoi aventi causa sono proprietari a pieno titolo nei confronti di chiunque, tranne che nei confronti del legittimario. Ma allora come può il legittimario acquistare *erga omnes*, per via ereditaria, beni che continuano ad appartenere *erga omnes* a un terzo? L'inopponibilità, categoria tipicamente relativa, non riesce a fondare un acquisto reale e universale²⁵. Il meccanismo rischia di incepparsi: vi è un titolo d'acquisto che dovrebbe operare *erga omnes*, ma la sua premessa concettuale – l'inopponibilità – è per definizione relativa.

Il confronto con la revocatoria ordinaria e con la collazione è illuminante e ben fa comprendere che, dove apparentemente opera un'azione volta a far dichiarare relativamente inefficace un negozio, in realtà viene dichiarato inopponibile a un titolo di appropriazione un ulteriore titolo²⁶. Più precisamente, in entrambe le ipotesi il linguaggio dell'inefficacia relativa del negozio coglie soprattutto il lato negativo del fenomeno, ma non esaurisce il problema, perché non chiarisce quale sia il titolo positivo che consente l'appropriazione del bene o del suo valore.

Nella revocatoria, in particolare, si suole sostenere che l'atto sia inefficace nei confronti del creditore precedente: tuttavia, la dottrina più recente ha meglio ricostruito il fenomeno sottolineando che il creditore precedente acquista la legittimazione straordinaria di compiere un atto di esecuzione forzata su un bene formalmente altrui, partecipando alla distribuzione del ricavato della vendita. Analogamente, nella collazione il coerede – almeno secondo la tesi più condivisibile – prende parte a una divisione che

²³ FERRI, *Dei legittimari. Artt. 536-564*², in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 7 ss., 151 ss. e 248.

²⁴ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*⁴, cit., 230 s.

²⁵ Un discorso non dissimile è svolto, seppur con riferimento all'inopponibilità "debole" della collazione, da AMADIO, *Divisione ereditaria e collazione*, Napoli, 2025, 171 ss. e 179 ss.

²⁶ Anche qui, così come per la più condivisibile ricostruzione dell'azione revocatoria e della collazione (di cui subito si dirà nel testo), si rinvia alla lettura di AMADIO, *Divisione ereditaria*, cit., 179 ss.

investe anche beni usciti dal patrimonio del *de cuius*, sempre in forza di un'analoga legittimazione straordinaria (a dividere beni altrui).

In entrambe le ipotesi, parlare di "inefficacia relativa del negozio" cattura l'aspetto negativo, ma tace su quello positivo, che ha a che fare con il titolo di appropriazione. Riportate queste considerazioni alla riduzione delle donazioni, che nella tesi dominante fonderebbe un'inopponibilità "forte" (con acquisto del bene al patrimonio del *de cuius*), ci si accorge che il titolo di appropriazione altro non dovrebbe essere che la proprietà del *de cuius*, di cui il legittimario sarebbe erede. Proprietà che, allora, dovrebbe dirsi recuperata già dal *de cuius* in via assoluta (*erga omnes*) o almeno nei confronti di tutti gli eredi (e non del solo legittimario): il che però contraddice le premesse, se è vero, com'è vero, che il bene non è recuperato a vantaggio degli altri eredi e meno che meno a vantaggio di terzi (come i creditori del *de cuius*²⁷).

B) Una proposta ricostruttiva: impugnativa con efficacia retroattiva obbligatoria a vantaggio di un terzo.

La via più convincente sembra allora quella di rileggere l'azione di riduzione contro le donazioni, anche alla luce della sua retroattività solo obbligatoria e non reale, come una impugnativa negoziale *sui generis*.

Si potrebbe considerare la riduzione delle donazioni come impugnativa che attribuisce al legittimario vittorioso una posizione giuridica qualificata: come se si trattasse di una revocazione della donazione per ingratitudine²⁸, ma con una disciplina specifica e autosufficiente degli effetti restitutori, deviati a vantaggio di un terzo (lo stesso terzo titolare dell'azione costitutiva). Il legittimario, esperita l'azione, diventerebbe – limitatamente ai diritti restitutori genericamente intesi – parte del rapporto negoziale impugnato, acquistando cioè (senza il medio del patrimonio del *de cuius*) lo stesso diritto alla restituzione e, più in generale, gli stessi diritti sui beni alienati che sarebbero spettati alla parte.

Non si tratterebbe di una successione nel contratto in senso tecnico, né di una cessione del credito, ma di un effetto legale tipico per cui l'ordinamento – una volta accertata la lesione – riconosce al legittimario i diritti restitutori altrimenti spettanti alla parte²⁹. Tali diritti sarebbero specificamente disciplinati (anche e tra l'altro dagli artt. 561 e 563 c.c.), e la loro natura sarebbe propriamente reale: il legittimario non vanterebbe un credito verso il donatario, ma agirebbe per il recupero del bene nella sua materialità (divenendone dunque proprietario, ferma la natura personale dell'azione di restituzione esperibile nei confronti del donatario).

²⁷ L'art. 557, comma 2, c.c. esclude che i creditori del defunto possano approfittare della riduzione. V. sul punto MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*⁴, cit., 245 s.

²⁸ Su cui v. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1956, 585 s.

²⁹ Vi sarebbe dunque un subentro *ex lege* nella posizione contrattuale proprio nel momento della dissoluzione del vincolo e a tali limitati fini.

In questa prospettiva, la tutela dei legittimari avrebbe natura composita, essendo affidata a un'azione (di riduzione) costitutiva, volta a travolgere l'efficacia dell'atto lesivo (nei soli confronti del donatario), e all'attribuzione al legittimario dei diritti restitutori tipicamente spettanti alla parte del negozio (a loro volta, specificamente disciplinati dalla legge). Il legittimario non erediterebbe i beni dal defunto come se la donazione non fosse mai avvenuta: acquisterebbe direttamente, in forza della sentenza e della disciplina legale, i diritti che l'ordinamento gli riconosce. Il titolo sarebbe autonomo, legale e reale: non derivato dalla qualifica di erede, ma dalla tutela imperativa della quota di riserva.

Questa ricostruzione avrebbe il pregio di tenere insieme coerentemente tutti i pezzi del sistema, specialmente per come di recente modificato: spiega perché l'acquisto del legittimario sia *erga omnes*; chiarisce perché esso è di per sé inopponibile ai terzi aventi causa del donatario (esattamente come in ipotesi di esperimento di un'azione di revocazione per ingratitudine³⁰); giustifica la specialità della disciplina degli artt. 561 e 563 c.c. come statuto proprio dei diritti restitutori; rende ragione della differenza strutturale tra azione contro disposizioni testamentarie – dove l'impugnativa opera all'interno della vicenda successoria e il legittimario recupera una quota ereditaria – e azione contro donazioni, dove invece l'impugnativa investe un atto *inter vivos* e gli effetti restitutori si producono al di fuori della successione, con conseguente insuscettibilità dei beni donati di rispondere dei debiti ereditari; fa rientrare l'azione di riduzione contro le donazioni nel *genus* delle impugnative negoziali, non coinvolgendo il defunto e, al contempo, ricostruendo i tratti di specificità dell'azione non già per mezzo del ricorso al (complesso e potenzialmente contraddittorio) concetto di inopponibilità (o inefficacia relativa) del negozio, ma semmai sul piano della legittimazione straordinaria ad acquistare certe posizioni giuridiche; si adatta perfettamente all'(attuale) retroattività obbligatoria, e non reale, dell'azione di riduzione contro donazioni. Il tutto, senza comunque sconfiggere la necessità che il legittimario sia erede: egli, dovendo agire anzitutto contro le disposizioni ereditarie (anche in assenza di un patrimonio relitto, ipotesi peraltro di scuola), acquista in tale momento la qualifica di erede, che certo non perde per il solo fatto di agire anche contro donazioni poste in essere dal *de cuius* in vita.

Volendo essere ancora più estremi, ci si potrebbe spingere, per vero, a qualificare l'azione di riduzione come volta alla soddisfazione di un obbligo di *dare* (in senso proprio): e, cioè, un'azione costitutiva, simile a quella dell'art. 2932 c.c., di cui anzi rappresenterebbe una declinazione specifica, soggetta a una sua propria disciplina anche in punto di presupposti e limiti (ad esempio, risulterebbe assiologicamente incongruo subordinare l'azione alla regolarità urbanistico-edilizia del bene³¹). Tuttavia, la forza del modello di cui all'art. 2932 c.c., unitamente alla difficoltà di crearne una sottospecie soggetta a una

³⁰ La cui vicinanza è attestata anche dall'attuale menzione nello stesso numero dell'art. 2652 c.c. (il n. 1).

³¹ Mentre, in linea generale, per l'azione *ex* art. 2932 c.c. è richiesta – tra l'altro – l'assenza dei cosiddetti “abusi primari”: cfr. da ultimo Cass., 25 agosto 2025, n. 23838, in *dejure*.

disciplina specifica, rende quest'ultima tesi probabilmente eccessiva e, per questo, non condivisibile.

5. Su alcune nuove (e vecchie) questioni

Come si è visto, la riforma non ha sovvertito i tratti del sistema, limitandosi – per così dire – a ricamarlo, espungendo un corpo ormai da più parti sentito come alieno, in particolare perché funzionalmente inadeguato. Cionondimeno, le nuove regole fanno sorgere alcuni nuovi interrogativi, oltre a farne riemergere alcuni, più vecchi, ma ancora irrisolti³².

A) L'indennizzo ex art. 561 c.c.

Secondo il nuovo art. 561 c.c., il donatario è obbligato a “compensare in denaro” il legittimario in ragione del minor valore del bene donato a causa dei pesi e delle garanzie di cui abbia gravato il bene stesso³³.

Trattasi, all'evidenza, di un indennizzo da atto lecito, limitato per legge a “quanto necessario per integrare la quota di riserva”, il cui calcolo è potenzialmente semplice a fronte della costituzione di diritti reali limitati e, invece, assai più complesso in ipotesi diverse (si pensi alla trascrizione di un accordo di rilievo urbanistico o all'iscrizione di un'ipoteca).

Per limitarci al caso più frequente – quello dell'ipoteca iscritta sul bene – si dovrebbe ritenere che il legittimario versi in una situazione assimilabile a quella del terzo acquirente del bene ipotecato. Come tale, ha senz'altro facoltà di pagare i creditori iscritti o di rilasciare il bene o, ancora, di liberarli dall'ipoteca ai sensi degli artt. 2889 ss. c.c. (art. 2858 c.c.). Al legittimario si applicherà l'art. 2866 c.c., che gli riconosce un'indennità contro il dante causa (qui, il donatario), da parametrare: a) in caso di pagamento ai creditori ipotecari (anche in sede di purgazione dell'ipoteca), alla somma pagata, agli interessi e alle spese (v. art. 1486 c.c.); b) in caso di espropriazione o di rilascio del bene, a una somma pari a quella cui il donatario sarebbe tenuto ex art. 1483 c.c. (a tale somma il donatario sarà tenuto anche ove quella pagata ai creditori dal legittimario sia più elevata: cfr. art. 1486 c.c.).

B) L'azione contro i terzi aventi causa a titolo gratuito ex art. 563 c.c.

Assai interessante, e fortemente innovativa, è la previsione – inserita nell'art. 563 c.c. – di un'azione contro i terzi aventi causa a titolo gratuito, nei limiti del vantaggio da

³² Un problema specifico attiene all'adeguamento del sistema tavolare alla nuova disciplina codicistica, demandato all'opera dell'interprete, in assenza di una disposizione legislativa di raccordo. Sul punto ci si limita a rinviare all'attenta analisi contenuta nelle pagine di BECCARA, *Principio di pubblica fede e invalidità o inefficacia del titolo*, in corso di pubblicazione.

³³ L'espressione pesi va intesa in senso assai lato, come qualunque diritto, di natura reale o obbligatoria, vincolo di indisponibilità o di natura urbanistica che possa gravare sull'immobile per effetto di un atto compiuto dal donatario (così C. ROMANO, *Una nuova stagione*, cit., 6).

loro conseguito. Il legislatore ha evidentemente ritenuto meno pregevoli di tutela le ragioni di chi *certat de lucro captando* rispetto a quelle, protette in prima battuta, dei legittimari, secondo un modello assai ricorrente nel sistema codicistico³⁴.

Restano dei dubbi, anzitutto sulla quantificazione del “vantaggio conseguito dal donatario”. Si potrebbe proporre, nonostante la diversità della formulazione, di far ricorso al concetto di arricchimento che figura nell’art. 2038, comma 1, c.c. proprio a proposito dell’azione contro il terzo acquirente a titolo gratuito in ipotesi di alienazione della cosa ricevuta indebitamente dall’*accipiens*. Resta però arduo comprendere perché il legislatore abbia impiegato una formula lessicale differente.

Potenzialmente controverso è anche l’ambito degli acquisti a titolo gratuito. Il quesito si scioglie facilmente in ipotesi di contratti sinallagmatici (senz’altro onerosi) e liberali (senz’altro gratuiti). Ma che dire del caso di acquisti gratuiti non liberali? Qui potrebbe sovvenire l’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di azione revocatoria³⁵; e, così, potrebbe ritenersi oneroso l’acquisto gratuito sostenuto da un interesse patrimoniale del disponente (il classico caso dell’alienazione del contenuto della cantina per liberarne gli spazi), come pure l’iscrizione di un’ipoteca contestuale all’erogazione di un credito (ipotesi in cui la gratuità del negozio va inserita nella più ampia operazione di finanziamento che la garanzia è evidentemente volta a propiziare).

B.1) In caso di simulazione della donazione, travestita da vendita (ipotesi ricorrente nella prassi), il terzo avente causa a titolo gratuito può essere convenuto dal legittimario?

Nel regime previgente si riteneva che la simulazione non ostasse alla tutela (pienamente) reale del legittimario, contro cui l’avente causa del donatario non avrebbe potuto opporre il disposto dell’art. 1415, comma 1, c.c.³⁶; il che poneva delle rilevanti incertezze sul piano della circolazione giuridica del bene, finanche in caso di acquisto di un bene di provenienza (apparentemente) onerosa³⁷.

Oggi il sorgere del diritto di credito verso il donatario (e, in caso di insolvenza, verso il terzo avente causa) dipende semplicemente dal compiersi di una fattispecie complessa, costituita tra l’altro dal negozio liberale, sia esso apparente o simulato. *A fortiori*, dunque, l’avvenuta simulazione della donazione non consente al terzo avente causa a titolo gratuito di opporsi alla corresponsione della somma prevista dall’art. 563 c.c.

³⁴ Cfr. AMADIO, *La riforma*, cit.

³⁵ V. ad esempio, in tema di ipoteca, Cass., 4 aprile 2021, n. 9193, in *dejure*.

³⁶ Fortunatamente mai rilevate dagli istituti di credito: che altrimenti, a fronte di un problema di rilevanza statistica molto bassa, avrebbero finito per non accettare in garanzia nemmeno... gli immobili acquistati a titolo (apparentemente) oneroso (per lo meno in ipotesi di validità della donazione dissimulata: e, cioè, nei casi in cui la vendita fosse stata posta in essere con forme idonee a “sostenere” la donazione, ossia con atto pubblico e alla presenza di due testimoni, secondo la nota rilettura giurisprudenziale dell’art. 1414, comma 2, c.c.).

³⁷ Così, notoriamente, MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*⁴, cit., 313.

B.2) La nuova azione contro i terzi aventi causa è prevista a fronte di beni già oggetto di donazione diretta. E che dire dei beni invece donati solo indirettamente? La stessa tutela può forse essere estesa?

La risposta preferibile è in senso negativo. Strutturalmente, le differenze tra le due tipologie di liberalità ostano a un'applicazione analogica della disposizione, tanto più alla luce del fatto che nei confronti del donatario indiretto il legittimario gode fin da subito soltanto di un credito. Funzionalmente, peraltro, appare sensato tutelare maggiormente il terzo avente causa da un donatario indiretto, giacché – salvo che non ne abbia ricevuto notizia dal suo dante causa (ipotesi quanto meno infrequente) – egli spesso nulla sa della provenienza liberale del bene che acquista (diversamente dai casi di donazioni dirette, ove tale ignoranza è confinata alle sole ipotesi di simulazione della donazione sotto le mentite spoglie di un acquisto a titolo oneroso).

C) La nuova regola dell'art. 562 c.c.: il mancato recupero della cosa e l'insolvenza del donatario.

In passato l'art. 562 c.c. stabiliva che, nel caso di perimento della cosa donata per causa imputabile al donatario o ai suoi aventi causa o nel caso di impossibilità di chiedere la restituzione della cosa al terzo acquirente, il valore della donazione "irrecuperabile" si detraesse dalla massa formata in esito alla riunione fittizia, in ipotesi di insolvenza del donatario, così ripartendo il rischio dell'insolvenza tra il legittimario e i donatari anteriori³⁸.

Oggi la norma richiama, più in generale, tutte le ipotesi in cui il bene è stato gravato di pesi o di garanzie o è stato fatto oggetto di atti dispositivi, fermo il resto della previsione normativa.

Ci si può chiedere se l'espressione "insolvenza del donatario" vada intesa nel senso di ricomprendere anche l'insolvenza dei terzi aventi causa a titolo gratuito per la somma di denaro (potenzialmente non pari all'intero credito verso il donatario) di cui costoro risultino debitori ai sensi dell'art. 563 c.c. oppure se, al contrario, in caso di insolvenza del donatario il legittimario possa immediatamente agire nei confronti dei donatari anteriori (impregiudicate le sue ragioni, e le ragioni degli stessi donatari anteriori, nei confronti del terzo avente causa).

Appare preferibile la lettura estensiva della norma, intendendo l'"insolvenza del donatario" come insolvenza di tutti i soggetti in prima battuta coinvolti (il donatario e, per il credito sussistente nei loro confronti, gli eventuali terzi aventi causa a titolo gratuito). Del resto, la pretesa contro i donatari anteriori è eccezionale, penalizzando soggetti che hanno un'aspettativa fortemente qualificata alla stabilità della loro donazione, e necessariamente viene scavalcata da quella verso i terzi aventi causa a titolo gratuito, la cui insolvenza è dunque presupposto dell'azione verso i donatari precedenti.

³⁸ CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. Rescigno*², 5-I, Torino, 1997, 468.

D) La tutela del legittimario rispetto al rischio di insolvenza del donatario.

La conversione del diritto alla legittima in un diritto di credito, per vero non estranea al diritto previgente, diviene oggi assai più comune. Se in passato essa era confinata al caso di perimento della cosa per causa imputabile al donatario o ai suoi aventi causa e alle (più o meno rare) ipotesi in cui il legittimario non poteva chiedere la restituzione al terzo acquirente, oggi si estende a tutti i casi di alienazione da parte del donatario del bene donatogli (direttamente).

Ciò porta inevitabilmente con sé la necessità di individuare, in tali ipotesi, strumenti di tutela del legittimario volti a evitare abusi nei suoi confronti: e, poiché non si può più ricorrere all'opponibilità reale della tutela del legittimario, è inevitabile concentrare l'attenzione sugli istituti previsti dal nostro codice civile a tutela della garanzia patrimoniale generica.

Centrale appare il riferimento – per vero, già additato dalla dottrina che in passato aveva chiarito le ragioni della tutela “per equivalente” della legittima in ipotesi di liberalità non donative³⁹ – all'azione revocatoria: a fronte di un atto dispositivo del donatario, che in un solo momento declassa la legittima in un diritto di credito e diminuisce la garanzia patrimoniale del donatario, non vi è ragione per negare tale rimedio, sia quando il donante è ormai defunto, sia prima della sua morte. Del resto, è pacifica la tesi per cui la revocatoria è ammessa anche a tutela di un credito solo potenziale.

È ovvio che questa tesi rischia per certi versi di rendere più instabile la circolazione dei beni di provenienza donativa. Al contempo, però, il rischio non va enfatizzato: quando la revocatoria è esperita durante la vita del donante il legittimario si troverà di fronte a scogli probatori non indifferenti (anzi, sostanzialmente insuperabili), dovendo dimostrare sia il pregiudizio arrecatogli (in relazione, tra l'altro, alla presumibile entità della sua quota di riserva, nonché del *relictum* del donante e del *donatum* dopo il negozio a favore del donatario-alienante), sia la preordinazione dolosa dell'atto da parte del donatario-disponente (e la *participatio fraudis* del terzo acquirente a titolo oneroso)⁴⁰.

Il che, se da un lato priva di protezione il legittimario, dall'altro lato evita che la riforma di cui andiamo parlando sia eccessivamente depotenziata⁴¹.

³⁹ AMADIO, *Azione*, cit., 699, nt. 51.

⁴⁰ Tale era anche l'esito cui perveniva AMADIO, *Azione*, cit., 699, nt. 51.

⁴¹ Congiura in tal senso anche la difficoltà (teorica) di ammettere la proponibilità di un sequestro conservativo *ante causam* o comunque la sua conservazione ex art. 669-octies c.p.c., stante l'impossibilità di iniziare un giudizio di merito entro il termine fissato dal giudice (sino al momento di decesso del donante). Sul punto occorre peraltro rilevare che, una volta convertito in credito pecuniario il mezzo di tutela del legittimario, lo strumento cautelare di tutela è senz'altro il sequestro conservativo e non quello giudiziario: profilo invece a suo tempo dibattuto con riferimento alla tutela avente ad oggetto beni specifici o quote di eredità (cfr. di recente BARONE, *Contributo*, cit., 100 ss., che condivisibilmente optava per il sequestro giudiziario).

D.1) Che accade se il donante, futuro defunto, ha travestito il suo negozio liberale dietro le mentite spoglie di una compravendita?

Un'opinione diffusa (ma non incontrovertita) aveva portato a ritenere, nella vigenza dell'opposizione alla donazione, che il legittimario, per poter trascrivere l'opposizione stessa, dovesse agire in simulazione e che, anzi, il suo interesse ad agire derivasse proprio dalla necessità di procedere alla trascrizione⁴².

Oggi ci si potrebbe domandare se il legittimario, volendo agire in revocatoria, debba al contempo proporre una domanda di simulazione in via principale (con conseguente necessità di coinvolgere in giudizio anche il donante, stante il litisconsorzio necessario che si instaurerebbe). L'opinione negativa è probabilmente preferibile, non essendovi necessità di porre in essere l'accertamento in questione in via principale. La decisione in via principale sarà dunque rimandata al momento in cui il legittimario, morto il donante, attiverà l'azione di riduzione.

D.2) Un altro quesito connesso riguarda i rimedi a disposizione dei precedenti donatari in caso di atto dispositivo di un successivo donatario.

Come si è visto, ai sensi dell'art. 562 c.c. è possibile che anch'essi siano lesi da quest'atto: ciò avviene, per la precisione, in ipotesi di insolvenza del suo autore (e, secondo la tesi cui abbiamo voluto accedere, dei suoi terzi aventi causa).

Può dunque immaginarsi che anche i donatari precedenti agiscano in revocatoria? Nulla lo vieta: evidentemente i donatari precedenti agiranno a tutela del loro credito (potenziale) di rivalsa, previsto dall'ultima parte dell'art. 562 c.c.

E) La (insussistente) tutela aquiliana del legittimario nei confronti del terzo avente causa.

Occorrerebbe domandarsi se nei confronti del terzo avente causa il legittimario possa attivare una tutela aquiliana, analogamente – ad esempio – a quanto si predica in ipotesi di divieto di alienazione ex art. 1379 c.c. e induzione (del terzo) all'inadempimento (dell'alienante).

A ben vedere il donatario che vende il bene donato non viola alcun divieto, essendo perfettamente lecito – nel sistema attuale – alienare il bene medesimo. Perde dunque di consistenza l'idea stessa di un coinvolgimento del terzo nella violazione di un precetto normativo: l'unica conseguenza a cui è esposto il terzo va individuata nell'azione revocatoria.

⁴² Una recente sintesi delle diverse opinioni in VERDICCHIO, *La tutela dei legittimari prima dell'apertura della successione: il problema della donazione dissimulata*, in GIOVA, G. PERLINGIERI e TULLIO (a cura di), *Autonomia negoziale e successioni mortis causa*, Napoli, 2020, 330 ss.

F) La prenotazione della tutela reale e i rischi dell'alienazione a terzi dopo l'apertura della successione.

Per gli immobili e per i beni mobili iscritti in pubblici registri, il problema dell'alienazione a terzi (dopo l'apertura della successione di beni donati) risulta oggi, in larga misura, ricondotto entro lo schema ordinario della pubblicità della domanda. Ne segue che, in questi ambiti, la tutela del legittimario può essere "prenotata" mediante la trascrizione della domanda⁴³.

Diverso è invece il discorso per i beni mobili non registrati⁴⁴. Qui la novità è particolarmente netta: l'alienazione compiuta dal donatario è opponibile al legittimario non più in forza dell'art. 1153 c.c. e della buona fede del terzo, ma in forza della disciplina speciale dettata dal nuovo art. 563 c.c., il quale estende ai beni mobili la regola secondo cui la riduzione della donazione non pregiudica i terzi aventi causa, facendo salvo soltanto quanto previsto dall'art. 2690, n. 1, c.c., cioè, in sostanza, il settore dei beni mobili registrati.

Di conseguenza, la costruzione dogmatica del fenomeno non dovrà più appoggiarsi ai modelli tipici dell'invalidità opponibile ai terzi – ad esempio, al paradigma dell'annullamento per incapacità legale –, ma piuttosto a figure nelle quali la vicenda tra le parti non travolge automaticamente l'acquisto del successivo avente causa. Sotto questo profilo, il parallelismo più vicino sembra essere, semmai, quello con la risoluzione per inadempimento.

Là dove la pubblicità non soccorre, e cioè appunto nel campo dei mobili non registrati, la tutela del legittimario rispetto ad atti di alienazione successivi all'apertura della successione dovrà cercare altri strumenti di protezione. Anzitutto, il sequestro giudiziario, non tanto perché realizza lo spossessamento (impedendo l'operatività dell'art. 1153 c.c.), quanto perché rende in concreto assai meno probabile la successiva alienazione del bene. In secondo luogo, una volta instaurata la causa di merito, il ricorso all'istituto della successione nel diritto controverso ex art. 111, comma 4, c.p.c., ove la si intenda in senso sufficientemente ampio, oppure a un principio analogo, idoneo a evitare che gli atti dispositivi successivi restino del tutto indifferenti rispetto alla lite già pendente (salvo, allora, l'operare del disposto dell'art. 1153 c.c.)⁴⁵.

⁴³ Nota CHIANALE, *Acquisti ereditari*, cit., 20, che «l'opponibilità al terzo acquirente della sentenza di riduzione, derivante dalla tempestiva trascrizione della domanda, implica che il legittimario vittorioso può avvalersi di quella sentenza per ottenere la restituzione del bene oggetto della donazione ridotta. Non occorre più che egli eserciti contro il terzo acquirente l'azione di restituzione, previa escussione infruttuosa del donatario». In altri termini, l'opponibilità deriva dall'efficacia diretta (non riflessa) del giudicato (almeno aderendo alla tesi di Mengoni, su cui v. oltre, nt. 39), come nelle ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento.

⁴⁴ La rilevanza della problematica è legata soprattutto alla natura di beni mobili delle partecipazioni societarie. A tal riguardo occorre al contempo ricordare che, in forza di un rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c. disposto dalla Sezione Imprese del Tribunale di Venezia (ord. 20 maggio 2025), è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'iscrivibilità nel registro delle imprese delle domande giudiziali, cui si collega quella della funzione di tale pubblicità, se prenotativa ovvero meramente informativa. Sul punto v. anche CHIANALE, *Acquisti ereditari*, cit., 21 s.

⁴⁵ È assai discusso, come noto, il perimetro del "diritto controverso" cui fa riferimento l'art. 111

G) La “disponibilità” della tutela reale.

Un ulteriore problema, destinato però a porsi solo di rado dal punto di vista pratico, è questo: in ipotesi di avvenuta (e precedente) trascrizione dell'azione di riduzione, il legittimario può, anziché ottenere il bene dal terzo acquirente (in forza di un titolo trascritto dopo la domanda), chiedere la compensazione monetaria al donatario? Ovviamente, è improbabile che un terzo acquisti il bene rispetto a cui sussiste la trascrizione della domanda: ma non è impossibile.

Nel regime previgente, l'art. 563 c.c. risolveva indirettamente la questione, prevenendo la necessaria escussione del donatario come requisito per agire contro il terzo (ciò vale, beninteso, ove si fosse applicata la regola della previa escussione anche agli acquisti successivi alla trascrizione della domanda: il che, tuttavia, era quanto meno dubitabile).

Oggi nulla più è stabilito in questo senso, ma non si può escludere che il sia il legittimario stesso a preferire la compensazione, pur dopo aver trascritto la domanda di riduzione. L'ordinamento conosce diverse ipotesi in cui è lecito chiedersi se il soggetto protetto possa preferire la tutela per equivalente a quella in forma specifica (si pensi all'annullamento del provvedimento amministrativo e alla tutela risarcitoria o all'annullamento del contratto per dolo e alla responsabilità precontrattuale). Nel caso qui in esame la fattispecie, tuttavia, si complica, toccando pure gli interessi di un terzo: e, al contempo, si semplifica, giacché è proprio nella disciplina specifica della trascrizione che potrebbe reperirsi una traccia di soluzione.

L'art. 2668 c.c. richiede, come noto, il consenso di tutte le parti interessate per la cancellazione della domanda giudiziale. Se fosse sufficiente il consenso del solo attore, non vi sarebbe ragione per escludere la disponibilità della tutela reale in capo al legittimario. Viceversa, essendo richiesto anche il consenso del convenuto, risulta difficile supporre che il legittimario-attore possa chiedere una compensazione pecuniaria, mantenendo però ferma la trascrizione. Il che sembra ostare alla facoltà, per il legittimario, di chiedere la compensazione al donatario anche quando si è volontariamente aperto una via per agire contro il terzo⁴⁶. Ovviamente, nulla toglie che legittimario e donatario si accordino invece in tal senso⁴⁷.

c.p.c.: a una tesi largheggiante, sposata nella civilistica e non di rado in giurisprudenza, fa da contraltare una tesi rigorosa, maggioritaria nella processualistica (v., rispettivamente, MENGONI, *Gli acquisti a non domino*³, Milano, 1975, 256 ss.; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali: artt. 111 c.p.c. e 2652-2653 c.c.*, Napoli, 26 ss.). Anche chi sposa la seconda opinione cerca però dei correttivi, volti a evitare che la durata del processo e il compimento di atti dispositivi nelle more si ritorcano a sfavore dell'attore: ad esempio, si rinviene nell'art. 111, comma 4, c.p.c. l'espressione di un principio generale (cfr. WIDMANN, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, Trento, 2015, 442 ss., testo e nt. 74).

⁴⁶ Nel caso di acquisti da legatari o eredi la salvezza dipende dalla mancata trascrizione della domanda di riduzione nel triennio successivo al decesso (in caso di acquisti a titolo oneroso da parte di terzi): e qui effettivamente si potrebbe immaginare che il legittimario, a fronte di un acquisto a titolo oneroso già trascritto da parte di un terzo, chieda (immediatamente) una condanna pecuniaria, così implicitamente rinunciando alla tutela reale.

⁴⁷ Afferma la necessità di un'analogia riduzione teleologica dell'art. 563 c.c. FRANCO, *La nuova disciplina*, cit., 102.

Quanto al terzo acquirente, si dovrebbe altresì ritenere che, in presenza di una trascrizione che gli renda opponibile la trascrizione, il perimento del bene (per causa a lui imputabile) gli imponga di pagare una compensazione monetaria⁴⁸.

H) Problemi sostanziali e processuali dell'azione di riduzione nel suo collegamento con la (nuova) disciplina degli artt. 561 e 563 c.c.

H.1) Già nel vecchio sistema, ma ancor più oggi, si può presentare l'eventualità di un'azione "per equivalente" nei confronti del donatario (si pensi, oltre ai casi di inopponibilità della tutela del legittimario a terzi, a quelli di perimento del bene⁴⁹).

Occorre anzitutto chiedersi, a tal riguardo, se il legittimario debba esperire comunque l'azione di riduzione oppure se la sua tutela si converta integralmente in un diritto di credito⁵⁰. La seconda opzione apparentemente è più semplice dal punto di vista pratico e più sostenibile da quello teorico: non si vede la necessità, né l'interesse, ad agire in riduzione, allorché non vi è alcunché da ridurre (da dichiarare inefficace, secondo il modulo della retroattività obbligatoria).

Tuttavia, a ben vedere sia il sistema, sia esigenze pratiche, impongono di preferire l'altra soluzione. La legge, all'art. 563 c.c., dispone che "la riduzione della donazione" non pregiudica i terzi aventi causa, "fermo l'obbligo" del donatario di compensare in denaro i legittimari. Nella prassi ben potrebbe verificarsi il caso di un'azione di riduzione che – per mancata trascrizione o per perimento del bene – debba nelle more del giudizio convertirsi in un credito: ma, se si trattasse di una vera e propria conversione, risulterebbe inutile il giudizio vertente su un'azione costitutiva, inidonea tanto a venire accolta, quanto a condurre a un giudicato di una qualche utilità⁵¹.

⁴⁸ V. CHIANALE, *Acquisti ereditari*, cit., 20.

⁴⁹ Ci si riferisce al perimento colpevole (ex art. 562 e 744 c.c.). Ci si può tuttavia chiedere se il perimento incolpevole, avvenuto dopo l'esperimento della domanda di riduzione (o comunque dopo una richiesta stragiudiziale sufficientemente specifica), resti integralmente in capo al legittimario (così MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*⁴, cit., 197) oppure, in applicazione analogica dell'art. 1221 c.c., non sottragga da responsabilità il donatario (o, se del caso, il suo avente causa). Verso questa seconda tesi potrebbe spingere anche l'adesione all'opinione secondo cui l'esito della riduzione è surrogabile – o, quanto meno, sostanzialmente surrogabile – in via stragiudiziale mediante un accordo di reintegrazione della legittima: il che varrebbe a indebolire l'argomento secondo cui, sino alla pronuncia della riduzione da parte del giudice, il bene non potrebbe che considerarsi del donatario, e dunque a rendere non decisiva tale obiezione rispetto all'applicazione analogica dell'art. 1221 c.c.

⁵⁰ Il quesito è sotteso alle pagine di DELLE MONACHE, *La libertà*, cit., 48, e poi ivi espresso a p. 51, ove viene risolto nel secondo senso.

⁵¹ Salvo ritenere che tale giudicato, investendo anche – e in modo scindibile – l'accertamento della lesione, sopravviva al venir meno dell'interesse alla riduzione. Su questo punto, tuttavia, gravano le note perplessità relative alla ricostruzione dogmatica della tutela costitutiva – da taluno, non a caso, qualificata piuttosto come "tutela di accertamento costitutivo" –, rispetto alle quali non è ovviamente possibile prendere qui posizione e che, nondimeno, impongono di adottare una soluzione cautelativa.

Risulta preferibile, a differenza di quanto avviene nei casi di donazioni indirette (dove la tutela del legittimario è da subito e inevitabilmente affidata a un diritto di credito⁵²), supporre che il legittimario non sia mai dispensato dall'esperire l'azione di riduzione. Ne consegue che la riduzione resta il fondamento della tutela, mentre il credito per equivalente ne costituisce soltanto la modalità soddisfattiva nei casi in cui l'azione di restituzione (qui da intendere: contro il donatario) non possa operare.

Dal punto di vista dogmatico si dirà che, ridotta la donazione, la restituzione (verso il donatario) viene convertita in un diritto di credito in modo non dissimile da quanto avviene ai sensi degli artt. 2037 e 2038 c.c. Il legittimario potrà allora, in virtù di fatti sopravvenuti, mutare la domanda di restituzione del bene esperita verso il donatario in una domanda a un valore. A sua volta, il termine di prescrizione dell'azione di riduzione resterà quello suo proprio, mentre il credito sarà soggetto a una prescrizione decennale decorrente dall'avvenuto accoglimento dell'azione con sentenza passata in giudicato.

H.2) Altro tema saliente, in una prospettiva volta a incrociare diritto sostanziale e processo, è quello del (tipo di) opponibilità del giudicato di riduzione ad eventuali terzi acquirenti prima della proposizione dell'azione e/o della trascrizione della domanda.

Questo problema era, evidentemente, assai più avvertito nel regime previgente; tuttavia, esso continua ad avere una sua rilevanza pratica anche oggi (basti pensare all'ipotesi in cui il legittimario volesse in parte rivalersi sul terzo avente causa a titolo gratuito, com'è ammesso a fare ex art. 563 c.c. in ipotesi di insolvenza del donatario⁵³).

In realtà, come già avvertiva Mengoni⁵⁴, la questione non è propria della sola azione di riduzione, ma più in generale attiene ai limiti soggettivi del giudicato in ipotesi di azioni costitutive: e, come tale, non potrà certo essere indagata in questa sede.

Basti allora ricordare come, secondo una tesi, il giudicato di riduzione dovrebbe godere di efficacia (non diretta, ma) riflessa nei confronti dei terzi: e, precisamente, nei confronti di quei terzi ai quali, in quanto titolari di una posizione giuridica "dipendente", sarebbe opponibile l'effetto costitutivo dell'impugnativa negoziale⁵⁵.

⁵² E dove, cioè, non si mira a ridurre un negozio configurativo liberale, per far emergere un arricchimento ingiustificato disciplinato da regole specifiche di diritto successorio: più semplicemente, deve ammettersi che il legittimario è da subito titolare di un credito. Sul punto v. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità*, cit., 704 ss.; in senso diverso DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele dei legittimari*, Milano, 2008, 103 ss.

⁵³ Ovviamente in un caso del genere il giudicato, quand'anche opponibile, non sarà sufficiente ad agire contro il terzo: occorrerà munirsi di un ulteriore accertamento, volto a verificare la gratuità del suo acquisto e l'insolvenza del donatario.

⁵⁴ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*⁴, cit., 321.

⁵⁵ Indirettamente MENGONI, *Gli acquisti*³, cit., 321, nt. 13. La tesi si trova, ad esempio, in ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 67 ss.; PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Foro it.*, 1985, I, 2388 ss.

6. La “nuova” trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità e dell'acquisto dell'eredità ex art. 485 c.c.

La legge di semplificazione è intervenuta, con il suo art. 41, anche sul regime di trascrizione dell'accettazione di eredità⁵⁶.

È noto che il codice civile impone la trascrizione dell'accettazione di eredità ogniqualvolta esso importi acquisto dei diritti enunciati nei numeri 1, 2 e 4 dell'art. 2643 o liberazione dai medesimi. Si tratta di un'ipotesi che si presenta assai di frequente: anzi, nella prassi la consultazione dei registri immobiliari è uno degli strumenti più semplici per verificare la presenza di un atto di accettazione dell'eredità. Solo per completezza si ricorda che la trascrizione dell'accettazione di eredità non è da confondere con quella della dichiarazione di successione (*rectius*, del certificato di successione) e che la presentazione di quest'ultima, così come la sua trascrizione, costituisce un mero adempimento fiscale e non implica accettazione dell'eredità⁵⁷.

Secondo l'art. 2648, comma 2, c.c., la trascrizione dell'accettazione può avvenire in base a dichiarazione del chiamato avvenuta in una forma idonea alla pubblicità immobiliare (atto pubblico o scrittura privata autenticata o giudizialmente accertata). Aggiungeva – e tuttora aggiunge – il comma 3 che, “se il chiamato ha compiuto uno degli atti che importano accettazione tacita dell'eredità, si può richiedere la trascrizione sulla base di quell'atto, qualora esso risulti da sentenza, da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente”.

In realtà, nella prassi l'accettazione dell'eredità espressa è abbastanza rara; ancor più raro è che essa sia avvenuta in una forma idonea alla trascrizione. Nell'assoluta maggioranza dei casi l'acquisto dell'eredità avviene in forza di un'accettazione tacita o, ancor più di frequente, in virtù del compiersi di una fattispecie che *ex lege* impone l'acquisto stesso, come ad esempio – e soprattutto – il possesso dei beni ereditari per un trimestre ex art. 485 c.c. (ipotesi, quest'ultima, che solleva numerosi problemi pratici, sui quali non ci si può qui soffermare).

Accadeva spesso, sino alla recente riforma, che il notaio non trascrivesse nessuna accettazione di eredità sino alla vendita di un immobile dell'eredità stessa: nel qual caso l'atto, importando accettazione tacita, veniva trascritto anche come tale. La possibile obiezione – per cui nella realtà delle cose di regola l'acquisto dell'eredità era già avvenuto

⁵⁶ Su cui v. FOLLADORI, *La trascrizione di accettazione di eredità semplificata “a cascata”*, in *Feder-Notizie*, 12 dicembre 2025; CHIANALE, *Le nuove regole*, cit.; ID., *Acquisti ereditari*, cit., 1 ss.

⁵⁷ Art. 75, comma 2, d.lgs. 123/2025. Occorre al contempo considerare che, secondo la giurisprudenza di legittimità, costituisce accettazione di eredità – nei confronti del soggetto che la pone in essere o che dà il relativo incarico o, ancora, che ratifica un'attività altrui – la voltura catastale, che rappresenta un atto accessorio e non implicato dalla dichiarazione di successione (benché oggi almeno in certi casi la voltura stessa avvenga automaticamente, salvo indicazione in senso contrario del richiedente): cfr. Cass., 18 aprile 2024, n. 10544, in *Notariato*, 2024, 414; Cass., 13 agosto 2024, n. 22769, in *Notariato*, 2025, 368.

diverso tempo prima, in forza di una fattispecie diversa – era superata grazie al principio, unanimemente condiviso⁵⁸, per cui la trascrizione poteva avere ad oggetto un qualsiasi atto di accettazione dell'eredità, quand'anche esso non fosse stato il primo (e, dunque, l'unico atto, non potendosi immaginare una serie di accettazioni e/o acquisti della stessa eredità da parte dello stesso soggetto).

Questo sistema poneva però problemi significativi, immediatamente avvertiti dal ceto notarile. Se un chiamato all'eredità fosse morto dopo l'acquisto dell'eredità stessa, ma prima della trascrizione della sua accettazione, sorgevano evidenti imbarazzi, superabili solo munendosi – con i costi e i tempi connessi – di una sentenza volta ad accertare l'acquisto⁵⁹. Si pensi alla frequenza di ipotesi del genere nel caso di morte di un genitore, seguita a distanza di poco tempo (o comunque prima della vendita di un immobile ereditario) dal decesso dell'altro genitore.

Da tempo in dottrina si era proposto che, in ipotesi del genere, fosse possibile procedere a una trascrizione, anziché di una sentenza, di un atto unilaterale, di regola ascritto alle categorie dell'atto unilaterale di accertamento⁶⁰. Alcune Conservatorie si erano mostrate aperte in tal senso, mentre altre continuavano a mostrarsi restie o a proporre *escamotage* senz'altro meno rigorosi dal punto di vista sistematico (come, ad esempio, la trascrivibilità di una sola nota a favore dell'“ultimo” erede della catena, con indicazione nella nota di trascrizione dei

⁵⁸ Cass., 30 novembre 2021, n. 37369, in *dejure*; FORTI, *Gli acquisti di immobili ereditari e la trascrizione per causa di morte*, Milano, 2010, 215.

⁵⁹ Immaginare – in modo del tutto fittizio e solo ai fini pubblicitari – che i suoi eredi fossero succeduti nel diritto di accettare l'eredità ex art. 479 c.c. dà evidentemente luogo a una *fictio*. Per quanto non sempre le vicende pubblicitarie seguano e riproducano direttamente quelle sostanziali, lo iato che qui si apre è profondo e intollerabile. Sul punto v. MUSTO, *Un altro modo di succedere nei registri immobiliari*, in *Dir. succ. fam.*, 2025, 231 ss., il quale peraltro (alla nt. 78) nota i problemi che questa ricostruzione pone nell'ipotesi in cui tra il primo e il secondo decesso siano decorsi più di dieci anni (ossia, sia decorso il termine per accettare l'eredità).

⁶⁰ V., con diversi di accenti, SALANI, *Appunti sulla trascrizione dell'accettazione di eredità*, in *Riv. not.*, 1963, 61 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 114; CHIANALE, *La trascrizione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2025, 588. Nella dottrina notarile v. in particolare MUSTO, *Trascrizione del negozio unilaterale di accertamento post mortem degli acquisti mortis causa*, in ARENIELLO - LIGOZZI (a cura di), *Ruolo del notaio: “baricentro” di una funzione promozionale nell'attuale esperienza giuridica. Rileggendo Carmine Donisi*, in *Biblioteca della Fondazione italiana del notariato*, 2025, 47 ss. Alcuni autori, nell'ammettere la trascrizione di un atto di accertamento, parlano di atto di accettazione in rinnovazione e/o in ripetizione: il che, però, riproduce tutte le perplessità di queste categorie giuridiche (rispetto alle quali è tuttora discusso l'inquadramento e, in particolare, l'ascrivibilità al negozio di accertamento: v. qui per tutti CASELLA, voce *Ripetizione del negozio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, spec. 4 s.; GENTILI, *Riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione*, in *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, in *Tratt. Lipari Rescigno*, Milano, 2009, spec. 781 ss.). In giurisprudenza, in senso contrario Trib. Savona, 23 aprile 2020; in senso positivo invece Trib. Cagliari, 20 dicembre 2023, n. 3539. Entrambi i provvedimenti sono rimasti inediti.

decessi intervenuti tra il “primo” defunto e l’“ultimo” acquirente: soluzione, questa, senz’altro contraria al principio di continuità delle trascrizioni stabilito dall’art. 2650 c.c.⁶¹).

Oggi il legislatore ha opportunamente stabilito che, in ipotesi di accettazione tacita dell’eredità o di acquisto *ex lege* ai sensi dell’art. 485 c.c., la trascrizione possa “essere richiesta anche sulla base di un atto pubblico o di una scrittura privata con sottoscrizione autenticata contenente la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, resa dall’erede o da un suo successore a titolo universale, attestante l’accettazione tacita dell’eredità ai sensi dell’articolo 476 o l’avvenuto acquisto della qualità di erede ai sensi dell’articolo 485” (art. 2648, comma 3, nuova seconda parte)⁶².

La previsione per cui la dichiarazione può essere resa non solo dall’erede, ma anche da un suo successore a titolo universale, è perfettamente in linea con l’esigenza pratica di cui si è detto poc’anzi. Dal punto di vista teorico, il legislatore ha optato per la trascrivibilità di una dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà⁶³, senz’altro differente dall’atto unilaterale di accertamento additato il più delle volte in dottrina e, al contempo, più coerente con l’effetto pubblicitario avuto di mira, oltre che meno impegnativa dal punto di vista sistematico⁶⁴.

7. Scopi diretti ed effetti indiretti del nuovo art. 2648, comma 3, c.c.

Gli effetti della riforma testé menzionata sono, tuttavia, ben più estesi di quanto si potrebbe immaginare.

In base a una interpretazione letterale dell’art. 480 c.c., la dottrina maggioritaria da tempo ritiene che il termine per accettare l’eredità – di durata pari a dieci anni – co-

⁶¹ V. il commento di TORRONI, *Acquisto ereditario ex art. 485 c.c. e continuità delle trascrizioni: la sentenza del Tribunale di Venezia e la riforma dell’art. 2648 c.c.*, in *FederNotizie*, 7 novembre 2025, a Trib. Venezia, 9 luglio 2025.

⁶² Per alcuni dubbi interpretativi specifici v. CHIANALE, *Acquisti ereditari*, cit., 4 ss. Nota l’autore che la disposizione non considera, tra l’altro, l’ipotesi di accettazione espressa dell’eredità in forma inidonea alla trascrizione, nonché gli altri acquisti *ex lege* dell’eredità; nondimeno, la norma sarebbe estensibile interpretativamente al secondo gruppo di casi (non, invece, al primo).

⁶³ In via interpretativa deve *a fortiori* considerarsi trascrivibile, ove munito della forma idonea, anche un atto notorio (CHIANALE, *Acquisti ereditari*, cit., 10).

⁶⁴ L’atto di notorietà è dichiarazione di scienza di fatti o di qualifiche giuridiche; il negozio di accertamento (quand’anche lo si ammetta nei termini di un negozio unilaterale) è (e resta) dichiarazione di volontà, volta a fissare una certa realtà giuridica (fermo restando che, se perfezionato unilateralmente, non potrà in alcun modo pregiudicare i terzi; v. GENTILI, *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1386). Quando si parla di “dichiarazione ricognitiva”, nell’ambito in esame, si fa di regola riferimento al negozio di accertamento unilaterale. Secondo CHIANALE, *Acquisti ereditari*, cit., 11, resta trascrivibile anche tale negozio, ma evidentemente nel solo caso in cui l’erede accerti un suo già avvenuto acquisto (e non già nell’ipotesi in cui si riferisca a un acquisto di un soggetto di cui è successore universale).

stituisca una prescrizione, la cui operatività è subordinata all'eccezione di un terzo⁶⁵. La necessità di questa eccezione produce problemi di non poco conto: dal punto di vista teorico, non è ben chiaro perché la perdita di un potere, privo di controparti, richieda un'eccezione da parte di terzi non meglio identificati (tanto che alcune sentenze includono tra i legittimati all'eccezione gli stessi accettanti tardivi, dando luogo a un *monstrum* giuridico: una auto-eccezione di prescrizione); dal punto di vista pratico, risulta incerto chi sia l'erede almeno finché non si sia avuta una rinuncia e un'accettazione di un chiamato in subordine (sicché, a dire il vero, anche l'acquisto da parte dello Stato dovrebbe ritenersi instabile in presenza di un semplice decorso del termine decennale, specialmente ove si ammettesse – come a rigore si dovrebbe fare – che lo Stato non è legittimato a sollevare l'eccezione di prescrizione, non essendo un vero e proprio chiamato all'eredità).

Ben più facile sarebbe, dunque, riconoscere che il termine dell'art. 480 c.c. rappresenti una semplice decadenza (quantunque il tenore della disposizione in apparenza orienti in senso diverso: ma non sarebbe certo il primo caso di una riqualficazione dottrinale e giurisprudenziale di una regola di legge)⁶⁶. Ad opporsi a questo esito era, sino a qualche mese fa, un inconveniente pratico: il chiamato all'eredità tempestivamente accettante, che avesse posto in essere il primo atto di accettazione (di norma, tacita) dell'eredità in forma idonea alla trascrizione dopo dieci dall'apertura della successione (si pensi a una vendita o a un preliminare di vendita), sarebbe stato fortemente penalizzato da una ricostruzione del termine dell'art. 480 c.c. come decadenziale, giacché ciò avrebbe impedito di trascrivere l'atto in parola (in quanto anche in astratto inidoneo a provocare un acquisto dell'eredità). Di conseguenza, l'erede in questione avrebbe dovuto munirsi addirittura di una sentenza, sopportando in nome del principio di continuità delle trascrizioni costi e tempi spesso sproporzionati. Più semplice, evidentemente, era ritenere che il termine di cui all'art. 480 c.c. rappresentasse una prescrizione: in tal caso l'avvenuto acquisto infradecennale escludeva la proponibilità dell'eccezione, rendendo dal punto di vista sostanziale stabile quell'accettazione tacita post-decennale che il notaio andava a trascrivere.

Chi scrive aveva ritenuto, ormai qualche anno fa⁶⁷, che fosse proprio questo ostacolo pratico a impedire una rivisitazione dell'orientamento tradizionale relativo al termine dell'art. 480 c.c. Al tempo si era auspicata una riforma che consentisse espressamente di

⁶⁵ Opinione quasi unanime: v., tra tanti, GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali - Successioni legittime*, in *Comm. codice civile*, Torino, 1959, 116; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, *Parte generale*, 3, *L'eredità - il legato - acquisto - perdita*, Napoli, s.d. (ma 1961), 87 s.; AZZARITI, *L'accettazione dell'eredità*, in *Tratt. Rescigno*, 5-I, Torino, 1982, 122; G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in CALVO - G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, I, Napoli, 2008, 316.

⁶⁶ Tesi minoritaria: v. ad esempio L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*³, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, 304 ss.; CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*², in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1961, 168 ss.

⁶⁷ In A.M. GAROFALO, *Sulla qualificazione del termine decennale per l'accettazione dell'eredità*, in *Famila*, 2023, 90.

dare pubblicità all'acquisto dell'eredità mediante trascrizione (proprio) di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà: benché allo stesso esito si fosse potuti pervenire in via interpretativa⁶⁸, il crisma legislativo, in una materia ad alto tasso di formalismo, era ritenuto imprescindibile. Nondimeno, si era mostrato un certo scetticismo sul punto: a fronte della lentezza cui ci ha spesso abituati, nelle materie civilistiche, il legislatore contemporaneo, si era reputato “improbabile” un intervento in tempi rapidi.

Il legislatore ha tuttavia riservato una piacevole sorpresa, intervenendo in tempi relativamente celeri con la norma in esame. La spinta propulsiva è da attribuire, con ogni verosimiglianza, alla categoria notarile, particolarmente efficace nel farsi portavoce delle proprie istanze. Nel diritto civile, del resto, le riforme estranee ai temi di forte impatto politico e sociale – quali filiazione, unioni civili e convivenza – trovano quasi sempre il loro motore nella classe notarile, che ne individua i bisogni pratici e ne sostiene l'iter.

Il risultato, ad ogni modo, è che oggi l'interprete – e in particolare l'operatore pratico – non si trova più di fronte all'inconveniente di cui si è detto: con la conseguenza che si aprono finalmente le porte per una revisione della tesi tradizionale, peraltro già da tempo criticata da alcune voci dottrinali, e per l'adesione all'opinione che scorge nel termine dell'art. 480 c.c. una vera e propria decadenza. Opinione che eviterebbe molti dei complessi problemi implicati dall'altra qualificazione, tra i quali potremmo a titolo esemplificativo annoverare i seguenti (in parte già evocati):

- per aversi eccezione di prescrizione, è sufficiente una dichiarazione di un qualsiasi chiamato in subordine e/o del chiamato-non accettante nei termini o è necessario un atto differente? Senza dire che non è chiaro se tale dichiarazione sia o meno recettizia;
- dopo i dieci anni, a prescindere da rinunce da parte dei chiamati intervenute nelle more, lo Stato acquista automaticamente l'eredità? La risposta che solitamente si dà è positiva (e nella prassi spesso non si transita nemmeno per la curatela dell'eredità giacente dopo il decorso del termine⁶⁹); tuttavia, finché non viene eccepita la prescrizione, a rigore il potere di accettare esiste ancora e, al contempo, è quanto meno dubbio che legittimato all'eccezione sia lo Stato (che non è un chiamato in ultimo subordine, ma semmai un “necessario acquirente dell'eredità”⁷⁰), sicché in realtà l'acquisto da parte dello Stato sarebbe quanto meno instabile;

⁶⁸ Facendosi leva sull'art. 2662 c.c., pur evidentemente volto a disciplinare una fattispecie diversa, e sui principi dell'ordinamento, si era giunti a ritenere ammissibile la trascrizione di una dichiarazione sostitutiva, anche alla luce del fatto che la pubblicità, nell'ipotesi in parola, ha funzione notizia e non già dichiarativa (è bene precisare che, invece, la pubblicità dichiarativa consente dichiarazioni pubblicitarie autoreferenziali solo eccezionalmente e comunque soltanto contro gli interessi di chi le solleva, come attestano gli artt. 2655, comma 4, e 2668, comma 3, c.c.). Sul punto si consenta di rinviare ad A.M. GAROFALO, *Sulla qualificazione*, cit., 89.

⁶⁹ Così, in giurisprudenza, Trib. Treviso, 9 ottobre 2024, inedita, e già Trib. Palermo, 14 luglio 1991, in *Vita not.*, 1991, 711 ss., nonché Trib. Marsala, 14 giugno 2004, in *Guida dir.*, 2005, 14, 89.

⁷⁰ Senza dire che lo Stato di frequente non ha nemmeno interesse a sollevare l'eccezione (basti pensare all'ipotesi di *damnosa hereditas*). Su questi complessi profili M. TESCARO, *Fiscus post omnes. La posizione subalterna dello Stato erede nella dinamica della successione mortis causa*, Milano, 2022, 203 ss.

- dopo il decorso del termine decennale, la mera rinuncia al diritto di accettare implica perdita definitiva del diritto? L'art. 525 c.c. sembrerebbe condurre a una risposta positiva⁷¹; al contempo, però, tale soluzione rischia di essere contraddetta dalla qualificazione del termine decennale come prescrizione, giacché la rinuncia apre una chiamata successiva (una devoluzione), ma non comporta abdicazione del diritto di accettare l'eredità, che dunque si perderebbe solo una volta sollevata l'eccezione di prescrizione da parte di un terzo.

8. Conclusione

Le riforme introdotte dalla l. n. 182/2025 meritano di essere salutate con favore.

L'art. 44, pur senza rifondare il sistema della legittima, rimuove un ostacolo storico alla circolazione dei beni di provenienza liberale, incidendo su un meccanismo – l'azione di restituzione contro i terzi aventi causa dal donatario – che, soprattutto nella prassi creditizia, aveva assunto un peso assai maggiore rispetto alla sua effettiva operatività.

Anche l'art. 41, mediante un intervento puntuale, ha conseguito un risultato apprezzabile, da tempo auspicato e potenzialmente idoneo a produrre effetti benefici sull'intero sistema, ben oltre quelli – pur assai rilevanti – immediatamente percepibili (il riferimento va, come detto, alla rimozione del maggiore ostacolo pratico alla riqualificazione del termine dell'art. 480 c.c. come decadenziale).

L'interesse del legislatore per la materia successoria continua tuttavia ad apparire frammentario, affidato a interventi specifici, spesso sollecitati da singoli problemi pratici, per lo più avvertiti dagli istituti di credito e dal notariato, che oggi costituiscono i principali motori del rinnovamento.

Resta perciò l'auspicio di riforme di ben altra profondità e sistematicità: in particolare, l'abrogazione almeno parziale del divieto dei patti successori⁷², la riscrittura del patto di famiglia, la riduzione delle quote di legittima e l'introduzione di forme testamentarie capaci di offrire adeguata tutela ai soggetti vulnerabili.

ABSTRACT

⁷¹ Con conseguente stabilizzazione dell'acquisto da parte dello Stato, ove abbiano rinunciato tutti i chiamati, anche in subordine (ipotesi di scuola). Sul punto v. RIZZUTI, *La posizione dello Stato quale erede*, in CUFFARO (a cura di), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, 462.

⁷² Questa ipotesi di riforma è assai intrecciata ai temi considerati nella prima parte del presente scritto: basti pensare all'interesse che aveva riscosso il tema della rinuncia preventiva all'azione di restituzione contro i terzi aventi causa del donatario prima della sua recente abrogazione. Una simile rinuncia oggi (o, per meglio dire, non appena la riforma in commento entrerà a regime) semplicemente non ha più ragion d'essere. Sul punto v. IACCARINO, *Profili sistematici*, cit.

Il contributo analizza due riforme apportate, in ambito successorio, dalla recente l. 182/2025: il ridimensionamento dell'azione di restituzione a tutela dei legittimari e la nuova disciplina della trascrizione degli acquisti *mortis causa*. Quanto al primo profilo, la riforma rafforza la sicurezza della circolazione dei beni di provenienza donativa, facendo salvo, di regola, l'acquisto dei terzi e convertendo la tutela del legittimario in un credito verso il donatario, qualora quest'ultimo abbia alienato il bene in modo opponibile al legittimario. Il contributo mostra però che la novella non trasforma integralmente la legittima in un diritto di credito, poiché la tutela in natura resta ferma nei rapporti con il donatario. Il lavoro propone inoltre una rilettura dogmatica dell'azione di riduzione e affronta alcune questioni nuove sollevate dalla riforma. Quanto al secondo profilo, la legge semplifica la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità e dell'acquisto ex art. 485 c.c., accogliendo una soluzione da tempo attesa nella prassi notarile. Nel complesso, le due riforme sono valutate favorevolmente come interventi puntuali, tecnici e utili alla semplificazione del sistema; resta però l'auspicio di una più ampia revisione di alcuni istituti del diritto successorio.

The paper examines two reforms introduced in the field of succession law by the recent Italian Act No. 182/2025: the reshaping of the action for restitution protecting forced heirs and the new rules governing the registration of acquisitions mortis causa. As to the first aspect, the reform enhances the security of transactions involving assets originating from gifts by generally safeguarding the position of third-party acquirers and converting the forced heir's protection into a claim against the donee where the latter has transferred the asset in a manner enforceable against the forced heir. The paper argues, however, that the reform does not fully transform the forced share into a mere credit right, since protection in rem remains available in the relationship with the donee. It also offers a doctrinal reinterpretation of the action for reduction and addresses several new issues raised by the reform. As to the second aspect, the Act simplifies the registration of tacit acceptance of inheritance and of acquisitions under Article 485 of the Italian Civil Code, thereby adopting a solution long awaited in notarial practice. Overall, the two reforms are assessed positively as targeted, technical measures that contribute to the simplification of the system; nonetheless, the need for a broader reform of certain areas of succession law remains.



Pseudonimizzazione e rischio di re-identificazione

Stefania Pia Perrino

Prof. a contratto dell'Università di Milano-Bicocca



SOMMARIO: 1. Pseudonimizzazione e anonimizzazione. – 2. L'identificabilità nella giurisprudenza europea. – 2.1. La sentenza Breyer. – 2.2. La sentenza Deloitte. – 2.3. Le nuove coordinate della CGUE. – 3. La nuova dimensione dell'identificabilità dell'interessato. – 4. Dalla giurisprudenza alle riforme del *digital data acquis*. – 5. Conclusioni.

1. Pseudonimizzazione e anonimizzazione

Pseudonimizzazione, cifratura e anonimizzazione sono misure di mitigazione del rischio di identificazione dell'interessato dal trattamento dei dati personali.

La pseudonimizzazione¹, tanto nel regolamento GDPR UE/2016/679 quanto nel regolamento UE/2018/1725 sul trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione europea, costituisce una delle strategie disponibili per la protezione dei dati personali: è una misura tecnica organizzativa che non trasforma il dato, ma si limita a ridurne la riconducibilità immediata all'interessato. Con questo

¹ FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2018, 2, 441-460, in particolare 445. Si vedano, inoltre, PELLECCIA, *Dati personali, anonimizzati, pseudonimizzati, de-identificati: combinazioni possibili di livelli molteplici di identificabilità nel GDPR*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2020, 2, 360-363; PFITZMANN-DRESDEN-HANSEN, *Anonymity, Unlinkability, Undetectability, Unobservability, Pseudonymity, and Identity Management – A Consolidated Proposal for Terminology*, 2010, 14 ss., disponibile al link: https://dud.inf.tu-dresden.de/literatur/Anon_Terminology_v0.28.pdf; AGGARWAL-YU, *Privacy-preserving Data Mining: Models and Algorithms*, New York, 2008; CODIGLIONE, *Risk-based approach e trattamento dei dati personali*, in SICA-D'ANTONIO- RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016, 67 ss.

meccanismo si rendono gli identificatori diretti non più attribuibili a una persona; cionondimeno, i dati personali possono essere nuovamente riferiti all'individuo ricorrendo a una serie di informazioni aggiuntive². La sicurezza della procedura risiede proprio nella separazione e successiva conservazione segregata delle informazioni aggiuntive rispetto al dato. In accordo con la nozione prevista dall'art. GDPR, la trasformazione citata può essere reversibile solo mediante l'uso di elementi esterni, a loro volta protetti da misure tecniche e organizzative adeguate, in modo da ridurre il rischio di identificazione, pur mantenendo la possibilità di ricondurre i dati all'interessato per finalità legittime.

Ancorché costituente una strategia per la protezione, si tratta di una forma di trattamento di dati personali; pertanto, non si esclude l'applicazione delle norme di protezione dei dati e trovano applicazione gli obblighi di liceità, trasparenza e sicurezza.

Per poter realizzare la pseudonimizzazione occorre seguire tre passaggi essenziali: mappatura, sostituzione e segregazione. In primo luogo, occorre rintracciare tutti gli identificatori, ossia i campi da sostituire e che potrebbero determinare l'identificazione dell'individuo, quali il nome, il codice fiscale, il numero di telefono oppure l'indirizzo e-mail. Successivamente, è necessario selezionare un meccanismo di sostituzione degli identificatori contenuti nei dati personali: si può procedere alla tokenizzazione oppure all'*hashing con sale* o *salting*, alla cifratura a chiave simmetrica o asimmetrica³. Infine, perché il meccanismo possa realizzare la sua funzione, occorre che sussista una barriera funzionante tra chiavi e riferimenti personali. Ciò può realizzarsi mediante una semplice archiviazione separata oppure con il controllo degli accessi o attraverso il *logging* o, ancora, con la rotazione delle chiavi. Inoltre, si rendono necessarie misure organizzative idonee a realizzare la separazione dei ruoli tra chi detiene la chiave e chi tratta i dati, procedure di accesso minimo e valutazioni d'impatto sulla protezione dei dati, specie quando la pseudonimizzazione è impiegata in trattamenti ad alto rischio.

Il mantenimento di un legame tra chiave ed identificativo, dunque la potenziale identificazione dell'interessato, rende questa tecnica preferibile quando è necessario mantenere un collegamento per finalità di ricerca, controllo o assistenza.

La cifratura è un'ulteriore misura tecnica di mitigazione del rischio, che diverge dalla pseudonimizzazione, in quanto funzionale alla tutela della riservatezza degli in-

² Ai sensi del 30° considerando GDPR, le persone fisiche possono essere associate a identificativi online prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, a marcatori temporanei (cookies) o a identificativi di altro tipo, come i tag di identificazione a radiofrequenza. Tali identificativi – pur essendo di carattere pseudonimo – possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle.

³ Sulle misure, si vedano FAILLACE, *Il principio di privacy by design e di privacy by default*, in BRAVO (a cura di), *Dati personali. Protezione, libera circolazione e governance*, Pisa, 2023, 466 ss.; INCERTI, *Il principio di limitazione della finalità*, ivi, 193-194, 208, 220; D'ORAZIO, *Protezione dei dati by default e by design*, in SICA-D'ANTONIO-RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016, 79 ss.

interessati rendendo i dati personali illeggibili senza la chiave. La cifratura non modifica necessariamente la struttura identificativa dei dati, non elimina metadati e relazioni con gli identificativi, ma, similmente alla pseudonimizzazione, costituisce una procedura reversibile tramite decrittazione controllata.

La pseudonimizzazione va tenuta distinta⁴ da e non costituisce un metodo di anonimizzazione⁵. Anche questa tecnica assurge a misura di mitigazione del rischio per la protezione dei dati personali, tuttavia diverge perché è in grado di produrre dati impersonali, che non sono più riconducibili a una persona fisica sin dall'inizio oppure solo all'esito del trattamento. Mentre la pseudonimizzazione conserva una relazione con l'identificatore e costituisce un meccanismo potenzialmente reversibile da parte di chi ha il controllo delle chiavi, l'anonimizzazione non è reversibile e non residua alcun attuale o quantomeno potenziale riferimento all'individuo⁶.

Perché sussista anonimizzazione deve ricorrere l'effettiva impossibilità di re-identificazione, tenuto conto dello stato di avanzamento tecnologico contingente, degli sviluppi successivi⁷ e dello sforzo ragionevolmente applicabile per l'operazione⁸.

Dalla distinzione tratteggiata precedentemente deriva una conseguenza cruciale per la qualificazione della misura adoperata: il dato sottoposto ad anonimizzazione non è mai stato oppure non è più un dato personale e risulta sottratto dal campo di applicazione del GDPR⁹.

⁴ FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato*, in GALGANO (a cura di), *Trattato di dir. comm e dir. pubbl. dell'economia*, XLVIII, Bologna, 2008; Id., *Anonimato*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. Civ., Torino, 2010; BOLOGNINI-PELINO-BISTOLFI, *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016, 74 ss.; GAETA, *La protezione dei dati personali nell'Internet of Things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2018, 1, 147-179, in particolare 161.

⁵ PELLECCIA, *op. cit.*, 362.

⁶ Dall'analisi della prassi emerge però che non si può escludere in via assoluta la possibilità di identificazione mediante dato anonimizzato: in questo senso, si veda il Parere del Gruppo di lavoro per la protezione dei dati personali sulle tecniche di anonimizzazione, 10 aprile 2014, n. 5, in *www.ec.europa.eu*, nel quale si riporta come sia difficile creare dati effettivamente anonimi mantenendo tutte le informazioni necessarie per l'espletamento delle attività richieste. In dottrina, sul punto si rinvia a D'ORAZIO, *op. cit.*, 91; BOLOGNINI-PELINO-BISTOLFI, *op. cit.*, 77 ss.; GAETA, *op. cit.*, 162.

⁷ NERVI, *Il perimetro del Regolamento europeo: portata applicativa e definizioni*, in CUFFARO-D'ORAZIO-RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 176.

⁸ Sull'accezione relativa e non assoluta dell'impossibilità di re-identificazione, si veda FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., 446. Sulla re-identificazione, si veda FOGLIA, *Il dilemma (ancora aperto) dell'anonimizzazione e il ruolo della pseudonimizzazione nel GDPR*, in PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali tra libertà e regole di mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 e al novellato d.lgs. n. 196/2003*, Torino, 2019, 309 ss.

⁹ In questo senso depone il Considerando n. 26 Reg. 2016/679/UE: «[...] I dati personali sottoposti a pseudonimizzazione, i quali potrebbero essere attribuiti a una persona fisica mediante l'utilizzo di ulteriori informazioni, dovrebbero essere considerati informazioni su una persona fisica identificabile. [...] I principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più

Così, la scelta tra pseudonimizzazione e anonimizzazione dipende dall'equilibrio tra utilità dei dati e rischio residuo: la seconda diviene l'opzione più indicata quando la conservazione di qualsiasi collegamento è superflua.

L'European Data Protection Board ha recentemente adottato le Linee Guida per la pseudonimizzazione, all'esito di periodiche consultazioni con diverse categorie di *stakeholders*. Le *best practices* precisano le modalità di attuazione della misura di mitigazione e introducono profili di interesse per lo studioso del diritto privato. In particolare, si afferma la pseudonimizzazione deve essere realizzata con misure adeguate, sia a livello organizzativo che contrattuale. I *Terms and conditions* devono contemplare la misura tra le clausole contrattuali e così, oltre ad ampliarsi l'oggetto dell'obbligo informativo precontrattuale, si individuano nuove prestazioni nell'accordo tra titolare e interessato dal trattamento. In secondo luogo, le linee guida si concentrano sulla reversibilità della misura: a differenza dell'anonimizzazione, la pseudonimizzazione può essere superata mediante l'accesso agli identificativi segregati dal titolare del trattamento oppure mediante attività di diversa natura. Quando si configura questo rischio avverso, occorre una notifica all'Autorità di vigilanza. Cionondimeno, questo *data breach* deve essere segnalato solo nei casi in cui il titolare del trattamento disponga di sufficienti elementi per realizzare la comunicazione, senza un sacrificio eccessivo, e quando ritenga probabile la lesione dei diritti dell'interessato.

2. L'identificabilità nella giurisprudenza europea

Sia il regolamento GDPR sia il regolamento UE/2018/1725 recano una nozione di dato personale, consistente in un dato che reca informazioni che rendono l'interessato dal trattamento identificato o identificabile. Con un numero d'identificazione o grazie a uno o più elementi specifici caratteristici dell'identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale, è possibile risalire alla persona fisica interessata dal trattamento dei dati.

Il dato personale che non sia stato sottoposto ad alcuna misura di mitigazione del rischio, come pseudonimizzazione o cifratura o anonimizzazione, dispone di elementi che consentono di risalire direttamente o indirettamente all'interessato e, per questa ragione, il dato deve essere trattato secondo le regole dei citati regolamenti. Quando sottoposto alle misure di protezione menzionate, invece, si può segregare o limitare l'accesso dei terzi a quegli elementi identificativi e, dunque, recidere il legame con l'interessato. Tuttavia, il dato è personale per chi tratta e può avere una diversa dimensione per il terzo. Difatti, il dato pseudonimizzato può essere un dato personale, se si considera la posizione del soggetto titolare del trattamento, che realizza la dissociazione tra cifra e identificatore e si fa garante di questa separazione. Tuttavia, il medesimo dato trasferito a un terzo può essere considerato impersonale ogniqualvolta il soggetto destinatario del dato non

l'identificazione dell'interessato. Il presente regolamento non si applica pertanto al trattamento di tali informazioni anonime, anche per finalità statistiche o di ricerca».

disponga dei mezzi per identificare. Altri terzi, invece, potrebbero avere accesso alle misure di mitigazione oppure a dataset che consentono di associare lo pseudonimo al dato, sicché il dato può essere impersonale per un terzo e personale per altri destinatari. Dunque, il concetto di identificabilità e il relativo rischio di identificazione dipendono dal soggetto che si considera nella vicenda specifica e dai mezzi di cui dispone tale soggetto.

Se quanto precede risulta chiaro nella prassi, non è così nella disciplina di legge. Difatti, il concetto normativo di identificabilità non è circoscritto e ciò ha generato una *querelle* interpretativa in seno alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea lunga decenni e in via di risoluzione. Il pensiero corre al caso Breyer e al più recente e complesso *affaire* Deloitte.

2.1. La sentenza Breyer

Nel caso Breyer¹⁰, la domanda di pronuncia pregiudiziale alla CGUE verteva sull'interpretazione del concetto di identificabilità, desumibile degli artt. 2, lett. a) e 7, lett. f) direttiva 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.

La domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra un cittadino tedesco, il sig. Patrick Breyer, e la Repubblica federale tedesca, in merito alla registrazione e alla conservazione, da parte di quest'ultima, dell'indirizzo IP riferibile al cittadino. In particolare, il sig. Breyer ha consultato vari siti Internet, accessibili al pubblico, dei servizi federali tedeschi per consultare informazioni aggiornate. Al fine di contrastare attacchi e consentire il perseguimento penale dei «pirati informatici», la maggior parte di questi siti registra gli accessi nei file di registro. In essi sono memorizzati, al termine della sessione di consultazione di tali siti, il nome del sito o del file consultato, le parole inserite nei campi di ricerca, la data e l'ora della consultazione, il volume dei dati trasferiti, il messaggio relativo all'esito della consultazione e l'indirizzo IP del computer a partire dal quale è stato effettuato l'accesso. L'interessato, dunque, lascia una sorta di impronta della propria consultazione, tramite gli indirizzi IP, ossia sequenze numeriche assegnate ai computer collegati a Internet, al fine di consentire la comunicazione tra i medesimi attraverso tale rete. L'indirizzo IP del computer che effettua l'accesso è trasmesso al

¹⁰ Corte di Giustizia, sez. II, 19 ottobre 2016, C-582/14, Patrik Breyer c. Bundesrepublik Deutschland, in *EurLex*: «L'articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, dev'essere interpretato nel senso che un indirizzo di protocollo Internet dinamico registrato da un fornitore di servizi di media online in occasione della consultazione, da parte di una persona, di un sito Internet che tale fornitore rende accessibile al pubblico costituisce, nei confronti di tale fornitore, un dato personale ai sensi di detta disposizione, qualora detto fornitore disponga di mezzi giuridici che gli consentano di far identificare la persona interessata grazie alle informazioni aggiuntive di cui il fornitore di accesso a Internet di detta persona dispone». Per un commento alla pronuncia, si vedano PELLECCIA, *op. cit.*, 365 ss.; ZUIDERVEEN BORGESUIS, *The Breyer Case of the Court of Justice of the European Union: IP Addresses and the Personal Data Definition*, in *European data protection Law Review*, 2017, 3, 130 ss.

server che ospita il sito consultato. Tale comunicazione è necessaria per inviare i dati richiesti al corretto destinatario. I fornitori di accesso a Internet assegnano ai computer degli utenti di tale rete un indirizzo IP che può essere o «statico» o «dinamico», ossia un indirizzo IP che cambia a ogni nuova connessione a Internet. A differenza degli indirizzi IP statici, gli indirizzi IP dinamici non consentirebbero di associare, attraverso file accessibili al pubblico, un dato computer al collegamento fisico alla rete utilizzato dal fornitore di accesso a Internet.

Ciò considerato, il sig. Breyer ha proposto un ricorso dinanzi ai giudici amministrativi tedeschi, chiedendo che alla Repubblica federale di Germania fosse inibito di conservare o far conservare da terzi, al termine delle sessioni di consultazione dei siti accessibili al pubblico di media online dei servizi federali tedeschi, l'indirizzo IP del nodo ospite, qualora tale conservazione risulti essere necessaria per finalità meritevoli di tutela. Si è posto, dunque, il problema dell'identificabilità del sig. Breyer.

Il rischio di re-identificazione tratta il discrimine tra dato personale e anonimo e, visto che non risulta adeguatamente individuato nella disciplina vigente, si sono sviluppate due diverse opzioni interpretative. Queste ricostruzioni sono state analizzate prima dalla Corte federale di giustizia tedesca e poi dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Da un lato, si è sviluppata la tesi c.d. relativa, che considera la probabilità di identificabilità dell'interessato esclusivamente nella prospettiva del titolare del trattamento dei dati personali. Dall'altro lato, invece, è emersa la tesi assoluta oppure oggettiva, che considera l'identificabilità tenuto conto dei mezzi, dei fondi, delle tecnologie a disposizione del titolare del trattamento oppure di ogni altro terzo che diviene destinatario dei dati¹¹.

¹¹ Su entrambe le posizioni dottrinali, si vedano ESSER-KRAMER-VON LEWINSKI (a cura di), *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz. Nebengesetze*, IV ed., Colonia, 2014, 4-10; NINK-POHLE, *Die Bestimmbarkeit des Personenbezugs. Von der IP-Adresse zum Anwendungsbereich der Datenschutzgesetze*, in *Multimedia und Recht*, 2015, 9, 563-567; HEIDRICH-WEGENER, *Rechtliche und technische Anforderungen an die Protokollierung von IT-Daten. Problemfall Logging*, in *Multimedia und Recht*, 2015, 8, 487-492; LEISTERER, *Die neuen Pflichten zur Netz und Informationssicherheit und die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Gefahrenabwehr*, in *Computer und Recht*, 2015, 10, 665-670. Sul dibattito occorre rinviare pure alla ricostruzione del *Bundesgerichtshof*: la Corte federale di giustizia ha espressamente richiamato la *querelle* dottrinale relativa alla scelta di un criterio «oggettivo» oppure di un criterio «relativo» al fine di stabilire se una persona sia identificabile. Applicando un criterio «oggettivo», dati come gli indirizzi IP, oggetto di discussione nel procedimento, potrebbero essere qualificati, al termine delle sessioni di consultazione dei siti Internet considerati, come dati personali anche qualora solamente un terzo sia in grado di determinare l'identità della persona interessata, terzo che, nel caso di specie, è il fornitore di accesso a Internet. Secondo un criterio «relativo», invece, dati siffatti potrebbero essere qualificati come dati personali nei confronti di un organismo, quale il fornitore di accesso a Internet, poiché consentono la precisa identificazione dell'utente, ma privi di tale qualificazione nei confronti di un altro organismo, quale l'operatore dei siti Internet consultati, dato che detto secondo diverso operatore non disporrebbe delle informazioni necessarie per identificarlo senza un eccessivo dispendio di risorse. Sul punto, è possibile pure richiamare il parere del Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la Protezione dei Dati, 20 giugno 2007 n. 4, disponibile al link: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/613101/en>.

Per risolvere la controversia, la Corte di Giustizia muove dal contenuto della disciplina allora vigente e, segnatamente, dal testo del considerando 26 dir. 95/46, secondo il quale per determinare se una persona sia identificabile è opportuno prendere in considerazione l'insieme dei mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati dal responsabile del trattamento o da altri per identificare detta persona. Nella misura in cui il considerando fa riferimento ai mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati tanto dal responsabile del trattamento quanto da altri, la sua formulazione suggerisce che, perché un dato possa essere qualificato come «dato personale» ai sensi dell'articolo 2, lettera a), di tale direttiva non si richiede che tutte le informazioni che consentono di identificare la persona interessata debbano essere in possesso di una sola persona, salvo che l'identificazione della persona interessata non risulti vietata dalla legge o praticamente irrealizzabile. Entro questa prospettiva, l'articolo 2, lett. a), dir. 95/46 dev'essere interpretato nel senso che un indirizzo IP dinamico registrato da un fornitore di servizi di media online in occasione della consultazione, da parte di una persona, di un sito Internet che tale fornitore rende accessibile al pubblico costituisce, nei confronti di tale fornitore, un dato personale. L'identificabilità dipende, però, dal fatto che tale soggetto disponga di mezzi giuridici che gli consentano di far identificare la persona interessata grazie alle informazioni aggiuntive. Tuttavia, la CGUE ha precisato che l'art. 7, lett. f), dir. 95/46 osta a una normativa di uno Stato membro ai sensi della quale un fornitore di servizi di media online può raccogliere e impiegare dati personali di un utente di tali servizi, in mancanza del suo consenso, solo nella misura in cui detta raccolta e detto impiego siano necessari per consentire e fatturare l'effettiva fruizione dei suddetti servizi da parte dell'utente in questione, senza che l'obiettivo di assicurare il funzionamento generale dei medesimi servizi possa giustificare l'impiego di tali dati dopo una sessione di consultazione degli stessi.

Nel caso Breyer, la CGUE si pronuncia in maniera concisa sulla questione della identificabilità, lasciando però ancora aperto il dibattito.

2.2. La sentenza Deloitte

La pronuncia Deloitte interviene circa dieci anni dopo sull'art. 3 § 6 reg. UE/2018/1725, i cui contenuti sono equivalenti a quelli del GDPR, che ha a sua volta abrogato e sostituito la dir. UE/95/46. Nella parte argomentativa della pronuncia recentemente emessa dalla Corte di Giustizia, però, emergono osservazioni più precise per gli interpreti.

La vicenda prende avvio nel 2017, quando il Comitato di Risoluzione Unico (di seguito, CRU o SRB¹²) ha adottato un programma di risoluzione per il Banco Popular Español SA e, nell'occasione, ha incaricato la società di consulenza e revisione contabile, Deloitte, per lo svolgimento un'analisi comparativa tra il piano adottato e una procedura di insolvenza ordinaria, con lo scopo di verificare se gli azionisti e i creditori del Banco

¹² Acronimo di Single Resolution Board.

avrebbero potuto conseguire un miglior trattamento economico con la seconda opzione, così da corrispondere loro un indennizzo. Per adottare tale decisione, CRU ha dato un avviso sul sito internet e ha avviato il procedimento relativo al diritto di essere ascoltati: gli azionisti e i creditori avrebbero dovuto manifestare il loro interesse ad esercitare il diritto ad essere ascoltati, compilando un modulo di iscrizione online corredato dalla documentazione richiesta. È stata pubblicata l'informativa sul trattamento dei dati personali nell'ambito della procedura, successivamente è stata inviata un'e-mail con il link per accedere al modulo e, una volta conseguite le risposte, CRU ha chiesto a Deloitte di verificare che le proprie valutazioni risultassero ancora valide, considerate le osservazioni o quantomeno parte di queste conseguite dagli azionisti e creditori.

Nel 2019, alcuni degli azionisti e creditori hanno proposto reclamo per la violazione del regolamento UE 2018/1725, ossia il regolamento sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione. Secondo il reclamo, CRU non avrebbe informato gli interessati sulla trasmissione delle risposte al modulo a destinatari terzi, come la società di consulenza.

In un primo momento, il Garante Europeo della Protezione dei Dati (GEPD), ha riscontrato la violazione dell'art. 15 reg. 2018/1725, in virtù dell'inadempimento dell'obbligo informativo, e ha rivolto un ammonimento a CRU.

Nel 2020, CRU ha chiesto al garante di rivedere la propria decisione, tenuto conto del tipo di dati condivisi con Deloitte. Sicché il GEPD ha rivisto la propria decisione e ha affermato che i dati condivisi da CRU con Deloitte erano pseudonimizzati, dunque, insuscettibili di essere considerati personali per la limitatezza delle informazioni e dei mezzi per risalire all'identità, tuttavia, persiste l'inadempimento informativo poiché la società di consulenza era un destinatario di dati personali degli azionisti e creditori ma non risultava essere stata menzionata nell'informativa.

Nello stesso anno, CRU ha proposto un ricorso diretto contro la decisione del GEPD dinanzi al Tribunale europeo atteso che i dati condivisi non potevano costituire dati personali: il motivo di ricorso è stato accolto e la decisione controversa è stata annullata¹³. A sostegno di CRU, è stata autorizzata a intervenire la Commissione europea, mentre a sostegno del garante è intervenuto il Comitato europeo per la protezione dei dati.

La decisione è stata impugnata dal Garante europeo: il Tribunale avrebbe erroneamente escluso la natura personale dei dati e il rischio di re-identificazione sulla base di presunzioni. Diversamente, i dati condivisi da CRU concernevano le persone fisiche coinvolte, proprio perché recanti un punto di vista personale, e risultavano identificabili, visto che a ciascuna osservazione era associato un codice alfanumerico identificativo del creditore. In secondo luogo, il rischio di re-identificazione è stato valutato nella prospettiva del titolare al trattamento dei dati, ossia SRB; cionondimeno, la società di consulenza

¹³ Trib. UE, sez. VIII, 26 aprile 2023, T-557/20, CRU c. Garante europeo della protezione dei dati, disponibile al link: <https://infocuria.curia.europa.eu/tabs/document?source=document&text=&docid=272910&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4441919>.

era in possesso dei dati e nulla ostava all'identificazione da parte di quest'ultima, neppure menzionata nell'informativa resa agli interessati.

La Corte interviene modificando e annullando parzialmente la pronuncia del Tribunale europeo.

La materia del contendere verte sulla violazione dell'art. 3, §§ 1 e 6, reg. 2018/1725¹⁴, ossia del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione dei dati. Disciplina e disposizione che, come si evince dalla premessa svolta dalla CGUE, hanno contenuto sostanzialmente analogo a quello del Regolamento sulla protezione dei dati personali e, segnatamente, all'art. 4 § 1 GDPR. Le specifiche previsioni menzionate hanno per oggetto la nozione di dato personale e quella di pseudonimizzazione, per verificare l'idoneità a sussumere entro tali definizioni pure le osservazioni sotto pseudonimo condivise con Deloitte.

Alla stregua dell'art. 3 § 1 reg. 2018/175, così come interpretato nei precedenti della Corte¹⁵, costituisce dato personale una qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile: si utilizza un'accezione estesa per comprendere ogni tipo di informazione, tanto oggettiva quanto soggettiva, anche sottoforma di pareri e valutazioni riguardanti l'interessato, considerando il contenuto, le finalità e l'effetto. Dunque, possono essere dati personali anche quelli contenuti in pareri e opinioni, visto che sono così strettamente connessi alla persona fisica, mentre non vale ad escludere tale natura il fatto che i dati siano rappresentati entro punti di vista personali. Ad esempio, costituiscono dati personali le correzioni apposte da un esaminatore a margine delle risposte scritte a un esame professionale, come già statuito nel caso Nowak¹⁶.

Occorre verificare funzione e finalità di queste opinioni per pervenire a una qualificazione, sicché il Tribunale europeo è incorso in un errore di diritto allorquando ha

¹⁴ Regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il regolamento (CE) n. 45/2001 e la decisione n. 1247/2002/CE.

¹⁵ Corte di Giustizia, sez. I, 4 maggio 2023, C-487/21, F.F. c. Österreichische Datenschutzbehörde, in *Eur-Lex*. Per un commento alla pronuncia, si vedano KELLER-SPIES, *EU: Scope of the fight of access pursuant to art. 15 (3) GDPR – concept of the terms 'copy' and 'information'*, in *Computer Law Review International*, 2023, 3, 84 ss.; ZIEMELE, *Derecho de acceso del interesado a sus datos personales objeto de tratamiento: determinación de los conceptos de «copia» y de «información»*, in *La Ley Unión Europea*, 2023, 115.

¹⁶ Secondo il dispositivo della Corte di Giustizia, sez. II, 20 dicembre 2017, C-434/16, Peter Nowak c. Data Protection Commissioner, in *Eur-Lex*: «L'articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, le risposte scritte fornite da un candidato durante un esame professionale e le eventuali annotazioni dell'esaminatore relative a tali risposte costituiscono dati personali, ai sensi di tale disposizione».

omesso di considerare in concreto la natura di questi dati. Diverse considerazioni invece spende la CGUE sul rischio di re-identificazione in caso di pseudonimizzazione.

In accordo con le previsioni del GDPR e del reg. 2018/1725, non sono dati personali quelli anonimi oppure quelli resi sufficientemente impersonali in modo tale da impedire l'identificazione dell'interessato¹⁷. I dati pseudonimizzati non rientrano nella nozione di dato personale per diverse ragioni: non sono menzionati nella nozione autentica, ma semmai formano oggetto dell'art. 3 § 6 del regolamento. La pseudonimizzazione definita dalla menzionata previsione è un trattamento di dati non più attribuibili all'interessato senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive e con la conservazione separata delle informazioni aggiuntive. La gestione segregata è presidiata da misure organizzative idonee a prevenire l'identificazione. La nozione presuppone l'esistenza di informazioni che consentono l'identificazione, tuttavia l'operatività delle misure citate può incidere sul carattere personale del dato.

L'esistenza di tali informazioni aggiuntive non determina da sé sola l'identificabilità. Occorre considerare in concreto, caso per caso, secondo un criterio di ragionevolezza, tutte le misure complessivamente adottate dal titolare del trattamento o dal terzo per verificare l'eventuale identificabilità dell'interessato. In particolare, è necessario valutare quei fattori oggettivi che concorrono a influenzare una simile procedura, come i costi, il tempo, le tecnologie disponibili al momento del trattamento e gli sviluppi tecnologici successivi, tutti necessari per realizzare l'identificazione nel caso concreto. Dunque, i dati pseudonimizzati possono essere dati personali ai fini della applicazione del regolamento menzionato così come alla stregua del GDPR; cionondimeno, a seconda dei casi, la pseudonimizzazione può impedire a persone diverse dal titolare del trattamento di identificare l'interessato. La nozione di dato personale per quanto volutamente ampia non è illimitata ed esclude dal suo spazio applicativo i dati impersonali.

Da questa serie di considerazioni la Corte ne fa discendere un'altra: se per il terzo destinatario non è possibile procedere all'identificazione allora non sussistono né il rischio di re-identificazione né un dato personale e, conseguentemente, non possono trovare applicazione in capo al soggetto terzo tutti quegli obblighi che i regolamenti associano al trattamento, tra cui l'obbligo di fornire adeguata, completa e chiara informazione all'interessato.

Si perviene così a valutare gli ulteriori profili di doglianza rilevati dal ricorrente: l'angolo prospettico entro cui si deve accertare l'identificabilità; il momento specifico in cui questa valutazione deve essere operata; lo spazio applicativo dell'obbligo di informazione. Difatti, l'art. 3 § 1 reg. 2018/1725 non precisa entro quale prospettiva è necessario valutare il rischio di re-identificazione. Sono altre le parti del regolamento che, invece, sembrano operare alcune precisazioni, tra cui il considerando n. 16, l'art. 15 e il considerando n. 35.

¹⁷ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 dicembre 2023, C-683/21, *Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos c. Valstybinė duomenų apsaugos inspekcija*, punto 57, in *Eur-Lex*.

Il terzo periodo del considerando 16 reg. 2018/1725 afferma che l'identificabilità deve considerare i fattori oggettivi e soggettivi, ossia i mezzi, i costi, l'avanzamento tecnologico, che possano essere adoperati con elevata probabilità dal titolare del trattamento o dal terzo, tenuto conto del trattamento, delle sue finalità, delle circostanze e del contesto specifico di applicazione.

L'art. 15 § 1 reg. 2018/1725 precisa che le informazioni sul trattamento devono essere fornite nel momento in cui i dati personali sono ottenuti, ossia al momento della raccolta¹⁸, tenuto conto delle circostanze e del contesto specifici del caso¹⁹, in forma concisa, trasparente, intellegibile e comprensibile²⁰.

Il considerando n. 35 prevede che devono essere precisate le conseguenze dell'eventuale rifiuto al trattamento dei dati, così da consentire all'interessato di decidere consapevolmente.

Come precisato poi dalla giurisprudenza in casi analoghi²¹, peculiare è la funzione dell'obbligo informativo: le informazioni devono essere complete e dovrebbero certamente riguardare l'eventuale sussistenza di ulteriori destinatari dei dati, ma l'informativa serve all'interessato per pervenire a una decisione con cognizione di causa per acconsentire o rifiutare. Si vuole evitare una raccolta contro il consenso e il trasferimento a terzi contro la volontà dell'interessato.

Alla stregua di tali elementi, la Corte afferma che l'identificabilità deve essere valutata nella prospettiva del titolare del trattamento; sotto il profilo temporale, deve essere considerato il momento della raccolta dei dati; con riferimento all'obbligo di informazione di cui all'art 15 § 1 lett. d) reg. 2018/1725, esso si inserisce nel rapporto giuridico tra interessato e titolare, prima di eventuali trasferimenti a destinatari terzi; l'obbligo informativo sussiste a prescindere dalla qualificazione del dato come personale o meno all'esito della pseudonimizzazione.

¹⁸ Corte di Giustizia, sez. II, 29 luglio 2019, C-40/17, Fashion ID GmbH & Co.KG contro Verbraucherzentrale NRW eV, in *Eur-Lex*: «Dal tenore letterale di tale disposizione (l'obbligo di informazione previsto all'articolo 10 della direttiva 95/46, ndr.) emerge che il responsabile del trattamento o il suo rappresentante deve fornire almeno le informazioni previste da tale disposizione alla persona presso la quale raccoglie i dati. Risulta quindi che tale informazione deve essere fornita dal responsabile del trattamento immediatamente, ossia al momento della raccolta dei dati».

¹⁹ Corte di Giustizia, sez. IV, 11 luglio 2024, C-757/22, Meta Platforms Ireland c. undesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, in *Eur-Lex*: «L'importanza del rispetto di un siffatto obbligo di informazione è altresì confermata dal considerando 60 del GDPR, il quale enuncia che il principio del trattamento corretto e trasparente implica che l'interessato sia informato dell'esistenza del trattamento e delle sue finalità, sottolineando che il titolare del trattamento dovrebbe fornire eventuali ulteriori informazioni necessarie ad assicurare un trattamento corretto e trasparente, prendendo in considerazione le circostanze e il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati».

²⁰ Sull'ampia accezione di dato personale nella giurisprudenza europea, si veda MENDOLA, *L'“intelligente” automazione nei sistemi di credit scoring*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, 20, 1128-1165, in particolare 1147.

²¹ Corte di Giustizia, 29 luglio 2019, Fashion ID, cit., § 104.

Nella vicenda in esame, vero è che CRU ha fornito a Deloitte esclusivamente parte dei dati raccolti e pseudonimizzati, con una serie di misure volte a impedire l'identificazione, che non potevano essere superate o controllate dalla società di consulenza. Difettava in capo al terzo la possibilità di realizzare un controllo incrociato tra valutazioni dei creditori e azionisti recanti un codice alfanumerico e i dati identificativi degli interessati collegati a tali codici. Conseguentemente, la società non avrebbe potuto ragionevolmente, con i mezzi tecnici disponibili al momento della configurazione del trattamento, risalire all'identità e procedere alla re-identificazione. Cionondimeno, l'identificabilità dell'interessato non deve essere valutata nella prospettiva del terzo, bensì del titolare del trattamento, tenuto conto delle finalità e del momento di raccolta allorquando deve essere adempiuto l'obbligo informativo ex art. 15 reg. 2018/1725: nel caso di specie, SRB disponeva di tutte le informazioni per identificare gli azionisti e i creditori, nonostante la pseudonimizzazione risultava possibile risalire all'identità e, dunque, possono essere considerati come dati personali.

2.3. Le nuove coordinate della CGUE

La decisione Deloitte, più complessa e più articolata del precedente Breyer, circoscrive la nozione di dato personale, anche se ne mantiene le sue geometrie variabili. In particolare, anche le osservazioni e le opinioni possono costituire dati personali al pari di nome, cognome, numero di telefono e indirizzo e-mail. Questi dati, una volta sottoposti al trattamento di pseudonimizzazione, possono continuare a rientrare nella categoria dei dati personali, ma non sempre: infatti, diventano impersonali e ne seguono il regime giuridico, se chi li riceve da altri non ha accesso alle chiavi e agli strumenti per realizzare la re-identificazione.

Con riferimento alla re-identificazione, si ribadisce l'adesione al criterio elaborato nel caso Breyer: l'identificabilità dell'interessato deve essere valutata dal punto di vista del soggetto che realizza il trattamento e si pongono al centro i meccanismi di *risk assessment* adoperati. Occorre, dunque, considerare il rischio senza automatismi: deve riscontrarsi l'impossibilità materiale e legale di associazione tra informazioni supplementari e pseudonimo o, se il rischio sussiste, deve essere insignificante, tenuto conto dei fondi e delle tecnologie che possono essere adoperate concretamente e ragionevolmente da parte di chi detiene il dato pseudonimizzato.

La pronuncia, poi, precisa meglio i confini degli obblighi informativi, cui è tenuto il titolare del trattamento, specie per i casi in cui il dato personale risulti successivamente sottoposto alle misure di mitigazione del rischio prima analizzate. L'informazione costituisce uno degli elementi strutturali del rapporto giuridico tra titolare e interessato: il primo rende consapevole il secondo sulle modalità di utilizzo del dato e orienta quest'ultimo nella scelta di prestare o meno il successivo consenso al trattamento e all'eventuale trasferimento. L'obbligo è posto in capo al titolare del trattamento, in forma concisa, trasparente, intellegibile, accessibile, tenuto conto del momento in cui i dati sono raccolti e prima di eventuali trasferimenti a terzi. Dunque, anche se eventualmente e successivamente un terzo riceve dei dati sottoposti a pseudonimizzazione e pertanto non sono ri-

feribili all'interessato secondo il criterio Breyer, applicato in concreto, l'obbligo di informazione di cui all'art. 15 § 1 lett. d) reg. UE/2018/1725 impone al titolare del trattamento di informare comunque l'interessato sui destinatari del trasferimento dei suddetti dati.

3. La nuova dimensione dell'identificabilità dell'interessato

La riconfigurazione del concetto di identificabilità e del rischio di re-identificazione hanno destato sin da subito l'attenzione degli interpreti per la possibilità, in passato avvertita come frustrata, di determinare una contrazione della nozione ampia di dato personale. Si favorirebbe così una più agile circolazione dei dati previa pseudonimizzazione. Cionondimeno, la decisione desta alcune perplessità e appare rilevante pure per altre ragioni.

La nozione di dato personale non si restringe o allarga in via astratta e assoluta: potenzialmente, l'applicazione di tecniche di cifratura, pseudonimizzazione e anonimizzazione può determinare il superamento del rischio di re-identificazione, specie considerando i mezzi che il soggetto può concretamente adoperare. Tuttavia, l'adesione al criterio Breyer determina ricadute applicative importanti: la valutazione concreta dovrà considerare tutte le nuove e sofisticate tecnologie disponibili al momento del trattamento, che possono essere utilizzate per risalire all'interessato, ancorché si debbano considerare solo quelle concretamente adoperabili dal titolare o dal terzo per la re-identificazione. Dunque, se in concreto si può considerare in via di restrizione la nozione di dato personale, l'identificabilità può considerarsi oggi sottoposta ad ampliamento o contrazione a seconda degli avanzamenti della tecnica. Questo orientamento allora introduce un livello di peculiare complessità nella valutazione richiesta e, peraltro, ciò non costituisce un rischio eminentemente teorico: l'analisi della prassi ha già restituito agli interpreti un quadro che depone nel senso dell'estensione dello spazio di identificabilità dei dati ancorché sottoposti a misure di mitigazione. Secondo il Parere del Gruppo di lavoro per la protezione dei dati personali sulle tecniche di anonimizzazione²², non si può escludere in via assoluta la possibilità di identificazione e, allo stato attuale, è assai difficile creare dati effettivamente anonimi mantenendo segregate tutte le informazioni necessarie per l'espletamento delle attività richieste.

In secondo luogo, nella sentenza sembra evidenziarsi un cortocircuito, che pare stonare con l'adesione al criterio Breyer. Secondo la CGUE, i dati personali possono diventare impersonali e viceversa: i dati pseudonimizzati non costituiscono, in ogni caso e per qualsiasi persona, dati personali ai fini dell'applicazione dei regolamenti GDPR e 2018/1725. In caso di pseudonimizzazione occorre verificare in concreto la disponibilità degli strumenti giuridici per ottenere da altri le informazioni aggiuntive per procedere all'identificazione,

²² In questo senso, si veda il Parere del Gruppo di lavoro per la protezione dei dati personali sulle tecniche di anonimizzazione, 10 aprile 2014, n. 5, in www.ec.europa.eu. In dottrina, sul punto si rinvia a D'ORAZIO, *op. cit.*, 91; BOLOGNINI-PELINO-BISTOLFI, *op. cit.*, 77 ss.; GAETA, *op. cit.*, 162.

considerando i costi, il tempo, le tecnologie disponibili al momento del trattamento e gli eventuali sviluppi tecnologici. Tuttavia, al § 85 la Corte stigmatizza l'operato del Garante europeo della protezione dei dati perché, nel censurare la condotta di CRU, ha riscontrato un astratto rischio di re-identificazione in caso di eventuale controllo incrociato e ha affermato che i dati pseudonimizzati dovrebbero costituire dati personali sottoposti alla disciplina del GDPR sia nel trasferimento alla società di consulenza sia nel trasferimento ulteriore ad eventuali altri destinatari. Difatti, si legge espressamente: «quest'ultimo deve essere considerato identificabile per quanto riguarda tanto tale trasferimento quanto qualsiasi ulteriore trattamento di tali dati da parte di detti terzi. In tali circostanze, i dati pseudonimizzati dovrebbero essere considerati personali». Dunque, la conclusione dei giudici europei è quella di imporre sempre una verifica in ordine alla sussistenza o meno di rischio di re-identificazione da parte di persone diverse dal titolare del trattamento; ciononostante, poi si afferma che una volta riscontrato il pericolo concreto di controllo incrociato o di ogni altra modalità di associazione delle chiavi agli identificatori allora il dato diviene personale sempre e comunque nei fenomeni circolatori successivi. Al contrario, si dovrebbe affermare che il dato può essere considerato impersonale in caso di trasmissione a un terzo che non dispone di strumenti per risalire all'identità, ma può tornare a essere personale e può configurarsi una re-identificazione dell'interessato quando un diverso destinatario dispone di strategie idonee per superare la dissociazione, ad esempio svolgendo un controllo incrociato con un proprio ampio *data set*.

Infine, le precisazioni offerte nel caso Deloitte potranno determinare un effetto agevolatore per la circolazione dei dati, specie in un contesto come quello contingente caratterizzato dall'uso massivo di *big data* per alimentare i sistemi di intelligenza artificiale. Cionondimeno, questa particolare attitudine deriva dal momento in cui questa pronuncia è stata adottata, ossia in un periodo di profonde riforme in ambito europeo, che concorrono a comporre «il diritto europeo dei dati» e quindi dell'«European Data Strategy»²³.

4. Dalla giurisprudenza alle riforme del *digital data acquis*

A favorire l'innovazione e la competitività dell'Unione europea²⁴ è recentemente intervenuto, infatti, l'*European Health Data Space* (di seguito, EHDS). Specialmente dopo la pandemia, l'Unione Europea ha adottato una serie di discipline volte a rafforzare la protezione dei dati personali in modo compatibile però con una maggiore disponibilità di dati sanitari in grado di supportare i protocolli di ricerca e la crescita economica. Tra

²³ CASO-GUARDA, *Ricerca e Spazio Europeo dei Dati Sanitari tra regole proprietarie e apertura*, in *Accademia*, 2025, 837-850.

²⁴ Sulle diverse iniziative in materia, si veda MORACE PINELLI (a cura di), *Dalla Data Protection alla Data Governance: il Regolamento (UE) 2022/868*, Pisa, 2024; ID., *Data Act. Introduzione interdisciplinare e commentario al regolamento (UE) 2023/2854*, Pisa, 2025; ID., *la circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, Pisa, 2022.

queste spicca l'EHDS²⁵, che ha recentemente introdotto due binari di circolazione dei dati personali in ambito sanitario: il primo riguarda i dati sanitari a uso primario, che continuano a essere sottoposti al regime fondato sul consenso informato, e un secondo binario relativo ai dati per uso secondario, accessibili senza un previo consenso, purché il trattamento risulti funzionale al perseguimento di definite finalità di pubblico interesse ex art. 53 EHDS²⁶. Non solo, perché il consenso informato autorizzativo al trattamento dei dati da regola diviene eccezione: la circolazione dei dati sanitari elettronici avviene senza necessità del consenso espresso da parte dell'interessato per il trattamento, salvo l'esercizio del diritto di opposizione o di esclusione²⁷.

Quelli cui fa riferimento l'EHDS, però, sono dati relativi alla salute degli individui ed elettronici, tipicamente rinvenibili nei fascicoli sanitari. Semmai, per quanto qui interessa, il regolamento introduce espressamente nuovi divieti di trattamento che concorrono ad ampliare la nozione di dato personale.

Con riferimento, invece, alla generalità dei dati, è necessario considerare una rilevante recente proposta, che potrebbe essere idonea a recepire le coordinate della sentenza Deloitte, ossia la proposta c.d. *Digital Omnibus*.

Il *Digital Omnibus*²⁸ costituisce un insieme di proposte legislative della Commissione Europea, avanzato nel novembre 2025. Con questa proposta si intende razionalizzare, armonizzare e semplificare l'intero quadro normativo digitale dell'UE, con modifiche

²⁵ MORACE PINELLI, *Lo spazio europeo dei dati sanitari (reg. UE n. 327/2025)*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2025, IV, 1016-1031, in particolare 1020; FACCIOLO, *La responsabilità civile per violazione della disciplina per l'utilizzo dei dati sanitari elettronici nell'European Health Data Space (art. 100 Reg. 2025/327/UE)*, in *Resp. civ. prev.*, 2025, 5; V. RICCIUTO, *Una circolazione dei dati sanitari anche nella prospettiva del mercato?*, in questa *Rivista*, 2025, 9, 823-836; CASO-GUARDA, *op. cit.*, 837-850; FAILLACE, *I diritti dell'interessato nell'uso primario dei dati sanitari elettronici secondo il nuovo regolamento EHDS*, in *Contratto e Impresa*, 2025, 2, 379-401; CORSO, *Lo spazio europeo dei dati sanitari. Prime riflessioni sul regolamento UE 2025/327*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2025, 3, 563-603; ID., *Il trattamento dei dati personali in ambito sanitario*, in *Riv. it., informatica e diritto*, 2025, 2, 2-20; CASCINI-ARCURI, *Uso secondario dei dati personali relativi alla salute: panoramica della normativa europea e nazionale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2024, 6, 837 ss.; ZAMBRANO, *EHDS e soggetti vulnerabili: tra esigenze di condivisione dei dati sanitari e tutela della persona*, in *Accademia*, 2025, 1097.

²⁶ Tra queste si annoverano sanità pubblica e medicina del lavoro, ma anche politiche e attività regolamentari a sostegno di enti pubblici o di istituzioni, organi e organismi dell'Unione, statistiche, attività d'istruzione o d'insegnamento nel settore sanitario, ma pure ricerca scientifica nel settore sanitario o dell'assistenza. Sull'accezione pubblicistica della disciplina e dell'accesso ai dati a uso secondario, si veda RICCIUTO, *op. cit.*, 834.

²⁷ In questo senso, si veda RICCIUTO, *op. cit.*, 829.

²⁸ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per la modifica dei Regolamenti 2016/679, 2018/1724, 2018/1725, 2023/2854 e delle Direttive 2002/58, 2022/2555 e 2022/2557 per la semplificazione del quadro normativo digitale, e per l'abrogazione dei Regolamenti 2018/1807, 2019/1150, 2022/868, e della Direttiva 2019/1024 (*Digital Omnibus*).

a GDPR, AI Act²⁹, Data Act³⁰ e NIS³¹, per ridurre gli oneri amministrativi e allineare la regolamentazione alle esigenze di innovazione dei settori coinvolti, considerata la complessità ormai raggiunta dal *data legislative aquis*.

Per quanto qui interessa, secondo il Considerando n. 27, il regolamento propone una serie di modifiche per il GDPR. In particolare, si intende intervenire sul tenore dell'art. 4 GDPR relativo alla nozione di dato personale, ossia l'informazione o le informazioni su una persona identificata o identificabile. La proposta prevede una precisazione in ordine al concetto di identificabilità: dovrebbero essere considerati tutti i mezzi che ragionevolmente potrebbero essere utilizzati per identificare direttamente o indirettamente una persona. Proprio in accordo con le coordinate offerte nelle vicende Breyer e Deloitte, l'esistenza di informazioni aggiuntive segregate rispetto al dato non determina che esso risulti necessariamente personale; sicché il dato pseudonimizzato non rientra di per sé nello spazio di applicazione del regolamento GDPR. Semmai occorre chiarire che il dato non può essere considerato come personale quando l'ente che lo tratta non dispone degli strumenti idonei per svolgere il controllo incrociato tra chiavi ed identificativi. Dunque, anche la proposta aderisce al criterio Breyer. Conformemente, la nozione di dato personale e il concetto di identificabilità devono escludere dal loro campo di applicazione i casi in cui il rischio di identificazione appaia in realtà insignificante, o perché l'identificazione di tale interessato è vietata dalla legge o quando risulti impossibile nella pratica o, ancora, perché comporterebbe uno sforzo sproporzionato in termini di tempo, costi e manodopera. Si menziona, poi, espressamente un esempio di divieto di re-identificazione, che si trova poi proprio nel citato regolamento EHDS e, segnatamente, tra gli obblighi degli utenti dei dati sanitari di cui all'articolo 61, § 3, reg. 2025/327.

In via ulteriore, il considerando n. 27 precisa quanto previsto nel § 85 della sentenza Deloitte. Secondo la proposta, una potenziale trasmissione successiva a terzi delle informazioni sottoposte a misura di pseudonimizzazione, rende tali informazioni dati personali solo per quei terzi che dispongono dei mezzi che consentono loro di identificare ragionevolmente la persona fisica cui si riferiscono le informazioni. Si evitano così i dubbi determinati dal confronto tra l'adesione al criterio Breyer e la formulazione del § 85 della pronuncia.

²⁹ Regolamento 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 recante le coordinate per l'armonizzazione delle regole sull'intelligenza artificiale, G.U. 12 luglio 2024. Sul punto, è necessario menzionare che l'Italia ha adottato la prima disciplina in Europa per la regolazione dell'intelligenza artificiale, con la Legge 23 settembre 2025, n. 132, recante *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza*, in G.U. 25 settembre 2025, n. 223, entrata in vigore in data 10 ottobre 2025.

³⁰ Regolamento 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 Dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (regolamento sui dati), G.U. 22 dicembre 2023.

³¹ Direttiva 2022/2555 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativa a misure per un livello comune elevato di cibersicurezza nell'Unione, recante la modifica del regolamento n. 910/2014 e della direttiva 2018/1972 e che abroga la direttiva 2016/1148.

5. Conclusioni

Il periodo storico contingente è caratterizzato ormai da un uso massivo di dati, specie per il funzionamento di macchine e sistemi automatizzati, da impiegare in medicina, in ambito educativo, negli acquisti, nello sport e ogni altro settore interessato. La circolazione di questi dati, però, deve fare i conti con la notevole disciplina introdotta dall'Unione Europea per la protezione degli interessati da utilizzi vietati e forme di abuso rispetto a questi dati.

Tra le forme più frequenti di protezione si annovera la pseudonimizzazione, intesa come separazione tecnica di identificatori diretti e indiretti mediante chiavi o codici. Si riduce la probabilità di identificazione immediata, ma non si esclude la possibilità, in presenza di informazioni accessorie o di capacità tecniche avanzate, di re-identificare l'interessato.

La pseudonimizzazione non è idonea di per sé a rendere il dato personale o impersonale. Ciò dipende dal soggetto considerato nella valutazione del rischio di re-identificazione. Il titolare del trattamento dispone dell'accesso a quelle informazioni, ma un terzo destinatario del dato pseudonimizzato potrebbe non avere questo tipo di autorizzazioni oppure, al contrario, potrebbe disporre di mezzi economici e tecnici tali da poter superare le barriere citate e risalire all'identità dell'interessato. La valutazione del rischio di re-identificazione, come suggeriscono la prassi e le linee guida, deve considerare non solo la natura del dato e le tecniche applicate, ma anche il contesto di diffusione, i destinatari potenziali, le risorse economiche e tecnologiche a disposizione di terzi e le misure organizzative e contrattuali adottate dal titolare. La qualificazione del dato come personale o non personale non può essere stabilita a priori in modo assoluto, ma richiede un'analisi fattuale e prospettica.

Per questo si è reso necessario circoscrivere e precisare i confini del concetto di identificabilità, solo presupposto e abbozzato nelle diverse discipline europee intervenute sul punto, ivi compreso il GDPR. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, prima nel caso Breyer poi nel caso Deloitte, cerca di superare la *querelle* interpretativa ed aderire a un modello fondato su valutazioni pragmatiche e funzionali, da svolgere in concreto nella prospettiva di chi tecnicamente tratta il dato.

La rilevanza di queste pronunce si fa oggi ancora più evidente, perché si consente di far circolare dei dati senza dover fare applicazione delle numerose e talvolta assai macchinose garanzie previste dal GDPR, a vantaggio di un'economia ormai fondata sui numerosi, aggiornati, sofisticati *set* di dati.

L'impatto non è solo indirettamente economico ma anche direttamente giuridico, atteso che le nuove proposte di riforma prendono atto delle coordinate interpretative della Corte di Giustizia e mirano alla riforma del regolamento GDPR in conformità. A questo punto, la CGUE ha tratteggiato un solco rilevante per il *risk assessment* che dovrà essere realizzato ogni volta al fine di stabilire se risulti o meno applicabile il GDPR allo specifico trattamento, tuttavia bisognerà verificare se il disegno sarà compiuto con l'adozione del *Digital Omnibus* e con la riforma della nozione di dato personale.

ABSTRACT

La pseudonimizzazione sostituisce gli identificatori diretti con chiavi, riducendo i rischi di circolazione ma mantenendo la natura di dato personale per chi può accedere ai meccanismi di collegamento. Tuttavia, il GDPR non definisce l'“identificabilità”, generando incertezza applicativa del Digital Data Acquis. La CGUE ha progressivamente elaborato criteri per valutare identificabilità e rischio di re-identificazione, influenzando le recenti riforme europee in materia di protezione dei dati e governance digitale. Il saggio analizza l'evoluzione del concetto di identificabilità e le sue implicazioni regolatorie.

Pseudonymisation replaces direct identifiers with codes to limit risks in data circulation, yet data remain personal under the GDPR for anyone able to access the linking keys. The Regulation, however, offers no definition of identifiability, creating uncertainty across the EU's digital acquis. Different rulings of the Court of Justice have progressively shaped criteria for assessing identifiability and re-identification risks. These judicial approaches are influencing recent EU reforms on data protection and digital governance. This essay analyses the evolving notion of identifiability and its implications for current regulatory frameworks.



La misura del premio nell'interpretazione del contratto di assicurazione



Filippo Macrì

Culture della materia dell'Università di Trento

SOMMARIO: 1. La sentenza. – 2. Interpretazione e interessi. – 3. Il criterio del prezzo. – 4. L'interpretazione delle polizze assicurative.

1. La sentenza

Con la sentenza n. 34926 del 31 dicembre 2025, la Terza Sezione della Cassazione torna a pronunciarsi in materia di polizze *claims made*, soffermandosi in particolare sul rilievo da attribuire al “criterio del prezzo” nell’ambito delle operazioni di interpretazione e ricostruzione del contratto assicurativo.

La vicenda è presto detta. Tre soggetti convenivano in giudizio una A.S.P., lamentando il danno loro cagionato dalla negligente esecuzione di una prestazione sanitaria. Chiamato in causa l'assicuratore della responsabilità civile, quest'ultimo si costituiva eccependo l'inoperatività della polizza, in ragione della clausola “a richiesta fatta” ivi contenuta. In primo grado, accertata la responsabilità della struttura, il Tribunale dichiarava la nullità della clausola e condannava pertanto l'assicuratore a manlevare l'ente sanitario. In sede di gravame, la Corte d'Appello confermava la statuizione, rilevando in particolare che l'invalidità della pattuizione trovava fondamento nella sproporzione tra (elevato) ammontare del premio corrisposto ed (esiguo) periodo di copertura assicurativa garantito.

Investita della questione, la Cassazione esclude categoricamente che alla misura del premio possa essere riconosciuto alcun rilievo sul piano ermeneutico-ricostruttivo, posto che: “*Nell'assicurazione contro i danni l'estensione del rischio assicurato e le sue eventuali delimitazioni si devono desumere dai patti contrattuali, interpretati secondo le regole di cui agli artt. 1362-1371 c.c., regole alle quali è estranea la misura del premio pagato dall'assicurato*”.

A una prima lettura, il tenore della massima potrebbe suonare ambiguo. Se intesa con riferimento alla generalità dei contratti, essa rischierebbe infatti di risultare manifestamente erronea: posto che l'estensione del rischio e la determinazione del premio si traducono, concretamente, in specifiche clausole contrattuali, escluderne la rilevanza in sede ermeneutica violerebbe il disposto dell'art. 1363 cod. civ.

Per comprendere la reale portata del *dictum* occorre, in realtà, svolgere alcune considerazioni preliminari.

La prima attiene alle peculiarità della materia oggetto della pronuncia, ossia quella dei contratti assicurativi. È noto che, in tale ambito, il “prezzo” dello scambio (il premio) è determinato mediante calcoli matematico-attuariali, che esprimono una funzione del rischio coperto: esso cresce o diminuisce in base alla probabilità che il sinistro si verifichi e all'entità dei danni che potrebbero derivarne¹. Queste considerazioni hanno indotto parte della giurisprudenza a trattare il diritto assicurativo come un settore in certa misura distinto dal diritto comune dei contratti, nel quale il funzionamento del singolo rapporto risulta condizionato dalle tecniche attuariali secondo cui viene esercitata l'attività d'impresa.

In questa prospettiva si collocano, da ultimo, una serie di massime in cui la Cassazione sembra suggerire che la ricostruzione del concreto assetto di interessi voluto dalle parti passi necessariamente attraverso una sorta di operazione di “*reverse engineering*”. L'idea, in estrema sintesi, è che, per stabilire se un determinato rischio sia stato effettivamente assunto dall'assicuratore, occorra guardare al modo in cui il premio è stato determinato: se quel rischio ha inciso sul calcolo statistico, potrà ritenersi compreso nella copertura; in caso contrario, ne resterà escluso.

La sentenza in commento potrebbe allora essere interpretata come una (condivisibile) presa di distanza da tale impostazione, che finisce per assorbire il singolo contratto nella sfera organizzativa dell'impresa, obliterando completamente la prospettiva dell'assicurato. In questa direzione sembrerebbe, del resto, muovere anche il tenore letterale della massima, che richiama l'osservanza dei normali criteri interpretativi previsti dal Codice e, al contempo, sottolinea l'estraneità della decostruzione attuariale del premio al procedimento ermeneutico.

Senonché, lo sviluppo dell'argomentazione lascia intendere che il Collegio muova, in realtà, da premesse diverse. La pronuncia sembra infatti orientata a escludere in assoluto che dal valore della prestazione dovuta dall'assicurato possano ricavarsi elementi utili alla comprensione dell'operazione realizzata².

¹ Più nel dettaglio, la determinazione del premio avviene sulla base di una valutazione attuariale, riferita a una massa di rischi omogenei: di questi si stimano la probabilità media di verifica e il costo medio dei danni associati, così da individuare il costo complessivo atteso; quest'ultimo, maggiorato dei c.dd. caricamenti e delle spese dell'assicuratore, viene poi ripartito tra gli assicurati latori della medesima tipologia di rischio. V. su questi profili: DE LUCA, *Diritto ed economia delle assicurazioni*, Bologna, 2022, 141 ss.

² Da questo punto di vista, la pronuncia sembra voler consapevolmente prendere le distanze dagli approdi cui, sul medesimo tema, era giunta Cass. civ., SS.UU., 24 settembre 2018, n. 22437,

Il ragionamento della Corte fa propri, sotto questo profilo, gli argomenti di un più risalente orientamento giurisprudenziale, secondo cui il premio non sarebbe il risultato di una valutazione negoziale condivisa, ma il semplice esito di calcoli tecnico-attuariali. Proprio perché determinato secondo criteri che travalicano il singolo rapporto contrattuale, esso non sarebbe dunque in grado di offrire indicazioni utili sulla concreta configurazione dell'assetto di interessi delineato dalle parti. Tali considerazioni, riprese in termini sostanzialmente invariati, nella pronuncia in commento si intrecciano con affermazioni di più ampio respiro, che tendono a escludere, già sul piano dei principi generali, qualsiasi possibilità per l'interprete di indagare il merito dell'accordo privato:

“compito di questa Corte è garantire “l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale” (art. 65, primo comma, ord. giud.), non sindacare se le parti di un contratto abbiano concluso un affare vantaggioso o rovinoso” (§ 3.6.2)

In questa prospettiva, da un lato si nega ripetutamente che al giudice spetti un potere di incidere sul contenuto dell'assetto negoziale delineato dai contraenti;

“In secondo luogo è contraria a principi basilari del diritto dei contratti l'affermazione secondo cui il contratto di assicurazione contro i danni sarebbe “privo di causa concreta” se l'assicurato ha pagato un premio elevato, con la conseguenza che spetterebbe

in *Corr. giur.*, 2019, 20, con note di D'AURIA e FACCI. In estrema sintesi, tale pronuncia, dopo aver ribadito l'astratta meritevolezza del tipo *claims made*, aveva affermato la necessità di un'indagine volta ad accertare la corrispondenza tra gli interessi perseguiti dall'assicurato e le regole negoziali concretamente predisposte dall'assicuratore, rilevando che la mancanza di tale coerenza si tradurrebbe in una carenza della “causa in concreto dell'operazione economica” (§ 19.5). Sulla pronuncia, v. A.M. GAROFALO, *L'assicurazione claims made e il dialogo tra formanti*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2019, 1039 ss.; ROSSETTI, *L'impatto della sentenza delle Sezioni Unite sulle polizze claims made basis: cosa cambia per il futuro (e per il passato)*, in *Assicurazioni - Rivista di diritto, economia e finanza delle assicurazioni private*, 2018, 15 ss.; BACHELET, *L'affermarsi della responsabilità precontrattuale da contratto assicurativo inadeguato (e di altri rimedi meno adeguati)*, in *Annuari del Contratto*, 2018, 164 ss. Più in generale, su questi temi v. AMADIO, *Valutazione causale e applicazione dei principi nei nuovi contesti di contrattazione*, ne Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura, 24, 2022, spec. 337-340; A.M. GAROFALO, *Fisiologia e patologia della causa contrattuale. Profili generali e applicazioni specifiche*, in G. PERLINGIERI, RUGGERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa, Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, Camerino, 5-8.9.2018, Napoli, 2019, 681 ss.; ID., *Le assicurazioni claims made tra instabilità giuridica e inarrestabilità commerciale*, in *NGCC*, 5, 2025, 1192 ss.; FACCI, *Il fatto noto nella successione di polizze claims made*, Torino, 2023; MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2017, 1013 ss.; ID., *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni “a margine”*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 14 ss.; V. BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Polizze claims made tra primo, secondo e terzo contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2018, 525 ss.; CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2018, 685 ss.; VICARI, *Polizze claims made, riserve tecniche, rischio operativo e trasparenza contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1, 2018, 301 ss.

in tal caso al giudice estendere l'ambito oggettivo del rischio garantito, per ripristinare questa "causa" compromessa. A ciò basterà replicare che, quand'anche così fosse, il contratto privo di causa è nullo (art. 1418, secondo comma, c.c.), e spazio non v'è per interventi correttivi del giudice"; § 3.6.5.: "In conclusione, non spetta al giudice stabilire quale sia il "corretto equilibrio" tra premio e rischio: l'aliquota del premio che costituisce il premio puro si basa sulle regole attuariali; l'aliquota del premio che costituisce il caricamento è rimessa alla libera contrattazione delle parti, insindacabile se il consenso dell'una e dell'altra si è liberamente formato" (§ 3.6.2).

dall'altro, si confina la tutela dei loro interessi alla sola applicazione dei rimedi espressamente previsti dal legislatore:

"[...] (b) se un contratto di assicurazione contenesse una clausola il cui effetto fosse quello di rendere irrealizzabile il rischio (ad es., assicurazione contro l'incendio di un bene ignifugo) non si dirà che in quel patto vi sia uno "squilibrio del sinallagma": si dirà, più correttamente, che quel contratto è nullo ai sensi dell'art. 1895 c.c. per inesistenza del rischio, con quanto ne consegue sul piano restitutorio;
(c) se un assicuratore raggirasse l'assicurato lasciandogli intendere che a fronte di un determinato premio otterrà una certa copertura, in realtà inesistente, non si dirà che quel contratto sia "squilibrato"; si dirà, più correttamente, che quel contratto è annullabile per dolo decettivo, ex art. 1439 c.c.;
(d) se un assicuratore profittasse della propria posizione di preminenza sul mercato e dell'urgenza dell'assicurato di provvedersi d'una copertura, imponendogli patti gravosi, non si dirà che quel contratto "garantisce una rendita parassitaria"; si dirà, più correttamente, che quel contratto è rescindibile per lesione, ex art. 1448 c.c.;
(e) in tutti i casi suddetti la tutela dell'assicurato sarà garantita dall'azione di danno da lesione del credito, rappresentata dalla perduta possibilità di ottenere la copertura che, nel caso di corretta informazione o libera formazione del consenso, avrebbe potuto ottenere [...]" (§ 3.6.3).

Questa impostazione si riflette coerentemente anche sul piano interpretativo: così come, nella ricostruzione della fattispecie concreta, al giudice è richiesto un controllo meramente formale, allo stesso modo l'interprete è chiamato a ricostruire il significato del contratto facendo leva principalmente (se non esclusivamente) su quanto emerge dalla sua formulazione letterale.

Ne deriverebbe l'inammissibilità della valorizzazione di elementi direttamente o indirettamente idonei a rivelare gli scopi concretamente perseguiti dalle parti (quale, appunto, la misura del premio convenuto), che resterebbero così confinati nell'ambito della libera e insindacabile valutazione compiuta dai contraenti al momento della conclusione dell'atto.

Non è difficile ipotizzare quali possano essere le ragioni al fondo di una simile scelta. Se, infatti, si ammettesse una più ampia considerazione dei reali interessi dell'assicurato, si rischierebbe di dilatare l'obbligo dell'assicuratore oltre quanto espressamente

previsto e contabilizzato, alterando il rapporto complessivo tra premi e indennizzi, con potenziali ripercussioni negative sulla stabilità dell'impresa. È in questa prospettiva che la Cassazione valorizza la funzione sociale dell'attività assicurativa, costruendo un modello argomentativo finalisticamente orientato alla tutela della solvibilità dell'assicuratore.

Quest'impostazione, tuttavia, solleva due ordini di problemi.

In primo luogo, escludere la rilevanza degli interessi sul piano interpretativo rischia di rendere ammissibili letture del contratto cavillose, magari coerenti con le parole, ma lontane dalla realtà dell'accordo.

In secondo luogo, sostenere che l'accordo debba essere interpretato in modo da salvaguardare la stabilità dell'impresa significa, in realtà, funzionalizzare l'autonomia privata alla soddisfazione di scopi di interesse pubblico, secondo un'impostazione di tipo dirigitistico oggi difficilmente accettabile.

Conseguenze che tuttavia, come si cercherà di mostrare, non sembrano trovare riscontro nelle caratteristiche del sistema ermeneutico.

2. Interpretazione e interessi

In questa prospettiva, la prima questione da affrontare riguarda il rapporto tra interpretazione del contratto e interessi dei contraenti. Ciò che occorre chiedersi, in sostanza, è se sia davvero condivisibile l'idea accolta dal Collegio secondo cui gli scopi perseguiti dalle parti resterebbero privi di rilievo nella ricostruzione del significato dell'accordo.

L'assunto non appare convincente.

Nel sistema dell'autonomia privata, il contratto non è una forma neutra, ma lo strumento attraverso cui le parti organizzano e compongono i propri interessi³. Il rapporto tra regole adottate e fini che esse sono destinate a realizzare rappresenta la ragione pratica del regolamento e spiega perché i contraenti hanno disposto nell'uno o nell'altro modo⁴.

Quando emerga un dubbio sul significato di una pattuizione, sembra allora naturale che, per chiarirlo, si debba guardare anche alla ragione complessiva che sorregge quel

³ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, rist. 2012, Napoli, 172; CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti. Intorno alla nozione di causa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1991, 237; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 264-265; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano, 2011, 356; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2019, 410; PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, 1964, 67ss., spec. 68-69.

⁴ Cfr. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, III, 1, 1991, 229 ss., ma già ID., *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1976, 224 ss.

regolamento, così da individuare la lettura più coerente con la funzione concretamente svolta dall'accordo nel suo insieme⁵.

Il medesimo ragionamento, peraltro, emerge con chiarezza anche nella giurisprudenza, che in numerose occasioni ha fatto leva, alternativamente, sugli artt. 1366 e 1369 cod. civ. per superare interpretazioni meramente formalistiche, valorizzando invece la necessità di ricostruire il significato dell'accordo in coerenza con la sua *ratio*.

Così, ad esempio, in un'occasione, la Cassazione ha censurato la decisione d'appello che, con riferimento a un contratto di transazione stipulato per definire l'esposizione debitoria di una società nei confronti di un istituto di credito, aveva qualificato come prestazione secondaria (e, dunque, irrilevante ai fini della risoluzione per inadempimento) l'impegno della banca a modificare la segnalazione della cliente in Centrale Rischi. Secondo la Corte, tale ricostruzione non teneva conto degli elementi fattuali emersi nel giudizio, dai quali risultava chiaramente che proprio la modifica della segnalazione costituiva, per la società debitrice, uno degli scopi essenziali dell'accordo. L'interpretazione dell'atto, ad avviso del Collegio, non poteva dunque prescindere dalla funzione pratica complessivamente perseguita dai contraenti, posto che: *“l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza ex art. 1366 c.c. non consente, quale criterio d'interpretazione del contratto, di dare ingresso ad interpretazioni deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell'accordo negoziale”*⁶.

Anche questo tipo di considerazioni, tuttavia, non deve essere sovradimensionato. Riconoscere rilievo agli interessi in sede interpretativa non significa, infatti, che ogni motivo individuale possa essere arbitrariamente invocato per avallare letture alternative del contratto.

Come noto, la questione è stata a lungo indagata dalla dottrina nell'ambito degli studi legati al problema della base negoziale (o presupposizione)⁷. L'ipotesi è semplice:

⁵ Cfr. CABOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., 345; ROPPO, *Il contratto*, cit., 452.

⁶ Il riferimento è alla vicenda trattata da Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2024, n. 3671, in *OneLegale*. Per l'affermazione del principio, in vicende analoghe, v., tra le molte: Cass. civ., Sez. III, 28 aprile 2022, n. 13342, in *OneLegale*; Cass. civ., Sez. II, Ord., 4 aprile 2024, n. 8940, in *OneLegale*; Cass. civ., Sez. I, Ord., 3 agosto 2025, n. 22380, in *OneLegale*; Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 19 febbraio 2025, n. 4337, in *OneLegale*.

⁷ Giusta l'osservazione di GAROFALO, *Fisiologia e patologia*, cit., 706, nt. 70, che nota l'erroneità del ricorso al termine “presupposizione” per riferirsi al differente problema della base negoziale. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, cit., 504 ss., individua la differenza tra i due istituti nel marcato volontarismo che caratterizza la nozione windscheidiana di “condizione non sviluppata”, volontarismo che si è poi cercato di superare mediante l'introduzione dell'elemento oggettivo della base negoziale. Il medesimo Autore osserva, tuttavia, come, sul piano sostanziale, i due concetti finiscano in larga misura per sovrapporsi. Dal punto di vista dei concetti, è interessante notare come già PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, cit., 69, manifestasse dubbi circa la possibilità di riferirsi all'interesse mediante il ricorso alla nozione di “presupposto”. L'Autore recupera tuttavia la legittimità dell'espressione distinguendo tra la situazione soggettiva intesa come mezzo per il conseguimento dell'interesse, rispetto alla quale il fine resta effettivamente esterno alla struttura dell'atto; e la situazione soggettiva concepita come strumento di tutela del fine, nella quale, invece, il fine stesso viene a essere incorporato nel contenuto della situazione.

Tizio loca, a un prezzo estremamente elevato, un balcone su Canal Grande, per assistere alla Regata Storica; il giorno prima della celebrazione, viste le condizioni metereologiche avverse, gli organizzatori decidono di rinviare l'evento; quale sorte per il contratto? Fermo il dogma di irrilevanza dei motivi, la soluzione risulterebbe manifestamente iniqua: mantenimento del contratto e conseguente obbligo per il locatario di pagare il prezzo⁸.

Scartata la teoria della presupposizione, alcuni Autori hanno proposto di risolvere la questione a partire da una rilettura dell'art. 1345 cod. civ. Secondo questa impostazione, la norma non si limita a disciplinare l'illiceità del motivo, ma serve anche a chiarire quando un interesse può assumere rilievo sul piano causale: ciò avviene, in particolare, quando esso sia stato condiviso dalle parti e sia divenuto determinante del consenso. A tali condizioni, si afferma, il motivo assume una forza tale da caratterizzare la funzione concretamente svolta dall'accordo, individuandone la causa in concreto⁹.

Proprio nella misura in cui diventa parte della specifica funzione dell'affare, il motivo assume rilievo anche sul piano ermeneutico, orientando la lettura dell'accordo¹⁰.

A tale ricostruzione potrebbe forse formularsi un'obiezione di carattere metodologico.

⁸ Sul dogma dell'irrilevanza dei motivi, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 178-179; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 419 ss.; BESSONE, *Adempimento e rischio*, cit., 278-279, collega il dogma di irrilevanza dei motivi al principio di sopportazione del rischio dell'iniziativa economica, evidenziando come il primo non manifesti altro che la necessità di ritenere addossato al contraente il rischio della mancata realizzazione degli interessi di cui non abbia sopportato il costo. Cfr. anche le considerazioni di PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 97 ss., il quale, con riferimento all'errore sul motivo, riconduce il principio di irrilevanza del motivo alla logica dell'autonomia privata: la libertà di disporre dei propri interessi implica anche l'assunzione del rischio delle scelte compiute, sicché non è consentito rimettere in discussione l'accordo per il solo fatto di aver esercitato in modo inopportuno la libertà negoziale.

⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 288 ss.; Id., voce *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, 472.; A.M. GAROFALO, *Fisiologia e patologia*, cit., 707ss.

¹⁰ Nel testo, invero, si dà per assodata l'identificazione tra causa in concreto e interessi. Vale tuttavia la pena notare, in proposito, come AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 503, muova una valida obiezione a tale ricostruzione. Secondo l'Autore, infatti, una simile impostazione condurrebbe a esiti problematici: una volta riconosciuto che il tratto caratterizzante delle liberalità consiste nell'essere rivolte alla soddisfazione di un interesse di natura non patrimoniale del tradens, si finirebbe per affermare che tanto la donazione quanto le liberalità non donative condividono la medesima causa in concreto. Del resto, anche sul piano concettuale, una nozione di causa intesa come rapporto dinamico tra gli interessi dei contraenti e la struttura dell'atto presuppone, sul piano logico, la distinzione tra questi elementi e il risultato che dalla loro interazione deriva. Sicché non sembrerebbe possibile sovrapporli sic et simpliciter. Si potrebbe allora pensare di legare gli interessi non già direttamente alla causa in concreto (e, dunque, all'art. 1369 cod. civ.), quanto piuttosto alla comune intenzione delle parti, secondo un percorso argomentativo già in parte sviluppato da C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 300 ss., spec. 307-308.

Si potrebbe infatti osservare che l'interpretazione è diretta proprio a ricostruire il significato del contratto; sicché, nel momento in cui l'interprete si accosta al testo negoziale, non dispone ancora di una visione complessiva dell'operazione e non è quindi in grado di formulare ipotesi attendibili circa la sua funzione.

L'obiezione, tuttavia, si fonda su una rappresentazione eccessivamente lineare del procedimento ermeneutico. Interpretazione e qualificazione non si succedono in fasi rigidamente separate, ma si sviluppano secondo un andamento circolare, nel quale la ricostruzione del significato delle clausole e l'individuazione della funzione dell'accordo si illuminano reciprocamente¹¹.

Più in concreto, mentre l'interprete procede nella lettura del testo e lo pone a confronto col contesto di riferimento, è spontaneamente portato a formulare varie ipotesi sul senso complessivo dell'accordo. Man mano che l'indagine prosegue e si acquisiscono nuovi elementi, tali ipotesi vengono progressivamente selezionate e verificate, fino a individuare quella che risulta maggiormente coerente con l'insieme dei dati disponibili¹².

A questo punto, l'interprete dispone di una prima immagine complessiva dell'accordo, sia pure ancora provvisoria. Ciò non esclude, tuttavia, che permangano alcune ambiguità, non risolte nella fase iniziale dell'indagine.

Proprio la disponibilità di questa visione d'insieme consente, però, di formulare un primo giudizio sulla causa dell'operazione negoziale. Ed è alla luce di tale dato che l'interprete può tornare sulle incertezze residue, utilizzando la funzione così ricostruita come criterio di orientamento per sciogliere i dubbi e individuare, tra le possibili letture, quella più coerente con la logica complessiva dell'accordo.

3. Criterio del prezzo

Ammessa la rilevanza degli interessi nel procedimento ermeneutico, resta da chiarire in che modo essi possano essere concretamente identificati dall'interprete e quale ruolo possa, in tale prospettiva, assumere il criterio del prezzo¹³.

¹¹ Sulla circolarità del procedimento ermeneutico cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 395; CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., 331 ss.; SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano-Varese, 1962, 117 ss.

¹² Su questi profili e, più in generale, sull'essenzialità del rapporto tra testo e contesto nella definizione del significato dell'enunciato contrattuale, imprescindibile è il richiamo a GAROFALO, *L'interpretazione e la ricostruzione del contratto nel prisma della pragmatica linguistica*, in *Studi in ricordo di Carlo Augusto Cannata*, Napoli, 2021, *passim*, ma spec. 342 ss.

¹³ Il tema del ruolo da riconoscere agli interessi dei paciscenti in una prospettiva, per così dire, rimediale costituisce questione ampiamente trattata dalla dottrina, sotto il duplice angolo visuale delle sopravvenienze, da un lato, e dei presupposti negoziali, dall'altro; esso, tuttavia, rimane parzialmente estranea agli scopi del presente lavoro. Sul tema delle sopravvenienze: BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, rist., 1975, 270 ss.; ALPA, voce *Rischio contrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, App., VI, Torino, 1986, 863 ss.; GABRIELLI, *Il rischio contrattuale*, ora in *Alea e rischio nel contratto*.

Anzitutto, va sottolineato che un interesse allo stato puro non esiste in natura. La sua individuazione richiede, piuttosto, una sorta di percorso a ritroso che, muovendo dall'analisi degli elementi materiali e dichiarativi di cui la vicenda negoziale si compone, consenta di far emergere le utilità che, attraverso quell'atto, le parti avevano comunemente inteso perseguire¹⁴.

Può accadere che siano le parti stesse a esplicitare tali scopi, nel corso delle trattative o nelle premesse del contratto. Più spesso, tuttavia, l'interprete è chiamato a interrogarsi sul peso che i diversi elementi della vicenda assumono nell'economia complessiva dell'affare, verificando se essi non siano idonei a rivelare qualcosa di più circa le finalità attese.

Alcuni dati, in particolare, si prestano con maggiore facilità a svolgere questa funzione, poiché già sul piano sociale esprimono un significato riconoscibile e un determinato "peso" all'interno dell'operazione economica.

Tra questi si colloca appunto il c.d. criterio del prezzo, che, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, ha ricevuto particolare attenzione nella riflessione dottrinale, segnatamente nell'ambito della c.d. Scuola genovese.

In tale prospettiva, si è osservato che, nei contratti sinallagmatici, gli interessi perseguiti dai contraenti modellano il contenuto delle prestazioni delle parti, traducendosi nell'assunzione di obblighi, oneri o rischi in capo all'una o all'altra, secondo una distribuzione funzionale alla realizzazione delle utilità che l'accordo è destinato a soddisfare¹⁵.

Poiché, tuttavia, l'assunzione di un obbligo o l'accollo di un rischio comportano normalmente un costo, è naturale attendersi che il sacrificio del contraente che li sopporta trovi una corrispondente compensazione sul piano economico, riflettendosi nella previsione di un corrispettivo più elevato. In mancanza di una simile remunerazione, del resto, risulterebbe difficilmente spiegabile la disponibilità di una parte ad assumere un impegno più gravoso (salvo, naturalmente, che la giustificazione debba rinvenirsi nella soddisfazione di un suo interesse di natura non patrimoniale)¹⁶.

Studi, Napoli, 1997, 115 ss.; CALISAI, *Rischio contrattuale e allocazione tra i contraenti*, Napoli, 2016, 85ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Sopravvenienze negative, rimedi demolitivi e rimedi conservativi*, in *Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura*, 13, 2022, 22ss; M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 5, 910 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, *Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19*, in *I contratti*, 2020, 6, 712 ss.

¹⁴ Cfr. in questo senso GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2012, 573 ss.

¹⁵ Cfr. BESSONE, *Adempimento e rischio*, cit., 268 ss.

¹⁶ V. su quest'ultimo profilo ROPPO, *Il contratto*, cit., 365; sul resto, cfr. BESSONE, *Adempimento e rischio*, 270 ss. Osserva ALPA, voce *Rischio* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1156, che ogni contraente, nel momento in cui intraprende un'operazione contrattuale, compie una valutazione personale comparativa tra costi da sopportare e benefici attesi, sperando di ottenere dalla stessa il maggior profitto possibile.

Ne deriva, in sostanza, una stretta correlazione tra l'entità del sacrificio economico che una parte accetta di sostenere e l'utilità che essa si attende di ricevere dall'operazione. In condizioni ordinarie, un corrispettivo elevato segnala l'aspettativa (condivisa) di una controprestazione di maggiore consistenza; viceversa, un prezzo contenuto è normalmente compatibile con l'attesa di utilità più circoscritte¹⁷.

Il criterio del prezzo offre dunque uno strumento utile per verificare se un determinato interesse sia effettivamente entrato a far parte della causa in concreto del contratto, contribuendo a chiarire la reale configurazione dell'accordo¹⁸.

Un plastico esempio del suo funzionamento è offerto da Cass. civ., 21 gennaio 2013, n. 1373. Il caso riguardava un'azione di risoluzione per *aliud pro alio*, relativa alla compravendita di un immobile che l'acquirente assumeva radicalmente difforme da quello promesso. La Corte d'Appello, riformando la decisione del Tribunale, aveva accolto la domanda dell'attore, attribuendo però rilievo pressoché esclusivo alla mancanza delle condizioni per il rilascio del certificato di abitabilità. La Cassazione censurava, tuttavia, tale ricostruzione, osservando che il giudice di merito avrebbe dovuto procedere a una più attenta valutazione di tutti gli elementi di fatto della vicenda. In particolare, annullando con rinvio la statuizione, la Corte invitava il giudice d'appello a soffermarsi più attentamente sulla particolare esiguità del compenso convenuto dalle parti. Un corrispettivo modesto, infatti, poteva ragionevolmente essere interpretato come indice della volontà condivisa di trasferire un bene di minor valore, rendendo meno plausibile che le disstate condizioni dell'immobile fossero estranee al programma negoziale dei contraenti e, di conseguenza, che ricorresse la dedotta difformità tra il bene promesso e quello effettivamente trasferito.

Peraltro, non si può fare a meno di notare come la pronuncia segnalata colleghi espressamente il criterio del prezzo all'individuazione della comune intenzione dei contraenti, evidenziandone in questo modo la rilevanza anche sul piano più spiccatamente interpretativo¹⁹.

Riprendendo, dunque, lo schema delineato nel precedente paragrafo, si è ora in grado di chiarire come la misura del corrispettivo operi in sede ermeneutica. In primo luogo, trattandosi di un indice di rilevanza degli interessi, essa opererà a valle della prima ricostruzione di senso, ottenuta dal raffronto tra testo e contesto. Prendendo quindi a paradigma l'ipotesi di ambiguità lessicale, il dato economico materialmente si traduce in

¹⁷ V. BESSONE, *Adempimento e rischio*, cit., 354-355: "Come è indicativo il fatto che i contraenti abbiano dato al negozio un contenuto tale da farlo rientrare in uno dei tipi previsti dalla legge, così lo è il prezzo al quale essi pattuiscono lo scambio di beni o di servizi"; GABRIELLI, *Il rischio contrattuale*, cit., 159 ss.; CALISAI, *Rischio contrattuale*, cit., 109 ss.; ALPA, *Appunti sulla nozione di prezzo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1982, I, 621 ss.

¹⁸ Cfr. ALPA, *Sulla nozione di prezzo*, cit., 144.

¹⁹ Sulla rilevanza ermeneutica del criterio del prezzo, sempre nell'ottica di punto di emersione degli interessi dei contraenti, v. C. COGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 323 e nt. 155.

un ulteriore argomento interpretativo, che, saldandosi con quelli già individuati, contribuisce a orientare l'ago della bilancia verso una delle possibili alternative di significato.

Un esempio può aiutare a chiarire il meccanismo. Si immagini una compravendita con cui Tizio trasferisce a Caio la propria abitazione “con tutto ciò che vi è dentro”. Si supponga, inoltre, che Tizio sia un noto collezionista di automobili d'epoca e che, nel garage dell'immobile, siano custoditi alcuni esemplari di particolare pregio. L'espressione impiegata comprende anche tali beni? Se il prezzo corrisposto da Caio risulta sensibilmente superiore al valore di mercato dell'immobile in sé considerato, il dato economico potrà essere letto come indizio della volontà di includere nella vendita anche le automobili. Se, invece, il corrispettivo è sostanzialmente in linea con quello normalmente richiesto per immobili con analoghe caratteristiche, sarà più ragionevole ritenere che le parti abbiano inteso trasferire soltanto l'immobile.

Si impone, tuttavia, un'ultima precisazione. Il criterio del prezzo, se considerato isolatamente, non può mai assumere valore decisivo. Esso, piuttosto, deve sempre essere valutato all'interno del quadro complessivo della vicenda negoziale, in relazione a tutti gli elementi che ne definiscono la struttura²⁰.

L'assunto da cui muovere per comprendere tali profili è che un corrispettivo particolarmente elevato richiede, nell'economia dell'operazione, una spiegazione plausibile: spiegazione che potrà certamente consistere in una maggiore ampiezza della controprestazione; ma che ben potrà essere rinvenuta anche in *altre* caratteristiche concretamente presenti nell'affare. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il pagamento di un prezzo fuori mercato trovi giustificazione nella ferma volontà dell'acquirente di assicurarsi l'acquisto della casa in cui è cresciuto e alla quale lo lega una particolare affezione; oppure, all'opposto, al caso in cui un corrispettivo particolarmente esiguo trovi spiegazione nella soddisfazione di un interesse non patrimoniale dell'*accipiens*²¹. In ipotesi di questo tipo, la maggiore o minore entità del corrispettivo non rappresenta indice della consistenza della controprestazione, ma riflette valutazioni ulteriori, connesse a specifiche condizioni dell'affare o alla soddisfazione di utilità altre che pur trovano spazio nella concreta configurazione del rapporto²².

Ove si voglia individuare un fondamento normativo a tale considerazione, esso può agevolmente rinvenirsi nel disposto dell'art. 1363 cod. civ., secondo cui le clausole devono essere interpretate “*le une per mezzo delle altre*”. La norma esprime, a ben vedere, un vero e proprio principio di metodo: il significato del contratto non può essere ricavato dalla scomposizione delle sue previsioni in frammenti autonomi e reciprocamente indif-

²⁰ Cfr. sul punto ROPPO, *Il contratto*, cit., 363 ss.

²¹ Potendo, se del caso, configurarsi in tale ipotesi un *negotium mixtum cum donatione*. V. sul punto ROPPO, *Il contratto*, cit., 365. Sulla figura negoziale, cfr. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 147 ss.; sulla figura nel diritto romano, v. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2009.

²² Nello stesso senso, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 324, nt. 155.

ferenti, ma richiede una valutazione complessiva dell'operazione negoziale. L'interprete è dunque chiamato a cogliere le relazioni interne tra le diverse clausole e ad attribuire a ciascuna di esse il peso che le compete solo alla luce dell'equilibrio negoziale complessivamente voluto dalle parti. Osservazione che vale tanto in positivo, nel senso che non è consentito sovradimensionare il rilievo di un singolo dato; quanto in negativo, poiché neppure è ammissibile escludere arbitrariamente dalla valutazione uno degli elementi che concorrono a definire la vicenda. Si tratta, al fondo, di una questione di equilibrio: ogni dato deve essere valutato e soppesato alla luce degli altri, in modo da ricostruire il significato dell'accordo nel suo complesso e restituire l'immagine dell'assetto di interessi effettivamente approvato dalle parti.

4. L'interpretazione delle polizze assicurative

La linea argomentativa sin qui sviluppata trova un terreno di verifica particolarmente significativo nel settore assicurativo.

In questo ambito, tuttavia, è opportuno muovere da una considerazione preliminare, relativa all'incidenza che le tecniche proprie dell'esercizio dell'attività assicurativa esercitano sui singoli contratti stipulati dall'impresa con la propria clientela²³.

Con specifico riguardo alle polizze danni, la funzione tipica dell'assicurazione consiste nel neutralizzare le conseguenze patrimoniali pregiudizievoli connesse all'avveramento di un rischio: l'assicurato trasferisce all'assicuratore l'onere economico derivante dal verificarsi del sinistro, ottenendo così protezione rispetto alla possibile diminuzione del proprio patrimonio²⁴. Tale protezione si traduce nell'insorgere, in capo all'impresa, di un'obbligazione pecuniaria avente a oggetto (in linea di principio) un importo corrispondente alla perdita che l'assicurato avrebbe dovuto sopportare in assenza di copertura.

L'oggetto dell'attività assicurativa consiste, in sostanza, proprio nell'assunzione seriale di tali rischi: l'impresa si obbliga, nei confronti di una pluralità di assicurati, a sopportare le conseguenze economiche di eventi futuri e incerti, assorbendo le ripercussioni patrimoniali che, altrimenti, graverebbero sui singoli assicurati.

La costante esposizione al rischio potrebbe tuttavia condurre, in assenza di adeguati meccanismi di compensazione, al collasso finanziario dell'impresa. È proprio per

²³ Tale impostazione trova conferma nella disciplina codicistica del premio, che si discosta in modo significativo dai principi del diritto comune dei contratti. Il principio di indivisibilità (artt. 1890, ult. co., 1892, co. 3, 1897, co. 1, 1898, co. 4, 1901, co. 3, 1918, co. 3, 1924 e 1926, co. 5, cod. civ.), l'obbligo di pagamento anticipato (artt. 1901 e 1924 cod. civ.), nonché le norme volte a ristabilire l'equilibrio tra rischio effettivo e rischio rappresentato al momento della stipulazione (art. 1893, co. 2) o tra rischio originario e rischio sopravvenuto (artt. 1897, 1898 co. 3 e 5, 1926, co. 2 cod. civ.) si comprendono pienamente solo alla luce delle basi tecnico-attuariali che presiedono alla formazione del premio. Cfr. per questi profili, VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, cit., 55 ss.

²⁴ In questo senso, tra i molti, CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2013, 59-60.

evitare tale esito che l'attività assicurativa si fonda sull'impiego di strumenti matematico-attuariali, attraverso i quali l'assicuratore è in grado di stimare la frequenza e il costo medio dei singoli sinistri, ripartendone il prezzo sulla massa degli assicurati portatori di rischi omogenei²⁵. La prestazione principale del contraente (il premio) rappresenta dunque la traduzione economica di tale meccanismo: esso costituisce la quota con cui ciascun assicurato concorre alla copertura del costo complessivo dei sinistri attesi, secondo una logica di ripartizione mutualistica del rischio (c.d. principio di mutualità).

Come già accennato nell'introduzione al presente contributo, la consapevolezza di questa peculiarità nel meccanismo di formazione del prezzo dello scambio è stata ben colta dalla giurisprudenza, la quale da tempo ha elaborato, in materia di contratti assicurativi, schemi argomentativi in parte diversi da quelli usualmente impiegati nel diritto comune dei contratti. Si tratta, tuttavia, di orientamenti che non sembrano cogliere pienamente nel segno.

In una prima fase, infatti, i giudici hanno creduto di trarre dalla natura matematicamente determinata del premio la conseguenza della sua totale irrilevanza ai fini della ricostruzione del programma negoziale delle parti. In tal senso si colloca un consistente filone giurisprudenziale, sviluppatosi a partire dagli anni Ottanta, nel quale si afferma in termini perentori che la misura del premio non costituisce un idoneo strumento ermeneutico, *“atteso che la determinazione di quest'ultima risulta da calcoli statistici e matematici (sulla frequenza dei rischi, sulle spese di organizzazione ecc.) rimessi esclusivamente all'assicuratore ed avulsi da veri e propri patti negoziali”*²⁶.

Tale orientamento, ripreso anche dalla pronuncia in commento, si espone tuttavia a una pluralità di rilievi critici. In primo luogo, ricondurre il premio esclusivamente alla logica dei calcoli tecnico-attuariali equivale, in sostanza, a trattarlo come un dato meramente interno all'organizzazione dell'impresa assicurativa, trascurando la funzione che esso svolge per l'assicurato. Per quest'ultimo, infatti, il premio rappresenta il prezzo pagato per l'acquisto della copertura: sicché, a fronte di un importo elevato, egli matura la ragionevole aspettativa di essere protetto rispetto al rischio che intendeva assicurare. Il ragionamento della Corte, dunque, finisce per appiattire l'interpretazione sulla prospettiva dell'assicuratore, ricostruendo il significato del contratto alla luce delle esigenze tecniche dell'impresa piuttosto che della comune intenzione dei contraenti.

In secondo luogo, l'impostazione sembra presupporre una ricostruzione tecnica, più volte affiorata anche in dottrina, secondo cui il principio di mutualità, sopra richiamato, finirebbe per attenuare, se non addirittura per elidere, la natura sinallagmatica del contratto di assicurazione.

Anche tale conclusione, tuttavia, non appare convincente. L'area di incidenza della mutualità attiene, infatti, al piano economico-organizzativo dell'attività assicurativa, os-

²⁵ Cfr. sul punto VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, cit., 56-57; SARTORI, *Responsabilità degli amministratori e patti di manleva*, in *Riv. dir. banc.*, IV, I, 2019, 421; cfr. anche MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made*, cit., 1016 ss.

²⁶ Così si esprime Cass. civ., 18 settembre 1986, n. 5663, in *OneLegale*.

sia al modo in cui l'impresa gestisce e ripartisce il rischio tra una pluralità di assicurati; essa non incide, invece, sulla struttura giuridica del singolo rapporto contrattuale, che continua a configurarsi come un contratto a prestazioni corrispettive. La stessa definizione normativa del contratto di assicurazione, contenuta nell'art. 1882 cod. civ., descrive chiaramente uno schema di scambio: l'assicuratore, “verso il pagamento di un premio”, si obbliga a tenere indenne l'assicurato.

Il nesso di corrispettività, peraltro, non viene meno neppure nell'ipotesi in cui il rischio dedotto in polizza non si verifichi e, di conseguenza, non sorga mai l'obbligo di indennizzo dell'assicuratore. Ciò che l'assicurato “acquista” mediante il pagamento del premio non è, infatti, l'indennizzo in sé, ma l'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore, ossia la garanzia che le conseguenze economiche dell'evento dannoso, qualora esso si verifichi, saranno sopportate dall'impresa nei limiti convenuti²⁷. Che poi, in concreto, tale eventualità possa non realizzarsi e che, dunque, al sacrificio economico dell'assicurato possa non corrispondere alcuna prestazione indennitaria, trova agevole spiegazione nella natura aleatoria del contratto. In questa particolare categoria negoziale, infatti, le parti non scambiano beni della vita attuali e determinati, ma reciproche *chances* di arricchimento. L'eventuale vantaggio economico dell'una, connesso al verificarsi (o al mancato verificarsi) di un evento futuro e incerto, si realizza necessariamente a spese dell'altra, sicché all'arricchimento dell'una fa sempre da contraltare un corrispondente impoverimento dell'altra²⁸. Ciò non altera, comunque, la struttura sinallagmatica del rapporto:

²⁷ GAMBINO, *L'assicurazione*, cit., 127 ss., 182 ss. e 309 ss., ricostruisce il rapporto assicurativo come una relazione giuridica peculiare, che si discosta dal tradizionale schema diritto di credito-obbligo. Secondo questa impostazione, il rapporto sarebbe costituito da una coppia di situazioni giuridiche differenti: dal lato dell'assicuratore, una posizione di soggezione; dal lato dell'assicurato, un'aspettativa di diritto. In sintesi, la soggezione dell'assicuratore consiste nell'impossibilità giuridica, una volta stipulato il contratto, di impedire che, al verificarsi dell'evento previsto in polizza, sorga automaticamente l'obbligo di corrispondere l'indennizzo. Parallelamente, l'assicurato sarebbe titolare di un'aspettativa giuridica, intesa come la situazione che lo pone nella condizione di vedere nascere automaticamente, al verificarsi dello stesso evento, il credito all'indennità.

²⁸ Osserva CORRIAS, *Il problema dell'onerosità-gratuità*, cit., 72, che lo schema aleatorio si connota per essere la prestazione di almeno una delle parti determinata *per relationem*, in funzione del verificarsi di un evento futuro e incerto. Ne deriva che la sperequazione tra le reciproche attribuzioni patrimoniali è elemento coesistente del sinallagma, sì dal momento genetico: l'equilibrio del contratto non è fissato in termini statici, ma è rimesso all'incertezza dell'evento. Se esso si realizza, uno dei contraenti consegue un vantaggio patrimoniale (o evita una perdita) specularmente corrispondente al sacrificio dell'altro; se, al contrario, l'evento non si verifica, l'effetto redistributivo si produce in senso inverso. Nella medesima prospettiva, GAROFALO, *Fisiologia e patologia*, cit., 756, descrive la causa aleatoria come strutturata su due piani distinti: un primo livello, ove si colloca il reciproco scambio di beni della vita; un secondo livello, caratterizzato dallo scambio tra le parti di *chances* di arricchirsi l'una ai danni dell'altra. Il primo livello – quello che emerge da un'analisi immediata del rapporto – funge in realtà da tramite del secondo: le utilità oggetto di scambio altro non costituiscono che il mezzo attraverso cui si realizza la distribuzione delle *chances*. Lo stesso impianto è agevolmente ravvisabile nel contratto di assicurazione. Il rapporto tra premio e

il pagamento del premio rimane funzionalmente collegato all'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore, e proprio tale nesso costituisce il nucleo causale del contratto di assicurazione. In altri termini, anche quando il sinistro non si verifica e l'assicuratore non è tenuto a corrispondere alcunché, lo scambio contrattuale conserva piena giustificazione, poiché l'assicurato ha comunque beneficiato della copertura del rischio per l'intero periodo di efficacia della polizza.

Anche sulla base di tali considerazioni è maturato un diverso orientamento giurisprudenziale, volto a recuperare (sia pure entro limiti peculiari) le logiche sottese al criterio del prezzo anche nell'ambito del contratto di assicurazione²⁹. Per farlo, tuttavia, è stata adottata una prospettiva in parte inconsueta. Senza mettere in discussione i presupposti dell'orientamento già riferito, infatti, si è cercato di rintracciare il sinallagma tra premio e copertura assicurativa scomponendo il prezzo nelle sue componenti tecnico-attuariali, così da individuare, proprio in esse, il punto di equilibrio economico tra rischio assunto dall'impresa e prestazione pecuniaria posta a carico dell'assicurato. In sostanza, si tratta di quell'operazione di *reverse engineering* cui già si è fatto cenno: posto che il premio rappresenta una funzione del rischio, per comprendere l'estensione dell'obbligazione indennitaria dell'assicuratore occorrerebbe risalire alle singole voci di calcolo che concorrono alla sua determinazione, verificando se, e in quale misura, lo specifico rischio oggetto di controversia sia stato effettivamente considerato nel meccanismo matematico di formazione del corrispettivo.

È plausibile ritenere che, nel disegno complessivo delle pronunce da cui traspare questa impostazione, la destrutturazione del premio costituisca in realtà un espediente argomentativo, volto a mostrare come il criterio del prezzo conservi validità euristica anche a fronte delle peculiarità del settore assicurativo. Pur riconoscendosi, dunque, la bontà degli intenti che hanno ispirato tali decisioni, non si può non osservare come la soluzione finisca per generare problemi forse maggiori di quelli che puntava a risolvere.

In primo luogo, l'operazione di scomposizione presuppone una conoscenza dei meccanismi matematici di formazione del prezzo che va ben oltre quella ragionevolmente esigibile dal giudice. Ne deriva che l'accertamento del contenuto dell'accordo finisce,

copertura costituisce soltanto il livello immediatamente percepibile dello scambio; sullo sfondo, l'operazione realizza una diversa dinamica, consistente appunto nello scambio di possibilità di arricchimento. Per l'assicurato, il pagamento del premio rappresenta la possibilità di neutralizzare un futuro pregiudizio patrimoniale sostenendo un costo certo e contenuto, inferiore rispetto all'entità del danno potenziale; per l'assicuratore, specularmente, l'acquisizione del premio incorpora la *chance* di conseguire un vantaggio, giacché, ove l'evento non si verifichi, egli trattiene quanto percepito senza essere tenuto ad alcuna prestazione indennitaria. Sul punto, *cfr.* BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, 77. Sul punto, v. anche: DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, 219 ss., spec. 224; FRANZONI, *L'assicurazione fra i contratti aleatori*, in *Contratto e impresa*, 2, 417 ss.

²⁹ V. per tale orientamento: Cass. civ., 9 luglio 2020, n. 14595, in *OneLegale*; Cass. civ., SS.UU., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Corr. giur.*, 2019, 20, con note di D'AURIA e FACCÌ; Cass. civ., 30 aprile 2010, n. 10596, in *OneLegale*; Cass. civ., 9 luglio 2020, n. 14595, in *OneLegale*.

di fatto, per essere demandato alle valutazioni del C.T.U., con una duplice e rilevante ricaduta.

Da un lato, aumentano notevolmente i costi del giudizio a carico delle parti, chiamate a sostenere non solo i compensi del consulente nominato dal giudice, ma anche quelli di eventuali consulenti di parte, necessari per contestarne le conclusioni sul piano tecnico.

Dall'altro, si affida al C.T.U. un compito che non è meramente tecnico. L'ordinamento, infatti, non stabilisce un limite massimo di incidenza di ciascuna componente sul totale del premio, lasciando piuttosto le parti libere di negoziare i profili economici dell'operazione. In assenza di criteri vincolanti, il consulente dispone così di un ampio margine di valutazione e può attribuire, di volta in volta, maggiore rilievo alla componente di copertura del rischio oppure ai caricamenti, senza che ciò rifletta l'effettiva volontà delle parti.

Il rischio di una simile intromissione nell'autonomia privata induce a mettere da parte le argomentazioni di questo orientamento, che finirebbero per rendere addirittura preferibile il formalismo della sentenza in commento.

Da questo punto di vista, va peraltro osservato che l'impervia strada imboccata dalla Cassazione non rappresentava l'unico schema argomentativo idoneo a consentire il recupero della funzione ermeneutica del prezzo.

Il nodo centrale risiede, a ben vedere, nella difficoltà di conciliare la natura fortemente tecnica del contratto di assicurazione con l'esigenza di ricostruirne il significato in termini che risultino effettivamente comuni a entrambi i contraenti.

Questa tensione affonda le proprie radici nell'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra impresa (o distributore) e singolo assicurato, e che colloca le parti della relazione contrattuale su un piano strutturalmente diseguale³⁰.

³⁰ Sull'asimmetria di potere contrattuale, imprescindibile è il riferimento all'Autore a cui si deve la paternità del concetto: tra gli altri, ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 ss. V., inoltre, AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di GITTI, VILLA, 9 ss. Tale autore, in particolare, individua l'emersione di un modello unitario di contratto caratterizzato da un'asimmetria di potere contrattuale tra le parti, assoggettabile a un sindacato giudiziale uniforme sull'equilibrio dello scambio. I tratti qualificanti di questa figura sarebbero, da un lato, il collocarsi della contrattazione entro la fisiologia delle relazioni sociali (con esclusione, quindi, delle ipotesi patologiche di incapacità o di stato di pericolo o bisogno); dall'altro, l'ampio spazio valutativo riconosciuto al giudice nella verifica dell'equilibrio contrattuale. All'asimmetria di potere corrisponderebbe, in tale prospettiva, uno squilibrio regolamentare, inteso come indice sintomatico di un abuso dell'autonomia contrattuale. Compito del giudice sarebbe allora quello di intervenire per ristabilire un assetto più equo, anche attraverso il ricorso a criteri di natura equitativa. Sulla forza espansiva di tale paradigma anche oltre l'originario ambito consumeristico in cui è stato elaborato, v. anche ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, 5, 2008, 538 ss.

Le esigenze di precisa delimitazione dell'oggetto del contratto proprie dell'attività si riflettono inevitabilmente anche sulla struttura linguistica delle polizze. Queste sono generalmente formulate attraverso un lessico tecnico e organizzate mediante clausole che definiscono con estrema puntualità l'ambito della copertura, così da rendere il rischio esattamente identificabile e suscettibile di calcolo. Il risultato è che, nella prassi, il contenuto del contratto finisce spesso per risultare poco trasparente per il singolo assicurato, il quale difficilmente dispone degli strumenti necessari per coglierne appieno le implicazioni.

Da tale situazione la disciplina di settore fa discendere l'esigenza di approntare forme di tutela rafforzata a favore dell'assicurato. In particolare, essa impone al distributore obblighi informativi precontrattuali particolarmente incisivi. Da un lato, egli deve fornire informazioni chiare, complete e proporzionate (artt. 120-*quater*, 121-*sexies*, 166, 185-*bis* e 186 cod. ass. priv.)³¹; dall'altro, è tenuto a formulare una proposta coerente con le esigenze e con il profilo di rischio concretamente rappresentato (art. 119-*ter* cod. ass. priv.)³².

In definitiva, l'ordinamento mira a garantire che la polizza sia effettivamente intelligibile per l'assicurato, richiedendo, già nella fase precontrattuale, che la copertura sia costruita in modo da rispecchiare le sue reali esigenze e che, al tempo stesso, il cliente sia in condizione di comprendere il significato dell'operazione che sta per concludere.

Se questo è il fine che ispira la disciplina di settore, risulterebbe allora poco coerente ritenere che la ricostruzione del significato del contratto debba ruotare proprio attorno alla sua componente più strettamente tecnica. Un simile approccio finirebbe infatti per condurre a letture dell'accordo estranee alla sfera di comprensione del contraente, svuotando in larga misura di effettività le tutele predisposte dall'ordinamento.

³¹ Cfr. Regolamenti IVASS nn. 40 e 41 del 2018 (recentemente modificati dal Provvedimento IVASS n. 163 del 25 novembre 2025), che disciplinano in modo puntuale i contenuti dell'informativa precontrattuale gravante sul distributore, articolandola anche in funzione delle singole tipologie di polizza (e, dunque, di rischio) oggetto del contratto. In tale ambito trovano specifica regolazione il MUP (Modello Unico Precontrattuale), volto a fornire al cliente un quadro sintetico delle informazioni rilevanti sul distributore e sulle modalità dell'offerta, nonché il DIP (Documento Informativo Precontrattuale), destinato a illustrare in forma standardizzata le principali caratteristiche del prodotto assicurativo, così da renderlo più agevolmente comprensibile (e comparabile con analoghi prodotti assicurativi presenti sul mercato). In tema di trasparenza assicurativa, v. più estesamente De Poli, *Trasparenza e informativa nelle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2024, 1, 2 ss.

³² Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che la polizza assicurativa non deve limitarsi a coprire un rischio astrattamente assicurabile gravante sull'assicurato, ma deve altresì risultare funzionale alla soddisfazione del concreto bisogno di garanzia da questi rappresentato. Tale esigenza, peraltro, è destinata a emergere già nella fase precontrattuale, nella quale l'assicuratore, alla luce dei doveri di correttezza e buona fede (artt. 1175, 1337 e 1375 cod. civ.), nonché degli obblighi informativi previsti dalla disciplina di settore (artt. 120, 166, 183-187 cod. ass. priv.), è tenuto a individuare e valutare le specifiche esigenze del contraente. In tal senso, v. già Cass. civ., SS.UU., 24 settembre 2018, n. 22437; Cass. civ., 24 aprile 2015, n. 8412.

Più convincente appare, allora, recuperare la validità del criterio del prezzo ancorandolo a un parametro di normalità sociale, ossia al significato che l'operazione assume secondo il comune modo di intendere.

L'esperienza mostra, del resto, che l'assicurato afferra normalmente l'impianto essenziale dell'operazione (quale rischio viene trasferito e secondo quali coordinate generali) mentre difficilmente padroneggia le articolazioni tecniche più raffinate, spesso percepite come eccessivamente complesse o meramente di dettaglio. È su questo livello elementare di comprensione che l'interpretazione è, dunque, chiamata a misurarsi.

Ma che cosa ricomprende, in concreto, questo "nucleo duro" di senso?

In primo luogo, la causa astratta del tipo contrattuale, ossia il suo schema elementare di funzionamento: l'ossatura dell'operazione colta nei suoi tratti essenziali, al di là delle peculiarità del caso concreto³³. È noto, infatti, che il tipo contrattuale non si limita a richiamare una determinata disciplina normativa, ma veicola anche un suo significato complessivo, che riflette il valore socialmente riconosciuto di quell'operazione³⁴.

Se si guarda alle assicurazioni contro i danni e, in particolare, alla responsabilità civile³⁵, questo nucleo coincide sostanzialmente con la funzione indennitaria propria del tipo (art. 1904 cod. civ.)³⁶, accompagnata dalla consapevolezza della sua intrinseca aleatorietà.

Semplificando, chi stipula una polizza di responsabilità civile sa di star compiendo un'operazione ben precisa: trasferisce all'assicuratore il rischio di dover sopportare, in futuro, le conseguenze patrimoniali di un fatto dannoso che, in mancanza di copertura, graverebbero su di lui³⁷. È questa l'idea di fondo che dà senso all'operazione, prima ancora delle sue declinazioni tecniche.

³³ Cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 346, che definisce la causa come il "senso" che le parti assegnano all'atto nell'esercizio della loro autonomia privata. V. sul punto anche GAROFALO, *Fisiologia e patologia della causa contrattuale*, cit., 684 ss.

³⁴ In questo senso, il tipo non è soltanto un contenitore di regole, ma anche un modello di significato, che orienta la comprensione dell'accordo. Sul punto, cfr. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., 262 ss.; GAROFALO, *Fisiologia e patologia della causa contrattuale*, cit., 685 e 687.

³⁵ È noto, da questo punto di vista, che l'assicurazione della responsabilità civile viene usualmente ricondotta alle c.dd. assicurazioni di patrimonio, in cui oggetto della copertura "è il rischio di alterazione negativa del patrimonio dell'assicurato, riconducibile all'insorgenza di un obbligo di risarcimento a suo carico per fatto illecito (o inadempimento contrattuale)". Così, MAZZOLA, *L'interesse nel contratto di assicurazione. Teoria e problemi del tipo*, Napoli, 2025, 133. V., nel medesimo senso, VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, cit., 98; CORRIAS, *Responsabilità civile e contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 257, nota 47.

³⁶ In questo senso, BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni (Artt. 1904-1918)*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, 87; MAZZOLA, *Sul concetto di interesse nel contratto di assicurazione: inquadramento teorico e profili applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2019.

³⁷ Particolarmente efficace la sintetica descrizione fornita da SARTORI, *Responsabilità degli amministratori e patti di manleva*, cit., 421: "L'assicurato trasferisce all'assicuratore il rischio (da intendersi come stato di incertezza oggettiva e assoluta in relazione al verificarsi di un fatto) a fronte del pagamento di un premio, il prezzo appunto per non sopportare gli oneri che l'esistenza obiettiva del rischio fanno gravare su di lui (prima e indipendentemente dal verificarsi dell'evento)".

Attorno a questo nucleo si dispongono poi le clausole che modulano in concreto la copertura. Anche tali previsioni, tuttavia, non possono essere assunte nel loro significato tecnico più rigoroso: devono piuttosto essere ricondotte alla funzione che esprimono nell'esperienza comune. Esemplificando, l'assicurato è normalmente consapevole che una parte del danno resterà a suo carico; assai meno probabile è che distingua con precisione le differenze strutturali tra franchigia e scoperto, cogliendone tutte le implicazioni operative.

Sul piano ermeneutico, dunque, assume rilievo un metodo che, valorizzando i principi di buona fede e tutela dell'affidamento (artt. 1362, comma 2, 1366 e 1369 cod. civ.), ancora il significato delle clausole a ciò che esse sono normalmente idonee a rappresentare per un contraente non specialista³⁸. L'interpretazione passa, in questa prospettiva, attraverso una "stilizzazione" delle previsioni contrattuali: non la loro lettura secondo categorie tecnico-settoriali, ma la ricostruzione del senso che esse assumono nella comune esperienza sociale.

Così, un prezzo elevato, in quanto comunemente percepito come tale, tendenzialmente orienterà verso una copertura più ampia, inducendo a ritenere che il rischio controverso sia stato, in concreto, incluso nella copertura. Viceversa, un prezzo "basso" indirizzerà verso letture di segno opposto, rendendo più ragionevole ritenere che l'assicurato abbia acquistato una protezione meno ampia.

Analogamente, soprattutto quando la polizza sia stata collocata direttamente o tramite un broker o un agente, si potrà ritenere che la specifica esigenza che ha spinto il contraente ad assicurarsi, in quanto condivisa e determinante del consenso, sia entrata a far parte della causa in concreto. In presenza di un dubbio circa la copertura del rischio cui tale esigenza si riferisce, dunque, l'interpretazione dovrà orientarsi in senso inclusivo, poiché una diversa soluzione finirebbe per risultare incoerente con la funzione pratica dell'accordo.

Un'ultima precisazione. Questa impostazione non può essere assolutizzata. La preferenza per il significato "normale" rispetto a quello specialistico si giustifica in quanto, ordinariamente, l'assicurato non dispone delle competenze tecniche necessarie per cogliere tutte le implicazioni del linguaggio assicurativo.

³⁸ V., in senso per certi versi analogo, Cass. civ., 23 settembre 2021, n. 25849, in *OneLegale*: "nell'interpretazione del contratto di assicurazione, che va redatto in modo chiaro e comprensibile, il giudice non può attribuire a clausole polisenso uno specifico significato, pur teoricamente non incompatibile con la loro lettera, senza prima ricorrere all'ausilio di tutti gli altri criteri di ermeneutica previsti dagli artt. 1362 c.c. e ss., e, in particolare, a quello dell'interpretazione contro il predisponente, di cui all'art. 1370 c.c.; tale articolo ha una precisa ragione: se la clausola è predisposta da un solo contraente, la scarsa chiarezza del testo va imputata a costui, non avendo l'altro contraente dato alcun contributo alla redazione". Nel senso che le clausole di polizza che delimitino il rischio assicurato, ove inserite in condizioni generali su un modulo predisposto unilateralmente dall'assicuratore, sono soggette al criterio ermeneutico posto dall'art. 1370 cod. civ. e, pertanto, in caso di dubbio interpretativo devono sempre essere intese in senso sfavorevole all'assicuratore: Cass. civ., 28 settembre 2022, n. 28173, in *OneLegale*; Cass. civ., 5 giugno 2020, n. 10825, in *OneLegale*.

Ma si tratta di una presunzione fondata sull'esperienza, non di una regola inderogabile. Può accadere che, in fase precontrattuale, il distributore abbia fornito al cliente un'informazione puntuale ed esaustiva, chiarendo il contenuto e la portata di specifiche clausole tecniche anche oltre gli obblighi informativi previsti dall'ordinamento.

In tali ipotesi, viene meno – limitatamente alle pattuizioni interessate – la situazione di asimmetria che giustifica il ricorso al significato socialmente percepibile dell'atto. Ne consegue che l'assicurato non potrà più invocare il senso “medio” della clausola, dovendosi invece attribuire rilievo anche al suo preciso significato tecnico³⁹.

ABSTRACT

Discostandosi da un precedente orientamento, la Cassazione afferma che, nelle polizze contro i danni, l'estensione della copertura va ricavata esclusivamente dal testo contrattuale, interpretato secondo i criteri di cui agli artt. 1362 e ss. c.c., senza che assuma rilievo l'ammontare del premio corrisposto. Il contributo, dopo un breve inquadramento delle questioni sottese alla pronuncia, esamina il ruolo degli interessi nell'interpretazione del contratto, soffermandosi in particolare sulla possibilità di riconoscere uno spazio di operatività al criterio del prezzo anche a fronte delle innegabili peculiarità che caratterizzano i contratti assicurativi.

Departing from its previous position, the Corte di Cassazione holds that, in indemnity insurance policies, the extension of cover must be derived exclusively from the text of the contract, interpreted in accordance with the criteria set out in Articles 1362 et seq. cod. civ., without any regard to the amount of the premium paid. Following a brief overview of the issues underlying the ruling, this article examines the role of interest in the interpretation of the contract, focusing in particular on the possibility of allowing the price criterion some scope for application, even in light of the undeniable peculiarities that characterise insurance contracts.

³⁹ Appare in questo senso criticabile l'orientamento giurisprudenziale che fa gravare sull'assicurato l'onere di fornire la prova della mancanza di adeguata informazione. Cfr. per la giurisprudenza: MANELLI, *Il principio di adeguatezza del contratto alla causa concreta nella giurisprudenza di merito dopo le SS.UU. claims made n. 22437/2018*, in *Contratti*, 2020, 695 ss.



Conversando di storia del diritto



Antonio Padoa-Schioppa

Prof. emerito dell'Università Statale di Milano

Paolo Alvazzi del Frate, Presidente dell'Associazione degli Storici del Diritto Medioevale e Moderno, conversa con Antonio Padoa-Schioppa

Paolo Alvazzi del Frate

Antonio Padoa-Schioppa è certamente tra i più importanti protagonisti della storiografia giuridica del Novecento e di questi primi decenni del ventunesimo secolo.

La sua produzione scientifica è vastissima: si parla di più di 300 articoli, 15 monografie, oltre ad altre che sono in preparazione. Antonio mi ha autorizzato a annunciare la prossima uscita di alcune note autobiografiche, nei primi mesi del 2026.

I ruoli che ha ricoperto Antonio Padoa-Schioppa sono davvero tanti e diversi.

Ha insegnato a Pavia e a Milano Statale, e l'importanza del suo magistero è stata grande sia in Italia che all'estero. Tra gli onori possiamo ricordare le lauree *ad honorem* che ha ricevuto a Paris II e a Montpellier. I campi di indagine che Antonio ha coltivato vanno dall'alto medioevo fino all'età contemporanea: ricordo solo il suo interesse specifico per la storia della giustizia medievale e moderna, per la storia del diritto commerciale, per la storia del diritto canonico. Ed inoltre ha studiato la storia del diritto dell'Europa sino agli sviluppi dell'Unione europea, in particolare negli ultimi anni.

Come d'accordo con Antonio, gli formulerò alcune domande che il direttivo dell'Asdimm ha pensato di porgli.

Anzitutto ti chiedo quale è stato il tuo percorso di formazione di storico del diritto e quali sono le personalità che più ti hanno influenzato.

Antonio Padoa-Schioppa

Caro Paolo, anzitutto desidero dire grazie a te e grazie all'ASDIMM. Non credo che mi capiterà più di essere interrogato su quello che io ho fatto, anche se con molti di voi ci siamo visti e sentiti tante volte. Ma un momento di circa un'ora in cui essere invitato a parlare di quello che ho studiato e che ho scritto in ben due terzi di secolo ormai, questo non l'avevo ancora sperimentato. È una gratificazione della quale sono consapevole.

Quali sono le personalità che mi hanno influenzato brevemente? Io sono stato avviato alla cultura, oltre che da mio padre, anzitutto da Benedetto Croce, che io considero il mio maggiore ispiratore, non tanto di filosofia, ma di etica, nella vita e nel lavoro. Benedetto Croce è stato un grande spirito, e secondo me, forse, il più grande intellettuale italiano del ventesimo secolo. Ed io fin dall'adolescenza lo ho considerato il mio maestro. Un maestro anzitutto di etica, di vita, di lavoro; quel lavoro che è gioia, se scelto e coltivato come merita. E mi permetto di aggiungere un riferimento autobiografico. Sapete come sono diventato europeista? Perché in terza liceo ho letto la 'Storia d'Europa nel secolo XIX' di Benedetto Croce. Nell'ultima pagina, scritta nel 1932, Croce ha scritto che si augura che venga il giorno in cui noi ci sentiremo cittadini dell'Europa, come sino a ieri ci sentivamo tali solo nei confronti della nostra patria nazionale; la quale, tuttavia, egli ha scritto, non scomparirà dalle menti e dai cuori: sarà «non già dimenticata, ma meglio amata». In questa frase c'è tutto: l'ideale europeo non è di sacrificare il sentimento nazionale, come credono i sovranisti di oggi. Ognuno di noi è cittadino della sua città, ma è al tempo stesso cittadino della propria regione (e le identità regionali sono tuttora fortissime), è cittadino italiano, è cittadino europeo (ormai anche giuridicamente) e, *last not least*, anche cittadino del mondo.

Dopo la maturità conseguita nel 1956 io speravo di studiare storia, contavo di fare il concorso per la 'Normale' di Pisa. Ma mio padre, che si era laureato in legge – uno dei primi della neonata Statale di Milano, anche se poi non ha mai svolto funzioni di giurista –, mi ha consigliato di studiare qualcosa di diverso rispetto alla formazione umanistica del liceo, promettendo di sostenermi più tardi per una seconda laurea se lo avessi desiderato, come egli stesso aveva fatto laureandosi a Firenze in filosofia dieci anni dopo la prima laurea. Ed io gli ho dato retta: ho vinto un posto al Collegio Ghislieri di Pavia e mi sono iscritto a Giurisprudenza.

Ma non subito mi sono avvicinato al diritto. Ci ho messo anni a capire che il diritto non era il terreno arido che immaginavo quando studiavo Platone al liceo.

La spinta a scegliere la tesi in storia del diritto me l'ha data una pagina del 'Medioevo del diritto' di Francesco Calasso, che noi portavamo all'esame e che io avevo studiato due anni prima. Sono le righe, certo scritte da un letterato, in cui vengono riportate le parole che giustificavano la decisione della piccola comunità di Dervio, sul lago di Como, di darsi uno statuto per poter vivere: così, si proclama solennemente "pro libito voluntatis". Non so perché mi sono entusiasmato, nel leggerle; del resto, tutto il libro di Calasso lo avevo studiato con passione, ed è un testo tuttora ben vivo.

Ed io, che pure avevo già deciso di laurearmi in diritto amministrativo, purché, beninteso, con una tesi storica, mi sono sentito improvvisamente più storico che amministrativista e ho scelto di laurearmi con Giulio Vismara, che poi è stato il mio maestro (tale tuttora lo considero), allora professore a Pavia. Ho poi scoperto solo strada facendo come egli fosse una persona eccezionale, non soltanto per la sua statura scientifica ma per la signorilità del tratto e per il rispetto che aveva per ogni studente e per ogni lavoro che gli venisse presentato per un giudizio, a cominciare dalla tesi di laurea.

Poco più tardi, da neolaureato, ho conosciuto Stefan Kuttner, che un giorno mi ha avvicinato all'Istituto di diritto romano di Francoforte (non c'era ancora il Max Planck), dove stavo sviluppando la tesi di laurea nel 1962; e rivolgendosi a me in un italiano perfet-

to si è informato con attenzione su cosa stessi lavorando. Anni dopo è stato lui ad avvicinarmi alla storia del diritto canonico, invitandomi a Berkeley.

Se devo dire chi sono, a mio avviso, le figure, oltre a quelle che ho appena nominato, che io considero ai vertici della storia del diritto, mi limito a tre grandi nomi.

Otto von Gierke è stato un assoluto fuoriclasse per la capacità di mettere in luce con profonde indagini ciò che sta sotto e ciò che sta sopra al diritto, come pure per le sue doti di teorico e critico del diritto in Germania.

Un altro grande è, per me, Eduard Meijers, il quale non solo ha scoperto la scuola di Orleans, non solo ha portato i suoi studenti a Napoli a studiare i manoscritti medievali, non solo ha studiato in modo nuovo la storia delle successioni nell'Europa medievale, ma è stato inoltre un protagonista dell'elaborazione del nuovo Codice civile olandese.

Infine, quello che io considero forse il più grande storico del diritto: Frederic Maitland, straordinario per la profondità e l'eleganza con la quale è riuscito a coniugare la storia del *Common Law* alla storia inglese ed europea.

Naturalmente ho conosciuto tanti altri illustri storici giuristi, tra i quali Helmut Coing, il creatore del Max Planck, Anne Lefebvre Teillard, André Gouron, Knut Wolfgang Noerr, Gerhard Dilcher, Jean Hilaire, Dieter Simon; e di tanti altri sono stato amico e ammiratore, a cominciare da Adriano Cavanna, che è stato mio amico fraterno; e lo stesso vale per Ennio Cortese, per Paolo Grossi, per Raffaele Ajello, per Mario Caravale, per Jean-Marie Carbasse, per Gero Dolezalek, per Laurent Mayali, per André Rigaudière; e mi fermo qui, anche se potrei continuare.

Paolo Alvazzi del Frate

Quali sono le tappe fondamentali della tua ricerca scientifica, gli approcci metodologici e i problemi principali che hai riscontrato?

Antonio Padoa-Schioppa

Venendo ora alle mie ricerche, vi dedicherò qui uno spazio che spero di riuscire a contenere entro i limiti di tempo a disposizione. I campi da me coltivati sono molti e distribuiti su fronti diversi, anche perché non ho mai smesso né di studiare né di scrivere, neppure nei lunghi anni in cui sono stato preside, e in seguito dopo la pensione, sino al presente.

Quando ho iniziato lo studio di storia del diritto non si poteva aspirare ad una carriera universitaria in storia del diritto se non partendo dal medioevo, in particolare dall'alto medioevo. Ed io, anche in seguito, all'alto medioevo ho continuato a guardare e a rivolgermi con interesse, attratto dalla sua ricchezza di prospettive nonostante i tanti studi degli ultimi due secoli. Ma la storia, a mio avviso, va in realtà ricostruita ad ogni generazione, anche in considerazione di prospettive nuove che il presente può prospettare (la storia come storia contemporanea...). E vi sono aspetti dell'alto medioevo che, senza alcuna pretesa di imitazione, ovviamente, presentano una notevole attualità: si pensi al principio della personalità della legge, che consentiva la convivenza pacifica di etnie diverse entro il medesimo regno.

I due volumi sulla storia dell'appello (1967-1970), con i quali ho conseguito la libera docenza e poi la cattedra, riguardano un istituto che ho scelto in considerazione dei due suoi profili fondamentali, diversi ma concorrenti, e proprio per questo così attrattivi per lo storico: l'appello come strumento di giustizia; l'appello come strumento di potere del sovrano sui propri domini.

I due volumi hanno un impianto molto diverso.

Il primo, concerne anzitutto la legislazione tardo-antica, da Costantino a Giustiniano: un versante che non era ancora mai stato studiato e che mi ha affascinato per la sua straordinaria varietà (mentre, per l'appello classico, esisteva la bella monografia di Riccardo Orestano); e prosegue poi con lo studio dell'istituto nei secoli dell'alto medioevo in ciascuno dei regni germanici, quindi nell'età carolingia e post-carolingia e nell'Italia bizantina. Sul primo dei due versanti dell'appello che ho appena richiamato mi è parso significativo sottolineare come, ad un trentennio di distanza, i due sovrani del regno longobardo e del regno dei Franchi, Liutprando e Pipino il Breve, abbiano introdotto legislativamente l'appello al re, prima non esistente, nell'intento evidente di rafforzare il loro controllo sui loro rispettivi regni.

Nel passato fatto oggetto quasi esclusivo di ricerca, anche nel tentativo illusorio di una continuità rispetto ai futuri Stati nazionali, oggi l'alto medioevo è trascurato dagli storici del diritto, ed è un peccato. Nei decenni seguenti, io mi sono occupato in particolare ancora della giustizia, a partire dall'attività di giudice del grande papa Gregorio Magno desunta dal suo Registro, che ho creduto di identificare in quattro criteri complementari, ma poi soprattutto con lo studio dei *'placiti'*, meritoriamente editi dal Manaresi. Ho tentato in particolare di capire (di cercar di capire...) quanto di giustizia (o di ingiustizia) si potesse ricavare dall'esame di un processo: come, ad esempio, in un placito di Benevento del 762 risultasse chiaro che il duca Arechi II aveva negato la libertà ad un gruppo di uomini che pure potevano documentare di aver conseguito la libertà, e questo per compiacere il nuovo priore del monastero, che li voleva servi; e come, per contro, nella Milano dell'anno 900, un gruppo di testimoni indipendenti avesse attestato senza timore la natura di aldi (ovvero semiliberi) rivendicata da un gruppo di uomini in un processo presieduto dal signore di Milano, il quale avrebbe avuto invece interesse a vederli riconosciuti suoi servi. Ogni tanto, quindi, si coglie, o si intravede, anche nei placiti, che pure hanno un formulario molto rigido, qualche ombra di quello che, alla fine, è lo scopo vero del diritto: la giustizia.

Ho poi cercato di illustrare l'avvento nel secolo XI delle prime manifestazioni del ritorno del diritto romano nelle decisioni dei casi e il significato della giurisdizione esercitata dai consoli comunali nella Milano del XII secolo, nonché agli inizi della Signoria viscontea. Si tratta di studi poi raccolti, con altri (alcuni dei quali relativi ai formulari processualistici), in un volume del 2015 intitolato alla *'Giustizia medievale italiana dal Regnum ai comuni'*. Inoltre, nel 2010 ho svolto a Spoleto una relazione sulla storia del diritto internazionale nell'Alto medioevo europeo, del quale ho tentato di tracciare una sintesi, poi pubblicata in volume dal Cisam nel 2024, con altri saggi sul diritto medievale

(sul ruolo del re come giudice nei diversi regni germanici; sulla Scuola di Pavia; su Pillio e le sue Glosse al Codice; sulla pace privata in Bartolo; sull'idea di impero in Dante)¹.

Il secondo volume sull'appello, edito, come ho ricordato, nel 1970, è dedicato allo studio dei Glossatori. Era precisamente per capire la portata del loro lavoro che avevo studiato l'appello nel diritto romano della compilazione giustiniana, convinto che solo così si potesse cogliere il *quid novi* della scuola bolognese.

Vorrei qui richiamare un aspetto del loro pensiero che mi pare di aver colto studiando l'appello e che considero fondamentale, anche se spesso non lo vedo posto nella giusta evidenza.

I Glossatori, come sappiamo, hanno dedicato la loro attenzione in modo pressoché esclusivo ai testi della compilazione giustiniana, a differenza dei giuristi pavesi del secolo XI che, per primi dopo secoli, avevano fatto oggetto di analisi i testi delle leggi, ma di quelle longobardo-franche, pur senza ignorare la *lex romana*, da loro considerata "*generalis omnium*". Ebbene, il contenuto del lavoro dei giuristi bolognesi è invece il *Corpus iuris*, che resterà per quasi sette secoli la materia di formazione universitaria dei giuristi dell'intera Europa continentale. Ma il metodo introdotto dai Glossatori è profondamente diverso rispetto a quello dei grandi giuristi romani dell'età classica, e questo per una ragione semplice: sino a Giustiniano, il diritto romano non possedeva un testo onnicomprensivo dell'intero ordinamento giuridico, e si doveva necessariamente attingere a più fonti disgiunte.

Con i Glossatori, invece, la Compilazione fu concepita come la *Lex suprema* e completa, alla quale ogni caso poteva essere ricondotto ("*omnia in corpore iuris inveniuntur*"). Ebbene, questa legge non poteva certo essere contraddittoria al proprio interno, e dunque, quando una contraddizione veniva riscontrata, essa era superata anzitutto con lo strumento magico della distinzione (*distinctio*), dimostrando così che le due norme si riferivano a fattispecie non identiche.

Io ritengo che il modello per questo approccio sia stato costituito dai pensatori della patristica, che parimenti non potevano ammettere che la parola divina contenuta nei due Testamenti contenesse contraddizioni, perché Dio, che ne è la fonte, non si contraddice; dunque, non contraddizioni, bensì, nel Testo sacro, "*diversa putantur sonare, nisi adsit intellectus*", come fu detto in varie forme da Agostino e da altri Padri.

Un punto molto significativo vorrei sottolineare: nel far ciò, i Glossatori molto spesso crearono categorie giuridiche nuove, originali, anche al di fuori della logica della *distinctio*, categorie destinate poi ad affermarsi nel corso del diritto comune ed oltre. Ad esempio, in materia di appello, su un tema specifico quale è quello della possibilità o meno di introdurre nuove prove in seconda istanza (*ius novorum*), si resta stupiti dall'acume con il quale, dai manoscritti che io ho utilizzato (avevamo iniziato allora a Milano la raccolta degli inediti preaccursiani), emerge non solo l'acutezza ma anche l'attualità delle loro analisi, come alcuni colleghi processualcivili mi hanno confermato.

¹ PADOA-SCHIOPPA, *Diritto medievale. Sei studi*, Spoleto, 2024.

D'altronde, Otto von Gierke, che ho sopra ricordato, scrisse giustamente che il metodo dei Glossatori è alla base anche dei diritti continentali moderni fondati sull'eshaustività della legge, dove pure, nella logica dei Codici, le contraddizioni, in linea di principio, non dovrebbero più esserci.

Un tema che ho affrontato negli anni Settanta concerne il rapporto tra delitto e pace privata, disciplinato da un passo del *Codex* (il IV volume del *Corpus iuris*) che ammetteva, per i reati più gravi, la transazione tra le parti, una conseguenza sulla quale i Glossatori discussero a lungo, interrogandosi, in particolare, sulla questione se la pace precludesse o meno la promozione dell'accusa da parte di altri soggetti. Ad esempio, Pillio lo affermava (sono rivelatori i manoscritti su ciò), mentre Guglielmo da Cabriani lo negava; ma, alla fine del Duecento, la parola decisiva fu detta da Alberto da Gandino, quando sostenne la seconda tesi sul fondamento del principio di massima rilevanza per il quale "*delinquens offendit rem publicam civitatis*" e non solo la vittima, e pertanto la pace non impedisce la promozione di una nuova accusa. E in effetti gli statuti cittadini, a partire dal Duecento, che ho esaminato per la Lombardia, abolirono proprio per i reati più gravi la pace privata. È, questa, una conferma di un aspetto fondamentale dello *ius commune* europeo: si è trattato, per secoli, di un ordinamento a più livelli, nel quale i diritti particolari e speciali (anzitutto il diritto pubblico, il feudale, il commerciale) intervenivano prioritariamente dove le comunità intendevano derogare al diritto romano comune, il quale, tuttavia, manteneva un ruolo sovraordinato e complementare.

Ho ricordato sopra che Stefan Kuttner mi aveva avvicinato al diritto canonico classico.

Negli anni Settanta, Ottanta e Novanta, ma anche in seguito, ho affrontato in più occasioni alcuni aspetti di una tematica ricchissima e affascinante. In particolare, ho studiato il tema della rappresentanza diretta, i limiti dell'appello canonistico nelle decretali di Alessandro III, i capitolari ecclesiastici, l'avvento delle decisioni a maggioranza; ed ho tentato di sintetizzare in due lavori alcuni principi che caratterizzano le importanti differenze e specificità del diritto canonico classico rispetto allo *ius commune* dei civilisti, tra le quali l'ampio ricorso a fonti patristiche e non giuridiche, la coesistenza di regole rigide e di regole flessibili, il rapporto tra giurisdizione e legislazione, il ruolo determinante di regole nuove attraverso le decretali su casi concreti, poi incluse nel *Liber Extra*, come tanti secoli prima il Codice di Giustiniano aveva fatto con i *rescripta* imperiali; questi e altri contributi sono stati poi raccolti in volume nel 2017².

Alla storia del diritto commerciale ho dedicato attenzione sin dalla tesi di laurea, occupandomi in seguito di alcuni versanti delle codificazioni moderne: i progetti italiani dell'età napoleonica, la formazione del Codice di commercio francese, la legislazione ottocentesca francese ed italiana, temi per i quali ho scritto i capitoli relativi del volume III dello 'Handbuch' di Coing, poi usciti nel 1992 in un volume autonomo di saggi³. In particolare, ho studiato in altrettanti lavori specifici la prassi commerciale pre-codificatoria in Italia,

² PADOA-SCHIOPPA, *Studi sul diritto canonico medievale*, Spoleto, 2017.

³ PADOA-SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992.

che, con le accomandite, ha conosciuto forme precoci di responsabilità limitata; il ruolo di Napoleone nel Consiglio di Stato; la legislazione speciale francese dell'Ottocento, ispirata in gran parte al modello inglese; la complessa formazione del Codice di commercio italiano del 1882, per decenni il più avanzato d'Europa; infine, la disciplina delle società per azioni, il ruolo del notariato nell'approvazione degli statuti, i vari tentativi di riforma societaria e commercialistica tra Otto e Novecento, sempre pilotati, sino al 1925, dal grande Cesare Vivante, promotore, dal 1889 al 1922, della tesi dell'unificazione della materia commercialistica nel Codice civile, sboccata alla fine nel nostro Codice civile del 1942.

Nel quadro di un'iniziativa del Max-Planck, dovuta ancora a Coing e a Knut Noerr, per una storia comparata di *Civil Law* e *Common Law*, io ho curato nei secondi anni Ottanta un volume a più mani sulla giuria ("Trial by jury"), occupandomi in prima persona dell'introduzione della giuria penale nella Francia della Rivoluzione. Tra il 1789 e il 1791 ben 27 giornate sono state dedicate dall'Assemblea costituente a questo tema; e l'esame analitico della discussione e del ricco materiale dei progetti, che ho ricostruito, mi ha rivelato la straordinaria qualità di questo biennale intensissimo processo legislativo, nel corso del quale, il giorno seguente alla discussione in aula, usciva sul 'Moniteur' un completo resoconto; una procedura che si è estesa in quegli anni a centinaia di leggi speciali, a partire dalla Dichiarazione dei diritti dell'agosto 1789. Il modello di giuria introdotto in Francia nel 1791 (solo penale, la giuria civile era stata respinta, nonostante i tentativi di introdurla da parte di alcuni grandi giuristi quali Adrien Duport, ma contro il parere dell'influentissimo François Tronchet, risultato decisivo) è, però, in base a quanto ho potuto accertare, alquanto diverso dal modello inglese, che per merito di Montesquieu (ma anche di Beccaria e di altri *philosophes*) era conosciuto e lodato in Francia da decenni: la giuria francese ha infatti introdotto una correlazione tra giurati laici e giudici togati che in Inghilterra non c'era: un'impostazione adottata dapprima in Germania, poi anche in Francia e in Italia nel corso dell'Otto e del Novecento, accomunando in Camera di Consiglio i togati ed i laici, come avviene nelle odierne Corti d'Assise.

A partire dagli anni Ottanta, ho infine a più riprese cercato di porre in evidenza l'evoluzione storica degli aspetti istituzionali dell'Unione europea, così denominata dal 1992 (in precedenza, Comunità economica europea). In effetti, nel corso dei decenni, attraverso successivi Trattati (1950; 1957; 1973; 1986; 1997; 2000) e sino al Trattato di Lisbona del 2007 tuttora in vigore, ma, altresì, in virtù di sentenze di grande spessore della Corte di Giustizia europea – oltre che attraverso centinaia di regolamenti e di direttive necessarie alla creazione del mercato unico e dell'euro – l'Unione europea costituisce oggi una realtà istituzionale e costituzionale di grande spessore, che deve essere studiata sin dall'università anche sotto il profilo storico. Vi ho dedicato, in questi anni, ripetute ricerche, riunite nel tempo in tre volumi in cui si affiancano storia e attualità, come dirò tra breve.

Paolo Albazzi del Frate

Grazie, Antonio, per questa ricostruzione delle tue principali ricerche storico-giuridiche.

Ti chiederei a questo punto se ritieni di poter indicare alcune caratteristiche per così dire trasversali, comuni a tutti o quanto meno alla maggior parte dei settori da te coltivati e che ci hai appena illustrato.

Antonio Padoa-Schioppa

Sì. Mi limito qui a indicarne una sola, alla quale ho sempre attribuito particolare rilievo. Di altre mie idee generali sulla storia del diritto dirò tra breve, se me lo chiederai, a proposito dei miei scritti di sintesi.

Io sono convinto che le quattro fonti fondamentali del diritto – la legislazione, la dottrina, la prassi, la giurisprudenza – sono sempre esistite nella storia del diritto in Europa, dal primo medioevo sino al presente. Ma lo sono state in misura molto diversa nelle diverse età, sia quanto al peso specifico di ciascuna di esse, sia quanto al rapporto reciproco tra di esse.

La consuetudine ha avuto un ruolo eminente ma non certo esclusivo nell'alto medioevo; la dottrina si è altamente sviluppata nel diritto comune durante i sette secoli dal XII al XVIII, pur in presenza di vigorose legislazioni e consuetudini locali e speciali; la legislazione è assunta a fonte dominante e potenzialmente esclusiva con le moderne codificazioni; la giurisprudenza ha operato in ognuna di queste età svolgendo sempre ruoli significativi.

Nella seconda metà del Novecento, un livello normativo superiore alla legge ordinaria si è imposto con le Costituzioni: si tratta di un livello avviato in Europa per impulso di Hans Kelsen, dopo la prima guerra mondiale e poi nel secondo dopoguerra, in Francia, Italia, Germania e altrove; un livello reso operativo per opera delle Corti costituzionali, abilitate talora ad abrogare leggi ritenute contrarie alla costituzione, in qualche misura così resuscitando la secolare presenza, reale e non solo ideale, di un diritto di livello superiore alle leggi. E questo avviene oggi anche al livello europeo, per opera delle Corti del Lussemburgo e di Strasburgo.

Gli esempi sono infiniti. Rotari descrive la consuetudine del suo popolo, oppure intende modificarla, o entrambe le cose? Bulgaro traccia la procedura processuale o la rispecchia? E Rolandino? E la Rota genovese del Cinquecento in materia commerciale? E il Codice Napoleone che ad un tempo recepisce ed innova? Talora è lo stesso giurista teorico a rivelare la sua fonte, come fece Einert nel 1839, quando teorizzò l'astrattezza dell'obbligazione cambiaria, avvertendo nella prefazione al suo libro di aver sviluppato questa tesi ricavandola dalla prassi dei commercianti coevi. E lo stesso dichiarò Lord Mansfield quando accolse il *Law Merchant* nel *Common Law*, sino ad allora esterno a esso. Quanto spesso il legislatore, in ogni campo e in ogni tempo, ha recepito e tuttora recepisce una prassi, ovvero accoglie una dottrina o un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato. Si potrebbe partire addirittura da Hammurabi nel 1700 a.C., e gli esempi sarebbero infiniti.

Le quattro fonti ci sono dunque sempre state, hanno sempre in varia misura coesistito, ma bisogna allora capire quale sia stato il peso relativo di ciascuna rispetto alle altre nelle varie epoche storiche. Ed inoltre – e questa è la cosa più difficile – è di fondamentale importanza cercar di scoprire se e come si sono influenzate a vicenda. Ed io non mi illudo certo di esserci riuscito, o comunque non sempre.

Paolo Alvazzi del Frate

Grazie, Antonio, è stato affascinante ripercorrere tutte queste tappe di ricerca come da te sintetizzate. Ora, dato che il tuo nome è spesso associato nelle aule universitarie con i tuoi manuali, ti chiedo: cosa diresti relativamente a questi testi di sintesi che hai pubblicato?

Antonio Padoa-Schioppa

Ti ringrazio per questa domanda, a cui rispondo molto volentieri, anche perché non sempre, probabilmente per mia responsabilità, sono stato compreso.

Prima nel 1995, con *‘Il diritto nella storia d’Europa. Il medioevo’* (Cedam), quindi, nel 2007, con la *‘Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea’* (il Mulino), riedito con integrazioni nel 2016, ho inteso tracciare un percorso che non vedevo presente con le medesime caratteristiche in nessun libro di testo, e che sintetizzerei in alcuni obbiettivi che ora cercherò di indicare.

Questo vale per entrambi i testi, ma dirò ora qualcosa del solo secondo testo, la *‘Storia del diritto in Europa’*, perché, dopo aver pubblicato il volume del 1995, mi sono reso conto che l’opera, per venir completata nelle stesse proporzioni, avrebbe richiesto altri quattro volumi di pari spessore; un compito che ho ritenuto superiore alle mie forze. E dunque non lo ho proseguito.

Premetto che io non ho inteso scrivere un *‘Manuale’*, bensì un libro di storia del diritto. Esso può essere utilizzato anche come manuale, come infatti è accaduto in vari corsi di laurea, anche se le sue proporzioni hanno comprensibilmente indotto chi lo ha adottato ad assegnarne solo alcune parti. Ma soprattutto ho inteso scrivere un libro ispirato ad una unità di struttura e di concezione che mi ha indotto – e qualcuno me lo ha anche rimproverato: non sta a me giudicare se a ragione – a scriverlo interamente da solo.

Ricordo anche che la mia *‘Storia’* non è la prima comparsa in Italia con questa ambizione. La *‘Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico’* (1979) del mio amico Adriano Cavanna, che io ho adottato per oltre un ventennio, a partire dal 1980, è un testo molto bello. Ma io ho inteso non solo includere l’intero ciclo storico, dall’alto medioevo all’oggi, ma anche l’insieme delle fonti del diritto sulla base di alcuni criteri che non trovavo egualmente presenti in altri manuali e testi di sintesi.

Tale unità di concezione la sintetizzerei in quattro punti, per me tutti egualmente rilevanti.

In primo luogo, mi ero convinto sin dai primi anni di insegnamento, anzi da ancor prima, che la disciplina doveva coprire tutto l’arco della storia del diritto, non fermarsi né all’alto né al basso medioevo, e neanche alla prima età moderna: bisognava arrivare all’età moderna e contemporanea, anzi sino a ieri, perché anche ieri è storia. E non c’era nessun testo di storia del diritto che coprisse l’età moderna e contemporanea. Mi fa piacere osservare che negli ultimi anni sono usciti numerosi testi che adottano il criterio unitario di una storia del diritto in Europa, e diversi tra questi sono di indubbio spessore, pur se di taglio molto diverso da quello da me adottato.

In secondo luogo, ho inteso porre alla base della mia storia l’esame, pur molto sintetico, delle quattro fonti del diritto che ho menzionato poco sopra – legislazione, dottrina, prassi e giurisprudenza –, dedicando a ciascuna il suo ruolo nelle diverse età, includendo i modi di formazione e di aggregazione (università, corporazioni, ordini) dei giuristi professionali, i giudici, gli avvocati e i notai, dal medioevo sempre presenti e rilevanti in Europa.

In terzo luogo, mi sono avveduto quasi subito che non si poteva insegnare la *‘storia del diritto italiano’* – così si intitolava, come sappiamo, la nostra disciplina (o, come meglio si dovrebbe dire, storia del diritto in Italia) – considerando solo l’Italia. Io sono tra

quelli che si sono battuti con successo anche da preside per passare alla dizione attuale, ovvero 'storia del diritto medievale e moderno', non solo per includere anche il moderno, che comprende così il contemporaneo, ma per la ragione che non si può fare la storia di nessun diritto nazionale se non si considera cosa è successo fuori d'Italia.

In quarto luogo, proprio per aver allargato l'osservazione a questo orizzonte più ampio, necessario per comprendere la storia del diritto in Italia, mi ero e mi sono sempre di più convinto che l'Europa occidentale ha costituito, dall'età tardo-antica all'alto e al basso medioevo e poi per l'intera età moderna e contemporanea e sino ad oggi, una comune civiltà del diritto.

Dottrine e legislazioni, prassi negoziali e non negoziali, ma persino giurisprudenze dei diversi paesi si sono influenzate in varia misura e in tempi diversi tra loro, entro la cornice (che non è solo tale) di quella che può e deve essere considerata, a mio avviso, una comune civiltà del diritto. Per la dottrina, si può parlare a ragione di una repubblica europea della cultura giuridica, che dal medioevo giunge sino al presente. Ma lo stesso vale per le altre tre fonti e dimensioni del diritto di cui si è detto.

Per tutti questo secoli, sino alla fine del Settecento, sono esistiti ed hanno infatti operato in Europa, in particolare dal secolo XII in poi, due diritti potenzialmente universali, il diritto romano comune e il diritto canonico, entrambi superiori ed estranei alla categoria della statualità. Accanto a questi, in ogni parte d'Europa troviamo una folla di diritti locali e di diritti speciali, in parte simili e in parte specifici e originali, dagli statuti cittadini alle consuetudini scritte francesi e spagnole, dal diritto feudale al diritto commerciale al diritto pubblico, i quali tutti hanno convissuto, in vario e mutevole rapporto, entro la comune e superiore realtà dei due sistemi universali.

Tra le diverse aree politiche e tra i diversi Stati europei si sono prodotti continuamente reciproci influssi in varie direzioni, nonché tendenze e stili che, da un determinato luogo d'origine, si sono poi espansi e diffusi. Questo vale per il romanico, per il gotico, per la musica, per la filosofia, per la teologia, per il pensiero scientifico, ma vale anche per il diritto. In ogni età, certe regioni o università d'Europa hanno avuto la priorità nell'innovare o nello sviluppare il diritto o nell'influenzare altre regioni e altri centri di cultura. L'Italia, per il diritto dal dodicesimo al sedicesimo secolo, ha avuto una priorità incontestabile. Ma poi c'è stata la dominanza anche teologico-giuridica della Spagna, la scuola dei Culti in Francia, le dottrine del diritto naturale seicentesco, dall'olandese Grozio in poi, quindi la Francia con i *philosophes* e l'illuminismo, con la Rivoluzione e con le codificazioni moderne; e poi, nell'Ottocento e sino alla prima guerra mondiale, è la Germania ad esser stata al vertice della cultura giuridica ovunque, anche fuori d'Europa.

Da quanto ho appena detto non discende affatto la conseguenza che le specificità dei profili giuridici (spesso sorprendenti) delle singole città, delle singole regioni, dei singoli Stati europei non meritino di venire studiate nella loro genesi e nella loro evoluzione. Io ho tentato di farlo dedicando via via nell'esposizione uno spazio maggiore alla storia giuridica delle terre d'Europa che via via hanno svolto un ruolo innovatore. Ma ognuna di queste realtà merita attenzione nei suoi sviluppi, sempre tenendo presente il contesto storico ed anche la cornice generale che ho appena rievocato.

In quinto luogo, ho inteso sottolineare un aspetto comune alla storia del diritto del continente, che ritengo di portata generale; un aspetto denso di implicazioni storiche ed anche attuali. Esso è costituito dalla costante presenza, dall'alto medioevo alla fine del Settecento, di ordinamenti normativi a più livelli. Essi sono il livello locale (cittadino o corporativo), il livello regionale, il livello statale e nazionale, ma, al sopra di questi, i livelli potenzialmente universali dello *ius commune* e del diritto canonico, già ricordati.

Le codificazioni nazionali ottocentesche, anzitutto quelle napoleoniche, hanno segnato, a mio avviso, un grande progresso nella dimensione della certezza del diritto (non tutti, a dire il vero, sono convinti di questo, a cominciare dal caro e compianto Paolo Grossi), ma hanno d'altra parte estromesso, almeno in linea di principio, tutte le altre fonti non legislative. Le quali pure, in varie forme e in varia misura, sono sopravvissute e hanno contribuito all'evoluzione del diritto contraddicendo i legislatori, come è stato ormai dimostrato: per opera della dottrina, della giurisprudenza, della consuetudine.

Da oltre un cinquantennio, peraltro, l'Europa ha riscoperto non solo la necessità ma il valore, rivelatosi insostituibile, della pluralità dei livelli normativi, pur con le difficoltà applicative che esso comporta. Questo vale in riferimento alle regioni, agli Stati nazionali, all'Unione europea, nonché alle norme e alle consuetudini internazionali culminanti nell'Onu. Non va poi dimenticato che si stima che ormai l'80% circa della legislazione a rilevanza economica abbia origine in Europa; una legislazione concepita e votata da Commissione, Parlamento europeo e Consigli europei; per non parlare della moneta unica, l'euro: normative indispensabili al funzionamento del mercato unico, anche se in parte applicate con direttive non identiche nei diversi Stati dell'Unione. Il livello universale è ancora in una fase molto preliminare, ma ormai esiste, a partire dalla Carta dell'Onu del 1945 e dalla dichiarazione universale dei diritti della persona umana del 1948 ed in seguito con le importanti convenzioni dell'Onu, oltre che con la creazione di alcune Corti internazionali di giustizia, tra le quali la Corte penale internazionale del 1998.

Oggi, in presenza di queste realtà, comprendiamo molto meglio di ieri – anche in chiave di storia del diritto: *vita magistra historiae* – come il modello pluri-livello degli ordinamenti giuridici abbia potuto funzionare per secoli sul Continente.

Paolo Alvazzi del Frate

Nella tua 'Storia del diritto europeo' hai dato spazio anche al *Common Law* inglese. Ma questa non è una storia diversa?

Antonio Padoa-Schioppa

Nella 'Storia del diritto in Europa' ho dato in effetti uno spazio anche al diritto inglese. Non sono stato il primo a farlo, perché la 'Storia del diritto moderno in Europa' di Adriano Cavanna aveva molto giustamente incluso una bella sezione sul diritto inglese.

Per parte mia, ritengo che il *Common Law*, pur profondamente diverso e originale rispetto al *Civil Law*, abbia avuto a sua volta importanti interscambi con i diritti del continente. Ho citato prima la giuria, che pure è stata applicata diversamente sul Continente, ma proveniva da oltre Manica; e se Montesquieu non l'avesse lodata, forse non sarebbe giunta fino a noi. Nel corso dell'Ottocento le leggi che la Francia e gli altri Paesi hanno via via approvato

per il diritto commerciale speciale sono tutte di derivazione inglese, anche perché da lì era partita la rivoluzione industriale, che le ha rese opportune o addirittura necessarie. E, prima ancora, non va dimenticato che la separazione dei tre poteri introdotta oltre Manica nella seconda metà del Seicento e che ha dato vita allo Stato costituzionale moderno un secolo prima delle Rivoluzioni francese e americana, è una creazione inglese. Non avremmo lo Stato costituzionale delle moderne democrazie senza la messa in opera di questo grande modello.

Ma d'altra parte anche l'Europa ha ripetutamente influito sul diritto dell'Inghilterra. Un ramo importantissimo del diritto inglese, che è l'*equity*, deriva in gran parte dal diritto canonico, cioè da un diritto europeo. E ci sono stati anche altri influssi; il diritto commerciale di cui ho parlato prima, che Lord Mansfield a un certo momento ha incorporato nel *Common Law*, era per l'essenziale un diritto consuetudinario che riproduceva le consuetudini delle città italiane create dal Duecento in poi e diffuse ovunque attraverso le vie del mare e del commercio; l'illuminismo e poi il socialismo democratico hanno avuto importanti sviluppi in Inghilterra, quest'ultimo con ricadute nel Continente e non solo. Dunque, la storia del diritto europeo, al pari della cultura, non può prescindere dall'Inghilterra, che resta e resterà parte ineliminabile della storia d'Europa.

Paolo Alvazzi del Frate

Permettimi di porti un'ulteriore domanda. C'è qualcosa che avresti voluto fare nel tuo lavoro di ricerca e che non hai potuto o voluto fare?

Antonio Padoa-Schioppa

Sì, ci sono dimensioni della ricerca e dell'insegnamento che non ho coltivato a sufficienza, ne sono consapevole.

In primo luogo, io ho lavorato sempre da solo, non ho avviato e coltivato attivamente rapporti di scambio, di colloquio, di discussione con altri storici e giuristi, come invece sarebbe stato consigliabile per giungere più avanti nella comprensione delle realtà studiate; avrei potuto trascorrere almeno un anno in una grande *Law School* americana o a Princeton, dove questo scambio è costante e fruttuoso, ma per varie ragioni, in parte anche scusabili, non l'ho fatto.

In secondo luogo, ho seguito da vicino molti percorsi di ricerca di colleghi più giovani poi andati meritatamente in cattedra, ma non ho promosso uno o più gruppi di ricerca storica e giuridica coordinata, come ad esempio ha saputo fare Paolo Grossi con la scuola da lui creata.

In terzo luogo, il mio insegnamento è stato quasi sempre concentrato sulla materia di base, anche con buoni risultati (me lo confermano miei ex studenti avvocati e magistrati e ormai nonni), ma non ho investito abbastanza nell'insegnamento monografico su testi formativi in comune con gli studenti, come ad esempio ha fatto Norberto Bobbio nei suoi bellissimi corsi, poi trasformati in libri divenuti classici.

Paolo Alvazzi del Frate

Tu sei stato preside di Giurisprudenza per quasi un ventennio: non ricordo un altro caso di così lunga durata. Come lo spiegheresti?

Antonio Padoa-Schioppa

Anzitutto con la cortesia dei colleghi, e poi con alcune caratteristiche del mio lungo mandato.

Primo, ho quasi da subito (luglio 1983) introdotto alcune riforme, tra le quali l'obbligatorietà di diritto comparato, del diritto europeo e della storia del diritto.

Secondo, ho procurato negli anni molti nuovi spazi di studio e di ricerca per la Facoltà (Crociera sforzesca, Sala del Settecento, Sala di *Common Law*, Sala di studio con i propri libri), oltre mille posti nuovi; ma senza il sostegno del rettore Mantegazza non ci sarei certamente riuscito.

Terzo, quando negli anni Ottanta e Novanta la Facoltà stava esplodendo (si era arrivati a 6000 matricole) ho ottenuto dal Ministero (cosa mai accaduta prima, a mia conoscenza) ben 20 nuove cattedre in un colpo solo per intervento del prefetto di Milano e del mitico direttore generale Fazio. Quarto, la mia prassi era di affrontare i temi di potenziale contrasto prima dei consigli di Facoltà, portandoli alla decisione solo dopo aver costruito un accordo tra i Colleghi; non ricordo un solo caso in cui in Facoltà ci sia stata una vera tensione.

Dirò di più, in generale: nell'alternativa tra 'conoscere il mondo' e 'cambiare il mondo', che riguarda ognuno di noi, io avevo sin dall'infanzia scelto la prima, ovviamente nei modesti limiti di una carriera di insegnamento e di studio; ma non disprezzavo neppure la seconda, l'azione concreta, anche sulla base dell'esempio di mio padre e più tardi di mio fratello i quali pure, l'uno come l'altro, hanno scelto l'altra ma hanno anche sempre coltivato benissimo, eccome, anche la prima alternativa.

Questa è la ragione per la quale ho ritenuto compatibile dedicare tempo ed energie alla Facoltà per molti anni, mentre la prospettiva del rettorato, che pure mi si era concretamente prospettata a Milano, la ho ritenuta da subito incompatibile con la ricerca.

Paolo Alvazzi del Frate

Ancora su un punto vorrei interrogarti. Tu ti sei occupato di avviare diverse raccolte di fonti ed anche di promuovere un grande progetto come la 'Biblioteca europea' di Milano. Puoi dirci qualcosa su questo?

Antonio Padoa-Schioppa

Sì, è una dimensione della cultura alla quale ho creduto e credo, e che almeno in parte ho tratto dall'insegnamento di Giulio Vismara, il quale mi ha insegnato a valorizzare le fonti del diritto nella loro integralità, convinto, come lui era giustamente lo era, che non di rado l'illuminazione può venire dall'ennesimo documento, prima ignorato o dissotterrato tra centinaia di altri. La sua 'Storia dei Patti successori', del 1941 e poi riedita nel 1986, ne offre alcune testimonianze illuminanti.

All'Istituto di storia del diritto di Milano abbiamo raccolto in trent'anni di lavoro circa 3000 microfilms di manoscritti medievali di diritto comune civile e canonico provenienti da oltre 100 Biblioteche europee, circa 300 manoscritti canonistici pre-grazianei, circa 2000 statuti municipali cittadini e corporativi, molti tra i lavori preparatori dei Codici francesi e italiani dell'Ottocento. Ormai questi microfilms sono stati digitalizzati a mia cura e sono disponibili online – non ancora tutti, ma in buona parte sì). Io ho inoltre

promosso, con il sostegno della Regione Lombardia, la microfilmatura completa del Fondo Ducato di Milano conservato a Simancas e dei Fondi settecenteschi sulla Lombardia conservati a Vienna.

Inoltre, dal 1999 ho promosso l'iniziativa per Milano di una grande Biblioteca, relativa a tutti i campi della cultura scientifica e umanistica e con un ampio settore a scaffale aperto per i classici e per una selezione di letteratura secondaria, come si è fatto a Parigi nel settore 'Haut de Jardin' della Biblioteca Mitterrand e in diversi altri Paesi, ma non ancora in Italia. I criteri di base del Progetto – che include un vasto settore digitale ormai in parte disponibile *online* in venti 'Collezioni', ovviamente avviate ma ancora parziali (www.beic.it) sono stati pubblicati, a mia cura, nel volume edito da Skira nel 2014, con titolo 'La Biblioteca europea di Milano. Vicende e traguardi di un Progetto' (la biblioteca è detta Beic, 'Biblioteca europea di informazione e cultura').

Ora, finalmente, l'edificio è in via di costruzione. A ottant'anni ho scelto di lasciare la Fondazione che avevo promosso e gestito dal 2004 al 2017; e mi auguro di arrivare ancora in vita a vedere aperta la Beic.

Paolo Albazzi del Frate

Ti chiederei a questo punto di dirmi, se lo ritieni, di cosa ti stai occupando attualmente, perché non credo proprio che tu ti sia mai 'messo a riposo'.

Antonio Padoa-Schioppa

Da circa tre anni mi sono riproposto di capire qualcosa di più su come si configuri la storia del diritto in alcune tra le principali civiltà non europee. Ho cercato di approfondire – su fonti secondarie, ma anche su fonti tradotte, da dilettante beninteso, visto che non studierò mai né il sanscrito, né il cinese, né la scrittura cuneiforme, né l'ebraico, né l'arabo – sia la storia della Cina, sia la storia dell'India, sia quelle della Mesopotamia, della tradizione ebraica e dell'Islam.

Questo studio mi ha aperto lo sguardo sul fatto che si capisce meglio anche la realtà e la storia europea del diritto se la si confronta con quella di civiltà profondamente diverse.

Esse tra l'altro – questo vale per la Cina, come vale per l'India, come vale per l'Egitto faraonico, come vale per Israele, come vale per l'Islam – non contrappongono il diritto all'etica e alla religione. La storia della distinzione tra le due sfere rappresenta una caratteristica della civiltà europea occidentale, perché anche nell'Oriente bizantino questa relazione ha un carattere in parte diverso. La separazione delle due sfere è una peculiarità del cristianesimo che nasce anzitutto da un passo del Vangelo ('date a Cesare quel che è di Cesare e date a Dio quel che è di Dio'), ma è stato poi declinato – ed anche trasgredito, nei due sensi – infinite volte, dal mondo antico al presente.

È altra cosa rispetto a ciò che si riscontra nella tradizione indiana, sia nel buddismo che nella tradizione vedica, e così pure nella tradizione cinese. Confucio domina la cultura cinese da duemila anni. Sono state seguite le sue direttive, che sono essenzialmente di natura etica? No, non lo sono state e non lo sono. Però è pur sempre considerato la guida di ogni buona condotta. Del resto, questo vale anche per il cristianesimo.

Paolo Alvazzi del Frate

Hai parlato a più riprese di Europa, caro Antonio, ma anche dell'Onu.

E nel tuo libro più recente hai discusso la situazione attuale dell'intero nostro pianeta, oltre che in Europa. Puoi dire qualcosa su questi versanti così attuali? Pensi che ci siano analogie o differenze rispetto al passato?

Antonio Padoa-Schioppa

Direi subito che l'analogia principale che vedo sta nella parola 'crisi', ma aggiungo subito che, quanto ai contenuti, sono mondi molto lontani. Roma ha creato un grande impero, come del resto prima e dopo Roma diverse altre civiltà, dalla cinese all'indiana all'egiziana all'islamica ed altre ancora (Toynbee ne ha contate diciannove, tutte scomparse). L'impero romano è morto ma, come hanno scritto giustamente Gibbon, Burckhardt, Dawson, Falco ed altri, questa è stata la pre-condizione perché una religione come il cristianesimo diventasse una cultura universale, la quale si è fusa con le tradizioni germaniche e non solo. Ancora Toynbee, nei primi anni Cinquanta, in una famosa conferenza poi successivamente pubblicata (*An Historian's Approach to Religion*, Oxford University Press, 1956), ha ipotizzato un percorso intrecciato tra religioni e civiltà molto originale, che non posso però discutere qui.

Oggi siamo fronte a una crisi, anzi siamo di fronte, contemporaneamente, a crisi molto diverse rispetto al passato e anche molto diverse tra loro. E non sappiamo se e come ne verremo fuori.

Paolo Alvazzi del Frate

Ma permettimi allora di chiederti, a questo punto, come vedi la situazione della vecchia Europa.

Antonio Padoa-Schioppa

Spiego in breve le tesi che io sostengo da anni ed in particolare nel mio libro recente che tu hai appena ricordato. Le mie tesi sono implicite nel titolo: 'Destini incrociati. Europa e crisi globali' (il Mulino, 2024).

Primo. L'Unione europea si può configurare come una grande e nuova cattedrale. Quello che si è costruito in settant'anni non era mai accaduto prima, che cioè Stati nazionali che si erano combattuti per secoli, provocando nel Novecento due terribili guerre mondiali, abbiano avviato un processo di integrazione inteso a creare pacificamente un assetto federale in cui gli Stati si mantengono, ma trasferiscono all'Unione, nella dimensione della sussidiarietà, alcune funzioni cui essi non sono in grado di rispondere efficacemente.

Secondo. La costruzione europea è tuttora incompleta, perché su versanti pur decisivi, quali la difesa e la sicurezza comune, il controllo del clima, la tutela della biodiversità, le tecnologie d'avanguardia, la costruzione europea è incompiuta, la cattedrale è ancora priva di copertura. L'Europa non è autonoma, dunque non è libera, perché dipende da altre potenze (e sappiamo quali sono), pur avendo il primo mercato mondiale, la seconda moneta mondiale, un livello di cultura elevatissimo.

Terzo. A cominciare dalla pace, ma anche, naturalmente, per evitare il crollo della biodiversità, per sostituire i combustibili fossili che stanno facendo salire il riscaldamento del pianeta a livelli insostenibili, e anche per altre ragioni, queste crisi globali rischiano di divenire irreversibili nell'arco di pochi decenni se non si corre ai ripari da oggi a livello internazionale e multilaterale, nel quadro delle Nazioni Unite.

Quarto. Se (e solo se) le lacune dell'Unione europea verranno colmate prima che sia troppo tardi – e il tempo si è fatto breve ormai, purtroppo – l'Europa non solo conseguirà un'autonomia che oggi non possiede e che è garanzia indispensabile per mantenere (anzi consolidare) la propria libertà, quella dei nostri figli e nipoti, ma potrà offrire un modello per l'evoluzione che l'ordine internazionale, sotto la guida della Nazioni Unite, potrà (e dovrebbe) portare avanti pacificamente a livello globale. L'Unione europea è in effetti un esperimento di avanguardia, senza precedenti, come abbiamo detto, ma va completata. E le crisi attuali possono costituire un movente, una spinta che potrebbe risultare decisiva.

Per l'Unione europea si richiedono investimenti enormi, e l'ha mostrato benissimo il rapporto Draghi, ma questi investimenti non se li può permettere nessuno Stato nazionale, né la Germania, né la Francia, né l'Italia. Cosa manca, sotto il profilo istituzionale? Non molto, ma occorrerebbe in particolare introdurre una fiscalità europea, indispensabile per gli investimenti necessari e per la difesa comune, la sicurezza e le nuove tecnologie, nonché abolire il potere di veto, che ancora oggi, nelle materie in cui vige, blocca qualsiasi decisione che veda contrario anche un solo governo.

Su tutto ciò io non sono né pessimista né ottimista, gli storici non dovrebbero mai fare previsioni. Molti osservatori e cittadini, sia tra coloro che hanno sempre combattuto e tuttora avversano l'Unione, sia tra chi vi ha creduto per decenni, dichiarano ormai decaduto il progetto europeo. Io ritengo, invece, che la partita sia ancora aperta, proprio grazie alla spinta delle gravissime crisi in atto, come d'altronde è già accaduto in passato per i passi in avanti dell'Unione. Ma ormai il tempo si è fatto breve.

Non so se questo accadrà, ma questa è la speranza. E poiché la speranza, come sapete bene, è l'ultima dea, quella che sta in fondo al vaso di Pandora, io spero che ci rimanga e che l'Europa e le Nazioni Unite non divengano in futuro – sempreché nel frattempo il genere umano non si sia autodistrutto – soltanto oggetto di studio per gli storici a venire, inclusi naturalmente gli storici del diritto.

Paolo Albazzi del Frate

Speriamo proprio di no. Torniamo allora per un ultimo punto alla storia del diritto. Tu hai lavorato molto sulle riforme delle Facoltà di Giurisprudenza e sul ruolo della componente storica. Come vedi, oggi, la situazione in Italia?

Antonio Padoa-Schioppa

Su questi temi, sì, ho lavorato a più riprese. E poi nel 2014 ho pubblicato da Giapichelli anche un libro, intitolato 'Ri-formare il giurista. Un percorso incompiuto', nel quale ho raccolto i miei scritti in materia, che iniziano dal 1977. Dirò qui, soltanto e molto in breve, che ho ritenuto, e tuttora ritengo, necessario ripensare il modello di formazione dei futuri giuristi, puntando in misura molto minore rispetto ad oggi sulle nozioni – che

pure ci vogliono, naturalmente – e molto di più sulle abilità, sull'addestramento ai modi e alle tecniche (che non sono mai solo tecniche) con cui si svolgono i compiti della difesa e quelli del giudizio, oltre che quelli della negoziazione notarile. Pensate che già il grande Vittorio Scialoja ha scritto, nel 1914, che le Facoltà dovevano evolvere, e addirittura che, se dovessero rimanere immutate (cito), «meglio sarebbe abolire le Facoltà di giurisprudenza». Niente meno. Forse, questo è troppo; e del resto va pur riconosciuto che per certi aspetti l'insegnamento è mutato negli ultimi anni, incorporando elementi una volta assenti. Ma molto è ancora da fare. Attualmente un laureato con 110 e lode che venisse messo dall'oggi al domani a fare l'avvocato o il giudice non saprebbe da che punto partire. E questo non va bene. Quindi, ciò che maggiormente contesto nell'attuale insegnamento è proprio l'insufficienza della capacità di formazione universitaria, l'insufficiente addestramento alla acquisizione delle capacità necessarie per essere giurista oggi. Lo studio dei codici e delle leggi ci vuole, naturalmente, ma non dimentichiamo che negli Stati Uniti, oggi all'avanguardia, come lo erano la Germania nell'Ottocento e l'Italia molti secoli prima, le *'Law Schools'* selezionano gli studenti più bravi, i quali, dopo avere imparato a ragionare partendo dall'analisi dei casi, e quindi dall'analisi di problemi, entreranno nelle redazioni delle rispettive *'Law Reviews'*. Noi, invece, eccediamo nel nozionismo, ed eccediamo anche nel numero degli esami. E siamo troppo scarsi nel creare delle abilità, tanto più che in molti settori una gran parte della normativa di oggi, quando i nostri studenti saranno giuristi a pieno titolo, non sarà più valida. Bisogna quindi educarli a imparare il nuovo, a maneggiare il nuovo, e tutto questo fa parte delle cose che alcuni di noi dicono da anni, ma che, finora, non si sono realizzate, se non in misura insufficiente.

Tutto ciò vale anche per la fase *post-lauream*, indispensabile per addestrarsi al superamento degli esami e dei concorsi di accesso alle professioni. Le Scuole per le professioni legali sono state create nel 1997; e con altri colleghi io ho lavorato per raccomandare che fossero comuni ai futuri giudici e ai futuri avvocati, perché poi essi dovranno non solo conoscersi ma lavorare insieme per la vita, anche se, ovviamente, con funzioni diverse.

Quanto agli insegnamenti storico-giuridici, negli scorsi anni proprio la coesione tra noi e i romanisti ha consentito di mantenerli vivi e di dar loro uno spazio che nessun'altra università in Europa (come pure negli Stati Uniti) possiede. E questo anche per il sostegno di un grande storico giurista, Mario Talamanca, che con la sua indiscussa autorità ha fatto sì che la componente medievale-moderna nelle nostre riunioni di presidi non fosse postergata rispetto alla componente romanistica. Senza di lui, forse, non ci saremmo riusciti. E così pure Carlo Angelici, che mi è succeduto nella Conferenza dei presidi, è stato un convinto difensore del ruolo delle materie storico-giuridiche.

Quello che si dovrebbe fare è di far capire che molti aspetti della storia non solo recente, ma, come ho cercato di dire, anche non recente, a cominciare dall'alto e dal basso Medioevo, sono particolarmente utili per comprendere il ruolo della dottrina e il ruolo della prassi, nonché il rapporto (storicamente condizionato) tra le varie fonti del diritto (tema sul quale ho già richiamato l'attenzione più sopra), facendo così emergere con forza la ricchezza e l'ampiezza di prospettive che anche un giurista pratico può ricavare dal conoscere la storia. Una conoscenza storica che ovviamente è di grande utilità. Naturalmente, conoscere la storia non significa che la storia vada copiata, né significa affermare

che le soluzioni di oggi c'erano già ieri. Conoscere la storia consente di capire come la realtà del diritto sia una realtà che cambia. E noi siamo in un momento in cui il diritto sta profondamente cambiando: non solo il diritto degli affari; non solo il diritto di famiglia; non solo il diritto penale, ma le mentalità, e molto altro. Questo non ci deve indurre a ritenere che tutto stia cambiando per il meglio. Ma ci deve far capire che se, da un lato, non vogliamo certo abbandonare il principio di legalità, d'altro lato, anche l'aspetto dinamico del diritto ai diversi livelli delle fonti va conosciuto e tenuto in debito conto.

Aggiungo un rilievo: la componente storica ci deve essere, e anzi irrinunciabile, perché ci dà una dimensione del diritto che lo inquadra nella società e lo inquadra nella cultura. E senza la cultura non si capisce adeguatamente neanche il diritto positivo. Certo, e insisto: bisogna cambiare il modo di formazione dei giuristi. Lo dico non da storico, lo dico da giurista, o quanto meno da aspirante giurista. E per cambiarlo bisogna formare dei professori che abbiano questa sensibilità, che non è scontata. Noi abbiamo la grande maggioranza dei nostri colleghi che fanno gli avvocati. Benissimo. Molti di loro anche dieci ore al giorno. Meno bene. Perché i grandi del passato, un Cesare Vivante, un Giuseppe Chiovenda, un Piero Calamandrei e molti altri, facevano sì gli avvocati, ma seguivano poche cause all'anno. Inoltre, e comunque per lo più, i colleghi avvocati tengono i due mondi separati, perché raramente mettono a frutto la loro esperienza professionale nella didattica. Non tutti, beninteso, ma molti di loro sì.

Se la conoscenza storica è allora fondamentale, ciò però significa (qui pensando in particolare alla didattica della storia del diritto) che occorre riuscire a interessare i futuri giuristi, presentando una storia che faccia loro conoscere le luci e anche le ombre del passato; e che li convinca che senza un'apertura culturale – storica, filosofica, ma anche economica e persino letteraria ('Law and Literature') – non saranno buoni giuristi. Del resto, se è un fatto innegabile che il diritto e la sua storia – nei diversi rami in cui si articolano – non si coltivano né si comprendono senza collegarsi volta a volta con la filosofia, con l'economia, con la politica, con la sociologia, con la psicologia, lo stesso vale per la religione: purtroppo, l'università non coltiva a sufficienza la storia delle religioni; ed anche nella storia del diritto questa componente, coltivata in chiave storica naturalmente, è essenziale, ai fini della comprensione di ogni civiltà.

Facciamo dunque buon uso di questo spazio che abbiamo conquistato e conservato: questo dipende solo da noi.



Il moscone e l'intelligenza artificiale

Vincenzo Zeno-Zencovich

Prof. ord. (f.r.) dell'Università Roma Tre



SOMMARIO: 1. Evoluzione? No grazie! – 2. Le tecnologie – a differenza degli umani – si evolvono. – 3. Le tecnologie si proiettano verso il futuro, gli umani lo fantasticano. – 4. Le tecnologie “sono come sono”, gli umani sono gli artefici delle catastrofi che predicono. – 5. L'oblio delle tecnologie come categoria mentale. – 6. La differenza fra l'immaginario e la realtà. – 7. Il compito del giurista di fronte all'IA. – 8. Conclusioni: non la bellezza, ma la stupidità ci salverà.

1. Evoluzione? No grazie!

Scena abituale fra la primavera e l'autunno: un moscone fastidioso entra nella stanza; cerca di uscire ma va a sbattere contro i vetri della finestra. Uno apre uno dei due battenti, ma il moscone continua a sbattere contro quello chiuso. Alla fine, si è costretti ad intervenire con una nuvola di insetticida o con un colpo di giornale ben assestato.

I mosconi esistono da migliaia di anni; le finestre da più di mille ma questi insetti – del tutto inutili e anzi dannosi, alla faccia dei cantori della biodiversità – non hanno capito cosa è un vetro e come uscire indenni da una stanza dove si trova un umano ditte-rofobo. Gran parte delle specie animali si sono evolute, quella dei mosconi no.

Da almeno quattro secoli l'uomo occidentale vive in un contesto tecnologico: le innovazioni meccaniche, il governo delle energie, i trasporti, le telecomunicazioni di parole, testi, suoni, immagini, la digitalizzazione.

A ciascuna di queste strabilianti – per la sua epoca – invenzioni l'uomo occidentale reagisce come il moscone da cui siamo partiti, andando a sbattere contro il vetro che non riesce a vedere. Le specie si evolvono, l'essere umano – quantomeno nel suo atteggiamento verso le tecnologie – no. O, per essere meno generici, la maggior parte non si evolve, reagisce con stupore, timore, orrore (“*dove andremo a finire?*”), poi si adegua, salvo poi risvegliarsi e andare a sbattere contro un nuovo vetro della innovazione.

Perché? Per la semplice ragione che a dispetto della alfabetizzazione, della scuola dell'obbligo, dello stato sociale, della promozione delle scienze, delle arti, delle lettere e della cultura, gli esseri umani rimangono – è questo il postulato su cui si fondano queste pagine – ugualmente stupidi. *Mutatis mutandis*, la percentuale di persone che non imparano dal passato e non comprendono il presente – rimane uguale e assolutamente superiore a quelli che invece cercano faticosamente – ma senza ragionevoli possibilità di successo – di evolversi.

E non si tratta di una questione di livello di istruzione. La intelligenza di una persona non dipende dal suo titolo di studio. Il gran parlare della tecnologia digitale comunemente chiamata “intelligenza artificiale” (IA) e soprattutto di quanti prevedono, predicono, temono conseguenze funeste per gli esseri umani e per l'intera umanità sono l'esempio che utilizzerò per cercare di fornire una conferma del postulato di cui sopra e della incapacità di evolversi degli esseri umani.

2. Le tecnologie – a differenza degli umani – si evolvono

La prima evidenza della incapacità di evoluzione degli umani è data dal fatto che, al pari del moscone, l'individuo vive solo nel presente e le esperienze e le conoscenze accumulate dalla sua specie nei tempi passati non vengono in alcun modo introitate. Tutt'al più adatta i suoi comportamenti al proprio, assai breve, vissuto, a quanto ha visto, sentito, percepito vicino a lui. Tutto quel che l'umanità ha vissuto nel corso degli ultimi secoli è scivolato via senza in alcun modo essere acquisito nella propria mente in maniera permanente.

Dunque, l'uomo occidentale non comprende che da quando – tardo 1500, inizio 1600 – il pensiero razionale e scientifico (per capirsi Galileo, Cartesio, Newton) si è ibridato con la tecnica (che esisteva da sempre, ma che era tarpata da mezzi e conoscenze ancora limitati e da preconcetti dogmatico-religiosi) si è assistito ad una evoluzione costante e rappresentabile con una curva sempre più ripida in salita. Si viene dunque a creare una interazione continua fra pensiero e tecnica. Il primo libera la seconda che a sua volta alimenta il primo. Queste sono le “scienze”, e che si distinguono dalle altre forme di conoscenza umana (per intenderci quelle che comunemente chiamiamo *humanities*) per il connubio a spirale ascendente che si è descritto.

Agli esseri umani – salvo quei pochi che per le loro capacità intellettuali hanno studiato, compreso e si applicano alle “scienze” – questo mutamento rimane esterno ed estraneo, se non nella sua dimensione banalmente pratica. Esso appare prodigioso come poteva esserlo – *mutatis mutandis* – per gli esseri primitivi il dominio del fuoco o l'invenzione della ruota.

E mentre alcune nozioni – la caduta dei gravi – sono recepite e governano la condotta, quella secondo cui ad ogni epoca (ed ora per via della spirale sempre più ascendente, ad intervalli temporali sempre più brevi), corrisponde una evoluzione tecnologica, che innova rispetto al passato ma su di esso si fonda, difetta quasi completamente.

L'essere umano non percepisce che questa evoluzione è – come si dice nel gergo dei tecnici – *step-by-step*. Ma soprattutto non comprende che passo dopo passo ci si avanza su un percorso non definito e, soprattutto, non facilmente prevedibile.

Peraltro, a dispetto dei tanti detrattori della storia del mondo occidentale, occorre sottolineare che questo prodigioso sviluppo è frutto della ibridazione di pensiero e tecnica che per sete di conoscenza, in questa parte del mondo, ha saputo sviluppare idee sorte in altre parti del mondo ma che erano rimaste confinate e per così dire sterilizzate.

Solo per fare due esempi, non vi è dubbio che gli astronomi indiani o babilonesi avessero una straordinariamente precisa conoscenza del cosmo. Ma essa è ristretta in una dimensione religiosa. Essa va comparata con le (ri)costruzioni di Copernico, Galileo e Keplero e quello che esse hanno prodotto nel modo di conoscere la terra, nel fissare i punti di partenza della scienza astronomica, nel provocare sempre più evolute tecnologie per misurare lo spazio e il tempo.

Il secondo esempio ci porta direttamente al tema dell'IA. Questo è il titolo della fondamentale opera di quell'autentico multiforme ingegno di Guglielmo Leibniz: *«Explication de l'arithmétique binaire, qui se sert des seuls caracteres 0 et 1; avec des Remarques sur son utilité, et sur ce qu'elle donne le sens des ancienne figures Chinoises de Fohy»* (1703).

Dunque, in Cina – e la cosa certo non sorprende chi abbia appena sfiorato la storia di quella civiltà – la matematica binaria era già stata studiata e illustrata. Ma tale straordinaria “invenzione” rimane sul piano puramente intellettuale. Non genera uno Jacquard o un Babbage.

Ma pur dando prova di una straordinaria ingegnosità, l'uomo occidentale rimane sempre stupito, ogni volta tondeggiando la bocca con un “*ohh*”, come se scoprisse l'America.

3. Le tecnologie si proiettano verso il futuro, gli umani lo fantasticano

Non solo gli esseri umani sono dimentichi del passato – e cioè che da quattro secoli vivono in un contesto di perenne evoluzione da innovazione. Essi non riescono a comprendere che lo stato nel quale vivono – che li esalta, li angoscia, li impegna – è del tutto provvisorio perché le tecnologie naturalmente si evolvono. Talune si estinguono ma solo per essere sostituite da altre più “performanti”. L'interrogativo “dove andremo a finire?” se lo pongono con l'avvento dei motori a vapore, dell'energia elettrica, dei gas combustibili, del motore a scoppio, del telegrafo, del telefono, della radio, della televisione, degli aerei, dei satelliti, della telefonia mobile, dei computer, di Internet, e via scorrendo fino, ovviamente, alla IA.

Quel di cui non si rendono conto è di trovarsi solo ad un punto della spirale ascensionale, o per esprimere l'idea con una immagine, di vedere solo la punta di un iceberg che sta – più o meno velocemente – emergendo e la cui effettiva (ma immensa) dimensione è ignota. La metafora è particolarmente applicabile alla IA di cui si parla in quanto ciò che vediamo/comprendiamo oggi è con ragionevole probabilità ben poco di quel che si vedrà domani ed il cui sviluppo dipende da una molteplicità di fattori esterni (economici, sociali, geopolitici) e non soltanto tecnici.

I più vistosi “mosconi” sono i decisori dell’Unione Europea che ignorano il passato (ed in particolare i loro fallimenti programmatici, che ovviamente spazzano sotto il tappeto), e vogliono governare il futuro come se esso replicasse il presente.

In questo comportamento vi è una coazione a ripetere, nel senso che quale che sia la realtà tecnologica in evoluzione si adotta sempre lo stesso *modus procedendi* che corrisponde al moscone che sbatte contro il vetro.

4. Le tecnologie “sono come sono”, gli umani sono gli artefici delle catastrofi che predicono

Il moscone, nella sua completa stupidità non cessa di infastidirci, ma almeno ci risparmia previsioni catastrofiche che invece caratterizzano gli esseri umani di fronte alla evoluzione tecnologica.

Beninteso non si vuole presentare le tecnologie come innocue, prive di conseguenze dannose. Basterebbe fare il conto dei disastri da scoppio di caldaie, incendi da corto circuiti, incidenti ferroviari o aerei e le centinaia di migliaia di vittime. Ma l’esempio più eclatante è quello degli autoveicoli. Assumendo come data di partenza l’anno 1900, si può a spanne calcolare che i morti per incidenti, distrazioni, eventi fortuiti saranno stati in questi 125 anni decine e decine di milioni (più di quanti ne abbiano sterminati criminali come Hitler e Stalin)?

Vogliamo poi calcolare i danni ambientali dall’industria pesante, dalle emissioni di CO² alla devastazione autostradale; e quelli sociali dello sfruttamento fordista?

A voler essere razionali questi milioni di morti (ancora nessuno ci ha predetto che l’IA ne provocherà tanti) dovrebbero non consigliare, ma imporre l’eliminazione di questi mezzi di distruzione di massa (altro che Hiroshima e Nagasaki!). Tuttavia, non risulta che alcun umano – e men che meno le cassandre dell’IA – abbia rottamato la propria automobile e sia tornato all’ecologico calesse tirato dal ronzino.

Dunque, gli esseri umani pur non evolvendosi dimostrano una straordinaria capacità di adattamento psicologico anche alle tecnologie più devastanti.

5. L’oblio delle tecnologie come categoria mentale

Si fa un gran parlare del diritto all’oblio in rete di fatti e vicende personali. Passa inosservato, invece, non un “diritto” all’oblio, bensì un quasi obbligato oblio dell’evoluzione tecnologica, oblio che assume le caratteristiche di una categoria mentale.

Una rapidissima – e assai sommaria – cronologia è invece utile per disseppellire dalla dimenticanza alcune tappe fondamentali nella evoluzione digitale.

1951 – Creazione dei primi micro-processori

1965 – Prima calcolatrice automatica (Olivetti 101)

1971 – Nasce Intel

1971 – Primo floppy-disk

1971 – Prima e-mail

- 1972 – Prima console per videogiochi (Odyssey)
- 1975 – Nasce Microsoft
- 1975 – Prima carta di credito con chip incorporato
- 1976 – Nasce Turner Cable TV
- 1981 – IBM lancia il primo personal computer
- 1982 – Sony lancia il primo CD-Rom
- 1983 – Motorola Dynatac, il primo telefono mobile
- 1988 – In produzione le macchine fotografiche digitali
- 1989 – Tim Berners-Lee crea gli standards http e www
- 1991 – Parte in Europa lo standard GSM
- 1993 – Sono disponibili i primi motori di ricerca
- 1998 – Larry Page e Sergei Brin fondano Google
- 2003 – Nasce Second Life
- 2004 – Nasce Facebook
- 2007 – Primo i-Phone
- 2009 – Nascono i Bitcoin
- 2009 – Sperimentazione della chirurgia robotica
- 2013 – Sperimentazione della Tesla Autopilot
- 2014 – Stampanti in 3D
- 2014 – Inizia la stagione dei “Big Data”
- 2014 – Netflix
- 2015 – Apparecchi per “realtà aumentata”
- 2015 – Nasce Open IA
- 2015 – Commercializzazione dei primi droni
- 2019 – Starlink
- 2024 – Protesi bioniche

Quel che preme sottolineare è che le innovazioni tecnologiche che si sono elencate (e la lista potrebbe continuare per pagine) sono tutte interconnesse: alcune sono una evoluzione, altre (la maggior parte) sviluppano caratteristiche di una per crearne di nuove. Si crea dunque un ecosistema digitale nel quale, come in quello naturale, ciascuna entità occupa un suo ruolo, in parte unico, in parte sovrapponibile.

Ora, è in questo eco-sistema che si sviluppano i sistemi di IA sfruttando tecnologie esistenti, e favorendo la evoluzione e la nascita di nuove.

Il moscone umano guarda solo l'IA come se fosse un oggetto misterioso caduto sulla terra da una galassia lontana. Il che è come se si guardasse ad un aereo ignorando gli sviluppi che ci sono stati nei motori a reazione, nei sistemi di navigazione aerea, nei radar, nei satelliti e, soprattutto, ignorando che esso è il risultato della spirale domanda di trasporto- offerta di nuovi mezzi- ulteriore domanda.

Dunque, posta in una prospettiva storica – sono passati 75 anni dai primi microchips – la riflessione, anziché andare a sbattere contro il vetro, porta ad analizzare i processi di evoluzione dell'intero sistema nelle sue articolazioni attuali ed in quelle prevedibilmente future. E dunque non tanto sulla tecnologia in sé bensì sulla sua funzione.

Per dirla con una battuta presa in prestito da uno dei grandi filosofi italiani del '900 *“È il totale che fa la somma”*.

6. La differenza fra l'immaginario e la realtà

Una cosa che colpisce nelle discussioni sull'IA – e nelle quali i giuristi appaiono particolarmente specializzati – è l'enfasi sui pericoli – anzi, le catastrofi – che verranno provocate dall'incontrollato sviluppo dell'IA: le macchine prenderanno il posto degli umani o comunque decideranno per loro. Già ora inducono all'autolesionismo se non addirittura al suicidio. Milioni e milioni di persone rimarranno disoccupate. I centri di calcolo dell'IA sono mostruosamente energivori, aggiungendo così la distruzione ambientale a quella dell'umano. E si potrebbe continuare per pagine.

Totalmente assente dalla riflessione è invece quel che già ora e qui si fa con strumenti di IA per ampliare le conoscenze, salvare vite umane, individuare nuove risorse naturali e proteggere quelle esistenti.

a) Nel campo della medicina già ora diagnosi e terapia si avvantaggiano in maniera prodigiosa di sistemi di IA, a cominciare dalla principale causa di morte per malattia nel mondo occidentale, le degenerazioni tumorali e le neoplasie. La ancora limitata disponibilità di dati affidabili su scala planetaria è, allo stato attuale, un significativo limite, ma progressivamente con l'acquisizione di una sempre maggiore casistica e soprattutto la digitalizzazione dei dati anamnestici del paziente (e dei parenti ascendenti e collaterali) sarà possibile superare l'attuale inevitabile rigidità dei protocolli – una garanzia in primo luogo per l'operatore e la struttura sanitaria che non possono vivere con l'ansia di sbagliare la terapia – e prospettare terapie altamente personalizzate.

E lo stesso può dirsi dell'altra grande falciatrice del mondo sviluppato, e cioè le malattie cardiovascolari per le quali gli strumenti di IA utilizzati nel monitoraggio e nell'allerta costituiscono dei veri e propri salvavita.

Ma soprattutto i sistemi di IA consentono sin d'ora diagnosi decisamente più anticipate con tutto quel che ciò comporta.

Ovviamente ciò comporta buttare nel cestino l'ottuso e violento (una sorta di dio Crono normativo) GDPR che pone al vertice dei diritti fondamentali, prima ancora della vita umana, la protezione dei dati personali.

b) Strettamente collegata al punto precedente è l'applicazione dei sistemi alla biologia e alla migliore conoscenza sia degli umani che di tutto ciò che li circonda. E a dispetto della vulgata buia e terrificante che insiste a chiamarle “allucinazioni”, sono proprio questi risultati inattesi e spesso contro-intuitivi ad aprire nuove e non pensate strade.

c) Da quanto detto appare ovvia la correlazione nello sviluppo della farmaceutica, a partire dalla giustamente lentissima e controllatissima fase della sperimentazione clinica. La maggiore qualità dei farmaci – mirati -, la più rapida disponibilità per i malati non ha solo riflessi sulla loro cura o sopravvivenza ma anche sul loro costo. Il farmaco, dunque, diventa essenzialmente un prodotto di/da informazioni digitalizzate.

d) Ma non sono solo le “scienze della vita” ad avvantaggiarsi in maniera prodigiosa dell’IA. Altre discipline hanno ormai pienamente integrato i sistemi di IA nelle loro routines. Si pensi solo all’ingegneria delle infrastrutture e delle costruzioni, dove i c.d. gemelli digitali consentono di sottoporre già in fase di progettazione le opere a simulazioni sui potenziali rischi (terremoti, frane, alluvioni, incendi) e ad ottimizzare alcune funzionalità (ad es. i consumi energetici o idrici). Si tratta della applicazione più ovvia, ma che naturalmente si estende a tutta la componentistica (cemento, acciaio, vetro, asfalto, meccanica).

e) E poiché le infrastrutture continuano ad essere un settore *labour-intensive* non si può non fare riferimento a come i sistemi di IA possono operare efficacemente per innalzare il livello della sicurezza sul lavoro. Come confermano tutti gli studi sul campo, gli incidenti sul lavoro – ancora una dolorosissima piaga nel nostro mondo – sono il più delle volte risultato della tragica combinazione di circostanze esterne ed errore umano. I sistemi di IA personalizzati possono in maniera significativa allertare tempestivamente il soggetto dell’imminente pericolo, scongiurando l’evento invalidante o mortale.

f) Che dire poi della applicazione dell’IA a campi che solo apparentemente sono lontanissimi dalle attenzioni quotidiane della stragrande maggioranza della popolazione. È il caso dell’astrofisica che, dovendo analizzare miliardi di dati che ci giungono a distanza di milioni di anni dagli eventi, richiedono potentissimi sistemi di calcolo. Considerando quanto poco ancora conosciamo dell’Universo ogni sia pur piccolo progresso dischiude il cammino per nuove, importanti, scoperte.

In sintesi, quel che colpisce è che i giuristi nella loro stragrande maggioranza di fronte all’IA abbiano una reazione tipicamente da giornalisti: ci interessano solo i casi macabri, tragici, assurdi, perversi dell’IA e le previsioni apocalittiche. La sua normalità ci è indifferente, anche se sotto-sotto ci facciamo dare una mano da ChatGPT (*meliora adprobo, deteriora sequor*).

7. Il compito del giurista di fronte all’IA

Non si vorrebbe aver dato l’impressione che – data la limitata capacità evolutiva degli esseri umani con riguardo alle tecnologie innovative – si debba assumere un atteggiamento fatalistico. E che al giurista s’imponga una rassegnata astensione.

Per un verso non è affatto detto che la impermeabilità mutazionale degli esseri umani alle tecnologie sia un male. Anzi, probabilmente, è la migliore difesa contro ipotesi fantascientifiche. La differenza fra gli umani e le macchine sta proprio nel fatto che i primi – guardando a modelli “occidentali” – non sono poi tanto cambiati rispetto a quelli che ci descrivevano Omero, la Bibbia, Dante, Shakespeare o Emily Dickinson. Non si “evolvono”: si possono educare, istruire, rendere più civili ma le razionalità, le pulsioni, le passioni, le aspirazioni, i sentimenti – ciò che li rende diversi da qualsiasi macchina, materiale o immateriale – non mutano granché.

E partendo dunque da questa insopprimibile dimensione umana si possono individuare e ben delimitare i compiti del giurista.

Il primo dei quali è di non fare i mosconi cocchieri degli economisti menagramo alla Rifkin, o alla Zuboff. *Soi-disants* economisti, giacché l'economia è una disciplina descrittiva, capace di individuare, raccogliere ed elaborare dati – non solo economici, ma anche sociali, ambientali, tecnici – attendibili e verificati. Non certo quello di fare i cartomanti intellettualoidi.

Né può essere quello – arrogante e supponente – di “governare” ciò che si conosce poco e nel suo divenire, per dirigere l'evoluzione tecnologica secondo e verso i propri illuminati principi. Vi sono invece alcune – poche – indicazioni che possono contribuire a rendere la non arrestabile innovazione meno generatrice di problemi e di eventi dannosi.

a) L'IA è un sistema informatico dinamico che è – e deve essere – costantemente alimentato da dati, quantificabili in termini di milioni. Dunque, il primo elemento che va assicurato – e il diritto molto può fare in questa direzione – è la qualità dei dati stessi, la loro origine (in primo luogo geografica), la modalità con le quali essi sono stati e sono raccolti, il loro aggiornamento, la preparazione delle persone che li hanno raccolti, ovvero dei sistemi che lo hanno fatto, le prove che sono state effettuate per verificarne la affidabilità, la certificazione di tutto il processo elaborativo.

b) In questa tensione verso la qualità, il gran parlare che si fa dei c.d. *bias* – i pregiudizi nella raccolta e nelle direzioni di elaborazione – appare frutto dell'ammorbante “politicamente corretto”. Pare davvero puerile pretendere che i dati rappresentino ogni minoranza effettiva o supposta. La qualità va determinata in base agli obiettivi e dunque se il sistema di IA è destinato ad uno specifico gruppo saranno i dati di quel gruppo – e non di altri – che rilevano.

c) Certamente i sistemi di IA – come ogni nuova tecnologia – provocheranno danni alle persone, alle cose e all'ambiente. Il compito del giurista che è cresciuto con la cassetta degli attrezzi del diritto civile, è quello di individuare un efficace dosaggio fra promozione e deterrenza, fra efficienza ed equità. Di certo quel che va fatto è archiviare in soffitta vacue e inconcludenti discussioni sul nesso causale, sulla pluralità di danneggianti, e soprattutto esoteriche riflessioni su quel che sembra essere la palude nella quale annegano tanti “esperti”, il c.d. misteriosissimo “black box”. Le parole chiave – da combinare con senso pratico e senza onanismi accademici – sono invece quelle che conosciamo dall'aureo libro di Pietro Trimarchi: responsabilità oggettiva, assicurazione obbligatoria, azione diretta.

8. Conclusioni: non la bellezza, ma la stupidità ci salverà

Questo articolo è partito polemicamente evidenziando una connaturata “stupidità” degli esseri umani (compresa, *ça va sans dire*, quella di chi scrive) di fronte alla evoluzione tecnologica: questa si evolve, gli umani no.

Ma se l'essere umano non è cambiato granché negli ultimi due e passa secoli – calcoliamo grosso modo dalla rivoluzione industriale – e i motori, l'elettricità, l'elettronica, l'informatica non lo hanno snaturato, è ragionevole supporre che non lo sarà neppure – a

dispetto del coro delle Cassandre – dalla c.d. IA che, va ripetuto fino alla noia, è solo una evoluzione attuale delle tecnologie digitali che conosciamo da 75 anni.

Certamente questa “stupidità” farà sì che persone stupide faranno un uso stupido dell’IA (come lo fanno dell’auto, degli asciugacapelli, delle caldaie a gas).

E che tecnici stupidi costruiranno sistemi di IA con dati non verificati, obsoleti, inappropriati, e questi sistemi produrranno risultati dannosi.

E che imprenditori senza scrupoli faranno soldi a palate ingannando i gonzi.

Ma sarà soltanto una fra le tante pagine della storia umana.

Post scriptum: questo scrittarello semiserio non meritava di essere imbellettato da note di riferimenti colti. Ne faccio una sola, per chi volesse affrontare il tema in maniera non apocalittica ed anzi fortemente umanistica: S. GRUMBACH, *Cognitive Assemblages: Living with Algorithms*, in *Big Data and Cognitive Computers* 2026, 10, 63 (in open access alla pagina <https://www.mdpi.com/2504-2289/10/2/63/pdf?version=1771227037>).



Verità e processo civile

Roberto Conti intervista Mauro Di Marzio, Bruno Sassani, Romano Vaccarella e Paolo Spaziani



G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, pag., 73: “Il processo è alla fine una ricerca ordinata obiettiva autonoma di verità; Questo è chiaro; ma bisogna rendersi conto di quello che, effettivamente meditato sino in fondo, questo significa. Significa che il processo suppone la verità, l’idea di verità, che la verità valga, che la verità deve essere ricercata, che la verità deve essere obbedita: suppone che si creda alla verità. Perciò si fa la ricerca, per trovare la verità, per vedere le cose come sono andate, il fatto per quello che è, la volontà della legge per quello che è: e ciò suppone una cosa molto semplice, che quello che è bisogna riconoscerlo, e che riconoscerlo è il dovere e la regola fondamentale della vita, per orientare organizzare aiutare la vita a essere sé stessa. Se non si suppone questa cosa così semplice, il processo non ha senso.”

Roberto Conti Muoviamo dalle parole di Capograssi e partiamo da lontano. Maria Borrello, nel suo *Sul giudizio*. Verità storica e verità giudiziaria afferma che “Il giudizio si pone come espressione di verità. Ma non appena evocato, questo riferimento alla verità rivela, a sua volta, la sua complessità”. Nello stesso saggio, al pari di altri studiosi autorevoli del processo – Jordi Ferrer Beltràn, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, 43 – evoca le ormai secolari espressioni di Carnelutti (*La prova civile*, Roma, 1947, 55) «Provare significa... comunemente, dimostrare la verità di una proposizione affermata. Ora, nel campo giuridico, il controllo dei fatti controversi da parte del giudice non può seguire mediante la ricerca della loro verità, ma mediante quei processi di fissazione formale. Se tali processi la legge comprende sotto il nome di prove, questo significa che il contenuto proprio del vocabolo del linguaggio giuridico si altera e si deforma. Provare non vorrà più dire dimostrare la verità dei fatti, ma determinare o fissare formalmente i fatti medesimi mediante procedimenti dati». Sembrano essere, questi, incipit sufficienti ad aprire il ragionamento su verità storica e giudiziaria, ancora una volta rinviando a Piero Calamandrei (*Il giudice e lo storico*, *Riv.dir.proc.civ.* 1939, 8):

«È comune tra i processualisti, specialmente nella sistematica della fase di ricognizione, l'uso di espressioni che riavvicinano l'attività del giudice all'attività dello storico. Anche il giudice, come lo storico, è chiamato a indagare su fatti del passato e ad accertarne la verità; anche del giudice, come dello storico, si dice che non deve fare opera di fantasia, ma opera di scelta e di ricostruzione su dati preesistenti».

Il giurista, teorico e pratico, del terzo millennio come vive questa tematica? Ha ancora un senso interrogarsi su questo tema e se sì, in quale prospettiva? La complessità del diritto in chiave multilivello e, soprattutto, l'arricchimento della materia processuale alla luce dell'inveramento continuo di "valori fondamentali" al suo interno aumenta, secondo Te, diminuisce o lascia inalterata la prospettiva storiografica del giudice?

Mauro Di Marzio. Le domande odierne comportano un logico slittamento di piano rispetto a quelle che erano state rivolte a Gentili e Rordorf [*I civilisti e la verità*, in *Accademia*, 2023, p. 1029 ss.]: la verità, qui, scende in campo quando come giudice applico la norma al caso concreto. Però una parola sul tema a monte, «verità per il civilista», a partire dallo scritto del professor Paolo Grossi citato da Roberto Conti nella precedente tornata vorrei spenderla: vado un po' fuori tema, ma insomma, abbiate pazienza.

Il ricordo che ho del professor Grossi risale a poco meno di vent'anni fa, quando ero componente, sia pure immeritatamente, dell'allora Comitato Scientifico del CSM; organizzammo un corso sui beni comuni (c'era la raccolta delle firme per il *referendum* sull'acqua), e invitammo il professor Grossi che, figura imponente, elegantissimo nerovestito, ritto in piedi, avvalendosi di pochi foglietti manoscritti tenne senza alcuna esitazione e con un raffinato eloquio una relazione che aveva come oggetto il concetto di beni comuni e l'idea di comunità in un mondo prerivoluzionario (dico rivoluzione francese ovviamente), feudale, fatto, per capirci, di diritto di legnatico ed altri diritti collettivi. Interessantissimo.

Lo scritto che aveva indicato Roberto Conti riflette la medesima temperie: la certezza del diritto altro non è che la certezza della legge, dunque dell'emanazione del potere, potere che, con Jacob Burckhardt (che sovviene a me, non credo ad affinità con Grossi), è in sé cattivo; e la certezza della legge è un mito dell'Illuminismo, che fonda l'idea del monopolio statale della produzione giuridica, cui corrisponde, per il tramite del mito della certezza, che fa del giudice la bocca della legge, un incondizionato dovere di obbedienza. Ma – è intuitivo – una simile arcigna nozione di diritto, univoco e incrollabile, deve soccombere dinanzi alla complessità del mondo non più moderno, ma postmoderno (Grossi dice pos-moderno), e dinanzi al più alto valore della giustizia, declinato in funzione del proteiforme atteggiarsi della realtà sociale in cui operano non già astratte soggettività, bensì, diremmo, *l'homme situé* (Georges Burdeau), la persona concreta, che vive e agisce nella società in una miriade di rapporti, la società liquida, per usare la formula di Zygmunt Bauman (ancora escludendo affinità con Grossi).

Grossi mostra di voler guardare all'oggi ed al domani, al mondo, come ho detto, postmoderno: in realtà, il suo lascito di storico del diritto di chiara fama consiste nella critica al giuspositivismo, critica svolta in ragione della rivendicazione di unicità e storicità del diritto nella sua provenienza sociale e consuetudinaria: in formuletta il diritto non è comando, ma ordinamento. Lavorando a colpi d'ascia, a me sembra dunque il punto di vista

di un orgoglioso antilluminista. Sicché sarei tentato di prendere posizione attingendo ad una battutaccia del grande John Belushi («*The Blues Brothers*»): io li odio gli antilluministi (che siano dell'Illinois o di altrove).

Dopodiché, nel voler relativizzare quanto più possibile il diritto, sicché debba cedere alla giustizia, sia pure a prezzo dell'ossimoro, che «il diritto o è certo o non è neppure diritto» (Norberto Bobbio), entra in gioco il tema dell'interpretazione, Grossi dirà «l'invenzione del diritto» (proprio nel senso della *inventio*), quella che, coi concetti di Crisafulli, conduce dalla «disposizione», e cioè dall'enunciato linguistico posto dal legislatore, alla «norma», il prodotto dell'attività legislativa: altro che bocca della legge, l'attività interpretativa del giudice – si dice – ha un carattere intrinsecamente creativo, sicché la certezza del diritto è un'illusione degli individui infantili (Jerome Frank e suoi epigoni).

E allora, in tanta incertezza, qual è infine la bussola che orienta il cammino? È la Costituzione, costruita non per norme ma per principi, che l'interprete deve rendere operanti, sempre in vista della centralità dell'uomo e della sua concreta, diremmo carnale esperienza, il che, visto il parallelismo giudice-storico di Calamandrei, richiamato da Roberto Conti, colloca tutti noi giudici civili nella veste degli orchi, secondo la celebre citazione di Marc Bloch: «Lo storico è come l'orco della fiaba: là dove fiuta odore di carne umana, là sa che è la sua preda». Citazione per citazione, visto che siamo arrivati alla Costituzione, mi pare il momento buono per ricordare a me stesso quella di Salvatore Satta: «La Costituzione fa in molti giuristi l'effetto che su Don Chisciotte facevano i libri di cavalleria».

L'obiezione è facile. L'«invenzione» del diritto, l'interpretazione condotta per principi, finisce per essere il viatico per un'incertezza al quadrato, con lo sdoganamento del più totale soggettivismo, il contrario del «diritto come macchina», quale strumento razionale, formale e prevedibile, essenziale per il funzionamento della società. Si sa che Dworkin sosteneva che ragionando per principi vi sarebbe pur sempre una e una sola risposta giusta (*one right answer*), offerta dal suo giudice-Erocle capace di risolvere casi facili e difficili: ebbene credo, *si parva licet*, che una cosa del genere, qui da noi, sia semplicemente una sciocchezza. Prendiamo il tema dell'aborto, tema controverso quanto mai: nondimeno il principio fissato negli Stati Uniti da «*Roe v. Wade*» è rimasto fermo dal 1973 al 2022: fa più o meno mezzo secolo. Stesso discorso per la *Chevron doctrine* (il giudice si deve arrendere alle interpretazioni delle agenzie governative), che è andata avanti per quarant'anni fino a quando finalmente nel giugno 2024 la Corte Suprema ha rimediato con «*Loper Bright Enterprises v. Raimondo*».

Perché? A me pare piuttosto chiaro, in primo luogo perché lì in cima c'è un giudice fatto di nove persone che sono tendenzialmente la *crème de la crème* del loro mondo giuridico, da noi in Cassazione tra presidenti e consiglieri saremo quanti, duecento? Nemmeno il Padreterno in seduta comune con lo Spirito Santo sarebbe in grado di metterci d'accordo. E poi ci sono Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte EDU. In secondo luogo, lì c'è lo *stare decisis*, qui da noi il principio di diritto che dà la S.C. è come il semaforo a Napoli, un suggerimento. Il punto, insomma, è che da noi più si dilata l'ambito dell'interpretazione, più si fa un buco nell'acqua, perché la giurisprudenza, massime se lavora per principi, a fornire risposte affidabili strutturalmente non ce la può fare.

Apro una parente, come direbbe Totò. Una ventina d'anni fa Ran Hirschl, ha scritto un libro, «*Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*», in cui si sostiene che in occidente la politica ha dislocato presso la magistratura ampi poteri decisionali allo scopo di affidarle la soluzione di questioni calde, diciamo così, riguardo alla quali una presa di posizione del legislatore lascerebbe ineluttabilmente insoddisfatta una parte dell'elettorato: e il caso dell'aborto è emblematico. Di là dalle Alpi, Jean-Éric Schoettl, «*La Démocratie au péril des prétoires*», dice più o meno lo stesso. Ebbene, quando noi giudici decidiamo, che so, sulla doppia madre, o sul fine vita, stiamo facendo questo, stiamo cavando le castagne dal fuoco ad un legislatore inetto dinanzi al quale qualunque deriva antipolitica finisce per avere un perché. Comunque sia non so se il saldo sia positivo.

Veniamo alla domanda. Ho detto la mia sull'opinione che immagino un bravo giudice civile debba professare sul tema della verità, inteso come riferito alla ricostruzione dei fatti, in una decisione delle Sezioni Unite sul tema dell'incapacità a testimoniare: «In una pragmatica considerazione di insieme, d'altronde, non sembra affatto che le posizioni del teste e del portatore di un interesse tale da legittimare la sua partecipazione al giudizio si collochino agli antipodi l'una dell'altra: a meno di non credere ad una ingenua contrapposizione tra la testimonianza del c.d. terzo estraneo, dotata così di attitudine ad apportare al processo uno schietto ed oggettivo *reportage* della pura verità materiale dei fatti oggetto di causa, ed il teste portatore di un interesse che legittimerebbe la sua partecipazione al giudizio, per definizione inattendibile. Se è vero che il giudice non può non credere che possa davvero darsi una ricostruzione giudiziale della verità materiale dei fatti di causa, in una visione per così dire "corrispondentista", quella, per usare la formula onusta di storia, dell'*adequatio rei et intellectus*; e se è vero che, in un sistema costituzionale, come il nostro, ispirato ai principi delle democrazie occidentali, la ricerca della verità nell'ambito del processo civile è da tenere come valore imprescindibile, che deve informare di sé le regole del procedimento probatorio; non è men vero che certo non è la prova testimoniale lo strumento principe pensato, presso di noi, per la ricostruzione di una simile verità oggettiva, nel qual caso non avrebbe alcun senso, per far solo un'osservazione elementare, la previsione del codice di rito della preventiva deduzione della prova testimoniale per articoli separati, articoli sui quale l'esperienza insegna che sovente i testi, pur terzi estranei, rispondono a domande sulle quali risultano alle volte anche fin troppo preparati» (Cass., Sez. Un., n. 9456/2023). In realtà avrei dovuto fare un'ulteriore precisazione, ma nella sentenza non è che potessi sbrodolare troppo: e cioè non è inutile chiarire che un conto è la «verità», un conto è la «giustificazione»; prendo a prestito un esempio non mio ma di Marconi, «Per la verità», se dico che il DC9 Itavia è caduto su Ustica perché colpito da un missile, dico una cosa che magari è vera, ma certo non è giustificata. La verità di cui parliamo è la verità processuale, che è dimostrata dalle prove, raccolte, sia chiaro, secondo le regole: si chiama garantismo. È per questo che, mentre Mauro Ferri scrive in una sentenza della Corte costituzionale nel 1992 che «fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità», Guido Neppi Modona ridimensiona qualche anno dopo dicendo che fine del processo non è proprio la verità a caratteri cubitali, è «l'accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità».

Ho detto qual è l'opinione che immagino debba professare un bravo giudice civile: esiste la verità dei fatti che il giudice deve ricostruire, ed è cosa buona che operi per coglierla nel modo migliore. Non è questa però, se non in parte, la mia opinione: e cioè, direi, nel processo, in vista della ricerca della verità, ci si arrabatta, si fa quel che si può, con non troppe prospettive di successo.

Già mi dà una certa orticaria parlare di verità nel 2026, quando sono passati quasi 150 anni dall'annuncio cruciale che «Dio è morto! Dio resta morto!», annuncio se non bastasse ribadito da Francesco Guccini, con la precisazione di Woody Allen che neanche lui si sente troppo bene. Le cose sembra siano talora lì lì per «tradire il loro ultimo segreto», ma poi pare che non si trovi mai «il filo da disbrogliare che finalmente ci metta nel mezzo di una verità». Oggi, poi, siamo nell'era delle *fakenews*... Ma davvero vogliamo parlare di verità vera nel processo? Civile addirittura?

Quando da pretore facevo i parafanghi, ricordo una paglietta che aveva messo su una avviata piccola impresa, lui faceva il difensore, un figlio il carrozziere (stimava il danno auto) e l'altro figlio il testimone, insomma come nelle commedie di Totò e Peppino, avvocati Posalaquaglia e Posalaquaglia. Una testimonianza: ore sette, sinistro stradale verificatosi sotto una pioggia torrenziale a corso Vittorio, a Roma, testi, cognati dell'attore, residenti al Trullo (dico per i non romani, quartiere periferico e distante assai), il bravo giudice (io, nell'intenzione) prova ad indagare la verità materiale: «Ma, come mai vi trovavate a corso Vittorio alle sette del mattino sotto la pioggia?»; «Beh, dottò, stavamo a fa' ddu' passi». In simili situazioni non è che mi stupissi più di tanto della faccia tosta, iniziavo a scrivere: «Visto l'art. 331 c.p.p. ...». A quel punto in genere interloquiva l'avvocato: «Ma che fa dottò, scrive?». A qualcuno a quel punto tornava la memoria, a qualcun altro, ai più, ben consapevoli di come funziona la giustizia penale, no.

Dov'è che ho letto che: «A saper ben maneggiare le gride, nessuno è reo, e nessuno è innocente»? E all'epoca degli studi liceali qualcuno mi deve aver inculcato l'idea che: «All'avvocato bisogna raccontar le cose chiare: a noi tocca poi a imbrogliarle». Mah, non ricordo... Lasciamo stare, ma voglio fare questo esempio: ormai da un bel po' in Cassazione mi occupo soprattutto di banca. Mi imbatto sempre più frequentemente in cause di rideterminazione del saldo di conto corrente e ripetizione dell'indebito in cui l'avvocato non produce gli estratti conto, a volte nemmeno il contratto, e sostiene che la banca non ha mai dato al suo cliente né gli uni né l'altro, imbraccia l'art. 119 del testo unico bancario, imbraccia l'art. 210 c.p.c., imbraccia il dovere del giudice di cercare la verità materiale, principio che gli pare giustifichi letture rivoluzionarie dell'art. 2697 c.c., e pretende che sia la banca a dargli quei documenti che lui non ha prodotto. Ovviamente, la prospettazione è falsa come Giuda Iscariota nella scena del bacio: la banca invia gli estratti conto non solo perché lo deve fare, ma anche perché ha uno specifico interesse a farlo, in relazione all'applicazione dell'art. 1832 c.c. E poi, in un rapporto che è durato anni e anni, la banca non ti ha mai dato né il contratto né gli estratti conto e tu cliente non hai detto niente? Ma ti posso mai credere? In realtà l'idea dell'avvocato, un'idea suicida, è proprio quella di ribaltare sulla banca l'onere probatorio, e di potersi giovare del fatto che gli estratti conto non ci sono e se va bene, in un contesto in cui dominano le cessioni di azienda e le cartolarizzazioni, la banca se li è persi. Cioè l'avvocato non vuole la verità, non gliene importa

un fico secco della verità, vuole vincere la causa, nel che sta facendo esattamente il suo dovere, mi domando chi sceglierebbe un avvocato perché è bravo a disvelare la verità, a danno del suo cliente.

Ma lasciamo perdere, diamo ora per ammesso che la verità nel processo civile sia una cosa seria e che una ricostruzione corrispondentista della verità sia possibile: l'abate Berkeley se ne avrà a male, ma, insomma, ce ne faremo una ragione.

Nelle controversie civili una qualche approssimativa idea della verità dei fatti ce l'ha qualche volta l'avvocato (nelle controversie bancarie in genere è più o meno così, nelle liti familiari non credo che neanche l'avvocato ne sappia granché), non il giudice, che, come dice Chamfort, «conosce la vita come gli scolaretti che hanno ottenuto un permesso e hanno pranzato fuori di casa conoscono il mondo».

Ricostruire *a posteriori* lo svolgimento dei fatti è operazione terribilmente difficoltosa, ai limiti del possibile. È chiaro che il giudice ci deve credere, come dicevo, magari dando al tutto un crisma di scientificità (mi scuso, ma proprio non ce la faccio a non citare il «tutto sc-sc-scientifico» che dice Peppe er Pantera - Vittorio Gassman ne «I soliti ignoti»). Charles Sanders Peirce usa talora il vocabolo *retroduction*, sia pur meno frequentemente di *abduction*, proprio per illustrare il meccanismo dell'andare all'indietro, con la consapevolezza che il ragionamento per retroduzione-abduzione conduce a risultati tutt'al più probabili, non a risultati veri. Le Sezioni Unite penali con la sentenza Francese ci dicono appunto che il processo penale si giova «dalla formulazione della più probabile ipotesi ricostruttiva ... secondo lo schema argomentativo dell'abduzione». Cioè noi usiamo l'abduzione, è tutto scientifico (sc-sc-scientifico), Poirot si deve mettere in fila. Allora, se io dico: (a) quando piove molto i torrenti si ingrossano, (b) il torrente si è ingrossato, (c) *ergo* è piovuto molto, sto ragionando per abduzione: ma invece c'è una siccità micidiale e il torrente si è ingrossato perché Noah Cross sta svuotando le riserve d'acqua di Los Angeles per i suoi loschi affari (è la trama di «Chinatown»).

Mi basta citare «Rashomon» (o se volete «L'oltraggio» di Martin Ritt, in cui la parte di Toshiro Mifune è ricoperta da Paul Newman): l'unica cosa certa è che il morto c'è, ma chi sarà mai l'assassino, dal momento che i testi presenti hanno assistito a condotte completamente diverse? Secondo me Kurosawa non cambierebbe la storia di Rashomon, neppure se si trattasse non di tre testimonianze, ma di tre riprese video fatte con tre diversi telefonini. Il punto di vista ottimista è rappresentato dal non meno celebre «La parola ai giurati», di Sidney Lumet e con Henry Fonda: il sistema giudiziario funziona, basta, all'interno della giuria, che uno solo, persona civile, garantista, abbia capacità di riflettere sugli indizi per arrivare a rimettere in discussione l'opinione di segno opposto di tutti gli altri, e l'innocente è senza meno assolto. L'America di Lumet-Fonda è un grande Paese, ma non mi è molto chiaro però, se la giuria funziona così bene, come O.J. Simpson possa essere stato assolto nel processo penale per il duplice omicidio dell'ex moglie e dell'amante, per poi essere stato successivamente giudicato civilmente responsabile delle loro morti. Ed infatti il tema del film di Lumet è stato ripreso recentemente da Clint Eastwood nel magnifico «Giurato numero 2»: la giuria non funziona affatto, i componenti sono presi esclusivamente dai propri affari personali e dell'imputato non gli interessa assolutamente nulla; nel processo emergono chiari elementi a sostegno dell'in-

nocenza dell'imputato, ma questi è inesorabilmente condannato (in sostanza perché è un maledetto *son of a bitch*, uno spacciatore che aveva poco prima picchiato la vittima, la sua ragazza), per un delitto che egli non ha commesso e che ha appunto commesso il giurato numero 2; la trama si conclude con un filo (ma proprio un filo) di speranza, nel senso che nell'ultima scena non si può escludere che la procuratrice rimetta in discussione il caso, ma quel che è chiaro è che il sistema non funziona, l'unica cosa che eventualmente ci salva è l'onestà intellettuale del singolo che kantianamente – cielo stellato e legge morale – decide di fare il suo dovere.

Ora, da noi abbiamo una torrenziale retorica sui poteri officiosi del giudice, la ricerca della verità materiale e quella roba lì. La colpa è tutta di Franz Klein, che elaborò la Z.P.O. austriaca a fine '800 proprio sull'idea della funzione sociale del processo, e che poi è stato seguito da Chiovenda e Carnelutti, sia pure con approcci diversi. Con approdi recenti francamente esagerati; volete vedere come è fatta una vera norma autoritaria, da Stato etico? Eccola qua, il comma 2 dell'art. 473-bis.2 c.p.c.: «Con riferimento alle domande di contributo economico, il giudice può d'ufficio ordinare l'integrazione della documentazione depositata dalle parti e disporre ordini di esibizione e indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, anche nei confronti di terzi, valendosi se del caso della polizia tributaria». Va bene, salta il principio dispositivo nel superiore interesse del coniuge, mi arrendo, ma indagini a largo spettro su tutto, anche su terzi, *i.e.* sulla mia nuova compagna-compagno? E così, acquisizione della mia documentazione bancaria, ad esempio dell'uso della carta di credito, e relativo deposito agli atti di causa, in modo che si sappia dov'ero e che cosa facevo giorno per giorno? Ma, insomma, a chi ha scritto questa cosa Echelon gli fa un baffo.

Evviva la verità materiale. È superfluo, credo, ricordare la polemica su verifobici e cultori della verità, che vide opposti, una quindicina di anni fa Bruno Cavallone e Michele Taruffo, l'uno guardando al processo com'è, l'altro al processo come secondo lui dovrebbe essere, nel perseguire a tutti i costi lo scopo di attingere responsi fondati su fatti veri. Prendiamola sul serio, l'antesignano della verità materiale nel processo è Jeremy Bentham, che al principio *onus probandi incumbit ei qui dicit* (Bentham ne parlava come di «procedura tecnica»), contrapponeva l'imposizione dell'onere alla parte che con maggiore facilità può dimostrare il fatto (era, questa la «procedura naturale»): è di qui, per li rami, che è scaturito il nostro raffazzonato principio di vicinanza della prova. Ma in un processo civile come il nostro (e per la verità come quelli del resto del nostro mondo) che accetta come fisiologica l'eventualità che la parte che deve provare un certo fatto non riesca a provarlo, sicché il giudice (cosa che succede con larga frequenza) debba decidere al buio dando torto all'onerato che non ha provato, che senso può mai avere l'anelito destinato a rimanere insoddisfatto alla ricerca della verità materiale? E del sistema di preclusioni e decadenze probatorie? E dell'inammissibilità di nuove prove in appello ivi comprese quelle «indispensabili»? E delle prove legali?

Guardate che è così perfino nelle cause di interpretazione contrattuale, quando il solo dubbio verte sul significato da attribuire ad una clausola del contratto. Io giudice devo dire che cosa significa la clausola *«ibis redibis non morieris in bello»*, il testo non mi aiuta? Non c'è problema, mi servo del contesto, tengo conto dell'intenzione dei contra-

enti. Ma, scusate, siamo seri, se fossi in grado di stabilire che cosa c'era nel foro interno dei contraenti, se fossi in grado di dire le loro intenzioni, farei il giudice o non mi pagherebbero di più per fare l'indovino? Beh, si può replicare, ma se finiscono i criteri di interpretazione soggettiva ci sono pur sempre quelli di interpretazione oggettiva ... Bene, col criterio della buona fede allora sì che sono sicuro che dieci giudici daranno della stessa clausola dieci letture diverse. Il processo civile sovente non accerta nulla o giù di lì, prevede, piuttosto, una serie di meccanismi formali in forza dei quali determinare quali fatti hanno da tenersi per provati e quali no. E grazie a Dio che è così, la verità a tutti i costi la cercavano i tribunali dell'Inquisizione.

La nostra giurisprudenza pensa per lo più che la verità si possa tenere al guinzaglio come un barboncino. Si consideri che si va consolidando, negli ultimi tempi, una giurisprudenza della terza sezione civile sulla *praesumptio de praesumpto* che straccia la regola dettata da un sano buonsenso del divieto di doppia presunzione, ed afferma – per conto mio in un accesso acuto di *ὕβρις* – che il fatto accertato per via presuntiva può costituire il punto di partenza per l'accertamento di un ulteriore fatto da provare (Cass. 27 maggio 2024, n. 14788; Cass. 17 luglio 2025, n. 19993). Ora, certo, Sherlock Holmes ci riusciva, con l'abduzione, ma, appunto, quello era Sherlock Holmes; a che mirabili risultati dobbiamo aspettarci che possa portare il ragionamento del giudice, non domiciliato al 221B di Baker Street, e che al posto del dottor Watson ha un UPP?

Io credo dobbiamo realisticamente constatare che quasi sempre il giudice civile non sa un gran ché del fatto, talora, purtroppo, ha la presunzione di aver capito tutto, altre volte finisce per dare ragione o torto a quello che, secondo il suo personale punto di vista, il suo indirizzo morale, la sua formazione politica, merita di vincere o di perdere. Dico così in modo brutale qualcosa che potrei ricoprire col vestito della festa: la ricostruzione giudiziale non si presta ad essere esibita come procedimento logico-deduttivo, sia pure in forma di abduzione, giacché include scelte politiche e valoriali – è la precomprensione – che condizionano l'individuazione delle premesse decisionali (quando va bene), se non talora (quando va male: e, fidatevi, va male spesso) la stessa decisione del caso concreto. Non faccio più da tempo la protezione internazionale, quando me ne occupavo in Cassazione uno dei *clou* era l'omosessualità, sono scappato dal mio Paese perché sono perseguitato come omosessuale: ed è ovvio che se le cose stanno così il diritto alla protezione è sacrosanto. Se le cose stanno così, ma io giudice come faccio a sapere se il richiedente lo è o non lo è? Lui mi dice, certo che sono omosessuale, appena arrivato in Italia mi sono iscritto all'Arci Gay! Ora, certo, qui gli oneri probatori degradano, è ovvio, non mi serve sapere se la cosa è vera, mi contento del verosimile. Ma anche col verosimile ci siamo? Debbo far passare chiunque mi dica semplicemente di essere omosessuale? Ma così la verità che fine fa? Un'ipotesi è questa, il giudice che nel segreto dell'urna vota Schlein rischia di crederci, il giudice che vota Meloni rischia di non crederci. Il mistero del processo, volgarizzate le alte parole di Salvatore Satta, è proprio questo.

Il professor Paolo Cendon, purtroppo mancato di recente, spiega con chiarezza come l'occhio del giudicante sull'atteggiarsi del caso concreto possa determinare l'esito del giudizio in «Circostanze incerte e responsabilità civile», facendo l'esempio del pallino da caccia, al quale rinvio: ciò che infine decide della responsabilità di uno dei due cac-

ciatori parimenti sospettabili, i quali hanno entrambi sparato un colpo di fucile, e uno dei due ha ferito un passante, è che l'uno era un bracconiere pluripregiudicato, l'altro un buon samaritano che portava con sé la doppietta a scopo difensivo. L'uno perde perché è cattivo, l'altro vince perché è buono, ma in realtà chi ha sparato non si sa. Anche questa è un'ipotesi di giustizia che prevale sull'arido diritto? Non è lo stesso esito del «Giurato numero 2»?

E invece, sapete una cosa che nel campo della giustizia civile, intesa nel senso più ampio, funziona piuttosto bene e a me, come giudice civile, mi fa invidia? (Ma allora la giustizia civile si può amministrare in modo decoroso!) L'Arbitro bancario finanziario, che istruttoria proprio non ne fa, se non esaminando documenti, e cionondimeno decide presto e bene e con una, dico tra virgolette, giurisprudenza (perché l'ABF non è un giudice e tecnicamente non è neppure un arbitro), invidiabilmente uniforme.

Bruno Sassani La prospettiva storiografica del giudice è davvero limitata, anzi si può seriamente dubitare che se ne possa parlare come di una prospettiva concreta. Il giudice è astretto da mille vincoli: il principio dispositivo, il divieto di scienza privata, la regola dell'onere della prova, la normativa sulle prove (che è un lungo catalogo di “regole di esclusione”), il sistema (peraltro ormai strabordante) delle preclusioni istruttorie (e, ancor prima, allegative), la *durata ragionevole*, il giudicato che *facit de albo nigrum*, sicché non si comprende come in tale fitto reticolo di vincoli si possa immaginare per il giudice una reale prospettiva “storiografica”. Fatte salve alcune audaci incursioni del diritto eurounitario (penso per es. alla disciplina del c.d. *private enforcement*), e qualche spunto per parlare di (attenuati) poteri inquisitori nel diritto delle relazioni industriali, il giudice civile ha – nei fatti – le mani legate. Legate alla iniziativa delle parti e alla loro capacità di rappresentare la realtà ed alle loro impotenze.

A mio avviso si può tranquillamente concludere che *indagine storiografica* e *processo* collidono intimamente tra loro, essendo il processo il luogo privilegiato del contemperamento di interessi e valori, contemperamento che viene realizzato attraverso un regolamento dell'azione di parti e giudice in senso rigidamente formalizzato e incompatibile con una nozione di *prospettiva storiografica* provvista di senso.

R.C. *L'obbligo delle verità e le parti versus principio dispositivo, principio nemo tenetur edere contra se, principio dell'onere della prova, principio di autoreponsabilità? Quanto la leale cooperazione fra le parti incide, può incidere o deve e sulla verità processuale, al punto di diventare “dovere di verità” connesso al giusto processo?*

M.D.M. Ma, insomma, sono andato fuori tema e mi sono dilungato fin troppo sulla prima domanda, che cosa posso aggiungere, se non che: «*Iudicis est semper in causis verum sequi, patroni non numquam veri simile, etiam si minus sit verum, defendere*». Cicerone non sarà stato il più grande filosofo della storia, ma quando parla degli avvocati meglio credergli. Le parti un dovere di verità proprio non ce l'hanno, altrimenti avremmo la testimonianza della parte sotto giuramento, come negli Stati Uniti, lo abbiamo visto in decine di film: quando l'avvocato difensore è proprio alla canna del gas si arrende a far

testimoniare il proprio cliente, che in qualche modo riesce a persuadere la giustizia, che alla fine per lo più trionfa. Da noi non solo non testimonia la parte, ma nemmeno il coniuge e i parenti non ricordo fino a che grado.

Mi regolo così, allora, invece di dare una risposta faccio anch'io una domanda (facile) al lettore, il tema è sempre la verità. Il vicecaporale Harold Dawson e il soldato di prima classe Loudon Downey uccidono un loro collega e devono affrontare la corte marziale. Li difende contro voglia il tenente Daniel Kaffee. Ma poi si persuade che i due abbiano ucciso il soldato Santiago perché così era stato loro ordinato dal comandante, colonnello Nathan Jessep, che aveva intimato loro di fargli un «Codice rosso». Non ha uno straccio non dico di prova, ma dell'anticamera di un indizio, per di più Loudon Downey ha testimoniato e si è impappinato, e tuttavia Kaffee riesce a provocare il colonnello, che, al culmine dell'interrogatorio confessa. Kaffee: «Colonnello Jessep, fu lei a ordinare il Codice rosso?». Il giudice: «Non è tenuto a rispondere alla domanda». Jessep: «Risponderò alla domanda. (Rivolto a Kaffee) Tu vuoi delle risposte?». Kaffee: «Ritengo di averne il diritto». Jessep: (incalzando) Tu vuoi delle risposte?». Kaffee: «Io voglio la verità!». Jessep: «Tu non puoi reggere la verità...». Ecco che entra in campo la verità, qui ho dovuto tagliare per ragioni di spazio. Kaffee: «Ordinò lei il Codice rosso?». Jessep: «Ho fatto il lavoro che...». Kaffee: (gridando) «Ordinò lei il Codice rosso?». Jessep: (a voce ancor più alta) «Certo che l'ho ordinato, che *** credi?».

Quale film è? Certo la verità qui non sgorga dall'abduzione, ma dallo *stress* emotivo.

B.S. È molto difficile trovare una casella in cui inquadrare un “dovere di verità” in capo alle parti. Le parti raccontano le cose esclusivamente secondo il proprio interesse, e a vincere è la parte il cui racconto – vagliato alla luce del processo – risulta alla fine aver “funzionato”. Questo ci dice che la verità processuale è un aposteriori con solo una casuale corrispondenza alla verità originaria, nel senso che, purché le regole del gioco siano state rispettate, resta fondamentalmente indifferente (irrilevante) se tale rispondenza vi sia o meno.

È anche mia convinzione che il concetto normativo di “giusto processo” non si possa valutare in termini di garanzia della verità del risultato, “giusto” essendo il processo che rispetta i caratteri sottolineati dall'art. 111 Cost. (ed ancor prima emergenti dalla intera storia del processo intesa quale fenomeno naturalmente costituito dal pieno contraddittorio delle parti davanti ad un organo terzo). Semmai il punto è la reale, sostanziale rispondenza del processo a quei caratteri, cioè la necessità di garantire che essi non siano solo formalmente rispettati ma lo siano davvero, anche al di là del mero ossequio alle forme.

R.C. *L'art. 193 1^a c. c.p.c., nel delineare il contenuto del giuramento del consulente tecnico d'ufficio, sottolinea che nelle funzioni affidategli lo stesso ha “il solo scopo di fare conoscere al giudice la verità”. Nell'attività di verifica della portata normativa di tale disposizione, Cass., Sez. Unite civ., 1 febbraio 2022, n. 3086 ha messo in evidenza un parallelismo fra i compiti demandati al c.t.u. e quelli riservati al giudice – “non è infondato ritenere, sempre nei limiti delle indagini commessegli e nel più generale rispetto ... del principio dispositivo quanto alla deducibilità dei fatti principali posti a fondamento della domanda o delle eccezioni,*

che l'attività del consulente è chiamato a compiere per mandato del giudice non sia del tutto immune dal rifletterne in qualche misura anche le prerogative che questo può esercitare in campo istruttorio in disparte dalle sollecitazioni di parte" - poi aggiungendo che "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" (Cass., Sez. I, 16/04/1997, n. 3260), 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". La Corte si è interrogata sulla possibilità che "con riguardo ad alcuni principi fondamentali non se ne debba ripensare l'assetto in nome del valore primario della ricerca della verità". Per altro verso, è ancora il c.p.c. a prevedere l'obbligo di verità del testimone nel processo civile, il quale è chiamato «a dire tutta la verità e a non nascondere nulla» di quanto a sua conoscenza.

M.D.M. La giustizia della decisione. Un *refrain* che certo nella nostra giurisprudenza c'è, ribadito, ma personalmente sono di tutt'altra opinione. Su che cosa sia «la giustizia della decisione» si possono difatti svolgere considerazioni sinistre. Giovanni Verde ha sottolineato quanto sia paradossale credere «che un processo sia giusto non quando sia rispettoso delle disposizioni di legge che lo regolano, ma che sia tale quando il risultato sia giusto». La proceduralità, tanto per citare un autore importante, appena scomparso, è centrale in Habermas. Discorrere di una decisione giusta che in vista di ciò forza le regole probatorie è un altro ossimoro, peggio che un crimine, un errore.

Il lettore perdonerà se, per illustrare la mia opinione, ricorro ad una ulteriore incursione cinefila: il risultato era indubbiamente giusto nel caso del capitano Hank Quinlan – «Era uno sporco poliziotto, ma a suo modo era anche un grand'uomo», dice di lui Marlene Dietrich –, che, accusato dal suo amico sergente Menzies di aver creato prova false («*How many did you frame*»), quanti ne hai incastrati, rispondeva: «Nessuno, nessuno che non fosse colpevole» («*I told you ... nobody ... Nobody that wasn't... guilty... guilty... guilty... Every last one of 'em ... guilty*»). Ed infatti – direbbe la Cassazione utilizzando il criterio della giustizia della decisione, sulla stessa linea di Marlene Dietrich – Quinlan aveva ragione: «*His famous intuition was right after all... He framed that Mexican...*». Geniale, in «A touch of evil», la scelta di Orson Welles di riservarsi la parte del poliziotto fascista, mentre assegna a Charlton Heston, che era presidente della National Rifle Association, la parte del poliziotto democratico. E c'è di peggio: in «Presunto innocente» Harrison Ford è scagionato dall'accusa, totalmente falsa, di aver ucciso la bellissima Greta Scacchi perché un suo amico ha fatto sparire una prova decisiva a suo carico, un bicchiere con una sua impronta digitale, per non dire del giudice che l'avvocato tiene sotto lo schiaffo perché conosce delle cadute oscure del suo passato. Ma è così, in questo modo ha trionfato la verità, l'innocente è stato assolto. E ancora, in «Match Point» l'assassino dell'ex amante lancia nel Tamigi l'anello sottratto alla ragazza, ma l'anello rimbalza sul bordo di una ringhiera, e rimane a terra, sicché lo trova un tossico, che per questo viene ritenuto responsabile del delitto, mentre il colpevole è scagionato: e gli inquirenti abboccano a questa falsa verità perché testimoniata da un fatto obbiettivo: è chiaro, non hanno abdotto quello che dovevano abduurre.

B.S. Ma la “giustizia della decisione” sta – a ben guardare – nel non essersi allontanati dalle regole del procedere e dal principio del “giusto processo” (nei limiti in cui la relativa esigenza trascenda regole precise). La giustizia non sta in una mitologica “*corrispondenza alla verità*” (verità che fuori dal processo resta sempre incerta in quanto coincidente con legittime rappresentazioni soggettive). Ciò non toglie che si debba mantenere ferma la tensione e l’aspirazione a decisioni che cerchino di allontanarsi il meno possibile da una sana esigenza di realtà, e che si produca lo sforzo (morale e giuridico) di pronunciare giudizi di fatto che vadano a fondo dell’indagine (sempre nei limiti devoluti al giudice ed al suo libero convincimento), evitando – ove possibile – di pigramente adagiarsi su risultati che, pur formalmente giustificati, restano obiettivamente insoddisfacenti.

L’obbligo del teste di dire la verità non tocca queste conclusioni: l’obbligo è sacrosanto ma è ... obbligo del terzo; esso si coniuga con il “*solo scopo di fare conoscere al giudice la verità*” che si riscontra nel giuramento del Consulente Tecnico. Il quale Consulente – malgrado l’ambigua costruzione italiana in chiave di “ausiliario del giudice” – altro non è che un teste. Teste altamente qualificato, teste non di parte ma pur sempre teste, cioè per definizione soggetto estraneo alla posizione della parte (parte che non può essere coinvolta nella ricerca della verità perché questa è la funzione di un terzo).

R.C. *Una lunga premessa per approdare al tema dei poteri, anche officiosi, del giudice funzionali alla ricerca della verità che assumono massima espansione, ad esempio, nell’art. 421, 1^a comma, c.p.c. ma non sembrano meno rilevanti in materie particolarmente sensibili quali quelle collegate alla tutela di soggetti vulnerabili accordata concentricamente dalla legislazione nazionale e sovranazionale.*

M.D.M. Beh, su questo ho proprio già risposto, posso essere telegrafico, credo ben poco all’aiutino dell’esercizio dei poteri officiosi del giudice, in genere hanno un solo scopo, quello di dare una mano al più scarso dei due avvocati, che non è stato capace di fare bene il proprio lavoro. Direi che da 40 anni a questa parte la tendenza è stata costantemente quella a dilatare l’esercizio dei poteri officiosi: in questo modo abbiamo oggi un processo che funziona meglio?

A me pare che abbiamo sempre più decisioni processuali, mentre prima del ’95 il processo era una cosa indecorosa, tanto per dire le prove testimoniali a Roma le raccoglievano gli avvocati appoggiati sul primo strapuntino disponibile: e però alla fine dei giochi con quella prova il giudice aveva almeno materia per una sentenza sul merito.

B.S. Quanto ho detto finora vale peraltro in linea di principio, ma non è e non vuole essere una difesa dei limitati poteri istruttori del giudice nel sistema del codice di rito. Fatte salve tutte le garanzie e i principi, è senz’altro in concreto auspicabile una disciplina meno formalistica di tali poteri. Semmai la mia esperienza è quella di un troppo limitato impiego, da parte del giudice italiano, dei propri (pur circoscritti) poteri istruttori conferitigli dal codice. Abbastanza raramente il giudice ricorre ad ispezioni, ordini di esibizione di persone e cose; per non parlare dell’interrogatorio libero delle parti, non

solo per la sua sporadicità (anche laddove oggetto di obbligo) ma soprattutto perché si tratta di uno strumento reso inutile dalla perdurante durata irragionevole dei processi, e dal connesso cambio frequente di giudice istruttore nel corso della procedura.

La vicenda dell'art. 421 c. 1 c.p.c. conferma esemplarmente quanto appena detto, poiché la possibilità di una sua interpretazione in senso più penetrante è stata mitigata proprio dalla giurisprudenza, che ne ha dato tendenzialmente una lettura attenuata rispetto alle sue potenzialità.

Quanto ai maggiori poteri istruttori (talora di stampo quasi inquisitorio) in processi che hanno per protagonisti soggetti vulnerabili, la dichiarata specialità della disciplina mi sembra piuttosto confermare trattarsi di eccezione, espressamente voluta dal legislatore, rispetto alla disciplina generale.

R. C. Ora, gli elementi, tratti dal diritto scritto e dal diritto vivente qui sommariamente richiamati. Si tratta di considerazioni che vanno contestualizzate rispetto alla vicenda esaminata dalla S.U. ovvero consegnano all'interprete una dimensione nuova del giudicare? E se sì, quanto questa "ricerca della verità" può dirsi figlia dell'evoluzione del sistema nazionale e quanto delle fonti sovranazionali?

M.D.M. Sarò franco, le due molto ben scritte sentenze dell'amico Marulli le considero un incidente di percorso della nostra giurisprudenza: quando mi trovo la questione applico i principi che contengono *perinde ac cadaver*, ci mancherebbe. Ma veniamo al sodo: il consulente tecnico d'ufficio che può acquisire documenti che le parti non potrebbero ormai più produrre? Ma che senso ha...

Però vorrei sollevare un momento lo sguardo, pensare al codice di procedura civile, ed in particolare alla consulenza tecnica, come ad uno strumento di verità, isolando il problema dal diritto sostanziale, non porta da nessuna parte. Sempre nell'ottica di tutelare principi, valori, giustizia, deboli, la nostra giurisprudenza, assai spesso, dell'accertamento della verità dei fatti, deliberatamente, se ne disinteressa del tutto, e anzi lo respinge.

Della protezione internazionale ho già detto, se dovessero essere accolte le sole domande fondate su fatti veri quanti sarebbero ad ottenere la protezione? Ma parliamo del nesso di causalità.

Intermediazione finanziaria. Una volta che l'intermediario non abbia adempiuto i propri obblighi informativi il danno si presume, dice la nostra giurisprudenza, ed è una presunzione legale, mentre l'intermediario non può contrastare la presunzione attraverso la «dimostrazione di una generica propensione al rischio dell'investitore, desunta anche da scelte intrinsecamente rischiose pregresse» (Cass. 17 aprile 2020, n. 7905, e molte successive conformi). Questa è la giurisprudenza della sezione, e questa giurisprudenza io applico. Ma non ha proprio senso. Adesso non mi voglio dilungare sull'impiego della nozione di presunzione legale: la Cassazione può creare presunzioni legali desunte «dal sistema»? Guardiamo alla sostanza: io investitore sono uno che compra sempre titoli rischiosi, il mio motto è chi non risica non rosica, se preferite *audentis Fortuna iuvat*; per

esempio, sono una sciura milanese che ha comprato e ricomprato obbligazioni Argentina e altra roba ben più *hard, futures*, derivati su azioni, criptovalute, e mi è andata sempre bene fino all'ultimo giro di giostra; l'ultima volta mi è andata male, l'Argentina è fallita; ma io, povera sciura milanese, non sono stata informata, ed il giudice deve presumere, per legge, che se fossi stata informata non li avrei comprati quei titoli e non avrei perso i miei soldi. Ma, dico io, se comprava sempre quelli e altri titoli rischiosi, perché il giudice deve presumere un cosa del genere? Perché deve presumere il contrario di quanto qualsiasi persona con la testa al solito posto riterrebbe? E poi, chiedo al lettore, ti sembra normale che in un sistema governato dal principio del libero convincimento del giudice, la Cassazione, a parte l'impiego della presunzione legale, possa dirgli, dire al giudice di merito: «Tu di queste circostanze non ne devi tenere conto»? Qui non abbiamo il giudice come fattore della verità, per citare il titolo del libro di Derrida, abbiamo grande e grosso il deliberato nascondimento della verità. Ma si dirà: gli intermediari finanziari sono cattivi, l'investitore è la parte debole, bisogna compensare l'asimmetria informativa, sempre volendo credere che di investimenti finanziari il povero lacchè dell'intermediario ne sappia più della sciura milanese. Bene, sul come nasce e sul perché nasce con George Akerlof, «*Market for Lemons*», l'idea dell'asimmetria informativa, che non ha nulla a che fare con la tutela del povero acquirente di una macchina scassata, ma con la tutela del funzionamento del mercato, che è tutt'altra cosa, non mi posso dilungare. Diamo per ammesso che l'investitore finanziario meriti di essere tutelato come parte debole del rapporto. Ora, il presumere che vi sia nesso eziologico tra inadempimento dell'obbligo informativo e danno dà luogo ad una operazione redistributiva, e cioè il danno subito da me investitore va addossato alla banca, che tosto lo scaricherà sulla clientela, questo è ovvio. Ma la redistribuzione è una cosa seria, non è detto che sia giusta e vantaggiosa per la società (si vedano le confliggenti opinioni di Rawls, Dworkin e Robert Nozick, «Anarchia, stato e utopia»), ma è una cosa seria; nell'ottica dell'art. 3 della Costituzione, bisogna togliere ai ricchi per dare ai poveri, bisogna ridurre la distanza che c'è tra i più poveri e i più ricchi; se io randomizzo la redistribuzione a favore della sciura milanese, che di investimenti ne ha fatti dieci e ne ha beccati nove, perché appunto non è una cretina ma una sciura milanese, sono, diciamo così, eufemisticamente, un ingenuo.

La verità nella responsabilità medica. Altro capitolo in cui si capisce che la verità è un valore a corrente alternata. Il «più probabile che non», una delle pagine più discutibili della nostra giurisprudenza degli ultimi vent'anni: se la sanità pubblica è ridotta com'è, parte (sia pure piccola) del merito è anche del «più probabile che non».

Il caso, deciso da una sentenza della S.C. del 2007, da cui si parte è questo: un subacqueo si immerge ed è costretto a riemergere senza manovre di decompressione, va in ospedale e dopo poco se ne torna a casa (non sappiamo se perché lo decide lui o se lo manda via il medico); poi si sente male e la malattia da decompressione gli provoca un'invalidità del 60%; ne segue una causa in cui vengono fatte due consulenze con le quali i consulenti in sostanza dicono che, forse, chi lo sa, il paziente, se sottoposto subito a terapia iperbarica, non avrebbe riportato postumi, o almeno non postumi così gravi, chi può dirlo. Bene, la regola è che la prova del nesso causale è a carico del danneggiato: medico e ospedale vanno condannati? La corte d'appello dice di sì, e la Cassazione, con una

sentenza-saggio di 41 pagine, conferma, e così motiva, mi raccomando non ve la perdetevi: «Il sottosistema della responsabilità civile diventa, così, un satellite sperimentale di ingegneria sociale (che si allontana definitivamente dall'orbita dello speculare sottosistema penalistico), demandata, quanto a genesi e funzioni, quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene sempre più lo studio dei criteri di traslazione del danno. In questo quadro, il sottosistema della responsabilità medica diviene, in questo quadro, il *topos* "disfunzionale" al suo stesso interno rispetto agli schemi classici della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, dell'obbligazione di mezzi e di risultato, dove un tempo "pendolare" segna diacronicamente tappe non lineari e non armoniche, per produrre nuovi, repentini e talvolta sorprendenti legami di senso e di struttura a fatti concreti – l'intervento del medico – e moduli giuridici – la sua responsabilità – un tempo tra sé alieni, che officia la mutazione genetica della figura del professionista, un tempo *genius loci* ottocentesco, oggi ambita preda risarcitoria». Devo dire che tra *topos* (un roditore?), pendoli, alieni, prede e mutazione genetica, potrebbe apparire tratto più da un film dell'orrore, da un incubo di Cronenberg («La mosca», «Videodrome» ...), che da una sentenza della cassazione civile. Ma da questa cosa qui, che risale al 2007, è scaturita la giurisprudenza oggi ferma sul «più probabile che non», in una versione all'italiana, beninteso, che negli Stati Uniti il «più probabile che non» va insieme con l'apporzonamento della responsabilità, e cioè è un sistema pragmatico in cui se io accerto che il nesso di causalità c'è con probabilità del 25% ti riconosco il 25% del risarcimento. Da noi invece è esattamente come se, avendo giocato un cavallo (cioè una *fiche* a metà tra due numeri), il giocatore di *roulette* pretendesse dal giudice, scusate volevo dire dal *croupier*, l'intera vincita. Il «più probabile che non», un suo senso, nella versione statunitense, ce l'ha (nella versione statunitense). Ma non parliamo di verità, che la verità qui è programmaticamente bandita dalla partita. E vi faccio grazia di una ulteriore riflessione su una cosa secondo me davvero importante, che però esula dal tema: avete letto tutti nei giorni scorsi della sentenza statunitense sul fatto che Facebook darebbe assuefazione, beh, questa affermazione è stata possibile proprio a mezzo del «più probabile che non», con un effetto sistemico colossale e potenzialmente disastroso, perché qui ciò che viene incrinato è il principio stesso dell'autoresponsabilità, che tiene in piedi tutta la baracca. Qualcuno di voi dirà, vabbé finisce tutto in una bolla di sapone come le *tobacco litigation*: lo so.

Ma torniamo a noi, al consulente tecnico d'ufficio: ma che senso ha farne un pilastro della verità quando deve accertare il «più probabile che non»?

B.S. Dalle considerazioni finora svolte (pur sommariamente) dovrebbe emergere l'opinione che è eccessivo immaginare di trovarsi in una dimensione nuova del giudicare. È pur vero che la legislazione sovranazionale, nei settori in cui domina, presenta – soprattutto nella sua tensione ad una tutela effettiva – una espansione dei poteri del giudice nel senso della ricerca di una verità non meramente convenzionale. Ritengo però che sia ancora affrettato parlare di un cambio di paradigma.

La prudente sospensione del discorso non significa comunque un suo abbandono: la dimensione europea riserva sorprese, e compito dell'interprete e dell'operatore è quello di tenersi pronto ad affrontare sfide sempre nuove.

R. C. *Res iudicata pro veritate habetur. Verità e certezza viaggiano su coordinate parallele. Il giudice e la sua espressione di verità sembrano, nella sua visione, in crisi, vanno potenziate o riconformate in relazione all'attuale sistema di tutela dei diritti?*

M.D.M. Il diritto è una cosa che non dovrebbe mai rinunciare, per conto mio, a servire a far funzionare meglio nel complesso la società (questo non vale solo per Weber, vale pure per Habermas: «Da un lato, il diritto stabilito garantisce l'applicazione del comportamento legalmente atteso e quindi la certezza del diritto. Dall'altro lato, le procedure razionali per la creazione e l'applicazione del diritto promettono di legittimare le aspettative che vengono così stabilizzate; le norme *meritano* obbedienza giuridica»), ivi compresa l'economia di mercato: anche per una ragione elementare, la già citata redistribuzione, che è una cosa seria e ci vogliono soldi («Là ci vogliono soldi, soldi assai», è un'altra citazione da Totò). Il diritto come macchina giova anche alla redistribuzione perché aumenta la ricchezza, aumenta le «risorse», come dicono i politici. In questo periodo in cui abbiamo a disposizione l'intelligenza artificiale, ciò che occorre ripensare è proprio l'idea weberiana del diritto come macchina, una favola, all'epoca, ma non oggi.

E il giudicato serve a questo, se dopo la sentenza passata in giudicato rimettiamo tutto in discussione, il processo che lo abbiamo fatto a fare? Qui ci imbattiamo secondo me in un paradosso, coloro i quali sostengono che il processo ha come scopo la ricerca della verità materiale sono poi nondimeno quelli favorevoli alla cedevolezza del giudicato: ma che senso ha ammazzarsi di fatica a cercare la verità a tutti i costi per poi dire che quell'accertamento può essere messo bellamente nel nulla? Viceversa, il giudicato serve proprio perché la ricostruzione dei fatti è sempre fallibile. Per questo copre «il dedotto e il deducibile». Può essere rimesso in discussione il giudicato? Sì, se ricorrono i presupposti della revocazione straordinaria.

Prima dicevo di Babele, in riferimento alla Corte di giustizia. E pensavo proprio a questo. Sapete tutti dell'opposizione consumeristica a decreto ingiuntivo, proposta in sede di opposizione esecutiva, e sapete come le Sezioni Unite hanno deciso la cosa in qualche modo disinnescandola. In realtà, il tutto si traduce in ciò, che nel fare il decreto ingiuntivo il giudice di merito deve avere la furbizia di aggiungere una formuletta in cui dice al debitore ingiunto: «Guarda, svegliati! Questo è l'ultimo treno che passa, dopodiché... nullità consumeristiche, che io non ho trovato, non le potrai più eccepire». Ma per questa strada, più di recente, qualche mese fa, la Corte di giustizia ha detto, chiamata in causa da un rinvio pregiudiziale della nostra S.C. (continuiamo così, facciamoci del male), che la nullità consumeristica è rilevabile nientepopodimeno che in sede di giudizio di rinvio a seguito di precedente cassazione. Adesso non mi interessa dire perché questa soluzione è per conto mio tecnicamente confusa. Il punto è che noi abbiamo oltre tre milioni di cause pendenti e 250.000 avvocati, se a un dato momento non mettiamo un punto fermo, qui viene giù tutto. E cioè di questo passo si arriverà a dire che la questione della nullità consumeristica può essere sollevata anche contro la sentenza passata in giudicato: e perché solo in sede di opposizione esecutiva, se me ne accorgo dopo? A quel punto ci vedremmo costretti a scatenare i controlimiti. E dunque ad arrivare ad uno scontro con l'Europa, che non è una cosa esattamente auspicabile per una ragione semplice: perché

occorre avere consapevolezza (e questa tra di noi giudici mi pare totalmente assente) che qui di magnifiche sorti e progressive non ce ne sono, l'Europa, nella congiuntura attuale, è lì lì per implodere, è ovviamente auspicabilissimo che non accada, ma il rischio c'è e grosso, e spazio per autolesionisti e costosissimi furori ideologici non ce n'è.

B. S. Non mi è ben chiaro il quesito. La cosa giudicata è l'espressione della verità processuale e giudiziaria e sta ad indicare l'impossibilità che prevalga ogni verità che sarebbe necessariamente non processuale e non giudiziaria proprio perché in conflitto con il frutto legittimo del processo. Con quali pretese di esattezza e di affidabilità si potrebbe giustificare una "verità" che pretende di prevalere su quanto scaturito dal rispetto delle regole e, in fondo, dalla conformità ad un "giusto processo"? Semmai – ma il discorso sarebbe lungo e complesso – la giurisprudenza dovrebbe tornare a considerare come la sua innata tendenza ad allargare il giudicato (frutto a sua volta di considerazioni legate ad esigenze *lato sensu* di *giusto processo*) possa indebitamente pregiudicare esigenze di accertamento della realtà che sarebbero più equamente soddisfacibili in un giudizio liberamente formulato.

R. C. *La stabilità del giudicato e la revocazione introdotta dall'art. 391 quater c.p.c. Alla ricerca della verità coerente con i diritti umani e quindi più giusta?*

M.D.M. Appunto.

B.S. Sì, anche se l'incongrua forzatura normativa che limita ai "diritti di stato della persona" l'esperibilità del rimedio ne limita forzatamente l'utilità. Limitazione normativa che emerge ancora di più se si considera la poca fortuna della sacrosanta tesi di Francesco Luiso che legge la formula come comprensiva dell'intera famiglia dei diritti non patrimoniali, "*non avendo alcun senso restringere la previsione agli status in senso tecnico*". La disputa sull'ambito di applicazione dell'art. 391-quater c.p.c. (sulla precisa portata dell'espressione "*diritto di stato della persona*") si riflette peraltro sulla linea della Corte EDU, che potrebbe esser portata a non concedere l'*equa soddisfazione* ritenendo esperibile la revocazione in ipotesi (diritti non patrimoniali) in cui tale revocazione venga poi di fatto negata.

R. C. *L'AI, la verità e le verità del processo. La Corte di cassazione in funzione della verità del diritto del caso concreto può essere soppiantata dalla verità artificiale predittivamente dispensata?*

M.D.M. La Corte di cassazione no, il giudice di merito, almeno in primo grado, sì. Premesso che l'intelligenza artificiale può essere utilissima in fase preparatoria anche per la Cassazione, perché quando su una norma importante, certo, ma che non è proprio il caposaldo del sistema, come ad esempio l'art. 300 c.p.c. (ne ho scelto una a caso) hai ad oggi 1024 massime al CED, anche al più bravo giudice di Cassazione gli può sfuggire

qualcosa, premesso questo, il campo dell'intelligenza artificiale per conto mio è un altro, si può e si deve pensare ad un utilizzo massiccio in primo grado, ma anche in una fase *pre-trial*, in cui l'AI dice alle parti, che so, guardate che qui l'attore ha l'87% di probabilità di vittoria (oppure ne ha il 14%), che vogliamo fare? E così: si butterebbe alle ortiche quel trappolone che è oggi la mediazione; si velocizzerebbe ed omogeneizzerebbe il primo grado; si riuscirebbe a risparmiare giudici da spostare in appello, allargando un po' le maglie dell'impugnazione; si allenterebbe indirettamente la pressione sulla Cassazione.

Insomma, non ho grandi dubbi che l'AI sia un *atout* enorme per far funzionare la giustizia civile, non per sé, ma perché questo è interesse comune che giova al funzionamento come dicevo dell'economia di mercato che regge la società. Naturalmente, prefiche e chiliasti abbondano (non sono mai mancati dinanzi a qualunque novità: ve ne dico una, Platone, nel Fedro, condanna l'uso diffuso della scrittura, sostenendo che avrebbe condotto all'ignoranza e non alla vera sapienza), e del resto mi pare ovvio visto che l'applicazione dell'AI al processo civile costringerebbe una moltitudine di persone a cambiare lavoro.

B. S. La verità processuale è per definizione verità del caso concreto, e su questo terreno l'intelligenza artificiale è di limitata utilità; di più: è pericolosa. Essa offre certo un ausilio potente nel reperimento di dati e nella loro organizzazione, ma non bisogna dimenticare che le sue soluzioni si fondano sempre su modelli di plausibilità linguistica a base fondamentalmente statistica. Ora, per quanto ampio e raffinato possa essere il suo modello, l'intelligenza artificiale entra intimamente in conflitto con la struttura argomentativa del ragionamento giuridico (in genere) e (ancor più) del ragionamento giudiziario. Il rischio molto concreto è che la plausibilità linguistica e la pressione della soluzione statisticamente fondata accechino la logica (e la responsabilità) della ricerca della soluzione adeguata alle circostanze sostanziali e processuali.

È comunque inevitabile che l'uso dell'intelligenza artificiale dilaghi (per tante intuibili ragioni) nel futuro prossimo. Spetta allora all'educazione giuridica e alla trasmissione del *know how* professionale affrontare il problema dei limiti intrinseci dello strumento; in tal senso urge una riflessione collettiva, concreta e pratica intesa a sostituire alla mitologia della IA la consapevolezza del suo ruolo ancillare rispetto alla scelta umana del giudizio.

R. C. *In chiusura, dal vostro punto di vista vi persuade l'idea del diritto come "verità dell'azione"?*

M.D.M. Sarò nuovamente franco, non so granché di Giuseppe Capograssi, non sono in grado di dire la mia sul suo pensiero filosofico, un accenno al suo pensiero che mi viene dall'esame di filosofia del diritto, una vita fa, è ridotta a tre o quattro righe ed è di un filosofo di estrazione cattolica, non so molto altro. Per contrasto mi torna alla mente un grande avvocato americano, difensore di cause perse in favore degli ultimi, cause che lui però non di rado vinceva, Clarence Darrow, che ebbe a dichiarare, in riferimento ad una sua causa: «*I don't believe in God, because I don't believe in Mother Goose*». Chiudo ri-

cordando che Clarence Darrow ispira la parte recitata da Orson Welles in «Frenesia del delitto», basato sul celebre caso giudiziario Leopold e Loeb, caso da cui sono stati tratti anche «Rope» («Nodo alla gola»), di Alfred Hitchcock, ed anche un film più recente, «Formula per un delitto». Darrow riuscì a fargli dare l'ergastolo in luogo della pena di morte, che abborriva.

Mi rendo conto infine di aver parlato più di cinema che di diritto, sicché forse la mia intervista sarebbe più adatta ai *Cahiers du cinéma* (magari!) che alla prestigiosa Rivista dei civilisti italiani, ma le cose stanno così, il cinema mi interessa, sulla verità sono scettico anziché no.

B.S. Non mi è chiaro cosa si voglia dire. La formula mi sembra retoricamente efficace ma è passibile di troppi significati per permettermi una risposta sufficientemente precisa.

Romano Vaccarella Rispondo alle diverse domande con una riflessione unitaria. Il brocardo *res judicata pro veritate habetur* esprime con cristallina chiarezza il tautologico concetto di “verità” quale scaturisce dal processo: è vero ciò che la sentenza passata in giudicato dichiara essere vero (perché, precisava l'art. 1350 c.c. 1865, “l'autorità del giudicato” è oggetto di “presunzione legale”).

Colui – il Giudice – che dichiara la “verità” deve fondarsi sui fatti – e relative prove – che gli sono sottoposti (sia i fatti che le prove) secondo le regole fissate dal legislatore processuale per il loro ingresso nel processo, regole nelle quali si esprime quanto intenso sia l'interesse del legislatore per un ordinato svolgimento del processo: ogni regola dettata dal legislatore processuale mira, nella sua visione, a rendere “migliore” la decisione, ma per il legislatore processuale “migliore” significa decisione che, in quanto frutto di un procedimento le cui scadenze e preclusioni siano state rispettate, sia conforme alla disciplina sostanziale. E il legislatore processuale, oggi, non solo riserva (giustamente) alle sole parti il potere di introdurre i fatti nel processo, e alle parti riserva anche quasi integralmente i mezzi di prova, ma ne cadenza i tempi stabilendo che ad una fase dedicata ai fatti segua – segnate entrambe da termini da osservare a pena di decadenza – una fase dedicata alla indicazione dei mezzi di prova che, *ratione materiae*, la legge consente di volta in volta di esperire: si riesce a immaginare uno storico che deve ignorare un documento decisivo (pro o contro la sua tesi) perché ricevuto “tardivamente”?

Ne discende che il Giudice deve, in primo luogo, valutare se, del tutto a prescindere dalla idoneità di un mezzo di prova a rappresentare il fatto che occorre dimostrare, ha il potere-dovere di prendere in considerazione la prova solo se ritualmente sottopostagli, e deve astenersi dal prendere in considerazione, anche se palesemente idonea a rappresentare il fatto, la prova irritualmente giunta al suo esame: ciò che è l'opposto del criterio – la selezione tra “vero” e “falso” – cui deve ispirarsi lo storico, criterio che il giudice è chiamato ad utilizzare solo se, e dopo aver verificato che, il rito che disciplina l'ingresso nel giudizio è stato rispettato: per il giudice il “come” deve precedere, e deve prevalere sul “vero o falso” perché quando c'è un conflitto quel che conta è, in primo e essenziale luogo, il rispetto delle regole del gioco.

Del tutto coerentemente con questo quadro non c'è spazio per un (serio) obbligo per le parti di dire la verità, ma solo per suoi blandi e obsoleti surrogati (lealtà e probità): da un tale obbligo scaturirebbe inevitabilmente quello del giudice – in assenza di prova contraria, della quale sarebbe onerata (persino della diabolica prova negativa!!!) la controparte – di ritenere vere le *pro se declarationes* di ciascuna parte, con un appesantimento notevolissimo dell'istruttoria anche della più banale delle controversie. Per non dire della costante eventualità di uno sbocco penalistico del processo civile in caso di dolosa violazione dell'obbligo di dire la verità ad opera della parte-teste.

L'esperienza di questi ultimi anni ci ha insegnato che il processo non serve a scrivere la “grande” storia, e – perché non è a questo fine costruito – nemmeno quella “piccola” e quotidiana: non vi sono riusciti neanche i processi penali, nonostante i ben più ampi poteri di quel giudice, perché si è constatato che il Giudice che voleva ricostruire la “storia” finiva, in realtà, per mettere in bocca al “popolo italiano” personali e soggettive convinzioni che, se espresse da un sociologo in un saggio, avrebbero meritato attenzione e dibattiti, ma che, espresse in una sentenza, erano rese artificiose proprio per il mezzo – la sentenza – attraverso il quale quelle soggettive e personali convinzioni vedevano la luce. Anche se il legislatore ampliasse i poteri del giudice e costui li esercitasse nella ricerca della verità, mai – a mio avviso – la scoperta della verità potrebbe essere lo scopo del processo; che è (ma solo apparentemente) più modesto, in quanto la soddisfazione dell'interesse meritevole di tutela implica che la chiovendiana volontà astratta della legge sia stata correttamente individuata dal giudice (*iura novit Curia*) e applicata nel caso concreto nel rispetto della legge processuale che assegna al giudice il compito di gestire un “giusto” processo quale terzo imparziale.

Il giudice che aspira al ruolo di storico è, a mio avviso, molto probabilmente un mediocre storico (perché la sua “vocazione” ha, normalmente, un'origine ideologicamente partigiana), certamente è un pessimo giudice, se non altro perché è un giudice (che ama essere) protagonista, laddove nel processo giusto ciascuno rispetta il proprio ruolo, e l'esercizio dei propri poteri costituisce null'altro che l'adempimento di un dovere verso l'ordinamento di cui è, ed è fiero di essere, servo: soprattutto per i giudici – ben più che per le parti – vale quanto diceva Cicerone: *servi legum sumus ut liberi esse possimus*.

Paolo Spaziani Provo a fornire in maniera unitaria risposte che muovono da una premessa comune: la premessa è che, a mio avviso, la *funzione* del processo civile non può essere individuata nella ricerca della verità; credo, anzi, che sarebbe assai pericolosa l'idea che affermasse che tale ricerca costituisce lo *scopo* del processo.

Che la ricerca della verità fosse lo scopo del processo civile era scritto nella relazione che Enrico Redenti redasse, nel 1934, a corredo del suo progetto di attuazione della legge di delega per la riforma del codice di procedura civile, sotto il ministero di Francisci. Si trattava del secondo tentativo di dare corpo al nuovo codice di procedura civile, dopo quello autorevolmente effettuato da Francesco Carnelutti nella commissione presieduta da Lodovico Mortara nel 1926 (che non era peraltro piaciuto al ministro Rocco)

e prima di quello culminato nei progetti Solmi del 1937 e del 1939, cui lo stesso Redenti aveva contribuito in maniera decisiva.

Redenti scrisse che la novità saliente del venturo processo sarebbe consistita nella previsione che il giudice e le parti si mettessero seduti «intorno ad un tavolo» al fine di «sfrondare tutto quello che non serve», «cavare il nocciolo o il gariglio da ogni questione» e far emergere, «in molti casi, anche la *verità* dal metaforico pozzo» (il corsivo è mio).

L'elevazione dello strumento processuale da mezzo per risolvere le controversie a strumento di ricerca della verità incideva peraltro sulla concezione ideologica posta a base dello stesso: i nuovi orientamenti *pubblicistici*, che avevano nutrito i rivoluzionari insegnamenti chiovendiani (peraltro, destinati ad essere quasi provocatoriamente criticati da Salvatore Satta) rischiavano infatti di trasformarsi in idee decisamente *autoritaristiche*, attraverso una deviazione del modello processuale verso il principio *inquisitorio*, accolto non solo nella sua accezione *formale*, ovverosia rinunciando alla regola dispositiva della disponibilità delle prove (scelta che avrebbe pure potuto trovare giustificazione in una semplice opzione legislativa compiuta in funzione della bontà tecnica del giudizio), bensì addirittura nella sua accezione *materiale*, ovverosia rinunciando alla regola dispositiva della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (che costituisce il fondamento della devoluzione alle parti della disponibilità dell'oggetto del processo e dei poteri di impulso processuale).

La deriva «autoritaristica» nel nome della ricerca della verità (deriva talmente marcata che, un decennio dopo, Gian Antonio Micheli e Virgilio Andrioli avrebbero ricordato il progetto preliminare Solmi come un progetto «poliziesco», mentre successivamente Franco Cipriani vi avrebbe veduto il «trionfo dell'autoritarismo processuale») fu colta nell'immediatezza da Piero Calamandrei.

Calamandrei, nel redigere il parere che l'Università di Firenze, il 28 luglio 1937 aveva fornito, su richiesta del ministro, al progetto preliminare Solmi, rilevò che la traduzione della concezione pubblicistica in un'incauta e radicale restaurazione del *principio di autorità* avrebbe potuto «aprire il varco a quella malsana tendenza, seguita da qualche legge straniera» (lo studioso fiorentino esemplificò, richiamando il processo civile della Russia sovietica) «che vorrebbe ridurre le leggi processuali a pochi principi direttivi», abbandonando così le parti, non già alla mera *discrezionalità*, bensì all'*arbitrio* del giudice; osservò che, pur nell'ambito di una visione pubblicistica (e persino autoritaria) del processo civile, la soppressione del principio dispositivo avrebbe avuto effetti sciagurati poiché esso rappresentava la proiezione sul piano processuale del principio sostanziale della disponibilità dei diritti soggettivi; concluse quindi che la sostituzione di tale principio con il «principio d'ufficialità», giustificata dall'esigenza di ricerca della verità, avrebbe significato, in sostanza, «abolire il diritto privato», «trasformare in diritto pubblico tutto quanto il diritto civile», e, in definitiva, fare come «quei regimi in cui si è voluto totalmente e consapevolmente abolire la proprietà privata ed in generale il diritto soggettivo individuale».

La verità come scopo del processo resta sostanzialmente estranea sia alla concezione pubblicistica che a quella privatistica del processo civile. Per la prima, il processo è, *oggettivamente*, attuazione della legge. Per la seconda è, *soggettivamente*, attuazione (o tutela) del diritto (più in generale, della situazione giuridica) azionato in giudizio.

Per entrambe le concezioni, il giudice è chiamato a comporre una controversia (la *lite*, nella visione carneluttiana) applicando la norma di legge che realizza la tutela del diritto azionato, ove accertato come esistente, oppure la nega, ove accertato come inesistente.

La verità non è dunque il fine del processo, ma ne è il *mezzo*: il giudice non è ministro di verità ma ministro di giustizia attraverso l'applicazione della legge, salvo i casi in cui può decidere secondo equità. La verità-mezzo serve come base per raggiungere il fine, costituito dal rendere giustizia; la norma invocata a tutela del diritto, infatti, viene applicata, o no, a seconda che si accerti la *fattispecie* per la cui *disciplina* quella norma è dettata.

L'accertamento della *fattispecie*, cui sono preordinate l'ammissione e l'assunzione dei mezzi di prova, non è funzionale al raggiungimento di un obiettivo di verità, ma alla fissazione del presupposto di fatto dell'applicazione di una regola giuridica e, quindi, di una decisione che, in tanto è secondo giustizia, in quanto si traduca nell'applicazione della regola prevista dall'ordinamento per quel fatto.

In tale prospettiva, il compito del giudice civile non ha nulla in comune con quello dello storico e, men che meno, con quello dello storiografo: la ricerca (intesa come attività di indagine) di questi ultimi si colloca nel mondo dei fatti e può avere come obiettivo la verità; la ricerca del giudice si colloca nel mondo del diritto e deve avere come obiettivo la giustizia. Invece, il giudice non deve andare alla ricerca dei fatti ma assumere come *dati* (e quindi presumere come *veri*) quelli che gli vengono consegnati dalle parti attraverso l'esercizio del diritto di allegazione e del diritto alla prova. L'accertamento di fatto è certamente uno dei compiti del giudice di merito; ma tale accertamento non è il frutto di una indagine personale del giudice alla ricerca della verità, bensì di un *giudizio* ricostruttivo (dei fatti) e valutativo (delle prove) espresso sulla base dell'attività assertiva e probatoria, che resta nella disponibilità delle parti. Il giudice deve garantire che tale attività si svolga in condizioni di parità nel reciproco contraddittorio, ma non può interferire in essa, nel nome della ricerca della verità, perché verrebbe meno al suo dovere di imparzialità. In tal senso, l'elevazione della verità a scopo del processo può impedire che sia resa giustizia: quale sentenza sarebbe infatti più ingiusta di quella resa da un giudice non imparziale?

Nel codice di procedura civile, la verità viene evocata nelle regole che disciplinano i mezzi di prova, non in quelle che regolano i poteri del giudice: la verità costituisce l'oggetto del giuramento del consulente e dell'impegno del testimone (artt.193 e 251 c.p.c.). Ma il fondamento di tali previsioni va ravvisato nell'esigenza di assicurare alle parti l'esercizio del diritto alla prova, non in quella di consentire al processo il raggiungimento di un obiettivo di verità storica che gli è estraneo, posto che altrimenti non si spiegherebbe il rigido divieto imposto al giudice di porre a fondamento della decisione la propria scienza privata, né avrebbero senso le preclusioni assertive ed istruttorie, nonché quella del giudicato, la cui *infirmas* – determinata nell'attuale ordinamento privatistico integrato anche attraverso l'aumento dei mezzi di impugnazione straordinaria come quello di cui all'art.391-*quater* c.p.c. – non deriva dall'esigenza di ricerca della verità ma, nuovamente, da quella di assicurare il contraddittorio, quale elemento costitutivo irrinunciabile dell'attività giurisdizionale e *vero* presupposto di una decisione giusta.

La tutela del diritto alla prova si riflette sulla posizione delle parti: se da un lato non può affermarsi la sussistenza di un obbligo assoluto di verità (avuto riguardo al principio per cui *nemo tenetur se detegere* e al valore di prova legale della confessione, quale dichiarazione di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte), dall'altro lato la predetta specificazione del diritto alla prova (anche) quale diritto alla verità dei mezzi di prova, tutela l'interesse di ognuna delle parti alla verità del mezzo di prova dedotto dall'altra, che è vincolata alla salvaguardia dell'utilità della controparte ben oltre i confini della buona fede processuale.

Se la *verità del fatto* è semplicemente recepita dal giudice in quanto offertagli dalle parti (e, in questo senso, la fattispecie ricostruita attraverso l'attività assertiva e probatoria delle parti non può da lui che essere presunta come vera), il giudice deve però offrire alle parti la *verità del diritto*, individuando la regola che disciplina quella fattispecie e permette di accordare (o negare) la tutela al diritto fondatamente (o infondatamente) azionato.

Nel passaggio dal fatto al diritto i ruoli si invertono: il soggetto attivo dell'indagine diviene il giudice e le parti ricevono la verità giuridica frutto dell'*invenzione* condotta secondo la regola interpretativa. Peraltro, come la ricezione della fattispecie offerta dalle parti avviene sulla base di un giudizio (di fatto) di valutazione della loro attività assertiva e valutativa, allo stesso modo la ricezione della disciplina offerta dal giudice avviene sulla base di una valutazione della *sua* attività inventiva del diritto, espressa dalle parti mediante l'impugnazione (o la non impugnazione) della sentenza.

Il giudice si limita, dunque, a presumere la *verità del fatto*, da cui muovere per cercare la *verità del diritto*; ma la ricerca del giudice sul diritto è non meno avventurosa e insidiosa di quella svolta dalle parti sul fatto; l'*invenzione* della verità del diritto esige infatti che il giudice non si limiti ad individuare la norma di diritto positivo che disciplina la fattispecie, ricostruita sulla base dell'attività assertiva e probatoria delle parti, ma che ne discopra – e ne offra a sua volta alle parti – il *vero* significato.

Questo significato non si identifica con quello risultante dalla disposizione scritta ma con quello che essa assume effettivamente nella *coscienza sociale* in un determinato momento storico.

L'*invenzione* del diritto rappresenta dunque, prima che un fatto giuridico, un fatto umano, non fungibile dall'intelligenza algoritmica, perché trascende la sfera del dogmatismo, per entrare – come solea dire, con parole care, il mio indimenticabile Maestro, Cesare Massimo Bianca – in quella del sentimento.

L'accettazione sociale della norma è, invero, il *fatto* da cui scaturisce il *diritto*: la norma, infatti, è giuridica se viene *accettata* ed *applicata* come tale dal corpo sociale, il quale può respingerla (facendola cadere in desuetudine), accettarla nella sua totalità oppure recepirla in un'accezione differente da quella corrispondente alla disposizione scritta: un'accezione che può anche mutare nel corso del tempo, assumendo significati nuovi e diversi.

Questo significato (il significato di effettività della norma, che è fondamento stesso della giuridicità e quindi presupposto della sua *verità*, quale norma *vivente* nell'ordinamento) è disvelato dall'operazione interpretativa: essa operazione, quando si traduce in

un risultato esegetico consolidato, non può essere qualificata né alla stregua di un atto arbitrariamente creativo o modificativo del contenuto autentico e invariabile della norma scritta, né alla stregua di atto “neutro”, meramente disvelatore di tale contenuto, rimasto sinora miracolosamente celato.

La *verità* attuale del diritto è offerta dunque dagli orientamenti giurisprudenziali consolidati, e particolarmente dalle massime della giurisprudenza di legittimità, in quanto la concreta applicazione giudiziale della norma costituisce indice della sua accettazione sociale e in quanto la massima giurisprudenziale riflette il significato dalla stessa assunto nella coscienza sociale.

In tal senso – e solo in tal senso – può parlarsi di una *verità della sentenza*, mentre non può parlarsi di una *verità dell'azione*.

Nel sistema processuale civile l'azione costituisce un diritto soggettivo autonomo e distinto dal diritto sostanziale fatto valere. Essa, collocata nel «sistema dei diritti», secondo la storica espressione consegnataci da Giuseppe Chiovenda il 3 febbraio 1903, non rappresenta soltanto il mezzo per l'affermazione della volontà dello Stato mediante l'attuazione del diritto obiettivo, in conformità alla concezione pubblicistica della giurisdizione, quale funzione pubblica, espressione della sovranità statale; l'*azione* rappresenta piuttosto – e principalmente – il mezzo per l'apprensione di un bene giuridico idoneo al soddisfacimento di un bisogno *privato*, in conformità alla classica concezione *jeringhiana* del diritto soggettivo quale potere dato dall'ordinamento ad un soggetto per la tutela di un *interesse*.

La *vocatio in ius* serve, dunque, non solo (e non tanto), *oggettivamente*, a suscitare l'“attuazione della legge”, quanto, piuttosto, soggettivamente, a suscitare l'applicazione “in proprio favore”.

Nell' “attuazione della legge” si realizza la funzione pubblicistica dell'azione quale mezzo attraverso il quale, sia pure su impulso del privato, si afferma tuttavia la volontà dello Stato per il tramite degli organi giurisdizionali.

Nell'attuazione della legge “in proprio favore” se ne realizza la funzione privatistica, quale diritto soggettivo strumentale al soddisfacimento dell'interesse all'apprensione di quel *bene della vita* che è la *tutela giurisdizionale*.

La tutela giurisdizionale quale bene della vita (arg. ex art.810 c.c.) integra il punto di riferimento oggettivo dell'interesse tutelato attraverso il diritto soggettivo di azione e rappresenta lo scopo del processo. Si tratta di un autonomo bene della vita, distinto da quello che costituisce il punto di riferimento oggettivo del diritto sostanziale.

Nella teoria del rapporto processuale, essa costituisce la *prestazione* che ne forma oggetto (arg. ex art.1174 c.c.), la quale è distinta da quella che forma oggetto del rapporto sostanziale, sia *soggettivamente* (in quanto resa non dal soggetto passivo di questo rapporto ma dall'organo dello Stato istituzionalmente preposto a realizzarne la tutela), sia oggettivamente, in quanto dotata *ex se* di intrinseca utilità giuridica, indipendentemente dall'accoglimento della domanda e dal conseguimento, spontaneo o coattivo, della *diversa* prestazione dovuta dal soggetto passivo del rapporto sostanziale.

Il riconoscimento alla tutela giurisdizionale della natura di autonomo bene della vita, oggetto del diritto di azione e scopo del processo civile, trova riscontro nella classi-

ficazione chiovendiana delle «varie specie» in cui essa si articola («di condanna, d'accertamento, di costituzione»), nonché nella corrispondenza tra queste e le diverse specie di diritti soggettivi, e, infine (e principalmente), nel riconosciuto carattere generale della tutela di *accertamento mero*, dal cui rilievo sistematico – ci ricorda Andrea Proto Pisani – si desume l'autonomia del diritto d'azione rispetto al diritto soggettivo sostanziale.

La qualificazione della tutela giurisdizionale quale autonomo bene giuridico, punto di riferimento oggettivo dell'interesse tutelato dal diritto di azione e fine ultimo della giurisdizione, emerge, inoltre, dall'affermazione dei suoi *attributi o connotati ontologici*, indispensabili in funzione del raggiungimento dell'obiettivo (l'attuazione della legge in proprio favore) per il quale quel diritto è conferito.

La finalità del processo può essere raggiunta, infatti, solo se la prestazione che forma oggetto del rapporto giuridico processuale venga resa in modo *giusto* (arg. ex art. 111 Cost.), ovverosia salvaguardando l'*autonomia*, l'*indipendenza* e la posizione di *terzietà* e di *equidistanza* del giudice; garantendo alle parti la piena esplicazione del diritto di difesa e di quello al *contraddittorio*; e assicurandone la posizione di *parità* nell'esercizio dei diritti di allegazione e di prova e nel conseguente svolgimento dell'attività assertiva e istruttoria.

La *giustizia* del processo civile – e con essa la salvaguardia degli attributi essenziali della tutela giurisdizionale quale bene giuridico – possono essere garantite solo nell'ambito di un *processo dispositivo ad impulso di parte* (arg. ex artt. 99, 112, 115, 306 ss. c.p.c.). I rari inquinamenti inquisitori di tale processo trovano fondamento nella peculiare natura della situazione giuridica tutelata nei singoli procedimenti per cui sono specificamente previsti, quali processi deputati alla tutela di interessi generali di rilievo pubblicistico, aventi natura superiore e indisponibile, come ci ricorda Ferruccio Tommaseo, comunque «tali da non essere soggettivabili», per dirla con Luigi Montesano.

Essi possono consistere in circoscritti temperamenti all'applicazione del principio della disponibilità delle prove (c.d. principio dispositivo in senso formale) o di quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (c.d. principio dispositivo in senso materiale), mai in una disapplicazione del principio della domanda in funzione dell'attribuzione al giudice di un potere *officioso* finalizzato alla ricerca della verità materiale.

In questi procedimenti, che la dottrina, sulla scia di un'intuizione di Enrico Allorio, ha definito *processi a contenuto oggettivo*, l'interesse superindividuale tutelato si atteggia diversamente e può assumere il contenuto più vario: da quello ad una più incisiva tutela delle prerogative processuali della parte vulnerabile (come nel processo del lavoro o in quelli relativi al diritto di immigrazione) a quello alla eliminazione dal commercio giuridico delle prove documentali false (come nel processo per querela di falso); da quello alla conservazione e chiarificazione dei rapporti giuridico-economici (come nei procedimenti per la dichiarazione di assenza e morte presunta) a quello alla salvaguardia di soggetti incapaci o minori di età (come nei giudizi di interdizione e di inabilitazione e in quello di adottabilità).

Espressione degli inquinamenti inquisitori resi necessari dalla natura della situazione giuridica tutelata, quale situazione «non soggettivabile» sono, oltre all'evocato art.421 c.p.c. (che nel processo del lavoro realizza una deviazione dal principio dispo-

sitivo in senso formale), gli artt. 221, 49 e 58 c.p.c., nonché l'art.9 legge adoz., che – rispettivamente nei giudizi di falso, assenza e morte presunta, adozione – realizzano una deviazione dal principio dispositivo in senso materiale, nella misura in cui il giudizio, pur iniziando per effetto dell'impulso di parte o del pubblico ministero, può esitare in un provvedimento il cui contenuto non è determinato dalle allegazioni delle parti ma esclusivamente dalla sussistenza delle condizioni legislativamente previste. Esemplare in tal senso è, poi, in tema di interdizione e inabilitazione, l'art. 418 c.c., che svincola, in diversa misura, il provvedimento interdittivo o inabilitativo, nonché quello di applicazione dell'amministrazione di sostegno, dalla domanda formulata con l'atto introduttivo o successivamente precisata.

Tuttavia, neppure in questi procedimenti si assiste ad una rinuncia alla tecnica processuale basata sull'*iniziativa di parte*, quantunque temperata dall'*allargamento della categoria dei legittimati a proporre la domanda* o dal conferimento del *diritto di azione al pubblico ministero*. Se non erro, le ipotesi di *processo officioso puro* storicamente conosciute dal nostro ordinamento sono state tre (quella prevista dall'art. 6 legge fallimentare in ordine all'iniziativa per la dichiarazione di fallimento; quella prevista dall'art.8 della legge sull'adozione dei minori in ordine alla dichiarazione di adottabilità; e quella prevista dall'art. 29 della legge n. 1766 del 1927 in tema di promozione dei giudizi dinanzi ai commissari per gli usi civili); e di queste tre, le prime due (l'art. 6 legge fallimentare, nella sua formulazione originaria, è stato sostituito dall'art. 4 del d.lgs. n.5 del 2006; l'art. 8 legge sull'adozione legittimante, nel suo testo iniziale, è stato sostituito dall'art. 8 della legge n.149 del 2001) sono state successivamente eliminate.

La struttura dispositiva del processo civile impedisce alla ricerca del *vero* – intesa come indagine funzionale ad un superiore interesse al disvelamento della *verità storica e materiale* – di affermarsi come scopo del processo, persino nell'ambito dei giudizi deputati alla tutela di interessi superiori e indisponibili, di rilievo pubblicistico.

L'individuazione nella predetta indagine del *fine* della giurisdizione proietterebbe infatti il giudizio verso l'assunzione del «principio di ufficialità», per dirla con Calamandrei. La naturale implicazione dell'assunzione di tale principio sarebbe la dissoluzione degli attributi ontologici della tutela giurisdizionale quale bene giuridico distinto dal diritto sostanziale per il quale è invocata, nonché oggetto dell'interesse tutelato attraverso il diritto di azione. Ne discenderebbe il venir meno della posizione di equidistanza da parte del giudice, che si farebbe attore degli interessi in gioco e interferirebbe nell'attività di impulso e di prova delle parti, fatalmente finendo per avvantaggiarne una in danno dell'altra, violando il dovere di imparzialità. Ne uscirebbero lesi i principi che fondano l'equità del giudizio. E sarebbe irrimediabilmente smarrita la via della giustizia.

R.C. La questione della verità nel processo civile occupa una posizione centrale nella riflessione sul giudicare. Come ricordava Giuseppe Capograssi, il processo “suppone la verità, crede nella verità e la ricerca”, fino al punto che, senza questa fiducia originaria nel valore del vero, la giurisdizione stessa rischia di perdere significato. La verità non è, in questa prospettiva, un dato immediato né un assoluto metafisico, ma ciò verso cui il processo tende come pratica ordinata e responsabile di decisione.

Su questo sfondo, che attraversa la riflessione classica e contemporanea sul giudizio e sull'accertamento dei fatti, si colloca anche il confronto sviluppatosi nel 2010 tra Michele Taruffo e Bruno Cavallone sulle pagine della *Rivista di diritto processuale*. Quel dialogo ha reso particolarmente visibile una tensione assai risalente nella cultura processualistica. Da un lato una prospettiva particolarmente attenta ai limiti strutturali del processo, al ruolo delle regole, alla funzione del giudicato e al carattere storicamente situato della verità giudiziaria; dall'altra l'idea dell'accertamento veritiero dei fatti come condizione necessaria della giustizia della decisione.

Le trasformazioni intervenute negli ultimi anni – con l'emersione delle fonti sovranazionali – diritto UE, CEDU – l'ampliamento dei poteri del giudice in ambiti sensibili, il ripensamento del giudicato in relazione alla violazione dei diritti fondamentali successivamente accertata e le nuove sfide poste dalle tecnologie e dall'intelligenza artificiale – rendono utile interrogarsi sul significato odierno della ricerca della verità nel processo e sul suo rapporto con le garanzie e la certezza.

Le domande rivolti agli insiemi processualcivili ed ai magistrati di Cassazione hanno inteso verificare se e in quale misura la verità continui a rappresentare una categoria essenziale per comprendere il giudizio civile nell'attuale contesto storico.

Nel tentare una sintesi delle risposte emerge con chiarezza una pluralità di approcci. Il tratto comune che attraversa le risposte sul tema della verità nel processo civile risiede nella sua riconduzione ad un'idea di verità eminentemente processuale, originata dalla verifica che nasce e si esaurisce all'interno delle regole del giudizio, espressa in modo lapidario dal brocardo *res iudicata pro veritate habetur*. Il giudice non è dunque chiamato a farsi storico, ma a decidere sulla base della domanda, dei fatti e delle prove ritualmente introdotti, nel rispetto delle scadenze, delle preclusioni e dei ruoli fissati dal legislatore. È dunque il rispetto delle regole del gioco a costituire la condizione e la misura stessa della giustizia della decisione. Coerentemente, non vi sarebbe spazio per un obbligo generalizzato di verità delle parti, ma solo per (pseudo?) doveri di lealtà e correttezza. La verità, così intesa, non è negata né è lo scopo del processo, bensì il suo esito, inscindibilmente collegato a un'idea di giustizia fondata sul primato delle regole e sulla terzietà del giudice.

In questa prospettiva il contraddittorio non è riducibile a un mero requisito formale, ma si configura come un vero e proprio scambio, un passaggio argomentativo da una parte all'altra fondato sul rispetto reciproco. È in tale dinamica che il processo può contribuire alla ricerca della verità, arricchirsi sul piano conoscitivo, al di là delle contrapposte narrazioni.

I temi proposti – il rapporto tra verità processuale e storica, tra verità, ruolo e poteri del giudice e tra verità, giustizia e doveri di lealtà delle parti – sono stati declinati in modo assai denso dagli autori secondo sensibilità e riferimenti teorici diversi. Affiora però in modo sostanzialmente corale un senso di equilibrio e di appagamento per l'attuale assetto delle regole processuali, talora ricondotto alla sapienza del diritto vivente, talaltra – e soprattutto – al radicamento di principi fondamentali che governano il processo e, dunque, sostengono l'idea stessa di giustizia.

Accanto a questa linea centrale si intravede qualche apertura – in filigrana – verso una prospettiva che, attenta al tema dei poteri officiosi del giudice e/o alle influenze “europee”, considera l’esigenza che il processo conservi una tensione verso la ricerca della verità.

Sul punto, non sembra secondario evidenziare che proprio alcune materie sensibili, nelle quali campeggiano valori fondamentali della persona – collegati, ad esempio, alla famiglia ed al superiore interesse dei minori – lo stesso ruolo del giudice e delle parti (e, con queste ultime, dei difensori) rispetto alla ricerca della verità assume tratti peculiari. Si pensi, a titolo esemplificativo, all’articolo 473-*bis*.18 c.p.c., dedicato al “dovere di leale collaborazione”, alla cui stregua “Il comportamento della parte che in ordine alle proprie condizioni economiche rende informazioni o effettua produzioni documentali inesatte o incomplete è valutabile ai sensi del secondo comma dell’articolo 116, nonché ai sensi del primo comma dell’articolo 92 e dell’articolo 96”.

In questa stessa direzione sembrano, del resto, orientare i richiami all’effettività della tutela giurisdizionale e al sentimento, quali elementi capaci di ancorare le regole processuali alla sostanza dei fatti e alle vicende umane che il processo è chiamato a ricostruire *a posteriori*. Quanto e se tali suggestioni potranno influenzare, in misura più o meno marcata, “settori altri” governati dal diritto UE e/o dai principi fondamentali della persona come scolpiti dalle Carte dei diritti spetterà a ciascun lettore considerare e valutare.

Il lancio dell’ultima domanda, volutamente sommaria e provocatoria, non chiude dunque il discorso, ma ne costituisce il punto di avvio ideale per un ulteriore approfondimento, destinato a interrogare il tema della verità in una prospettiva filosofica ed epistemologica.



Il diritto e l'umano

Irene Stolzi

Prof. ord. dell'Università di Firenze



Inizio con una *excusatio non petita*, o, più prosaicamente, mettendo le mani avanti: non mi sono mai occupata di diritto e letteratura; sono una lettrice molto ordinaria di Balzac; ho scarsa dimestichezza con molti degli istituti di diritto commerciale di cui Giuseppe Guizzi parla. Mi limiterò, dunque, a fare qualche spigolatura a margine di questo volume colto e raffinatissimo, tentando di dire qualcosa su due aspetti sui quali si sofferma l'Autore. Il primo: il rapporto tra diritto e letteratura e il contributo che questo modo di guardare al diritto può dare non solo alla formazione del giovane giurista ma anche al bagaglio metodologico e culturale del giurista maturo; il secondo: l'idea – a più riprese ribadita nel libro – che Balzac possa essere considerato un acuto indagatore della propria epoca e, contemporaneamente, un autore capace di importanti intuizioni del futuro e sul futuro (in un paio di passaggi si usa l'espressione «realismo visionario»¹).

Andiamo per ordine. Con riferimento al rapporto tra diritto e letteratura, mi pare che dalla riflessione di Guizzi emerga con chiarezza come *non* debba essere interpretato questo legame: esso, in particolare, non va assunto, estrinsecamente, alla stregua di un censimento, di un dato meramente descrittivo (come e quanto uno scrittore dà spazio nei propri lavori letterari alla dimensione giuridica, nelle molte e diverse espressioni che essa può assumere: le norme, le grida, il processo, le istituzioni ecc.). Ma non va neppure assunto – dice Guizzi – come una «divagazione colta» (p. 9), come una scorribanda *extra moenia* volta a dare un po' di brio alle pagine, talvolta noiose, dei giuristi. Muovendo da qui, può dirsi che il rapporto tra diritto e letteratura diviene un rilevante osservatorio per recuperare il diritto ai differenti contesti storico-geografici: perché permette di vedere (anche) nel diritto, nelle sue molteplici manifestazioni, una dimensione attraverso la quale le singole esperienze hanno costruito (e restituito) la propria identità; perché, in questo modo, il diritto riesce a salvarsi dall'eccentricità, dal rischio, cioè, di essere visto come una dimensione appartata, esoterica, lontana dalla realtà e dai concretissimi

¹ Si useranno queste virgolette («») per riportare le parole di Giuseppe Guizzi o di altri autori citati, mentre si utilizzeranno queste (") per citare passaggi tratti dalle opere di Balzac.

assetti politici, sociali ed economici da cui è plasmato e che, al tempo stesso, ambisce a plasmare e governare.

Un modo, in sostanza, per non dimenticare come «lo studio e la conoscenza del diritto non poss[an]o andare disgiunti dal contatto con la realtà vivente» (p. 78), con quella realtà che la letteratura, in quanto viaggio attraverso l'umanità (e la disumanità), descrive e indaga. Una delle vie, dunque, per ricordare che «*ubi societas ibi ius*» (p. 9) e per allontanare il rischio di vedere nel diritto un distillato di formule logicamente concatenate, prive di ogni radicazione spazio-temporale e sulle quali il giurista è tenuto a compiere i propri esercizi ermeneutici. Che è poi una delle vie per tener fermo un assunto elementare, seppure spesso sovrastato dalla tentazione di vedere nella norma una dimensione autosufficiente, ovvero che il diritto, anche (soprattutto?) quando dichiara di esserlo, non è mai una dimensione neutrale, asettica, ma è sempre l'espressione di una certa visione del mondo, figlia di un determinato tempo e di un determinato luogo. Se dunque non esistono le regole, ma le scelte regolative, se, cioè, ogni regola esprime la scelta, appunto, di regolare un determinato fenomeno in un determinato modo, il giurista è chiamato a leggere e decrittare questo sostrato valoriale.

Da un simile osservatorio, il diritto che Balzac ha di fronte – quello uscito dalla gloriosa stagione codificatoria di epoca napoleonica – si legittima proprio presentandosi quale voce e invero di una razionalità oggettiva, suscettibile, come tale, di abitare ogni tempo e ogni luogo. A questa (auto)rappresentazione Balzac oppone lo sguardo acuto dell'osservatore inesausto, intenzionato a cogliere il mondo in tutte le sue pieghe. Egli ha infatti «dato inizio [...] alla stagione del realismo contemporaneo» (p. 80) consegnandoci, consapevolmente, un affresco esteso dell'umanità, «una storia del cuore umano, tessuta filo per filo», una storia che non intende «dimenticare né una situazione della vita, né un carattere di uomo e di donna, né una maniera di vivere, né una professione, né una zona sociale, né un paese della Francia, né qualunque cosa dell'infanzia, della vecchiaia, dell'età matura, della politica, della giustizia, della guerra» (p. 80).

Questo atteggiamento consente a Balzac – spero di aver correttamente interpretato le pagine di Guizzi – di avvicinare la dimensione giuridica come dimensione che nasce e si sviluppa proprio per ordinare e regolare le relazioni umane. E di avvicinarla scandagliando le molte facce della realtà che il tessuto normativo solo in parte può (o vuole) recepire e che Balzac sembra invece capace di restituire nelle sue plurime e caleidoscopiche combinazioni. Anzitutto posando sui codici uno sguardo demitizzante, denudante, capace di «esprimere il naufragio delle illusioni della società nata all'indomani della rivoluzione francese a confronto con l'ascesa delle forze della Restaurazione e del montante capitalismo, specie di quello finanziario, sicché nella sua rappresentazione non poteva certo mancare la considerazione di quei rivolgimenti che anche in campo economico condussero, nei primi trent'anni del secolo, alla progressiva crisi di un ceto e di una classe, quale quella dei commercianti e degli artigiani» (p. 81).

Balzac, nel certificare la fine di un mondo, rileva come alcune delle norme dei codici siano, per così dire, nate vecchie (la pensava allo stesso modo anche un altro osservatore di eccezionale levatura, Pellegrino Rossi) e sicuramente distanti dal nuovo volto del capitalismo. *Le illusioni perdute*, che esce nel 1843, è il «romanzo chiave – dice Guizzi –

nella rappresentazione delle nuove linee di tendenza dell'economia del XIX secolo e non solo di quella francese» (pp. 32-3). Balzac, cioè, coglie con lucidità come il mercato non sia più un luogo di comportamenti duri ma leali, ma il luogo nel quale il più scaltro, o forse anche più scorretto, può essere premiato, «un mercato senza altra legge se non quella» dei «lupi cervieri» (p. 35).

Di particolare interesse, nel volume, le pagine destinate alla questione del fallimento che, a partire dal nome – messo, non a caso, in discussione nella recente normativa – si presenta come una situazione afflittiva e stigmatizzante per chi la vive. Guizzi segue le riflessioni di Balzac utilizzando questo tema – di nuovo, spero di non sbagliare – come una sorta di cartina di tornasole per misurare i cambiamenti di un mondo ma anche la ridotta capacità di captazione della realtà che talora caratterizza le norme. Balzac, infatti, da un lato evidenzia la «diffusa connotazione negativa che nella coscienza collettiva è associata all'insolvenza e al fallimento», e, dall'altro «non manca di avvertirci della sua ingiustizia, e in definitiva di come essa sia frutto della incapacità, anche del legislatore, di indagare sulle (e di discernere tra le) cause di un dissesto» (p. 89).

Al tempo stesso, Guizzi evidenzia un'«intuizione anticipatrice» (p. 117) di Balzac, che si mostra consapevole dell'importanza che può avere «una soluzione negoziale con i [...] creditori» (p. 100). Soluzione, questa, che non si spiega solamente col desiderio del debitore di salvarsi dall'onta di un processo, ma anche col fatto che il creditore, spesso, non appare la parte davvero più forte.

Come dire: le norme restano le medesime, ma se cambia la mentalità sottostante, se il dissesto non viene più visto come una prospettiva a cui cercare in ogni modo di sottrarsi, anche il creditore vede di molto attenuata la propria forza. Sotto un simile profilo, la riflessione di Balzac si presenta come «profetica e passatista» insieme. (A. Mazzacane, p. 116). Passatista è l'attenzione «che viene riservata ai più impenitenti tra i debitori» al pari del plauso nei riguardi di qualunque iniziativa dei creditori volta a ottenere il pagamento. E questo «rappresenta un'opposizione per certi versi anacronistica alle regole del capitalismo oramai trionfante e alla morale borghese. Ma è anche profetica, appunto perché quell'elogio dell'indebitamento e poi del suo sistematico inadempimento che per l'ideologia imperante nel momento storico in cui Balzac scrive può effettivamente apparire quale espressione di una logica distorcente e deviante, se non oscena, finisce per anticipare quel che, qui e ora, pare costituire, invece, in un certo senso la normalità» (pp. 116-117).

È a partire da queste considerazioni che Guizzi introduce alcuni riferimenti alla situazione attuale² nella quale il favore per l'esdebitazione, lungi dal riflettere un afflato

² «Non diversamente da quanto avviene nella società contemporanea, anche in quella di Balzac il creditore non ha dunque molte leve per ottenere il pagamento integrale di quanto gli spetta e il debitore può persino permettersi di decidere se pagare o no a suo capriccio senza nemmeno dover più ricorrere ai sotterfugi e alle menzogne a cui è costretto ancora a ricorrere Mercadet. Dal momento che non ci si può più appellare ai principi dell'ethos borghese e alla colpevolizzazione morale dell'inadempiente [...] in un contesto in cui chi adempie per intero il suo debito non è altro

solidaristico o perequativo (p. 112), risponde a più pragmatiche esigenze di perpetuazione di un determinato sistema economico che, per non soccombere, ha bisogno di non fermare la giostra dei consumi (ormai ci si indebita – nota Guizzi – attraverso la rateizzazione del pagamento utilizzata anche per far fronte ad acquisti di modico valore). A essere messo in discussione è dunque uno dei principi-cardine dei sistemi di *civil law*, quello del «carattere universale della responsabilità patrimoniale del debitore» secondo cui uno risponde dei debiti con tutti i suoi beni presenti e futuri. Questo «cambio di paradigma» appare funzionale, appunto, «alle esigenze di autoconservazione del sistema» (p. 112), visto che il principio della responsabilità universale, disincentivando il consumo, potrebbe frenare anche le nuove iniziative imprenditoriali, determinando una complessiva stagnazione dell'economia (p. 111).

Questo richiamo al presente consente di agganciare il secondo aspetto cui si accennava in apertura, ovvero l'inclinazione visionaria della letteratura di Balzac, capace, come tale, di intuire e prefigurare scenari futuri. In generale, mi chiedo se l'espressione «realismo visionario», utilizzata per la letteratura di Balzac, non sia particolarmente calzante anche per descrivere il ruolo del diritto nelle sue molteplici manifestazioni. A partire dal legislatore che, muovendo dall'osservazione della realtà, è chiamato a confezionare regole destinate a valere dal momento della loro venuta a esistenza in avanti. Il diritto, cioè, è una dimensione che ha bisogno tanto della realtà quanto del futuro per riuscire a svolgere adeguatamente il proprio compito ordinativo. Non a caso, «la scomparsa del futuro» – autorevolmente definita una sindrome «inquietante» del presente, in parte dovuta al vorticoso dinamismo della realtà odierna (A. Prosperi) – rappresenta una questione non secondaria anche per il diritto e i suoi operatori. Da un lato, perché il diritto che insegue il tempo anziché progettarlo, tende a dilatare il suo volto sanzionatorio dal momento che le nuove regole tendono soprattutto a sanzionare gli effetti negativi di fenomeni che si sono già prodotti nella realtà. Oppure perché tende ad assumere un carattere puntiforme, di intervento mirato – sovente di natura giurisprudenziale – su specifiche situazioni.

Dall'altro lato, e in maniera solo apparentemente contraddittoria, questo diritto in affanno finisce per rendere ancora più necessaria la ricerca di ancoraggi contenutistici

che un *brave homme, mais bête*, l'unico vero mezzo che si offre ai creditori per non soccombere [...] è semplicemente ora come allora sapere escogitare dei trucchi proprio come Cérizet nel breve racconto balzachiano, più efficaci rispetto agli stessi strumenti legali di cui possono avvalersi i debitori per non pagare» (pp. 121-122). «Sotto questo profilo – prosegue Guizzi – non mi sembra, dunque, del tutto condivisibile l'osservazione di chi ha sottolineato che nella società messa in scena nella *Comédie Humaine* la durezza delle norme, voluta da Napoleone, avvantaggia i creditori, offrendo loro il mezzo per costringere a pagare quanto meno i «piccoli debitori» consentendo anzi «infinite possibilità di scherzi ai loro danni (Peraud). Se l'applicazione della legge costituisce fonte di ingiustizie non è perché il suo apparato repressivo sia realmente al servizio delle ragioni del credito, ma perché il mondo di Balzac è retto dal principio dell'*homo homini lupus* e nella guerra di tutti contro tutti che in essa si svolge destinati a soccombere sono semplicemente i più deboli, indipendentemente dal fatto che essi ricoprano il ruolo di creditori o debitori» (p. 119).

e metodologici. Il ruolo della letteratura – se ho ben interpretato le parole di Guizzi – si colloca qui, riportandoci da dove siamo partiti: alla natura umana. Se la letteratura di qualità ci offre infatti un viaggio non superficiale attraverso l'umano, essa non aiuta tanto a evidenziare elementi di invarianza e di permanenza al di sotto dei complessi moti trasformativi della storia. Essa non serve dunque a offrire una sorta di 'nuova dogmatica' atta a soccorrere il giurista rimasto orfano delle certezze del formalismo concettuale e positivista. Né autorizza spericolate suture tra tempi e luoghi molto distanti, col rischio di trasformare la storia, la sua inesauribile complessità, in uno schematico gioco di anticipazioni e repliche. Per dir meglio: la letteratura non ci consegna delle *certezze* universali, semmai delle *domande* universali sulla natura degli uomini e sulle differenti forme della loro organizzazione politica, sociale, economica. Detto diversamente, la letteratura può costituire un ottimo strumento per pungolare i giuristi, per ricordare loro l'importanza e la delicatezza del materiale che maneggiano, dal momento che i differenti sistemi di regole – *de iure condito o condendo* – cui dedicano la loro attenzione hanno a che fare con una domanda specifica, quella di giustizia, che ogni epoca ha portato con sé e ha diversamente declinato. Che è poi il modo per ricordare l'importanza delle domande – le risposte spesso non arrivano subito e di solito sono complesse – come elemento beneficamente asintotico della ricerca scientifica anche in campo giuridico. Un modo, insomma, per rendere pure il giurista – il riferimento va a una celebre espressione usata da Marc Bloch per descrivere il mestiere dello storico – una specie di orco, attento all'odore di umano che deve (dovrebbe) emanare da ogni fibra dell'ordinamento.



Il 'tutto' di Balzac e lo sguardo del giurista*

Valerio Pescatore

Prof. ord. dell'Università di Roma "La Sapienza"



1. Il titolo del libro di Giuseppe Guizzi accosta Balzac e diritto commerciale¹.

Non essendo l'autore di queste brevi note esperto né dell'uno né dell'altro, ma semplice lettore di romanzi e mero frequentatore della materia commercialistica, il discorso si limita a muovere dalle connessioni, talvolta stravaganti, che la letteratura è in grado di istituire. In effetti, la lettura di *'Leggendo Balzac'*, e anche la rilettura del più voluminoso *'Il «caso Balzac»'* di qualche anno fa², hanno evocato due libri.

Il primo è *'Prateria'*, di William Least Heat-Moon del 1991, tradotto in Italia nel 1994³. *'Prateria'* è interamente dedicato alla Chase County, una piccola contea del Kansas. Un autore pop e immaginifico come Alessandro Baricco ha scritto che «*Prateria* racconta questa particella d'America: 3013 abitanti, un solo giornale, una biblioteca, 66 pompieri volontari, 6 pompe di benzina, uno sceriffo, un barbiere e un semaforo (lampeggiante) [...]. Già sembra insensato viverci: pensa scriverci un libro»⁴. E tuttavia Baricco ne ha tratto un insegnamento di fondo: «Che a saperlo guardare, qualsiasi schifoso pezzo di terra è un poema epico, e un testo sacro, e un canzoniere d'amore e un atlante di idee».

Il secondo libro è *'La partita'*, di Pietro Trillini, giornalista e sceneggiatore televisivo⁵. La partita è la memorabile Italia-Brasile dei mondiali di calcio del 5 luglio 1982, e il racconto, a partire da un piccolo stadio di Barcellona oggi ormai abbattuto, ricostruisce le storie di persone direttamente o indirettamente coinvolte in quell'incontro epico: giocatori, arbitro, allenatori, dirigenti sportivi, imprenditori, perfino politici. Un romanzo-saggio, che vuole rappresentare e, di più, *costruire* un mondo. Andando oltre lo sport,

* Lo scritto riproduce l'intervento svolto in occasione dell'incontro «*Letteratura, realtà sociale, esperienza giuridica. A proposito del libro di Giuseppe Guizzi, Leggendo Balzac. Cinque lezioni di diritto commerciale*», tenutosi il 16 gennaio 2026 a Roma, presso l'Istituto Luigi Sturzo.

¹ GUIZZI, *Leggendo Balzac. Cinque lezioni di diritto commerciale*, Pisa, 2025.

² GUIZZI, *Il «caso Balzac». Storie di diritto e letteratura*, Bologna, 2020.

³ LEAST HEAT-MOON, *Prateria*, Milano, 1994.

⁴ BARICCO, *Barnum. Cronache dal grande show*, Milano, 1997, 113-115.

⁵ TRILLINI, *La partita. Il romanzo di Italia-Brasile*, Milano, 2021.

oltre quella partita, per raccontare la storia, la società, non solo italiana, di quel periodo, perfino l'antropologia di quel periodo.

Di qui, immediate, le domande: cosa hanno in comune *'Prateria'* e *'La partita'*? E, soprattutto, cosa hanno a che fare con uno scrittore e drammaturgo francese dell'800 e con il diritto commerciale?

La risposta al primo interrogativo è suggerita da una sensazione di lettore. Quella per cui i due libri si concentrano su un *'tutto'*: ne segnano i confini, lo delimitano, lo osservano da più prospettive; lo analizzano, lo studiano, ne traggono indicazioni, corollari, talvolta lasciando al lettore la fatica e il gusto di trovarli. In *'Prateria'* il tutto è una piccola area geografica. Ne *'La partita'* un incontro di calcio, che diviene occasione che catalizza, per così dire, elementi della cultura, non soltanto popolare, occidentale.

Nella «Nota introduttiva» (p. 9) del nuovo libriccino, Giuseppe Guizzi richiama alcune parole di Baudelaire che mi sembrano davvero centrare una delle caratteristiche, forse la caratteristica dell'autore Balzac: la sua «ambizione smodata di vedere tutto, far vedere tutto, divinare tutto».

Il *'tutto'* su cui si concentra la Commedia umana di Balzac è la società francese tra fine '700 e inizio '800, un'epoca caratterizzata, dopo le due rivoluzioni (industriale e francese), dall'«avvento dell'economia capitalistica» e dalla «ascesa della borghesia» (p. 11).

All'ingenuità del lettore è sembrato di cogliere un identico, o almeno analogo *'meccanismo autoriale'*. Si individua un oggetto di osservazione, un *'tutto'*, più o meno ampio; lo si delimita; lo si studia, ci si *entra dentro*, si entra nei suoi personaggi, negli eventi, nelle storie, e da ciò, da questo quadro d'insieme, si trae la conoscenza di una miriade di sfaccettature, di aspetti, dinamiche sociali, culturali, antropologiche.

A parere di chi scrive, un simile *'tutto'* – se si vuole un *'tutto'* di secondo grado – caratterizza anche lo sforzo di Guizzi nel leggere l'opera di Balzac. Già rispetto a *'Il «caso Balzac»'* colpiva la profonda padronanza con cui l'A. maneggia una produzione letteraria straordinariamente ampia; il modo in cui egli sa attraversare i romanzi e le novelle unendone i tratti, congiungendo o contrapponendo, a seconda dei casi, vicende, qualità personali, caratteri, protagonisti, comprimari, episodi.

Usando un'espressione che in questo periodo rischia di suonare, per tutt'altre ragioni, nefasta, si può dire che *la Comédie humaine* costituisca, per Giuseppe Guizzi, «il cortile di casa»: in cui egli sa *dove* e *cosa* cercare, in cui si trova e ri-trova in modo sorprendente e ammirevole.

2. Nel trinomio che costituisce il titolo dell'incontro, prima ancora dell'esperienza giuridica viene in rilievo il rapporto tra letteratura e realtà sociale. E questa scelta è senz'altro appropriata per un autore come Balzac. Ma allora il giurista, non avendo titoli per (né intenzione di) fare critica letteraria, si volge alle pagine più autorevoli. Ed in questa prospettiva, com'è noto, il giudizio di Benedetto Croce su Balzac non è del tutto positivo⁶.

⁶ CROCE, *Poesia e non poesia. Note sulla letteratura europea del secolo decimonono*⁶, in *Scritti di*

Egli scrive, nella prima delle pagine dedicate allo scrittore francese, che «il “romanzo sociale”» è «cosa diversa dalle altre forme d'arte», anzi «non è punto forma d'arte, ma semplice schema didascalico»⁷.

È accaduto infatti che «tra il sette e l'ottocento, le lotte e i rivolgimenti politici ... s'impadronirono della prosa dei romanzi e la volsero all'idea del “romanzo storico” e “sociale”». E Croce individua proprio nella prefazione alla *Commedia umana* indicazioni e testimonianze esemplari di questo metodo, di questo volgere del romanzo alla storia e alla realtà sociale: giungendo a scrivere che, per Balzac, «sono esistite ed esistono in ogni tempo» “specie sociali”, come esistono le specie zoologiche o animali: diremmo, da giuristi, ‘tipi’ umani; e che l'opera letteraria, per Balzac, non deve «arresta[rsi] alla semplice osservazione», ma «innalzarsi alla ragione o legge dei fatti sociali, e da questa andar più su ai principi del giudizio e agli ideali del Bene, del Vero e del Bello»⁸.

Per Croce, quello di Balzac «è un proposito non direttamente artistico, ma storico e sociologico e filosofico», appunto perché egli mirava a formare lo ‘schema didascalico’ cui s'è fatto cenno. «Ma poiché in questo schema scienza e immaginazione venivano accostate», «la fusione delle due» – sono parole di Croce – «tornava impossibile»⁹: e allora, che prevalesse l'una, la scienza, ovvero l'altra, l'immaginazione, gli esiti artistici e poetici erano comunque poco felici.

Qui il giudizio estetico si fa obiettivamente più severo. E significativa è anche la ricostruzione del metodo usato dagli autori che, prima, con e dopo Balzac, inventarono il romanzo storico e sociale.

Croce rileva, infatti, come Balzac «prend[a] qua e là alcuni pezzi della realtà per far-sene oggetto di fascinazione, ed entrare per mezzo di essi in un sogno dello sfrenato e dell'immenso»; ma che «non v'ha pittura di carattere o di ambiente che egli non iperbolicizzi a tal segno che ne riesce tutta meravigliosa o fantastica»¹⁰.

E giunge a una conclusione che, per un verso, è essa stessa iperbolicamente affascinante, e per l'altro, e soprattutto per noi, qui, oggi, è molto interessante: «potrebbe dirsi», annota, «non senza verità, che [Balzac] trasporti» i *Tre Moschettieri* «al mondo della politica, delle speculazioni, delle invenzioni, della banca, e crei dei *d'Artagnan affaristi*, degli *Athos industriali*, degli *Aramis Ministri* e dei *Porthos*, che con la violenza e col delitto giungono alla ricchezza»¹¹.

Non mancano, certo, apprezzamenti per i «profondi aforismi psicologici che s'incontrano» nei romanzi di Balzac, per ciò che chiama «l'ardore d'immaginazione» di Balzac e per il fatto che egli «si muove di solito con energica genialità, come artista di vena»¹². E

storia letteratura e politica, XVIII, Bari, 1955, 240-251.

⁷ CROCE, *op. cit.*, 241.

⁸ CROCE, *op. cit.*, 242.

⁹ CROCE, *op. cit.*, 243.

¹⁰ CROCE, *op. cit.*, 246.

¹¹ CROCE, *op. loc. ult. cit.*, con enfasi aggiunta.

¹² CROCE, *op. cit.*, rispettivamente 244, 247, 248.

tuttavia, in un giudizio che rimane in definitiva tiepido, per quel che qui interessa Croce riconosce che Balzac ha «la visione della potenza dell'alta finanza nella società moderna»¹³.

Di qui al diritto, e in particolare al diritto commerciale, il passo è breve.

3. Le suggestioni offerte, nella prospettiva più schiettamente giuridica, dalle *Cinque lezioni* di Giuseppe Guizzi sono molte; e ogni lettore, come sempre del resto, può rimanerne colpito in ragione dei propri specifici interessi.

La sensibilità del civilista è toccata dalle «spigolature in tema di tutela brevettuale»¹⁴, in cui l'A. nota come alcuni degli snodi principali della vicenda narrata da Balzac in *Illusioni perdute* coincidono col perfezionamento di contratti: la vendita, con cui il padre di David Séchard lo costringe, all'inizio della storia, ad acquistare l'azienda tipografica di famiglia; il contratto di società, un accordo-capestro, con cui David cede a Boniface Cointet detto "il lungo", tra l'altro, il diritto di intestare a suo nome il rivoluzionario brevetto di invenzione in grado, con qualche miglioramento, di realizzare carta di alta qualità a basso costo; e la transazione, a dir poco svantaggiosa, per effetto della quale David, aggredito giudizialmente dai soci, ottiene sì una somma di denaro tutt'altro che consistente, ma è in sostanza costretto a rinunciare in via definitiva agli utili rivenienti dallo sfruttamento della sua invenzione.

Il lettore, che sia pure spettatore curioso, apprezza i pur rapidi cenni¹⁵ riservati all'influenza di Balzac sul cinema anche recente, e a quanto alcuni aforismi balzachiani siano avvicinati alle battute di un personaggio come Gordon Gekko, il discutibile finanziere protagonista di *Wall Street* di Oliver Stone.

L'appassionato d'arte è colpito dall'intrigante riflessione sul dibattito sviluppatosi in quei decenni nella società francese, e sui riflessi nella legislazione di quel Paese, del possibile accostamento tra attività artistica e attività inventiva, nonché della ipotizzata equiparazione della relativa disciplina di protezione. La ragione dell'accostamento è da ricercare nella prospettata identità di caratteristiche tra artisti e inventori: entrambi considerati 'uomini di pensiero e di genio', legittimati a trarre profitto dal loro lavoro intellettuale. Si tratta di una visione che – come acutamente rilevato¹⁶ – avrebbe poi costituito il fondamento della concezione unitaria della proprietà intellettuale.

Infine, il teorico generale trova stimolante il confronto con la «concezione balzachiana del diritto»¹⁷: quella idea, che non può certo dirsi ottimista, secondo la quale «le leggi sono tele di ragno, che sono attraversate dalle mosche grandi e dove rimangono im-

¹³ CROCE, *op. cit.*, 245.

¹⁴ GUIZZI, «Les souffrances de l'inventeur»: *spigolature in tema di tutela brevettuale*, in Id., *Leggendo Balzac. Cinque lezioni di diritto commerciale*, cit., 37-58.

¹⁵ GUIZZI, «À qui la faute? À la loi!»: *le società per azioni e il mercato finanziario*, in Id., *Leggendo Balzac. Cinque lezioni di diritto commerciale*, cit., 60, nota 5. Preziosi, sul dialogo tra diritto e cinema, i saggi raccolti in GAMBINO, *In sala con il diritto*, Milano, 2023.

¹⁶ GUIZZI, «Les souffrances de l'inventeur»: *spigolature in tema di tutela brevettuale*, cit., 46, nota 25.

¹⁷ Formula che ritorna più volte in *Leggendo Balzac*: cfr. GUIZZI, «À qui la faute? À la loi!»: *le società per azioni e il mercato finanziario*, cit., 62, 76.

pagliate solo quelle piccole»¹⁸. Una riflessione amara, che tuttavia iscrive la Commedia di Balzac nella storia culturale di una riflessione, che da secoli segna il tragitto dell'umanità, e che da Antigone in poi è rimasta costantemente attuale¹⁹: la riflessione sul rapporto, che talvolta diviene contrapposizione, tra legge e diritto, «tra legge e coscienza personale»²⁰, tra etica e diritto, tra diritto e giustizia.

4. Se la Commedia umana costituisce, negli studi di Giuseppe Guizzi, il 'tutto' nel quale addentrarsi, perché il gioco vale il rischio di perdersi, si può dire che il diritto è lo strumento che consente una simile esplorazione.

Ci sono almeno tre passi, nelle *Cinque lezioni*, in cui viene spiegato il senso più profondo degli studi di Diritto e Letteratura, e in definitiva del rapporto tra Arte e Diritto: la menzionata Nota introduttiva; il primo paragrafo delle *'Spigolature in tema di tutela brevettuale'*; e la premessa a *'Insolvenza e fallimento in Honoré de Balzac'*²¹.

Su ciò, avendo chi scrive avuto occasione di riflettere sulle numerose, possibili interferenze tra arte e diritto²², ci si può permettere di condividere le osservazioni e l'impostazione di Guizzi.

In chiave epistemologica, circa il rapporto tra diritto e letteratura o, se si vuole, tra diritto e arte *tout court*, Guizzi teorizza – e mostra in concreto sull'opera di Balzac – che lo studio della letteratura o dell'arte da parte del giurista può svolgersi secondo due prospettive conoscitive: quale «strumento per comprendere» una certa esperienza *storica*, una data realtà, e quindi anche una specifica esperienza giuridica passata; oppure quale «strumento per comprendere» la realtà *contemporanea*, e nella scienza giuridica le ragioni delle scelte del legislatore *attuale*.

Nella prima prospettiva, per così dire retrospettiva e storica, se l'opera oggetto di studio è davvero letteraria o artistica, se davvero, cioè, è 'un'opera d'arte', allora essa è capace di rappresentare ciò che nelle vicende e nella vita degli uomini è *universale*, paradigmatico o, per dirla di nuovo con categorie giuridiche, tipologico.

Ma allora si giunge qui – a ben vedere – al *rovesciamento* dell'impostazione crociana su cui ci si è soffermati in precedenza.

¹⁸ Per la analitica indagine sull'origine della metafora che accosta leggi e ragnatele, arrivando a giustapporre diritto e legalità, GUIZZI, «À qui la faute? À la loi!»: *le società per azioni e il mercato finanziario*, cit., 61, note 8 e 9, e 75.

¹⁹ Cfr. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, 35-59.

²⁰ BENEDETTI, *La cultura del civilista al "risveglio dal sonno dogmatico"*, ora in *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, 5 ss.

²¹ GUIZZI, *Insolvenza e fallimento in Honoré de Balzac*, in *Leggendo Balzac*, cit., 77-106.

²² Perdonerò il lettore il rinvio, in una letteratura anche giuridica assai ampia, a PESCATORE, *Ragioni di una rivista (per il primo numero di 'Arte e diritto')*, in *Arte e diritto*, n. 1/2022, 20-25 (ove anche, alle pp. 9-20, le considerazioni sullo stesso argomento di AFFERNI, CASTELLI, CORTESE, MASSARO, MONTANARI e ONZA).

Perché, per Croce, lo ‘schema didascalico’ – che, come detto, è alla base dell’opera di Balzac – finisce con l’impoverire la vena poetica dell’autore, e con essa la sua creazione intellettuale. In quella che, per converso, pare essere l’impostazione di Giuseppe Guizzi, proprio l’universalità di quanto l’arte è in grado di cogliere e rappresentare ne costituisce la vera essenza. E ciò anche usando quella bussola, quello strumento per orientarsi nel mondo dell’arte, che può essere considerato il diritto.

Del resto – ed in ciò un ulteriore ribaltamento, nel gioco di specchi dinanzi ai quali ci troviamo – è stata altresì sottolineata la «funzione didattica che il diritto assume nell’opera di Balzac»: cioè la capacità dei suoi romanzi di «comunicare ai lettori, che poi vuol dire agli uomini, l’importanza e l’influenza, talora purtroppo anche negativa, che il diritto ha sulle loro esistenze»²³.

È alla luce di questo singolare intreccio di una pluralità di prospettive che si comprende, l’adesione, o almeno il consapevole richiamo alle opzioni ermeneutiche che valorizzano le «esperienze extrametodiche della verità»²⁴: l’idea dell’esperienza estetica come esperienza di verità, teorizzata da Hans Georg Gadamer (il cui pensiero è stato così intensamente studiato, tra i civilisti, da Giuseppe Benedetti²⁵).

Credo che all’A. di queste *Cinque lezioni* la prospettiva storica sia gradita, e che la trovi intellettualmente stimolante. Ma anche che, da colto e raffinato giurista positivo quale è, lo intrighi forse ancor di più la seconda prospettiva: che dal passato dell’opera artistica guarda all’attualità; con la capacità di proiettare sull’oggi le anticipazioni e le intuizioni premonitrici che la sagacia di Balzac ha disseminato nelle pagine della Commedia umana.

Quando ciò accade, e cioè quando Giuseppe Guizzi istituisce una di queste connessioni storico-sistematiche con l’attualità, si avverte una sorta di soddisfazione, un piacere intellettuale, che giunge e coinvolge anche il lettore.

È così che il «diverso itinerario interpretativo»²⁶, che gli studi di Diritto e Letteratura consentono al giurista di tracciare e seguire, si rivela al contempo affascinante e utile.

Sicché davvero non si può non essere d’accordo con un’altra considerazione tratta dalle *Cinque lezioni*, che può essere qui posta a mo’ di conclusione. Quella secondo la quale, «non diversamente dallo studio storico, dall’analisi comparatistica o da quella fondata sui principi della *law and economics*, l’indagine dei problemi del diritto condotta attra-

²³ GUIZZI, «À qui la faute? À la loi!»: *le società per azioni e il mercato finanziario*, cit., 71.

²⁴ GUIZZI, *Insolvenza e fallimento in Honoré de Balzac*, cit., 79, citando le parole di VATTIMO, *L’ontologia ermeneutica nella filosofia contemporanea*, introduzione alla traduzione italiana di GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, (1972) 1996.

²⁵ BENEDETTI, *Sull’incertezza del diritto. Dal dogma della certezza a un’ermeneutica critica*, in *Oltre l’incertezza*, cit., 150-160; ID., *Oggettività esistenziale dell’interpretazione*, cit., 244-249; ID., *Ermeneutica e dogmatica in Luigi Mengoni*, in *Eur. Dir. priv.*, 2012, 103 ss., ora in *Oggettività esistenziale dell’interpretazione*, cit., 137-148, specie 142-144, in un capitolo della raccolta di saggi significativamente intitolato *Epistemologia e ontologia ermeneutica. È questione di tre “e”*, ove il riferimento ad una delle “e” è proprio a *Verità e metodo* di GADAMER.

²⁶ GUIZZI, «Les souffrances de l’inventeur»: *spigolature in tema di tutela brevettuale*, in ID., *Leggendo Balzac. Cinque lezioni di diritto commerciale*, cit., 37.

verso il filtro della rappresentazione letteraria» (o in generale artistica) può senz'altro, e anzi deve essere considerata un ulteriore, autonomo e diverso strumento conoscitivo. Un patrimonio metodologico che, in un'epoca come questa, in cui si professa addirittura il postumanesimo, è sicuramente prezioso, se non indispensabile.



La grammatica narrativa nel discorso giuridico

Francesco Gambino

Prof. ord. dell'Università di Macerata



1. Il giurista, che si immerga nella lettura del libro di Giuseppe Guizzi, *Leggendo Balzac. Cinque lezioni di diritto commerciale*¹, non potrà non interrogarsi sul senso di una ricerca che, a più livelli d'indagine, tiene insieme diritto e letteratura. Le ragioni di fondo riposano nella dimensione narrativa, già – come è noto – al centro tra gli anni Sessanta e Settanta di un duplice imponente movimento di studi. Il primo indirizzo risale agli studi di *Law and the Humanities*, dove i raffronti tra la legge, la giustizia e i romanzi della narrativa moderna, avviati dal giurista e critico letterario statunitense James Boyd White, si raccoglievano intorno alla formazione umanistica degli operatori giuridici e, per altro verso, interrogavano problemi di teoria generale del diritto. L'altra linea di ricerca si è sviluppata con gli studi di semiotica, i quali, elevando la nozione di «testo» a modello descrittivo di qualsiasi porzione di realtà (fiaba, mito, romanzo, legge, politica, religione, ecc.) e, affidandosi al metodo della narratologia, si sono inoltrati, con la sociosemiotica, nel mondo del diritto e della società².

Si pensi soltanto – per restare nelle atmosfere delle cinque lezioni di diritto commerciale – al gruppo di lavoro composto, tra gli altri, da Algirdas J. Greimas, Eric Landowski, Paolo Fabbri, impegnato, negli anni Settanta, nello studio semiotico della legge francese n. 66-537 del 24 luglio 1966 sulle società commerciali e sui gruppi di società, su richiesta del *Centre de recherche sur le droit des affaires* della Camera del commercio e dell'industria di Parigi³.

¹ Si propongono temi svolti nell'introduzione al seminario *Letteratura, realtà sociale, esperienza giuridica*, tenutosi il 16 gennaio 2026 a Roma, presso l'Istituto Luigi Sturzo e dedicato al libro di Giuseppe Guizzi, *Leggendo Balzac. Cinque lezioni di diritto commerciale* (Pisa, 2025).

² Nel 1966 veniva pubblicato il celebre fascicolo monografico della rivista francese «Communications», con saggi, tra gli altri, di Roland Barthes, Umberto Eco, Christian Metz, Tzvetan Todorov, Algirdas J. Greimas, che segnava l'inizio della nuova corrente di studi. Seguiranno, in questa atmosfera, le ricerche, aperte anche al linguaggio politico e normativo, di Paolo Fabbri, Jean-Marie Floch, Eric Landowski.

³ GREIMAS, *Analisi semiotica di un discorso giuridico. La legge commerciale sulle società e sui*

Questi studi, fondati sull'analisi semiotica del discorso giuridico, consentiranno – anni dopo – di far valere nella comunità scientifica le rilevanti similarità tra modelli della grammatica narrativa e strutture della grammatica giuridica. «Dal punto di vista giuridico» – scrive Eric Landowski – la narrazione trae la propria intelligibilità «dal suo duplice rapporto da un lato con la 'Legge', espressione di un destinante mandante che formula determinate regole (che legifera), e dall'altro con la 'sentenza', attuale o possibile, espressione del destinante giudicante, che sanziona l'applicazione delle stesse regole (che 'giudica')»⁴. La legge è da un lato destinante mandante, che – quale garante di un sistema di valori – imprime alla narrazione una direzione; e, per un altro, criterio di giudizio per il giudice che, nel decidere, soggiace ad un'istanza superiore (le regole poste dal legislatore). «Questo aspetto del diritto» – aggiunge Landowski – «non comporta niente che possa sorprendere un semiologo: la distribuzione dei ruoli che abbiamo appena individuato è la copia esatta degli schemi più elementari della grammatica narrativa (a meno che, all'opposto, non sia il modello narrativo della semiotica ad essersi implicitamente ispirato alla teorizzazione giuridica)»⁵. È una pagina di fondamentale importanza per cogliere il legame, in senso originario, tra diritto e letteratura. Tra le righe dei testi giuridici sono rinvenibili, come sotto-testo o meta-testo, le forme della struttura narrativa canonica. Così, ad esempio, come scrive Algirdas J. Greimas, l'organismo di controllo delle società commerciali, chiamato alle prassi di verifica previste dal legislatore, «corrisponde, pur in un settore piuttosto distante, all'attante *donatore* descritto da Vladimir Propp nella *Morfologia della fiaba*: il suo compito è quello di verificare la competenza del soggetto e la sua sottomissione alle regole del buon comportamento»⁶. Gli esempi potrebbero moltiplicarsi. E tutti si farebbero carico di dimostrare come il legislatore assuma nel discorso giuridico, «che egli stesso, in quanto soggetto dell'enunciazione, produce»⁷, ruoli, figure, schemi attanziali della grammatica narrativa⁸.

gruppi di società, in *Semiotica e scienze sociali* (1976), a cura di CORNO, postfazione di P. Fabri e P. Perron, Torino, 1991, 84. Il gruppo di ricerca era costituito da G. Bucher, Cl. Chabrol e P. Fabbri, ricercatori, e E. Landowski, analista.

⁴ LANDOWSKI, *Verità e veridizione nel diritto*, in *Acta Semiotica*, IV, 7, 2024, 169.

⁵ *Ibidem*.

⁶ GREIMAS, *Analisi semiotica di un discorso giuridico*, cit., 106.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Diritto e letteratura, uniti nelle forme tipiche della grammatica, tornano a separarsi nella semantica, in quanto la lingua del diritto, presupponendo un dizionario autonomo, si traduce nella manifestazione in forma lessicale (parole, espressioni, ecc.) di un universo semantico particolare, l'universo giuridico. Mentre la semiotica letteraria – che si mostra come una grammatica pura – è «indifferente ai contenuti che tratta», la semiotica giuridica esige, accanto alla grammatica, una semantica: «le regole grammaticali del diritto non si applicano a un contenuto qualsiasi, ma operano unicamente all'interno di un universo giuridico che è presente, in maniera più o meno esplicita, come forma di livello referenziale e che è assunto dal discorso legislativo» (GREIMAS, *Analisi semiotica di un discorso giuridico*, cit., 81).

2. Non c'è dunque da meravigliarsi se oggi il giurista si ritrovi nelle mani un libro che unisce il nome di Balzac a cinque lezioni di diritto commerciale; che ci mostra come un dialogo tra diritto e letteratura possa utilmente maturare sul piano delle strutture profonde e soggiacenti al percorso generativo del senso. Piano, questo, generale e astratto, sul quale il *presente* – senza urtare la sensibilità degli storici – può interrogare il *passato*, schiudendo la possibilità di una lettura della *Comédie humaine* «sempre al presente»⁹. Tale modo di procedere ci invita a ragionare, nel contesto dei fenomeni giuridici, economici, sociali, su tanti destinanti e anti-destinanti che in vario modo esprimono scopi della legge, difetti di disciplina, lacune normative, progressive conquiste di civiltà giuridica (e. g., la responsabilità patrimoniale del debitore per il caso di inadempimento in luogo della misura dell'arresto, ancora prevista, all'epoca, nella legge francese e in quella italiana). È la strada percorsa nel libro che, tracciata dalla «capacità visionaria» di Balzac¹⁰, offre al lettore un potente strumento di accesso ai nessi e alle implicazioni tra modelli della grammatica narrativa generale e schemi del discorso giuridico. Questo lettore, orientato dagli studi di semiotica del diritto, scoprirà che il discorso giuridico altro non è che un sotto-insieme di testi appartenente ad un insieme più ampio, «di cui fanno parte tutti i testi manifestati in una lingua naturale»¹¹ (qui, testi in francese o tradotti in italiano). Come nei testi giuridici sono individuabili forme di organizzazione delle significazioni discorsive che, nel loro manifestarsi, rinviano alla semiotica narrativa¹²; così nelle narrazioni letterarie – come nell'opera di Balzac – vengono in rilievo i modelli propri della grammatica giuridica (e. g., i percorsi attanziali, il quadrato semiotico delle ingiunzioni, la manipolazione come schema narrativo canonico¹³, ecc.).

⁹ MORESCO, PIETRI, *Il fronteggiatore. Balzac e l'insurrezione del romanzo*, Milano, 2017, 29.

¹⁰ GUIZZI, *Nota introduttiva a Leggendo Balzac*, cit., 9.

¹¹ GREIMAS, *Analisi semiotica di un discorso giuridico*, cit., 76.

¹² GREIMAS, *Analisi semiotica di un discorso giuridico*, cit., 88.

¹³ Con efficaci e acuti rilievi, svolti sulle pagine di questa Rivista, Vincenzo Cuffaro interroga la natura della manipolazione nella poetica narrativa di Luis Buñuel domandando se, nel film *L'angelo sterminatore* (1962), «la vicenda claustrofobica delle persone che non riescono ad abbandonare l'appartamento nel rispetto di una regola coattiva inespressa» possa «esprimere in termini suggestivi la forza che il diritto esercita sui comportamenti umani» (CUFFARO, *Cinema e diritto*, in *Accademia*, 2024, 367). Potrebbe discorrersi, sul piano della semiotica narrativa, di un cambio di scena della manipolazione, che qui non muove da un destinante-manipolatore, che pone e impone ad altri valori e schemi d'azione, ma si genera per una interiore necessità occulta: gli ospiti vorrebbero uscire dalla casa, ma sono agiti da una forza oscura e irresistibile. Il raffronto, così ben intuito da Cuffaro, tra il diritto e le sequenze narrative del film, ci conduce forse verso quella energia anonima, involontaria, inconsapevole che distingue l'attività da cui scaturisce la lingua parlata, del tutto assimilabile a quell'attività, più o meno consapevole, e non ancora stabilizzata, che anticipa e precede il formarsi della consuetudine (S. ROMANO, *Consuetudine*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist., Milano, 1947, 45). È, questa, un'attività che, pur giuridicamente irrilevante, vincola misteriosamente nei fatti. E allora qui il diritto non è più una casa (in cui poter entrare e dalla quale poter liberamente uscire), bensì una gabbia che, come la lingua parlata, in un certo senso dispone di noi.

3. Nel libro ritroviamo, a livello astratto e profondo¹⁴, il *disonore* (contrario di *onore*)¹⁵, correlato alla dichiarazione di fallimento (in *Eugénie Grandet*, un «rituale di degradazione»¹⁶); oggi al centro, in una prospettiva rovesciata, del *Codice della crisi di impresa*. Al riguardo, una delle linee guida – come scrive Giuseppe Guizzi – è quella dell'abbandono «sul piano definitorio» della parola «fallimento» al fine «di evitare quell'aurea di negatività e di discredito che a quella parola storicamente si accompagna»¹⁷. È inoltre rintracciabile – tra i diversi problemi giuridici sottostanti alle trame narrative della *Comédie humaine* – il fenomeno della *slealtà* nella concorrenza (termine opposto a *lealtà*) che, privo allora di una disciplina, solleva il più ampio interrogativo sui «silenzii della legge»¹⁸; sempre contesi, anche per il giurista contemporaneo, tra il senso della lacuna normativa e il senso della irrilevanza giuridica¹⁹. Si può infine intercettare, quale Destinante del discorso, la relazione *credito-debito* nell'economia capitalistica narrata da Balzac²⁰ che, in un capovolgimento di ruoli, finisce per risolversi in una egemonia dei debitori²¹; come quella che è venuta oggi delineandosi nelle normative di fonte europea in materia di esdebitazione. Relativizzata la regola borghese del «*tu dois*»²², da un lato, si mortificano i poteri del creditore nella procedura di realizzazione coattiva del credito; dall'altro, tali poteri sono ulteriormente penalizzati dalla possibilità di censurare come «irresponsabile» la concessione stessa del credito²³.

¹⁴ In semiotica, si distingue tra strutture di superficie, rilevanti nel campo dell'osservabile e strutture profonde, considerate soggiacenti all'enunciato. Mentre le prime si riferiscono alla «grammatica narrativa in senso stretto (superficiale)» e sono di «natura antropomorfa»; le altre rinviano alla «grammatica fondamentale (profonda)» e sono di «natura logico-semantica» [GREIMAS, *Semiotica, Dizionario ragionato della teoria del linguaggio* (1979), trad. it., a cura di P. FABBRI, Firenze, 1986, 351].

¹⁵ Si allude, con tale opposizione, all'immagine del quadrato semiotico di Greimas, dove è rappresentato – con i rapporti di contrarietà, contraddizione, complementarità tra termini-valori – il percorso generativo del senso. Viene in rilievo, in altre parole, la «struttura elementare della significazione» (GREIMAS, *Semiotica, Dizionario ragionato della teoria del linguaggio*, cit., 348).

¹⁶ GUIZZI, *Leggendo Balzac*, cit., 117.

¹⁷ GUIZZI, *Leggendo Balzac*, cit., 87.

¹⁸ GUIZZI, *Leggendo Balzac*, cit., 17-22.

¹⁹ Rispetto a cosa, del resto, può dirsi incompleto un dato ordinamento? Da questa domanda muove la consapevole riflessione – che sarebbe utile, per tanti ambiti e settori, agli sviluppi del diritto della contemporaneità – sulla lacuna, non tecnica, bensì «ideologica». Si tratta di quei casi in cui – nonostante l'interprete avverta e faccia valere una lacuna – non c'è, a ben vedere, un vuoto di norma – ipotesi di lacuna «reale» riscontrabile nell'ordinamento quale esso è – bensì una soluzione normativa insoddisfacente. In altri termini, non manca una precisa disposizione di legge, ma «quella norma che si desidererebbe che ci fosse» (BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 257).

²⁰ GUIZZI, *Leggendo Balzac*, cit., 108-109.

²¹ GUIZZI, *Leggendo Balzac*, cit., 115 ss.

²² GUIZZI, *Leggendo Balzac*, cit., 113-115.

²³ GUIZZI, *Leggendo Balzac*, cit., 114, nt. 24.

In conclusione, il libro di Giuseppe Guizzi, con le cinque lezioni di diritto commerciale suscitate dalla lettura dell'opera di Balzac, esprime una grande e meditata lezione sul metodo in un ambito di studi – quello che unisce, sotto una stessa lingua, il diritto e la letteratura – che è ancora in cerca di uno statuto epistemologico.



Con Giuseppe Guizzi alla scoperta di Balzac giurista e, forse ancor più, sociologo (ma un po' arrabbiato) del diritto



Mauro Grondona

Prof. ord. dell'Università di Genova

1. Questo volume di Giuseppe Guizzi è scritto per giuristi. La notazione può sembrare inutile, ma forse non lo è perché l'autore, conoscitore minuzioso e raffinato di tutta l'opera balzacchiana (basta richiamare *Il «caso Balzac». Storie di diritto e letteratura*, uscito presso il Mulino nel 2020 e valorizzato da Francesco Fiorentino, nel suo *Balzac*, uscito presso Laterza nel 2025) e della critica letteraria che su Balzac si è esercitata (nelle note al testo, Guizzi dialoga alla pari con quest'ultima), in questo caso si è prefisso (con pieno successo) di far emergere l'importanza che Balzac ha per il giurista d'oggi.

Per il giurista e per il diritto: diritto privato, diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto dei mercati finanziari, diritto societario, diritto della crisi e dell'insolvenza sono tutti campi che l'opera di Balzac non si limita a lambire ma in cui essa entra in modo così profondo da diventare uno strumento conoscitivo in termini tanto spiccatamente giuridici, quanto spiccatamente sociologici e antropologici.

2. Direi che sono tre i punti centrali del libro, e comunque questi sono i tre punti che io ho visto e che desidero subito richiamare in apertura, perché l'intero discorso che mi appresto a svolgere vorrebbe costantemente intersecarli, pur soltanto sfiorandoli, tutti e tre: Balzac sociologo e antropologo, ovvero filosofo sociale a pieno titolo, in quanto osservatore analitico della realtà; Balzac giurista anticipatore di problemi e di soluzioni; Balzac maestro di metodologia giuridica, in questo senso: se guardiamo al genere letterario al quale ricondurre il libro di Guizzi, non c'è dubbio che esso sia quello del 'diritto e letteratura'.

Ma, come del resto precisa subito lo stesso autore, la lettura di Balzac, da parte di un giurista, e soprattutto lo sguardo di Balzac sul diritto (del resto, come ben noto, egli ebbe una formazione giuridica, non portata poi compiutamente a termine) non sono esercizi di *otium*, ma, al contrario, rappresentano uno strumento conoscitivo specificamente giuridico.

In sintesi: grazie a Balzac noi diventiamo sociologi del diritto, e dunque giuristi migliori, nel senso di maggiormente sensibili alla dimensione fenomenologica, empirica del diritto, da cui trarre poi quegli elementi che ci dovrebbero portare, in quanto giuristi, a formulare giudizi in termini assiologici, a valutare ciò che è bene e ciò che è male all'interno di una certa disciplina legislativa o di una determinata fattispecie, così evitando di trincerarci dietro la neutralità del giurista (tendenzialmente fittizia), e prendendo invece posizione sul rapporto tra legge, legalità e giustizia.

3. A questo punto, è forse opportuna una cautela: l'operazione culturale compiuta da Giuseppe Guizzi non ha nulla dell'antistorica attualizzazione. Non si tratta di leggere il passato con gli occhi di oggi; si tratta invece di vedere cosa Balzac può dirci, oggi, per il nostro lavoro di giuristi.

Pensiamo ad esempio alla vicenda relativa agli atti di commercio (cfr. p. 17 ss.), criticati perché lasciavano inevitabilmente sullo sfondo il fenomeno dell'impresa, e in particolare la crescente organizzazione d'impresa (cfr. p. 19). Ma oggi? Non è forse vero che in molti casi (basta pensare a 'Airbnb' o a 'Booking' o a 'Ebay') è tornato in primo piano proprio l'atto di commercio, e rimane in ombra, o è del tutto assente, l'organizzazione di impresa? Grazie a queste e altre piattaforme tutti noi, volendolo, possiamo compiere atti di commercio senza essere tecnicamente imprenditori.

In questo senso si può forse tracciare un parallelismo con quanto Guizzi scrive a proposito dei commessi (cfr. p. 25), i quali, nell'economia di massa, acquistano una centralità, anche psicologica, nei confronti dei clienti, prima impensabile. C'era e c'è, dunque, uno spazio economico individuale che non è assorbito dall'economia di massa, e in particolare dall'organizzazione economica, e nel quale le capacità e le doti individuali possono emergere. Ovvero – si può anche dire così –, l'organizzazione economica e l'economia di massa non sono in sé ostili all'atto di commercio individuale, a un individualismo economico, che, anzi, trova il proprio spazio all'interno della struttura organizzativa, al limite innovandola e migliorandola, nell'ottica di un progressivo adattamento del mercato alle esigenze di cui, al tempo stesso, è origine nonché destinatario.

Da questo punto di vista, allora, si può forse riflettere criticamente su quanto scritto da Tullio Ascarelli (che richiamo proprio perché c'è l'evocazione di Balzac e del mondo economico di Balzac) nella pagina finale del suo *Economia di massa e statistica giudiziaria*, uscito nel 1954 e poi subito raccolto nei *Saggi di diritto commerciale* (Milano, Giuffrè, 1955, pp. 521-526), che, appunto, proprio da Balzac muove: «Dobbiamo in sostanza via via renderci meglio conto della portata di un'economia di massa, anche se nove decimi delle nostre categorie giuridiche si riportano a un mondo economico che è piuttosto quello di Balzac che quello dell'era atomica. Ed in un'economia di massa e di serie molte nostre idee, fondate sull'individualismo di un'economia artigianale, possono essere sottoposte a quel processo che Pascal chiamava *du pour au contre*. Oso dire che il gran parlare che pur si fa di crisi del diritto copre forse un diverso problema: la difficoltà di dominare con categorie giuridiche sostanzialmente precapitalistiche la fenomenologia di una civiltà industriale (difficoltà aumentata dal fatto che poi questa società industriale coesiste, ed è naturale, con strutture artigianali, e addirittura con residui precapitalistici e feudali) e

il discorso allora deve essere rivolto alla “fantasia” dei giuristi che si trovano di fronte un compito che forse è veramente nuovo, così come “nuova” (e priva di precedenti storici) è la produzione industriale di massa e nuovo il dominio che la tecnica ci offre sulle forze della natura; quello di elaborare, ancora prima forse che la normativa, le categorie alle quali far ricorso per la disciplina di una fenomenologia nuova e che in sé ci offre, con un sorriso ambiguo, possibilità di benessere che i nostri avi nemmeno sognavano e... la distruzione del mondo con esplosioni ben congegnate che facevano prevedere ad Einstein, secondo un aneddoto, del quale non so garantire l'autenticità, che... la guerra che seguirà quella prossima... sarà combattuta a sassate. Volgersi nostalgicamente all'epoca beata che vedeva Berta filare non è – anche quando tale attitudine sia quella di grandi Maestri – che una forma di fuga; la nostra scienza avrà un significato, a mio avviso, solo quando porti un contributo alla soluzione di quello che è il problema del mondo moderno; in quanto – e mi sovviene sotto altro aspetto l'ultima pagina di quella Storia della letteratura italiana di Francesco De Sanctis che forse rimane il più “formativo” tra i libri che potremmo indicare ai nostri giovani – riesca a far suo il mondo moderno dell'industria e della produzione di massa e perciò a disciplinare una fenomenologia nei cui confronti il diritto è oggi spesso un *apprenti sorcier*».

La citazione è stata forse troppo lunga, d'accordo. Ma al di là della seduzione che esercita la prosa di Ascarelli, che fa sempre intravedere al lettore quello che il testo non riesce a contenere per eccesso di ingegno e che fatalmente sfugge alla pagina scritta, ma cui la pagina scritta allude, così innescando un gioco di rimandi e di rinvii taciti tra scrittore e lettore (che, del resto, è poi il pregio della letteratura autentica, e, vorrei dire, soprattutto della saggistica), nel merito, direi che quanto scritto da Ascarelli, in relazione a Balzac, ma non solo, non è condivisibile – o non lo è pienamente.

Proprio il libro di Guizzi mostra infatti come lo sguardo di Balzac, e in particolare la sua capacità visionaria (p. 9), esprimesse una sensibilità certamente lontana dallo sclerotico ancoraggio all'economia di ieri (cfr. infatti ad esempio p. 49, ove Guizzi, nella scia di Lukács, in relazione al processo di ‘capitalizzazione dello spirito’, sottolinea come nell'opera di Balzac, e in particolare nelle ‘Illusioni perdute’, all'opposto, «si compi[a] il definitivo passaggio dal mondo della produzione artigiana a quello del moderno capitalismo industriale [...]»); mostra come Balzac guardasse con un misto di curiosità, nonché di ammirazione e anche di preoccupazione (e poi, progressivamente, la preoccupazione, quando non la condanna, è diventata la nota dominante di questo giussociologo sempre più arrabbiato), le nuove tecniche di mercato (cfr. infatti ad esempio le pagine in cui Guizzi si sofferma sulle nuove tecniche di commercializzazione adottate dai grandi magazzini: 25-26).

Del resto, è la stessa economia di mercato che, non potendo essere imbrigliata in sé stessa, porta costantemente con sé la trasformazione del diritto: in questo senso non c'è una giuridicità separata dall'economicità, come invece risulta dal passo di Ascarelli qui sopra riferito. Da questo punto di vista, se mi è lecito esprimermi in questi termini, si potrebbe dire che Balzac è giurista maggiormente empirico di quanto lo fosse Ascarelli (il quale, appunto di sé stesso, ebbe a scrivere: ‘io sono fondamentalmente un empirico’), che, comunque, tracciava poi con una certa nettezza la linea di confine tra diritto e economia, nonché tra diritto e sociologia, laddove lo sguardo artistico del letterato Balzac

(una letteratura che diventa così ‘studio di casi’) coglie, al di là di ogni barriera categoriale, quella sostanza delle cose che, al contempo, è diritto, economia, sociologia, letteratura, arte ecc. (da cui, del resto, il beneficio metodologico dei movimenti nati all’insegna del ‘Law &’, e qui, in particolare, del ‘Law and humanities’; e cfr. infatti quanto Guizzi scrive, alle pp. 79-80: «[N]on diversamente dallo studio storico, dall’analisi comparatistica, o ancora da quella fondata sui principi della *law and economics*, pure l’indagine dei problemi del diritto condotta attraverso il filtro della rappresentazione letteraria risulta non solo del tutto legittima, ma anche particolarmente proficua, specie in una logica *de iure condendo*, proprio perché può aiutarci a comprendere meglio quanto vi è di costante, e spesso di eternamente irrisolto, nella realtà che ci circonda»).

4. Si potrebbe pure aggiungere che il non lineare atteggiamento (di attrazione e di repulsione) di Balzac per il capitalismo è testimonio di questa sua implicita sociologia letteraria, o, meglio, letteratura sociologica. C’è dunque in Balzac (cfr. p. 31, testo e nota 52) la percezione della pulsione autodistruttiva del sistema capitalistico, ma c’è anche la descrizione non scevra di ammirazione per quel gioioso disordine, senza gerarchie né equilibrio, del mercato finanziario (cfr. p. 62, testo e nota 11), e in generale dell’ordine/disordine del mercato, che, in questo senso, è il luogo dell’inventiva e della libertà, non già dell’oppressione, e quindi dell’armonia economica, se si va qui con la mente al famosissimo, all’epoca, Frédéric Bastiat, e appunto alle sue ‘Armonie economiche’, uscite nel 1850, l’anno della morte di entrambi, pressoché coetanei.

Osserverei altresì che il giudizio negativo, e in generale la diffidenza, di Balzac verso il capitalismo può ben essere anche il frutto delle sue non felici esperienze imprenditoriali (editore e stampatore non certo fortunato), e più in generale di vita: donde una infelicità e una rabbia che operano certamente anche quali strumenti conoscitivi (nella letteratura e nella filosofia italiana, tuttora spicca il preclaro esempio di Leopardi, la cui malattia divenne un formidabile strumento conoscitivo, nella prospettiva anticrociana di Sebastiano Timpanaro), ma che lo portano ad attribuire forse troppo spesso al sistema capitalistico colpe e responsabilità che, più probabilmente, vanno invece attribuite agli stessi protagonisti, vittime più di sé stesse che del ‘sistema’ (direi negativamente esemplare, in questo senso, è la vicenda di David Séchard: cfr. p. 30 ss., e in particolare le pp. 32-35, lette le quali, però, mi è allora poi difficile non pensare che il difetto non stia né nel capitalismo, né nell’avidità dell’essere umano, ma negli ‘errori negoziali’ dello stesso David: l’autonomia privata è certamente uno strumento di difesa, e il danno o la vera e propria rovina che possono discendere da una determinata attività economica non possono essere troppo facilmente e meccanicamente qualificati come esiti fisiologici del sistema capitalistico, quando, invece, siano appunto esiti patologici di determinate condotte: cfr. anche pp. 53-58), protagonisti, invece, progressivamente giustificati (almeno alcuni di essi: non gli avidi e gli egoisti, ma le mere vittime del sistema capitalistico, visto sempre più come una malattia sociale, e non come un possibile rimedio contro i mali economici) da Balzac (nel quale, in parallelo, l’osservazione sociologica diventa rabbia sociale e indignazione morale).

5. Questo giudizio di Balzac, ambivalente, sul capitalismo e più in generale sul mercato (al contempo benefico e malefico: ma in Balzac, scrittore ‘grasso’ per eccellenza, è quasi ovvia l’ansia della totalità di comprensione e di esplicazione: proprio nella ‘Nota introduttiva’, a p. 9, Guizzi richiama il giudizio di Baudelaire, a proposito dell’ambizione smodata di Balzac di vedere tutto, di far vedere tutto, di divinare tutto), emerge assai bene da quelle pagine del volume in cui Guizzi si sofferma sul tema delle invenzioni industriali e delle opere dell’ingegno (p. 37 ss.), e più in generale sul tema della creatività e della protezione giuridica dei prodotti della creatività, soprattutto nella prospettiva del rapporto artista/inventore (la discussione, a distanza, di Balzac con Diderot, p. 41 ss., è molto istruttiva), nonché sulla parallela esigenza di ogni persona talentuosa di riuscire a concretizzare profittevolmente la propria inventività all’interno del sistema capitalistico, e non contro quest’ultimo: e se l’inventore indipendente non ha più spazio nel sistema del capitalismo industriale (cfr. p. 56), è anche vero che è lo stesso sistema capitalistico che ha al suo interno le risorse per acquistare l’invenzione, l’idea, e, del resto, il mantenimento della segretezza da parte dell’inventore diventa in questo senso uno strumento di mercato e un ‘rimedio di mercato’, ovvero uno strumento fortemente incentivante il mercato in vista dell’acquisizione dell’idea innovativa, la quale non potrà certo essere destinata a una protezione ‘sottovuoto’: ciò sarebbe del tutto irrealistico proprio all’interno di un sistema di mercato, che esiste grazie allo scambio di informazioni, e infatti l’idea innovativa ben potrà essere migliorata o affinata riconoscendo e attribuendo specifiche utilità all’‘inventore originario’, nella logica di una competizione presupposto dell’innovazione.

Del resto, è il mercato medesimo ad avere in sé quelle risorse onde consentire agli inventori che si trovino al di fuori di una specifica organizzazione imprenditoriale o che siano privi di propri capitali da poter immediatamente impiegare di sfruttare l’invenzione: alludo naturalmente a un massiccio ricorso al credito, rispetto alla quale operazione, di nuovo, Balzac manifesta invece una notevole sfiducia, o meglio, un sentimento di ambiguità: perché, da un lato, c’è senza dubbio la fiducia nel mercato (una fiducia che in certa misura è pure ammirazione, e comunque stupore), anche perché la fiducia nel mercato è alla base dell’esistenza del mercato stesso (cfr. p. 61), come mostra bene la vicenda del successo, anzi, della vera e propria febbre delle società in accomandita (cfr. p. 62 ss.), nate grazie alla fiducia nell’autonomia privata, la quale ha dato vita, così perfettamente rispondendo alle esigenze del presente, a una fattispecie sottratta al controllo pubblico e capace di raccogliere diffusamente ampie risorse finanziarie, potendo esse suddividere il capitale sociale in azioni e emettere azioni al portatore (pp. 63-64). Che poi, dall’altro lato, come racconta Guizzi nel dettaglio, tale schema societario abbia dato luogo a abusi (pp. 65-66), non è forse una ragione sufficiente per condividere quello che definirei moralismo economico (Guizzi, a p. 93, nota 46, *in fine*, richiama una puntuale osservazione di Auerbach: in Balzac ogni spazio si tramuta in un’atmosfera sensibile di cui si imbevono i comportamenti, l’agire, il sentire e la sorte degli uomini; e si può allora aggiungere che quella ‘illeggibilità’ di Balzac sulla quale tornerò con un cenno alla fine, può forse anche dipendere dal tasso di impegno etico-sociale di Balzac, con un effetto non vantaggioso di straniamento a tutto danno della letterarietà del racconto), ovvero virtuosismo economico balzacchiano, che, come ogni virtuosismo, ha tratti autoritari e intolleranti.

Da questo punto di vista, se pensiamo al Balzac scrittore realista (cfr. p. 104, nota 81), e se pensiamo alla parallela lezione sul realismo di Francesco Orlando (critico letterario celebre e presente nel libro di Guizzi), per cui, se ogni opera letteraria non parla mai di sé stessa ma parla del mondo, non può mai parlare dell'intero mondo, perché deve comunque delimitare lo spazio di realtà oggetto della narrazione, si può dire che in questo esercizio di realismo balzacchiano c'è forse un ritorno del represso (cfr. quanto scrive Guizzi, pur se in prospettiva almeno in parte diversa, a p. 116, nota 35), ovvero del suo dolore e della sofferenza provati individualmente e poi sublimati, ma non compiutamente, in chiave letteraria.

È certamente vero che poi lo stesso Balzac dà la parola anche ai sostenitori del liberalismo economico (cfr. pp. 71-72; e cfr., più avanti, p. 109, ove Guizzi scrive che nella *Commedia umana* lo spazio per il giurista-lettore è quello occupato dalla «capacità di Balzac di offrire una visione sempre “plurale” della realtà oggetto di osservazione. Una visione dunque prismatica e dalle mille sfaccettature, che mettendone in luce anche gli aspetti per così dire estremi, gli permette di interpretare i segni della modernità e così anche di anticiparne, in un certo senso, l'evoluzione e gli sviluppi»), ma è altrettanto vero che questi ultimi (e dunque, in parallelo, le vittime del liberalismo economico), comunque, non prevalgono, ma soccombono, nel giudizio di Balzac, in quanto sostenitori di un ordine oppressivo, e come tale ingiusto, perché in Balzac il capitalismo e il mercato sono tendenzialmente associati alla speculazione, all'egoismo, all'avidità (speculazione, egoismo e avidità, si può aggiungere, che certo non sono tali dei soli capitalisti, ma anche di chi voglia rischiare per arricchirsi, e proprio per ciò non merita pietà, avendo in sostanza tenuto una condotta antisociale: Guizzi, a p. 74, nota 47, osserva: «La rovina dei risparmiatori è [...] contemplata da Balzac con estrema durezza, e senza alcuna forma di compassione [...]»).

Una diffidenza arrabbiata verso l'economia capitalistica, allora, che poi diviene aperta sfiducia e cronico sospetto per la legislazione, ovvero per il diritto, per l'ordinamento, per la legalità, che uccide la società moderna (cfr. p. 75), in quanto legalità fittizia, corrotta, iniqua, di parte, di classe (ma cfr. quanto Guizzi osserva a p. 119: «Se l'applicazione della legge costituisce fonte di ingiustizie non è perché il suo apparato repressivo sia realmente al servizio delle ragioni del credito, ma perché il mondo di Balzac è retto dal principio dell'*homo homini lupus* e nella guerra di tutti contro tutti che in ess[o] si svolge destinati a soccombere sono semplicemente i più deboli, indipendentemente dal fatto che essi ricoprano il ruolo di creditori o debitori»).

6. A ben vedere, al di là dell'egoismo e dell'avidità dei singoli, alla base della rovina c'è comunque, più che il denaro, la condizione di debitore (cfr. p. 107 ss.), quell'essere indebitati che però, nella prospettiva di un'economia di mercato, non è affatto un aspetto negativo, ma è, all'opposto, la salvezza, e del mercato e del debitore, se si guarda al mercato (ma Guizzi, sul punto, formula un giudizio opposto: cfr. p. 115) quale strumento di emancipazione sociale (questione, che potrebbe certamente essere oggetto di una domanda empirica, al di là delle classifiche sugli ordinamenti più efficienti e meno efficienti): il credito facile è un segnale della buona salute del mercato, e un mercato efficien-

te (nel senso di un mercato esteso il più possibile) può anche sostenere i costi impliciti nell'estinzione di un debito, in presenza di difficoltà debitorie (cfr. i riferimenti di Guizzi alla disciplina attuale in tema di esdebitazione), nella prospettiva di una complessiva operazione economica (macro, il mercato, e micro, il contratto) che si appoggia su di un mercato che è efficiente proprio perché è capace di far fronte a quelle perdite, e, anzi, un mercato che, se e in quanto efficiente, può destinare – pure non spontaneamente, pensando qui ovviamente alla tassazione – anche una parte di risorse all'intervento dello Stato, in chiave vuoi solidaristica, vuoi assistenzialistica, vuoi perequativa; ma sul presupposto, lo ribadisco, che il mercato sia massimamente efficiente, sia in termini quantitativi sia in termini qualitativi, ovvero in ragione del perimetro sul quale il mercato possa incidere, altrimenti la restrizione degli spazi 'di mercato' e 'del mercato' porterebbe con sé un generale impoverimento.

Si può aggiungere che i riferimenti, oggi così diffusi, quando non sovrabbondanti, alla buona fede, alla cooperazione, all'idea di obbligazione quale rapporto complesso, ben possono convergere in un quadro rimediale di rafforzamento e di stabilizzazione del mercato: un mercato forte è come tale capace di svolgere una funzione di tutela in favore dei più deboli, *pro tempore* o definitivamente, purché non venga limitato nella sua fisiologica capacità di produrre nuova ricchezza.

Prima di chiudere, torno su un aspetto di centrale importanza ma che mi sono limitato a evocare più sopra, ovvero quello della 'illeggibilità' di Balzac: ma non nel senso di una vera o presunta illeggibilità di Balzac per eccesso di linguaggio economico-giuridico (cfr. il rilievo di Guizzi a p. 70, testo e nota 35), quanto nel senso di una illeggibilità frutto di alcune prese di posizione che dai suoi testi emergono e oggi appaiono moralmente inaccettabili, o comunque potenzialmente offensive, e dunque socialmente rischiose (se ne è discusso ampiamente e diffusamente in Francia, e una attenta rivista culturale italiana quale *Snaporaz* è intervenuta sul tema molto a proposito: cfr. Paolo Portonese, *Cancellare Balzac: progressismo e censura*, 30 marzo 2023, <https://www.snaporaz.online/cancellare-balzac-progressismo-e-censura/>: nell'articolo viene in particolare richiamato l'antisemitismo di Balzac).

Ora, ci si può chiedere se quella tensione etica di cui è pervasa l'opera di Balzac non si sia rivolta contro di lui: è il tema, oggi ormai largamente affrontato, del rapporto tra dimensione della letterarietà dell'opera e dimensione dell'impegno civile dell'autore.

È certo ben sperabile che questa rivolta del moralismo, o del neo-moralismo che dir si voglia, contro Balzac sia il più possibile limitata, a tal fine valorizzando (come del resto ha fatto Giuseppe Guizzi in tutti i saggi che compongono il volume, e cfr. in particolare i rilievi che si leggono alle pp. 79-80 e che qui riprendo) la convergenza tra esperienza estetica e esperienza di verità, sottraendo però così la immediata componente politico-economica da quella letteraria dell'opera d'arte (un saggio sociologico può diventare prosa d'arte, ma non è automaticamente e necessariamente vero il contrario), nell'idea che fare un esercizio di consapevole politicità tramite l'opera d'arte e nell'opera d'arte non solo può condurre a un virtuosismo potenzialmente fanatizzante, ma soprattutto può condurre al fallimento del compito che l'opera stessa si era prefissa di conseguire, ovvero di far conoscere e di far riflettere, suscitando così, in chi legge, anche una reazione etica,

e dando allora, in senso contrario, ragione alla critica di Proust formulata contro quella che egli definì la ‘letteratura di notazioni’ (cfr. p. 79, testo e nota 8), e che potremmo adattare in ‘letteratura di moralismi’, cioè di giudizi eticizzanti – una lettura che non rafforza la dimensione morale dell’opera e indebolisce quella letteraria.

In questo senso, allora, il Balzac giurista e sociologo ‘autentico’, in quanto letterato, e non già ideologo (qualunque ideologia assunta a dimensione artistica colpisce la letterarietà dell’opera), ovvero il Balzac non arrabbiato con il mondo che descrive riesce a svolgere al meglio il suo lavoro di scrittore, offrendo a chi legge il materiale sul quale poter formare poi il proprio giudizio (cfr. ancora p. 79) – non certo perché la dimensione del giudizio possa o debba essere espunta dall’opera letteraria, ma perché il giudizio di cui l’opera è la fonte non può essere la mera proiezione del giudizio, dei pregiudizi e delle precomprensioni dell’autore, laddove l’opera letteraria funziona sempre alla stregua di un conscio *transfert* politico-ideologico, dall’autore al lettore.



I gruppi intermedi nell'era dell'algoritmo: un dialogo tra due generazioni

Maria Vita De Giorgi

Prof. onoraria dell'Università di Ferrara



Veronica Montani

Ricercatrice dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

SOMMARIO: 1. Memoria e caduta dei gruppi intermedi. – 2. Oltre la caduta: nuove forme di appartenenza collettiva. – 3. Crisi della socialità o crisi della istituzionalizzazione del desiderio? – 4. Algoritmo e partecipazione collettiva.

1. Memoria e caduta dei gruppi intermedi

L'occasione di queste riflessioni trae origine, anche ma non solo, dall'incontro milanese promosso da Giovanni Iorio, dedicato al volume di Raffaele Di Raimo sulle associazioni non riconosciute¹. In quella sede è emerso con chiarezza, ancora una volta, come l'associazione non sia solo una figura organizzativa del diritto privato, ma un luogo in cui si manifestano forme di appartenenza, aspettative, dinamiche del desiderio di partecipazione.

La scelta, del tutto personale, di intrecciare alle mie letture un paragrafo affidato a Veronica Montani muove dall'esigenza di mettere a confronto prospettive diverse sul tema della partecipazione collettiva. Il suo sguardo, caratterizzato da una maggiore fi-

¹ *Le associazioni non riconosciute: un modello di successo nel panorama non profit*, 30 gennaio 2026, Università Bicocca; DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute e i comitati*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, 2024.

ducia nelle forme emergenti di aggregazione e nelle nuove modalità di costruzione delle relazioni sociali, consente di cogliere aspetti che sfuggono ad un'analisi ancorata alle categorie interpretative sviluppate nella stagione in cui si è formata la mia esperienza personale e scientifica.

Confido, dunque, che questo dialogo contribuisca a interrogarsi se la trasformazione delle forme associative debba essere letta come segno di crisi del legame sociale o non, piuttosto, come mutamento delle modalità attraverso cui tale legame si manifesta e si rinnova.

La questione è ovviamente più rilevante se collocata all'interno di un contesto storico in cui i processi di digitalizzazione e la diffusione di nuove piattaforme relazionali stanno modificando profondamente i tempi e i modi della partecipazione collettiva. Non si tratta, infatti, soltanto di una evoluzione delle strutture organizzative o dei modelli normativi, ma di una ridefinizione delle forme simboliche attraverso cui individui e gruppi cercano riconoscimento, visibilità e appartenenza.

Torniamo, dunque, agli anni '60, immediatamente successivi alla Seconda guerra mondiale: un'età di crescita economica e trasformazione sociale, definita da alcuni autori "dell'oro". E forse tale appariva a chi l'ha vissuta. L'invidiabile fortuna dei famosi scritti di allora di Pietro Rescigno sui corpi intermedi si fondava sulla convinzione che il desiderio di comunità fosse un dato sociale condiviso, prima ancora che giuridico. Vorrei suggerire uno spostamento dello sguardo. Prima di una crisi normativa mi pare si stia consumando la voglia di adesione e partecipazione, almeno alle comunità istituzionali. Forse non è in calo il volontariato, dove continuano a vivere pratiche spesso alimentate da matrici religiose o familiari; a rarefarsi sembra piuttosto il desiderio associativo, inteso come esperienza identitaria e come luogo di costruzione del legame sociale.

Il desiderio – che pure in qualche modo si ricava dall'oggetto sociale e dal lessico degli statuti – non si traduce in norme, ma sostiene la vitalità dell'istituzione. Quando si affievolisce l'associazione può continuare a esistere formalmente, ma perde capacità operativa, slancio partecipativo, energia decisionale. Non ignoro, ovviamente, il ruolo dell'interesse pratico, che tuttavia non è sufficiente: quando si rimane per inerzia, per convenienza, l'istituzione non riesce più a parlare "a nome di", a rappresentare; persiste formalmente, ma perde attrattiva.

Mi piace citare, a questo proposito, una preveggenza intervista a Pasolini: "Lo so: i comitati di quartiere, la partecipazione dei genitori nelle scuole, la politica dal basso ... Ma sono tutte iniziative pratiche, utilitaristiche, in definitiva non politiche. La strada maestra, fatta di qualunquismo e di alienante egoismo, è già tracciata. Resterà forse, come sempre è accaduto in passato, qualche sentiero: non so però chi lo percorrerà, e come".

Anche i conflitti interni alle associazioni, spesso sproporzionati rispetto agli interessi in gioco, mostrano indirettamente il rilievo del desiderio associativo. Le controversie su delibere, ruoli, competenze o procedure sono frequentemente il luogo in cui si manifesta una posta simbolica più profonda: il riconoscimento, la parola, la direzione del progetto comune.

Il diritto in qualche modo conosce questo fenomeno, che affiora indirettamente nel recesso, nell'inattività, nella paralisi degli organi, nello scioglimento. Per le associazioni

riconosciute interviene, almeno in parte, per conferire durata allo slancio originario: regole associative, procedure deliberative, quorum, competenze degli organi costringono l'iniziativa collettiva ad adeguarsi a forme lente, ripetitive, talvolta frustranti. Positive però, a mio vedere, proprio per questa capacità di rendere l'azione comune stabile e condivisa.

Perfino quando l'associazione si riduce a un solo associato il legislatore cerca di preservare la potenzialità dell'unione originaria, purché non si sia esaurita anche la possibilità di realizzare il suo obiettivo.

L'assemblea, con i suoi tempi e le sue formalità, ne è l'esempio più evidente: la volontà diffusa deve attendere, articolarsi, confrontarsi, prima di tradursi in decisione giuridicamente rilevante.

In questa prospettiva il diritto si configura come una tecnologia della durata: rende capace l'azione collettiva di attraversare il tempo senza dissolversi.

Nel Terzo settore la funzione del diritto come dispositivo dell'attesa e della stabilizzazione emerge in forma ancora più evidente. Gli enti del Terzo settore nascono da uno slancio ideale: solidarietà, cura, impegno civico, risposta a bisogni percepiti come urgenti; impulsi emotivamente forti, che il diritto in qualche modo trattiene e trasforma in azione durevole.

I partiti e i sindacati richiedono, come sempre, un discorso a sé: sono, infatti, le comunità nelle quali oggi si manifesta con maggiore evidenza la crisi della rappresentanza delle aspirazioni condivise. Non è un caso che stiamo assistendo a un inaspettato ritorno delle piazze: quando l'istituzione non è più sentita come di costruzione del progetto comune, l'energia, il conflitto non si estinguono, ma migrano verso altri spazi. Ovviamente non solo verso le piazze reali, dove i corpi si incontrano e scontrano, ma – banale dirlo vero? – verso le piazze digitali.

Da un lato, il diritto come dispositivo della durata che governa il tempo dell'azione collettiva, ne disciplina i passaggi e ne stabilizza gli esiti, dall'altro la piazza digitale, che riorganizza le aspettative intorno all'immediatezza della risposta, alla visibilità istantanea, alla semplificazione dei processi decisionali; troppo spesso, alla logica dell'astio e della rabbia.

Raffaele Di Raimo coglie e rappresenta questo processo con grande efficacia: “il trasferimento della socialità su piattaforma”, scrive, “prospetta la crisi profonda dei paradigmi di interazione umana – primi fra essi i modelli associativi – costituenti la base della partecipazione democratica”. Chiedendosi poi se la disciplina degli articoli 36 e seguenti del Codice civile sia “una cornice rimasta senza quadro” conclude con un rinvio, “fuori dai denti!”, al nostro legislatore e a quello europeo. Un interrogativo che prende forma grazie a una sensibilità generazionale particolarmente vigile rispetto alle trasformazioni in corso.

2. Oltre la caduta: nuove forme di appartenenza collettiva

Se la mia esperienza si è formata in una stagione in cui i corpi intermedi erano percepiti come luoghi privilegiati di mediazione tra individuo e comunità, la prospettiva del-

le generazioni successive impone di guardare a nuove comunità, a volte più rigidamente regolate (CTS) a volte meno strutturate, ma non per questo meno significative sotto il profilo relazionale. Nella società novecentesca da cui provengo l'adesione ai corpi intermedi – fondata su di un intreccio tra identità sociale e culturale – costituiva una condizione durevole, spesso intrecciata con percorsi biografici, spazi territoriali e tradizioni familiari.

Nel contesto attuale – segnato dall'intermediazione algoritmica e dalla diffusione delle piattaforme digitali – l'adesione si configura sempre più come un fenomeno fluido e intermittente, nel quale l'elemento decisivo non è più soltanto la condivisione di un programma o di un'identità, ma la capacità di generare coinvolgimento emotivo, riconoscimento simbolico e visibilità.

Questo processo di trasformazione si riflette, inevitabilmente, anche nei partiti politici. La progressiva personalizzazione della leadership, la centralità della comunicazione digitale e la costruzione di messaggi emotivamente orientati testimoniano la transizione da organizzazioni fondate sull'appartenenza a gruppi che competono per catturare attenzione e generare identificazioni volatili e consensi oscillanti.

Nel terzo settore si osserva, accanto a formazioni strutturate sul piano normativo, la proliferazione di forme aggregative più leggere, spesso nate attorno a cause circoscritte o a mobilitazioni episodiche. Contesti in cui la partecipazione si alimenta attraverso reti relazionali e narrative capaci di attivare empatia e senso di prossimità, più che mediante le tradizionali forme istituzionalizzate di adesione. In questa prospettiva, il dialogo tra generazioni può essere letto come una forma di mediazione, sospesa tra la memoria delle appartenenze che hanno plasmato il Novecento e la ricerca di nuovi modi di costruire la comunità.

Per non consegnare il lettore unicamente alla mia percezione di crisi o di rarefazione del legame associativo cedo dunque la parola, nel paragrafo seguente, a Veronica, studiosa distante da me mezzo secolo, ma già consapevole e autorevolmente sperimentata.

3. Crisi della socialità o crisi della istituzionalizzazione del desiderio?

Lo sguardo che mi è stato cortesemente consegnato ha posto in luce la rarefazione delle forme tradizionali di appartenenza collettiva e la crisi di quelle istituzioni – partiti e sindacati *in primis* – che per larga parte del Novecento hanno costituito il fulcro della mediazione tra Stato e individuo e mi solletica a interrogarmi se tale fenomeno esaurisca davvero il quadro della partecipazione contemporanea. La contrazione delle iscrizioni, la riduzione della militanza e l'indebolimento del senso di identificazione negli enti collettivi sono dati difficilmente contestabili; che, anzi, sottolineano l'evidente difficoltà di tali organizzazioni nel continuare a impiegare un linguaggio capace di intercettare le aspettative di generazioni cresciute in un contesto profondamente mutato.

Le grandi narrazioni ideologiche della classe, del progresso, dell'emancipazione collettiva che avevano caratterizzato l'esperienza novecentesca appaiono oggi logorate perché percepite come incapaci di tradursi in promesse credibili. La lingua di partiti e organizzazioni rappresentative è spesso avvertita come distante, burocratizzata, finan-

che autoreferenziale; anch'essa incapace di misurarsi con le urgenze del presente e con l'aspettativa, ormai diffusa, di una coerenza immediatamente verificabile tra discorso, azione e anche stile di vita. Non appare un caso che esperienze politiche capaci di mobilitare, almeno in una fase iniziale, numeri e consensi inaspettati abbiano fondato la propria forza su un registro comunicativo colloquiale e su un richiamo a cambiamenti percepiti come non ulteriormente differibili. È innegabile, dunque, che il desiderio associativo, inteso nella sua accezione classica di aspirazione alla durata, all'appartenenza stabile e alla rappresentanza istituzionale, risulti indebolito.

Del resto, i dati parlano chiaro anche in relazione al volontariato: Eurostat registra che solo nel 2022 solo il 12,3% delle persone (sopra i 16 anni) ha svolto attività di volontariato formale, a fronte del 18,9% del 2015 e il trend discendente caratterizza anche l'esperienza di molti Paesi del Nord Europa (–13,4 punti in Svezia, –12,2 in Danimarca, –11,7 in Lussemburgo, –10,3 in Finlandia). Parimenti, il quadro ISTAT sul volontariato in Italia 2013–2023 evidenzia una flessione dell'1,7% (le percentuali passano dal 7,9% del 2013 al 6,2% del 2023).

Non mi sembrerebbe, però, che ciò conduca alla necessaria conclusione che il desiderio collettivo sia sopito. Piuttosto, mi parrebbe aver mutato profondamente oggetto, riorientandosi lungo traiettorie che sfuggono alle forme nelle quali il diritto ha tradizionalmente saputo riconoscerlo e governarlo e riconfigurandosi lungo direttrici differenti che privilegiano modalità di coinvolgimento più concrete che astratte, spesso più locali che nazionali, con aspirazioni più relazionali che ideologiche. Il volontariato – che, sempre secondo i dati Istat, è in crescita nei settori ricreativo e culturale, assistenza sociale e protezione civile e ambiente –, le associazioni culturali, le esperienze legate alla cura delle fragilità, alla tutela del patrimonio, alla solidarietà di prossimità testimoniano una vitalità che sembrerebbe smentire letture pessimistiche. Forse, ciò che muta non è l'intensità della passione civile, ma, piuttosto, la sua forma.

In luogo di una adesione duratura a un'organizzazione percepita come depositaria di una visione complessiva del mondo, si afferma sempre più una partecipazione orientata, mi parrebbe, all'azione concreta, all'efficacia immediata, alla possibilità di vedere volti e ascoltare storie e percepire effetti. Non “stare in un'organizzazione”, ma *fare* qualcosa. In questo senso, la “militanza” cede il passo a interventi puntuali su bisogni percepiti come urgenti e l'identificazione ideologica viene spesso “sostituita” dalla richiesta di coerenza tra ciò che si preannuncia e come lo si attua. L'associazione diventa, così, talvolta uno strumento contingente, finanche intercambiabile, mentre il fulcro dell'esperienza partecipativa risiede nel gesto stesso del fare insieme o del condividere qualcosa.

Non stupisce, in tal senso, che tra le manifestazioni più significative della trasformazione contemporanea della partecipazione civica emerga il fenomeno del microvolontariato, che consente proprio un coinvolgimento immediato e circoscritto attorno a un compito, a un bisogno o a una causa specifica. La banca del tempo ne è un esempio, preso in considerazione anche da alcune leggi regionali.

Non sorprende neppure che figure capaci di incarnare questa coerenza e continuità tra messaggio e pratica quotidiana riescano a catalizzare mobilitazioni ampie e trasversali, anche attorno a temi come l'ambiente, il *green*, l'impatto climatico, mentre altre, pur

dotate di visibilità, perdono rapidamente credibilità quando tale coerenza viene meno. E questo vale oggi per gli enti, per gli *sponsor*, per gli *influencer*. Sarebbe troppo facile citare l'esempio del panettone griffato.

In questo scenario, il confine tra associazione e gruppo si fa inevitabilmente più poroso (e forse acquista oggi un significato ancora più pregnante l'esigenza colta della legislazione sul volontariato di menzionare anche i gruppi), pur nella consapevolezza della fragilità formale di quest'ultimo in quanto forma spontanea e pre-istituzionale di aggregazione: pensiamo ai gruppi di acquisto solidale, nati spesso in modo spontaneo attorno a reti di prossimità territoriale o relazionale e finalizzati alla condivisione di pratiche di consumo critico; ai gruppi di quartiere, che si attivano in risposta a esigenze contingenti come la cura di uno spazio comune, l'organizzazione di iniziative locali, il sostegno a persone in difficoltà; ai gruppi di mobilitazione tematica che si formano intorno a singole cause ambientali, umanitarie, civili; e, ancora, ai gruppi di volontariato spontaneo, che si attivano in occasione di emergenze sociali, sanitarie, ambientali per distribuire beni, offrire assistenza, supplire temporaneamente a carenze istituzionali e che operano al di fuori, o solo marginalmente all'interno, delle strutture associative esistenti; ai gruppi digitali di sostegno o di auto-aiuto, che si formano intorno a esperienze condivise come genitorialità, malattia, migrazione, precarietà lavorativa o dipendenze e che operano prevalentemente come spazi di scambio narrativo, informativo ed emotivo. Qui il legame si costruisce attorno ad una necessità, ad una risonanza emotiva, ad una prossimità spaziale, all'urgenza di un intervento o ad un'azione condivisa, lasciando su uno sfondo sfuocato il profilo dell'identità giuridica. I gruppi, si diceva, proprio per questo, appaiono, sotto certi profili, sorprendentemente rispondenti alle modalità contemporanee del partecipare.

La trasformazione di questo Secolo si riflette, poi, anche nei modi in cui gli individui si rapportano agli enti.

Da un lato, cresce una fruizione dei servizi offerti da tali enti secondo una logica che non è più quella dell'appartenenza, ma quella dell'accesso e dell'acquisto: si partecipa a iniziative culturali, si usufruisce di attività educative, si sostiene economicamente un progetto, senza necessariamente avvertire la necessità di un vincolo associativo stabile. L'iscrizione alla *newsletter*, la donazione, il pagamento di un servizio sembrano garantire un grado di libertà e di reversibilità immediata, ben diverso da tempi e modalità dell'adesione e del recesso; e ciò in un contesto in cui molti enti, anche per ragioni di sostenibilità economica, operano sempre più secondo una logica di offerta di servizi o produzione di beni.

Dall'altro lato, sempre con maggior frequenza quando si sceglie di impegnarsi direttamente in attività di volontariato lo si fa prescindendo (in parte) dall'identità dell'organizzazione, concentrandosi più sull'azione (distribuire pasti, organizzare forme di assistenza, partecipare a iniziative di solidarietà...), ponendo le organizzazioni caratterizzate storicamente da una forte identità culturale o religiosa innanzi alla sfida, al tempo stesso esistenziale e strategica, di riuscire a riaggregare le persone attorno a orizzonti valoriali comuni.

A ciò si aggiunge un ulteriore elemento di complessità: man mano che le organizzazioni crescono, si strutturano – spesso per poter accedere a convenzioni pubbliche, am-

piare il bacino dei donatori, garantire continuità e professionalizzazione ai servizi – in modo più articolato e tendono, spesso, inevitabilmente, a burocratizzarsi, allontanando i luoghi decisionali dalla base associativa. Si determina così una dissociazione strutturale tra chi decide e chi agisce e una conseguente distanza tra *governance* e base relazionale. La crescita comporta, talvolta, un costo simbolico elevato in termini di perdita di informalità, di riconoscimento reciproco, di flessione del desiderio di partecipazione immediata e condivisa che, invece, sopravvive, talora con maggiore intensità, nelle piccole realtà di quartiere, nelle iniziative informali, nei contesti in cui il “fare insieme” resta ancora visibile e riconoscibile, in cui l'assemblea rimane ancora il *luogo* del confronto di *tutti*, in cui l'azione collettiva è preceduta, accompagnata e sorretta da un processo deliberativo condiviso, che include finanche le mediazioni e le frustrazioni della decisione collettiva, ma che resta il *luogo* della democrazia interna.

Nel loro complesso queste dinamiche delineano una partecipazione che si fa intermittente, tematica, non totalizzante. Certamente una partecipazione che può apparire fragile se misurata con i parametri della stabilità novecentesca.

Al tempo stesso, però, una tale partecipazione potrebbe anche essere letta come espressione di una libertà critica: di scegliere di volta in volta le cause, i contesti, le modalità e l'intensità dell'impegno e, in alcuni casi, di non vincolarsi integralmente a strutture polverose o opache.

Ciò che, allora, sembra mancare davvero, non è la partecipazione in sé o il desiderio di partecipare, quanto piuttosto la continuità nel tempo, divenuto uno dei beni più preziosi dell'oggi. Da questo punto di vista, il microvolontariato – che, per sua natura, difficilmente si lascia ricondurre a un soggetto giuridico e non produce appartenenze durevoli – può essere letto proprio come un esempio paradigmatico di quella partecipazione senza appartenenza nella quale il legame sociale si fonda sull'intensità dell'esperienza condivisa a scapito della durata. Il rischio è evidente in assenza di una riflessione più ampia perché, da un lato, si cade nello svalutare tali pratiche come espressioni di un impegno “debole”; dall'altro, si rischia di assumerle acriticamente come soluzione, ignorando la loro intrinseca precarietà e limitata capacità di evolvere in percorsi di elaborazione collettiva e stabile. La possibilità di accesso alla partecipazione si amplia ma il rischio è la frammentazione dell'impegno e l'isolamento dei gesti, che rendere più difficile la connessione tra l'azione puntuale e una visione programmatica. Del tutto simili sono le considerazioni che si possono muovere attorno al *crowdfunding online*, che ben può essere letto come una forma di partecipazione economica coerente con la nuova *εἶδος* del desiderio collettivo, in cui ciò che muta non è tanto l'impulso a contribuire al perseguimento di fini socialmente rilevanti quanto la forma attraverso cui tale impulso viene tradotto.

Soprattutto nelle sue declinazioni legate ai *social network* e alle piattaforme digitali, il *crowdfunding* si attiva attorno a una storia, ad un volto o ad una narrazione chiamata a generare una eco emotiva, che trasforma il tempo della donazione nel tempo dell'emozione sollecitata e che ancora la legittimazione del gesto nella trasparenza immediata dell'obiettivo. Si rendere quasi percepibile in tempo reale l'effetto del contributo individuale rispetto alla raccolta fondi elevandosi, così, tale impatto ad aspetto centrale, a scapito della fiducia istituzionale per l'ente, che, anche in questo caso, diviene tema che

si rarefà sullo sfondo. Sarebbe troppo facile ricordare le molte, troppe, raccolte fondi, soprattutto a mezzo *social* o piattaforme come *gofundme*, prive di ogni qual forma di trasparenza, utilizzate per fini poco nobili, privati, egoistici che nulla hanno a che spartire con l'associazionismo più nobile. Ma qui il problema non è il mezzo ma il *quomodo* e l'*ad quid*.

Il *crowdfunding* diviene, in sostanza, una forma di micropartecipazione finanziaria, che condivide le medesime logiche sottese a quella partecipazione senza appartenenza di cui si diceva poco fa e che manifesta, altresì, similari ambivalenze: se, da un lato, amplia enormemente la platea dei potenziali partecipanti, consentendo mobilitazioni di risorse che difficilmente confluirebbero nei canali tradizionali della filantropia organizzata, dall'altro, frammenta il sostegno economico in una molteplicità di gesti isolati che risultano spesso incapaci di tradursi (o essere tradotti) in una relazione duratura con il progetto o con l'organizzazione beneficiaria.

L'ente finisce per essere vissuto non più come uno spazio di appartenenza, bensì come un fornitore di esperienze, di servizi o di azioni solidali alle quali è possibile accedere anche senza assumere vincoli (più o meno) stabili, di talché l'iscrizione formale finisce per perdere attrattiva in quanto ridondante rispetto a modalità di relazione più leggere e flessibili e il vincolo associativo appare opzionale o, comunque, si decentra, perdendo la propria connotazione identitaria in favore di una fisionomia più marcatamente funzionale.

L'ente diventa così un nodo relazionale più che una comunità (e il pensiero corre subito alle pagine di Pietro Rescigno, *Persona e comunità*), un luogo attraversato da flussi di partecipazione più che uno spazio "abitato" stabilmente. Insomma, si assiste ad una progressiva ridefinizione del rapporto tra individuo ed ente, in cui la figura del socio o dell'associato perde centralità, per plasmarsi secondo forme ibride, nelle quali si sovrappongono le figure dell'utente, dell'acquirente, del volontario e del donatore occasionale o del semplice sostenitore simbolico.

Trasformazione dello statuto dell'associato/utente, dissociazione tra partecipazione decisionale e partecipazione operativa, tensione tra crescita organizzativa e intensità del legame, frammentazione temporale della relazione con l'ente: a tutto ciò si accompagna (o ne è il riflesso, la conseguenza) una maggiore fragilità dei luoghi di formazione e di quelli digitali in particolare. Senza spazi che aiutino a elaborare e a mettere in relazione le pratiche con un orizzonte di senso condiviso, il rischio che si appalesa è quello di un attivismo generoso e intenso ma che resta frammentato e incapace di sedimentarsi. Certamente gli enti continuano a essere luoghi di relazione significativa, di cooperazione stabile e di impegno condiviso, capaci di generare legami intensi, talora profondissimi, ma ciò che appare mutato è la loro centralità simbolica come luogo privilegiato – e quasi esclusivo – di istituzionalizzazione del legame. L'ente non è più l'unico spazio in cui il desiderio di partecipazione trova forma, nella centrifuga della grande competizione generata dalla dimensione dell'*online*. È forse qui che si colloca il punto di maggiore tensione con la prospettiva che guarda con inquietudine alla crisi dei corpi intermedi: non tanto nella constatazione della trasformazione delle forme partecipative, quanto nella domanda – ancora aperta – su quali istituzioni, quali dispositivi, quali linguaggi possano oggi assolvere alla funzione di collegare l'azione immediata alla durata, l'intensità dell'impegno alla costruzione di un progetto, di una finalità comune.

4. Algoritmo e partecipazione collettiva

L'esperienza della partecipazione collettiva, dunque, sembra oggi sottrarsi, almeno in parte, a quel paradigma di quella durata che il diritto ha storicamente costruito e preservato. Putnam (*"Bowling alone"* del 2000), collegando la crisi delle associazioni intermedie a una fragilità della democrazia (caratterizzata da meno reti, meno fiducia, minore propensione alla cooperazione e all'impegno civico), parla di una vera e propria "erosione del capitale sociale" che ha prodotto una "stanchezza" delle forme tradizionali di impegno (assemblee, cariche sociali, militanza continuativa e un forte declino di partecipazione in organizzazioni e in *club* di vario tipo, di frequentazione di chiese, di interazione faccia a faccia tra individui: in sostanza "gli americani continuano a giocare a *bowling* ma sempre più da soli invece che in squadre organizzate"). Altri studiosi e molti rapporti istituzionali sottolineano, però, come la partecipazione si ricombini, in realtà, in forme diverse, quali iniziative locali, autorganizzate, meno formalizzate; il volontariato, soprattutto quello giovanile, tenda a concentrarsi su cause specifiche, spesso tramite comitati informali o movimenti, reti studentesche, gruppi di mutualismo urbano, che sfuggono alle statistiche convenzionali; la partecipazione si accordi secondo dinamiche meno tradizionali poiché molte associazioni si sono "digitalizzate" e prevedono piattaforme con riunioni da remoto, campagne digitali, raccolte fondi *online*.

Il desiderio che oggi anima molte forme di mobilitazione collettiva si orienta verso la connessione, la risonanza immediata, la possibilità di essere visti, riconosciuti, coinvolti in un flusso relazionale capace di produrre senso nell'istante stesso della sua attivazione, a scapito dell'adesione durevole a un'istituzione.

In questo quadro, l'algoritmo non si limita a fornire strumenti tecnici di comunicazione ma assume una funzione propriamente mediatrice: riorganizza le condizioni di accesso allo spazio pubblico; seleziona i contenuti degni di attenzione; modula l'intensità delle interazioni; programma i bisogni umani. In ultima analisi, concorre nella ridefinizione stessa delle aspettative della partecipazione.

L'algoritmo, in tal senso, aspirerebbe a configurarsi come una sorta di corpo intermedio informale. Esso, però, risulta privo di: i) garanzie di responsabilità, poiché, pur incidendo in maniera determinante sulla configurazione delle dinamiche collettive, non risponde né delle conseguenze derivanti dalle connessioni che genera, né degli effetti di esclusione, polarizzazione o amplificazione che produce. La mediazione algoritmica si configura, per sua intrinseca natura, come opaca e impersonale e non istituisce vincoli di obbligazione. Al contempo, l'algoritmo media ii) senza produrre stabilizzazione: la sua logica favorisce l'emersione rapida di mobilitazioni, reti di interazione, petizioni *online*, campagne social, *community* effimere, *activism* "a chiamata" e induce a un'esperienza collettiva la cui intensità si accende e si spegne, incapace di attraversare la dimensione temporale se non nella forma della reiterazione episodica. Non fornisce, però, strumenti idonei alla sedimentazione temporale di queste esperienze e di questi rapporti e non li trasforma in processi.

Infine, l'algoritmo media iii) senza rappresentare perché, a differenza delle istituzioni associative tradizionali, esso non articola la parola "a nome di" un soggetto col-

lettivo, non costruisce una volontà riconoscibile e condivisa, non assume la funzione di trasformare una pluralità di istanze particolari in una posizione comune. L'aggregazione algoritmica ignora il momento della sintesi dialettica, non elabora, non decide; si limita ad accumulare e orientare, generando una collettività priva di voce propria, incapace di ricondurre la molteplicità di soggetti connessi ad unitarietà, come solo gli enti sanno fare, per il tramite di un soggetto collettivo capace di rappresentarli.

Questa triplice assenza – di responsabilità, di stabilizzazione e di rappresentanza – consente di comprendere per quale ragione l'algoritmo non possa essere assimilato, neppure in senso metaforico, a un corpo intermedio: aspira a ricoprire alcune funzioni tradizionalmente attribuite alle istituzioni della mediazione ma lo fa svuotandole dei loro presupposti normativi e simbolici.

Ecco che, come si diceva, media senza produrre durata; intercetta il desiderio collettivo, lo amplifica, talvolta lo accelera, lo conduce a picchi, di cui si ha difficilmente ricordo negli ultimi anni, ma non lo accompagna oltre il momento dell'attivazione; coordina senza costruire appartenenza; rende visibile senza offrire un luogo di elaborazione comune. Non sempre, ma assai spesso.

Mentre l'algoritmo agisce come strumento dell'intensità e dell'immediatezza dell'evento, il diritto, come è stato efficacemente osservato e ricordato, opera quale strumento della durata e proprio la diversa economia temporale determina inevitabilmente la trasformazione profonda delle forme della partecipazione stessa verso coinvolgimenti senza appartenenza che faticano a tradursi in strutture organizzative stabili. Tutto ciò, però, non è privo di irrilevanza giuridica; anzi, anche la partecipazione così rimodulata produce effetti indiretti non trascurabili, incidendo sui processi di formazione dell'agenda pubblica, orientando le scelte regolatorie, esercitando pressioni reputazionali su istituzioni e attori economici.

Il nodo problematico non risiede nella proliferazione di queste forme aggregative "leggere", ma nella assenza di dispositivi che traducano tale partecipazione entro le forme istituzionali chiamate a dare continuità e responsabilità all'azione collettiva, con il rischio non tanto di una dissoluzione del legame sociale, quanto della sua permanente sospensione in una dimensione pre-istituzionale, nella quale l'istanza di riconoscimento e la domanda di partecipazione restano prive di un luogo capace di trasformarle in progetto condiviso. Il diritto fatica a leggere queste forme nuove e sfuggenti perché cerca soggetti, che qui appaiono sfuocati sotto contatti, relazioni, interazioni.

In questa prospettiva, il dialogo tra generazioni non si configura come un confronto tra un "prima" e un "dopo" dei corpi intermedi, né come una contrapposizione tra istituzioni tradizionali del codice civile e comunità effimere, ma come un tentativo di interrogarsi su ciò che si colloca prima, intorno e talvolta al di sotto delle forme associative tradizionali: spazi di incubazione del linguaggio politico e sociale, luoghi di emersione di priorità e sensibilità collettive, spazi in cui emergono bisogni che significano, con forza crescente, la necessità di rinnovare le modalità di ascolto, di inclusione e di rappresentazione.

Il diritto è chiamato a misurarsi con questa trasformazione: la domanda, allora, è se e in che misura esso sia ancora in grado di intercettare il desiderio di partecipazione,

senza snaturarlo, nella consapevolezza che non può né limitarsi a rimpiangere la perdita delle forme che hanno caratterizzato la partecipazione e l'associazionismo del Novecento, né rinunciare alla propria funzione stabilizzatrice. La risposta all'interrogativo, però, non può consistere in un semplice aggiornamento degli strumenti esistenti, né in un tentativo di ricondurre forzatamente le nuove pratiche entro categorie pensate per un diverso contesto storico.

Il diritto è piuttosto chiamato a interrogarsi su come accogliere questa socialità accelerata e discontinua, assumendo il compito sempre più complesso di tradurre queste nuove forme in configurazioni stabili, di durata. Si tratta di riflettere sul ruolo stesso del diritto nella costruzione della mediazione collettiva e nella lettura dei processi di aggregazione che si collocano a monte o ai margini degli enti noti. La sfida, allora, non è quella di imporre forme al desiderio, ma offrire al desiderio forme capaci di attraversare il tempo.



Responsabilidad bancaria en el manejo de cuentas de personas con discapacidad



Ángel Francisco Carrasco Perera

Catedrático de la Universidad de Castilla - La Mancha, Toledo

ÍNDICE: 1. La protección de los discapacitados en España. – 2. El supuesto. – 3. Algunos hechos previos al proceso. – 4. Fundamentos casacionales de la condena al banco. – 5. Deberes fiduciarios respecto del discapacitado. – 6. Descomposición analítica del caso (1). – 7. Descomposición analítica del caso (2). – 8. Valores e incentivos.

1. La protección de los discapacitados en España

El régimen de discapacidad civil fue reformado por la Ley 8/2021, aunque los hechos de esta sentencia ocurrieron antes de esta ley. Lo importante de esta sentencia es que sienta que, aparte de los curadores y tutores, también los terceros, especialmente las entidades financieras, están sujetos a deberes fiduciarios en favor de los discapacitados, y que han de cuidar de sus intereses al margen y por encima de las decisiones que al respecto tomen sus representantes legales (padres). Todavía más, que han de subordinar sus legítimos derechos contractuales a un supuesto “interés superior” del discapacitado, criterio que la Ley de 2011 rechaza, pero que el Tribunal Supremo reintroduce en esta sentencia.

2. El supuesto

Se plantea en la STS 1263/2024, de 7 octubre, si la entidad financiera en la que se encuentra depositado el dinero del que es titular una persona con discapacidad debe responder frente a ella por el importe destinado a pagar créditos que la propia entidad ostentaba contra una sociedad de la que el padre, nombrado representante legal del hijo por sentencia judicial, era socio y administrador. Se interpone recurso de casación con-

tra la sentencia que ha rechazado la demanda interpuesta contra la entidad financiera con el argumento de que el hijo únicamente dispondría de las acciones que le correspondieran contra los progenitores por negligente o irregular administración de los fondos del hijo. El recurso de casación será estimado. Y no porque la conducta del representante legal hubiese requerido autorización judicial, que no lo requería, según la sentencia. La Sala reconstruye contra la SAP los hechos del proceso y se esfuerza en distinguir y aislar las posiciones jurídicas del discapacitado y de su (¿desleal y oportunista?) representante legal, sin advertir que el discapacitado (representado) es parte del contrato de origen y por ende destino final de imputación de los estados subjetivos contextuales a la contratación.

La compleja estructura del caso es la siguiente. Persona incapacitada/discapacitada como consecuencia de un grave accidente, a la que se ha reconocido una indemnización por secuelas de 700.000 euros (HIJO) y sometido a poder de representación legal de su PADRE, a quien a tal efecto se le rehabilitó la patria potestad. Los fondos de la indemnización están depositados en una cuenta de BANCO, que lógicamente administra el PADRE, dentro de los límites (suponemos) en los que el ejercicio de la patria potestad no requiere autorización judicial. PADRE hace una transferencia de la cuenta para pagar una deuda que SOCIEDAD del PADRE mantiene con el mismo banco. La SOCIEDAD es insolvente. PADRE y MADRE del titular de la cuenta demandan a la sociedad y al banco la nulidad/responsabilidad de tales transferencias. No queda claro el grado de intervención de MADRE en los acontecimientos previos a la demanda, pero parece que no se hizo nada con discrepancia de aquélla ni con su ignorancia.

No se nos cuenta – y es una omisión decisiva – si SOCIEDAD era o no una sociedad familiar de cuyas actividades económicas se nutría la economía familiar. Es casi evidente que sí, porque de otra forma PADRE no hubiera pignorado bienes de HIJO al BANCO acreedor de aquélla, ni MADRE hubiera hipotecado para estas mismas deudas la vivienda familiar.

El petitum articulado por los progenitores representantes legales era como sigue. Se interpone demanda de juicio ordinario contra Banco Sabadell S.A (BANCO). y la mercantil Atapuerca Park S.L (SOCIEDAD), en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare: “1) *Alternativamente*, la ineficacia, rescisión, nulidad, anulabilidad o resolución de las transferencias de efectivo desde la cuenta del incapaz detalladas en el Hecho Sexto de la Demanda, y en el informe pericial adjuntado como documento n.º 23 y que ascienden a 58.620,51 EUROS. “2.º) *Se condene a los demandados* al reintegro a las cuentas del incapaz de la cantidad de 58.620,51 EUROS, más los intereses legales desde la fecha de cada una de las transferencias.

Evidentemente la demanda está mal formulada si se entendiera que la primera y la segunda pretensión se formulan alternativamente, pues el Derecho procesal español no admite acumulaciones “alternativas” de pretensiones. Por tanto, lo alternativo habría de referirse a los distintos remedios técnicos mediante los cuales la ineficacia negocial se pretende (resolución, anulabilidad, nulidad). La segunda pretensión acumulada – que no alternativa – sería la consecuencia restitutoria derivada de la ineficacia de la transfe-

cia. Pero entonces no se explicaría cómo puede ser condenado BANCO a esta restitución, porque el *accipiens indebiti* es sólo SOCIEDAD.

SOCIEDAD no contesta la demanda. Aunque no queda claro, probablemente la entidad se halla en concurso.

Sea como fuere, los actores formulan su tercer motivo de casación de esta forma: “Infracción de Ley por inaplicación del art. 1758, 1766, 1091, 1094, 1106, 1108 y 1124 del Código Civil, los artículos 306 y 307 del Código de Comercio, respecto *el incumplimiento del demandado de sus obligaciones contractuales de los fondos bancarios custodiados* y por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en sentencias de 16 de diciembre de 2011, n.º de resolución 915/2011 y la STS de 12/05/2016 n.º de resolución 311/2016”. En mi opinión esto constituye una cuestión nueva inadmisibile en casación.

En cualquier caso, no vamos a hacer leña de este árbol. Aplicando la antigua regla *omni meliori modo*, casi exigida por la garantía constitucional de tutela judicial, suponemos que la demanda inicial se ha formulado como una acumulación entre una pretensión principal de ineficacia y otra subsidiaria o residual de responsabilidad concurrente.

3. Algunos hechos previos al proceso

Según nos cuenta la sentencia de casación, la mercantil Atapuerca Park S.L (SOCIEDAD) entró en crisis económica, obteniendo diversos préstamos del Banco, los cuales no fueron atendidos a su vencimiento, por lo que se acordó una refinanciación con la entidad bancaria y se reunificaron los préstamos concedidos a dicha sociedad en un único préstamo a favor de Atapuerca Park S.L. por cuantía de 340.000 €, *pignorándose en garantía del mismo depósitos y fondos titularizados por HIJO por un total de 291.105 € (164.000 € en fecha 23 de octubre de 2009 y 127,105 € en fecha 10 de noviembre de 2011).*

Entre el año 2008 y el año 2012, se fueron traspasando diversas cantidades desde las cuentas de HIJO, bien a las cuentas de PADRE, desde donde se transferían inmediatamente, sin solución de continuidad y con la misma fecha de valor, a las de Atapuerca Park S.L. en dicho Banco, bien a las cuentas de Atapuerca Park S.L. directamente, sumando el importe total de 58 620,15 €, que se destinó a la amortización de los préstamos concedidos por dicho Banco a Atapuerca Park S.L.

El 23 de julio de 2013, a fin de liberar los depósitos pertenecientes al HIJO, la MADRE concertó un préstamo con *garantía hipotecaria constituida sobre la vivienda familiar y plazas de garaje de su propiedad*. El importe del préstamo fue destinado a amortizar los créditos de Atapuerca Park con el Banco.

El 19 de julio de 2018, el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Burgos dicta sentencia por la que estima la demanda interpuesta por MADRE y declara la nulidad de las hipotecas por entender que se trataba de una operación de refinanciación de Atapuerca Park S.L. *que había sido concertada por la presión de la entidad para liberar los fondos del hijo, de los que la madre no podía disponer para cubrir los gastos que generaba las necesidades del hijo.*

Nada más se cuenta en la sentencia de casación sobre este último y decisivo extremo. No conocemos la sentencia del JPI 5 de Burgos. Pero a juzgar por la descripción que hace la Sala, el contenido de esta resolución de instancia es absurdo. Seguramente no se ha declarado nula la constitución de la hipoteca por una suerte de coacción viciadora del consentimiento de MADRE, pues ya hay mucha jurisprudencia que desestima demandas de nulidad de este estilo cuando el deudor o un *insider* ha sido puesto por el acreedor ante la tesitura de garantizar o sufrir proceso de ejecución. Probablemente se hubiera querido decir que *como la pignoración de activos del HIJO fue nula* (falta de poder de disposición, conflicto de intereses, etc) – ¡pero en ningún momento fue declarada esta nulidad! –, también es nula la *novación* de aquella garantía por una hipoteca que MADRE presta sobre bien propio, vivienda familiar. La tesis es incorrecta, porque el art. 1208 CC no aplica en esta tesitura. Si la garantía que se nova es nula por las razones dichas o sospechadas, la garantía novante no lo es, precisamente porque no incurre en la causa de nulidad que precipita la invalidez de la primera.

Ya desde esa fecha empiezan a cursar los acontecimientos *iniciamente* contra BANCO.

4. Fundamentos casacionales de la condena al banco

Lo relevante de la sentencia es que el BANCO será condenado en casación como responsable solidario con SOCIEDAD. Con los siguientes argumentos. BANCO era conecedor de que se estaban utilizando recursos económicos del incapacitado para atender operaciones mercantiles a las que “era completamente ajeno”. Es decir, BANCO estaba admitiendo la utilización de los depósitos para operaciones de SOCIEDAD de donde se desprende el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la entidad, integradas conforme a los deberes que resultan de la buena fe y la ley (art. 1258 CC). El ámbito de las facultades de representación legal viene delimitado por las actuaciones que persigan el interés del hijo, y ni con autorización ni sin ella se extiende a los actos realizados para satisfacer intereses de terceros, incluidos los del representante, mediante la satisfacción de deudas propias o de sociedades en las que el representante tiene un interés y participación directa, como sucedió en el caso.

En este contexto, según la sentencia, incumbe a la entidad financiera en que se encuentra depositado el dinero de personas vulnerables, como son las personas con discapacidad, una especial diligencia para detectar fraudes y abusos, también de los representantes legales, con la consiguiente responsabilidad cuando no sólo no los impide sino que incluso ella misma, conociendo el origen del dinero, admite a su favor el pago de deudas de terceros con dinero de la persona con discapacidad, obteniendo a su costa un beneficio que carece de causa, pues HIJO no era deudor de la entidad financiera en la que tenía depositado el dinero percibido en concepto de indemnización. El perjuicio económico sufrido por HIJO como consecuencia de esta actuación se corresponde con la cantidad destinada a saldar unas deudas ajenas y, puesto que el fundamento de la acción que se estima es el incumplimiento por la entidad financiera de sus obligaciones contractuales,

la acción no es subsidiaria de otras eventuales responsabilidades, como la que apunta la sentencia recurrible, que sería exigible frente a los titulares de la patria potestad prorrogada. Tampoco es subsidiaria de las que pudieran corresponder a la entidad contra quien considere oportuno.

5. Deberes fiduciarios respecto del discapacitado

La tutela (de menores) “se ejercerá en beneficio del tutelado”, art. 200 I Código civil español (CC). Y el interés del menor es “superior” (arts. 202, 203, 213, 214 CC). Este es el marco normativo para la configuración de deberes fiduciarios a cargo del guardador, que no puede priorizar sus propios intereses frente a la parte vulnerable, no puede entrometerse en situaciones en que los intereses de uno y otro puedan conflictuar (art. 226.2º CC), ha de maximizar las ventajas que puedan ser obtenidas en favor del vulnerable, debe versar a éste todas las ganancias y ventajas adventicias producidas por la gestión y, finalmente, no puede proceder en su actuación con un estándar de diligencia menor que el estándar *in suis* cuando éste procuraría al vulnerable un nivel de protección superior a cualquier estándar de diligencia objetiva (buen padre de familia, etc).

Menos extenso es el contenido del deber fiduciario en relaciones nacidas de medidas de apoyo a discapacitados. Según el art. 250 II CC la función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias; pero no se impone un deber de maximización de ventajas, porque en la reforma operada por la Ley 8/2021 no existe ningún “interés superior” del discapacitado salvo su propia realización autopersonal (“garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona”, art. 250 II CC). El sistema sólo reconoce como principio “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales” (art. 249 I).

En realidad, parece como si legislador hubiera querido establecer una relación de guarda de tan baja intensidad que sólo deba instrumentalizarse a “la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro” (art. 249 II). El único rastro de componente fiduciario parece ser la prohibición de incurrir en conflictos de intereses y en evitar el empleo de “influencia indebida” (arts. 251.2º, 270 I CC).

Los terceros ajenos a la relación de guarda no están sujetos a deberes fiduciarios. Es cierto que el art. 1302.3 II CC in fine introduce un juicio de reproche de terceros que se funda en la existencia de una contraparte vulnerable: “se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta”. Pero la nor-

ma refiere este estado al concreto supuesto de hecho que la norma considera, a saber, que *sólo cuando la contraparte se encuentre en esta situación* estará legitimada para solicitar la nulidad la persona “a la que hubiera correspondido prestar el apoyo” y no lo prestó. Se supone que esta persona actuó de buena fe. Mas si el apoyo fue efectivamente prestado por tal persona, ni ésta ni el sujeto discapacitado están legitimados para obtener una anulación del contrato, con independencia de consideraciones relativas al estado de ánimo de la contraparte, salvo el dolo, porque *dolus omnia corrumpit*. La contraparte en cuestión no está sujeta a deberes fiduciarios y, en la especie, ni está privada de entrar en situaciones de conflicto de intereses con el vulnerable (apoyado debidamente) ni está obligada a subordinar la ventaja propia a la maximización de la ventaja del vulnerable con el que contrató (con los correspondientes apoyos).

Sería poco menos que contradictorio, y de causación imposible, que un tercero incurriera en infracción de deberes fiduciarios frente al vulnerable cuando la ley se ha encargado de diseñar el sistema de apoyos exclusivamente con el fin de procurar o ayudar la autorrealización personal del vulnerable. Estos objetivos son inalcanzables por terceros, y, notoriamente, son inalcanzables con el instrumento del contrato bilateral. Sólo por medio de una relación jurídica de apoyo puede pretenderse que el *curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones* (art. 282 IV) o que *el curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro* (art. 282 V). Ciertamente es que el vulnerable puede autoconstituirse una medida de apoyo por medio de un contrato gestor con un tercero que se comprometa (con *beneficium competentiae*, sólo hasta lo que pueda alcanzar) a una obligación de medios de esta clase, por precio o gratuitamente. Pero los contratos bilaterales de contenido patrimonial de intercambio de bienes y servicios no pueden entronizarse causalmente como el instrumento adecuado a tal propósito.

Si BANCO no está sujeto a tales deberes fiduciarios en virtud del régimen especial de la discapacidad, tampoco lo estará mediante una especie de integración de tales deberes en el contrato a través de la cláusula general del art. 1258 CC.

Yo comprendo que a nadie se le ocurre hoy sostener con la cara en alto que los bancos contratantes con los representantes legales de los incapacitados no tienen ningún deber fiduciario frente a aquellos, salvo que el banco estuviera habilitado para una gestión libre de carteras y cuentas, y que en ausencia de colusión, no comete ilícito contractual el cocontratante banco que se limita a seguir las instrucciones del representante legal y que el desempeño de la guarda se realiza en los términos de la resolución judicial que la constituyó. Pero así es la cosa y esto es lo que hay. Lo otro es bonito, pero no es el buen derecho.

A la magistrada ponente se le adivina el entusiasmo cuando desprecia siquiera tratar de una eventual y necesaria autorización judicial, porque sostiene sin ambages que nunca se otorgaría una autorización de esta clase para que el padre pagara la deuda de la sociedad con dinero del incapacitado. Será entonces que la magistrada sabe más de la vida de esa familia que lo que se cuenta en la sentencia, que la Sala dispone de conocimientos privilegiados que no son accesibles al lector. Raro es que esto ocurra, sin embargo,

porque la información buena sobre el trajín familiar era la que tenían los tribunales de instancia, y éstos desestimaron la acción contra el banco. Y *es seguro que la desestimaron porque contaban con la buena información.*

6. Descomposición analítica del caso (1)

Para facilitar el examen del caso, vamos a descomponer analíticamente el entramado de relaciones. Es necesario, porque la consideración holista del escenario personal casi inevitablemente condena al banco, sin más paliativos.

En las tres primeras estructuras que siguen vamos a suponer que *BANCO pagó deudas de SOCIEDAD con un tercero distinto del propio BANCO*. En su momento diré cuándo recupero para el argumento el hecho real de que BANCO saldó su crédito con dinero procedente de la cuenta de HIJO.

Primero, supongamos que es HIJO titular de la cuenta (actuando por sí y no bajo representación legal) quien mandata al BANCO orden de transferencia en favor de SOCIEDAD. Bien, si el HIJO no tuvo con ello voluntad de extinguir definitivamente la deuda, se entiende que pagó por medio del BANCO deuda de tercero (SOCIEDAD). La hipótesis es simple. El HIJO dispone contra sociedad de acción de regreso del art. 1158 CC y, eventualmente, podrá subrogarse en los privilegios y garantías de la deuda de la que era titular BANCO (art. 1159, 1210 CC). A nuestros efectos, nada hubiera cambiado si la deuda pagada era la que tenía SOCIEDAD frente al BANCO que opera la transferencia.

Segundo, en la situación anterior, introducimos al representante legal, PADRE, que paga con dinero del representado una deuda que grava sobre la SOCIEDAD y cuyo acreedor *no es* BANCO. Sostiene la sentencia que al PADRE no le era necesario un complemento (autorización judicial) para el ejercicio de su poder de representación. Luego el acto es válido. No se pide en la demanda responsabilidad de PADRE por la simplísima razón de que el mismo PADRE es quien demanda en nombre del HIJO. Según la sentencia de casación, la orden de transferencia no es un acto que pueda ser incluido en el art. 166 CC. Ahora bien, parece, siquiera prima facie, que existe entre HIJO y PADRE un conflicto de intereses que bastaría para proponer que el poder de representación había dejado de existir para ese acto (art. 162.2º CC), es decir, que de hecho el contrato había sido celebrado por un no legitimado, que la orden de transferencia es ineficaz de alguna forma (nulidad, anulabilidad) y que el PADRE respondería, además, por *dolo in contrahendo*. Es de justicia en este caso que PADRE no pudiera reclamar la nulidad frente a BANCO, pues es indiscutible que el primero estaría incurso en causa torpe por dolo, mientras que el BANCO, a lo sumo, por culpa. Si BANCO pudiera retrotraer la transferencia, lo hará sin coste propio. Si ya no se puede restituir, PADRE no podrá pedirle nunca a BANCO que cubra el déficit. Todo ello suponiendo que PADRE estaba *in malis* cuando actuaba de tal forma con dinero de HIJO. Pero si, como cabe sospechar, ni siquiera PADRE estaba *in malis*, con menos razón BANCO.

Precisemos más. Si el mandato de disposición de fondos se realizó sin poder de representación, la transferencia sería nula. Pero el destinatario de ésta es SOCIEDAD no el acreedor de dicha SOCIEDAD. El acreedor que a su vez es pagado de su deuda no está

sujeto a restitución, porque se le pagó lo que se le debía, y el dinero como cosa no es reivindicable. Ni tampoco el BANCO gestor del servicio de pago estará sujeto a restitución del *indebiti*, restituible conforme al art. 1895 CC.

Sigamos con la posición de BANCO. A mí me resulta razonable que BANCO no pueda ser condenado a responsabilidad (contractual, extracontractual) frente a HIJO (representado por PADRE y MADRE) como gestor negligente por *no haber puesto el cuidado exigible* en averiguar si el HIJO estaba sufriendo alguna lesión jurídica intolerable por *obra del PADRE que actuó – en el mejor de los casos para el resultado de la sentencia- por dolo. ¡Porque el dolo del representante se imputa contractualmente al representado!*, sin perjuicio de las acciones correspondientes contra en representante infiel. Como dije antes, de momento empleamos la ficción de que el BANCO operó la transferencia para pagar deuda de la SOCIEDAD con un tercero distinto del banco. Esta regla de imputación al representado – que sólo sirve en el ámbito penal en sede de personas jurídicas, art. 31-*bis* CP, pero que civilmente tiene alcance universal – se corresponde con la jurisprudencia civil que sitúa en el representante o gestor el punto de imputación relevante para la apreciación de los estados anímicos subjetivos relevantes para el contrato. Conforme con la jurisprudencia de la Sala 1ª TS, en los casos en que la relación del inversor con la entidad financiera se desarrolla a través de un tercero, que actúa como representante o mandatario formal o material, expreso o tácito, del cliente, objeto del enjuiciamiento del error como vicio del consentimiento, debe centrarse en dicho tercero interviniente, tanto a la hora de valorar la realidad y suficiencia de las explicaciones ofrecidas sobre la índole y riesgos que entraña el producto recomendado, como de ponderar su perfil y capacidad para interiorizar dicha información y la carga económica y jurídica que entraña siempre que conste con claridad la delegación. Salvo que nos hallemos ante un supuesto de mandato, representación u otro negocio jurídico de análogos efectos, es exigible en el profesional una mínima diligencia, en cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa aplicable, incluyendo que la entidad se cerciore, por una parte, de la certeza y alcance de esa relación (Sentencias Tribunal Supremo TS 207/2015, de 23 de abril, 517/2021, de 21 de julio y de Pleno 323/2015, de 25 de junio; 427/2025, 18 marzo)¹.

¹ Según la última sentencia citada, *En lo que se refiere a los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado, al actuar la demandante representada por su hijo, que fue quien configuró el producto a contratar mediante la remisión a Altae del folleto de un producto ofertado por otro banco para que se le preparara un producto de esas características, es razonable que sean tomados en consideración los conocimientos y experiencia del hijo de la demandante a efectos de decidir si existió vicio de la voluntad por error. Cuando quien se dispone a contratar otorga mandato representativo a un tercero para que realice en su nombre la negociación contractual y configure la prestación a contratar, el enjuiciamiento del error ha de realizarse respecto de dicho mandatario. Si este ha cumplido mal su cometido y no ha sabido explicar a su mandante la naturaleza y características del contrato, y en concreto del objeto de este, es cuestión que afecta al cumplimiento del mandato y a la responsabilidad del mandatario por haber cumplido mal sus obligaciones frente al mandante.*

La cosa es de una transcendencia enorme. No es que el dolo del representante sea imputado como dolo propio del representado *frente* al mismo PADRE, pues es notorio que el incapacitado no pudo hallarse en dolo en la relación fiduciaria con su guardador. La acción de responsabilidad o de regreso de HIJO contra PADRE no puede ser impedida por una *denegatio actionis* que se fundara en un principio de irrecuperabilidad del dolo como el del art. 1306 CC. Pero el dolo del representante si se imputa al representado frente al cocontratante al menos a los exclusivos efectos de que toda acción contra esta contraparte (que no se hallara a su vez incurso el dolo real) puede ser paralizada por la regla *nemo propriam*. No se produce ningún abismo conceptual. Simplemente ocurre que BANCO opone a la demanda del HIJO la regla *nemo propriam*, y reenvía el conflicto a su sede natural, que es la reclamación contra PADRE. El HIJO se hallaría en la red *nemo propriam* frente a BANCO, pero no frente a PADRE.

Tercero. Recomponemos la situación fáctica más probable. SOCIEDAD es una sociedad familiar de cuya actividad económica se mantiene o se lucra la familia en su conjunto, y no cabe pensar que el PADRE actuara con dolo cuando hizo el pago. A cualquiera se le ocurre una foto fija de la realidad, que la Sala de casación pretiere como si los hechos fueran irrelevantes. La economía familiar se sostiene para todos con una actividad empresarial o profesional del PADRE por medio de una sociedad personal, las cosas no van bien, la sociedad tiene una deuda con BANCO. Como consecuencia de una inicua sentencia de pasado, el banco ha perdido una hipoteca *limpia* de MADRE en garantía de su crédito *limpio* contra SOCIEDAD. No se nos dice – otro menosprecio de los hechos relevantes- si PADRE y/o MADRE eran fiadores personales de la deuda de SOCIEDAD, aunque el conocimiento de lo que frecuentemente sucede nos permite sospechar que sí lo eran.

Es una cuestión de hecho la de saber si el pago en aquellas condiciones *había sido de utilidad ex tunc al hijo*, con independencia de las evoluciones patrimoniales que hubieran afectado a las partes después de realizado el pago. Si la respuesta fuera positiva, PADRE no estaría privado del poder de representación o, en su caso, actuaría como gestor oficioso lícito de asuntos del HIJO (art. 1892, 1893 CC). En su caso, PADRE y SOCIEDAD podrían oponer a la acción indemnizatoria de HIJO la excepción de compensación con el contra- crédito derivado del enriquecimiento (ahorro de gastos) adventicio a la fortuna del hijo, en su caso. De todo ello resultaría, además, que HIJO carecería de acción de responsabilidad contra BANCO. Después, nuevamente, veremos, si la cosa es también así cuando, como de verdad ocurrió, BANCO satisfizo un crédito propio con ese dinero.

Es *improbabilísimo* que PADRE/MADRE hubieran pagado la deuda de SOCIEDAD frente a BANCO, de no haber tenido un interés propio *familiar* en ese pago. Como no tenemos que suponer, sino lo contrario, que fueran unos padres perversamente malos frente su hijo incapacitado, y operaran aquellos por el mero gusto de privar al hijo de sus ahorros, tiene que haber ocurrido un estímulo poderoso para ese pago. Si la SOCIEDAD fuera irrelevante para los padres por tratarse de una sociedad abierta, etc, no tiene sentido, en ausencia de un poderoso interés *familiar*, que los padres priven al HIJO de unos fondos vitales para su subsistencia futura, y todo ello para pagar una deuda de una sociedad en cuasi concurso en cuya subsistencia o solvencia los padres carecen de interés especial.

En cualquiera de los escenarios fácticos considerados hasta ahora, a mí me resulta seguro que, *ceteris paribus*, BANCO no debe responder frente al HIJO en la demanda de responsabilidad ejercitada por PADRE y MADRE a nombre de aquél. Por las razones siguientes, no exhaustivas.

Primero, ningún deudor contractual puede estar expuesto al riesgo de tener que responder por una conducta poco cuidadosa cuando de la parte adversa se actuó con dolo. Sería, así, escandaloso, que el representante legal del art. 1301 CC, que hubiera actuado como curador representativo, interpusiera contra la contraparte una demanda en nombre del representado que se sustentara en que el actor incurrió en conflicto de intereses o en abuso de autoridad cuando representaba al vulnerable. De hecho, el art. 1301 no contempla ni contemplaría jamás semejante legitimación. Por la misma razón hay que privar de legitimación al padre, tutor o curador que se atreviera a sorprender a un tercero de buena fe mediante una acción de anulabilidad fundada en que el negocio en cuestión requería autorización judicial y él no la solicitó. Hay aquí lo que desde el Derecho penal se conoce como *prohibición de regreso*, cuya definición canónica se atribuye a FRANK (cfr. RENZIKOWSKY, *Norma e imputación*, 2024, p. 120): “*Ninguna causa es la condición previa de una condición que estaba dirigida libremente a la producción de un resultado*”.

Se dirá en contra. ¿Pero entonces quien defenderá al vulnerable de nuestra historia, condenado tristemente a una condición vegetativa hasta el día de su muerte, el cual nunca recuperará un estado de capacidad preciso para revelarse contra sus mayores? Bueno, por aquí han pasado tres instancias judiciales. Bien podría haber procedido alguna de ellas de oficio a estimular el celo del Ministerio Fiscal para que se hubiera promovido el nombramiento de un defensor del art. 295 CC. O incluso haber promovido el expediente el propio juzgador (art. 28.2 Ley Jurisdicción Voluntaria). Hubiera sido lo propio, habilitar rápidamente una defensa al vulnerable para que demandara a su PADRE y MADRE y SOCIEDAD, por haberse “enriquecido” por medio de un pago de tercero. Cualesquiera de estas medidas, antes de que los dos interesados progenitores demanden al BANCO.

Es para mí evidente que la demanda instada por los padres *debería haberse desestimado (incluso inadmitido) por falta de poder de representación paterna*. No son los padres quienes pueden demandar, sino un defensor judicial, y precisamente pidiendo sentencia de condena frente a los padres. Por tanto, *ahora* sí que los padres se hallan en conflicto de intereses, aunque acaso no lo estuvieran antes.

Con esto no quiero significar que PADRE y MADRE se encuentren en dolo frente al hijo. Quiero significar sólo que, *si el BANCO se encontrara en culpa*, como sostiene la sentencia, *entonces los padres se hallarían en dolo*.

El deudor no carga con el riesgo de cuidado de los intereses del otro cuando es ese otro el que se declara, por medio de su actuación voluntaria, como no necesitado ni merecedor del cuidado ajeno.

Segundo, porque en general no se deben externalizar en terceros los riesgos de una representación legal mal gestionada por conflicto de intereses entre las partes de la relación fiduciaria (PADRE, HIJO), salvo que el tercero en cuestión hubiera actuado a su vez con connivencia o dolo (*dolus omnia corrumpit*). Y no es dolo en lo que incurre el banco

que se paga con dinero de su cliente una deuda como la de nuestro caso. Porque el banco no está obligado a maximizar los intereses del vulnerable a costa de los legítimos propios. Ni además es seguro que el vulnerable saliera mejor parado si el PADRE no hubiera paralizado con fondos del HIJO la *amenaza que para los intereses familiares suponía una deuda bancaria impagada*. En materia de representación legal de menores y discapacitados, el tercero no contratante o el contratante con el representante legal no puede estar nunca expuesto a los riesgos de fracaso en la relación representativa por la existencia de conflicto de intereses respecto del cual el tercero no está en dolo. Que BANCO supiera que la deuda de SOCIEDAD se estuviera pagando por PADRE con dinero del HIJO no convierte a BANCO en gestor y deudor doloso *ceteris paribus*. Es cosa que ocurre todos los días, y basta que los hechos y la historia hayan generado una confianza legítima en la regularidad de un curso de acción.

Contra lo que sugiere la sentencia, la lectura desapasionada de los hechos no revela la connivencia lesiva ni ruptura de deberes fiduciarios propios de gestor. BANCO tiene derecho a suponer que todas sus contrapartes constituyen una unidad económica y que la continuidad de estas prácticas de comunicación patrimonial *se hace por el bien de la familia incluido especialmente el HIJO*. Es lo que toda persona normal pensaría. Si la Sala se hubiera representado la situación ex ante – y no cuando SOCIEDAD está ya quebrada y PADRE y MADRE demandan al banco- hubiera omitido seguramente todas esas acusaciones veladas y patentes contra BANCO, que sólo se explican si un juzgador ya conoce el final de la historia cuando hay que juzgar de hechos equívocos ocurridos en el pasado, el conocido como *sesgo retrospectivo*.

Tercero, aunque la Sala se complace en recordar el sonido de la nueva música pro-discapitado, no repara que la Ley 8/2011 he desinstalado la *lógica de la protección del vulnerable* y la ha sustituido por la (ridícula) *lógica de autorrealización del vulnerable*, un espacio de solipsismo que sólo es significativo en las relaciones personales entre el vulnerable y el gestor de su discapacidad (guardador, curador, servicios sociales, etc), pero en el que BANCO tiene poco que hacer y decir. O, y lo digo sin cinismo, acaso el BANCO consultó anticipadamente los deseos y expectativas futuras y contrafácticas del hijo, se puso en su lugar, y realizó una prognosis de buena fe, decidiendo que era mejor para el HIJO pagar de su dinero esa deuda que de una manera u otra pesaba sobre la familia.

7. Descomposición analítica del caso (2)

Y ahora retorno al factor inexplorado hasta aquí: *BANCO paga su propio crédito contra SOCIEDAD con dinero de la cuenta de HIJO en ejecución de una orden de transferencia mandatada por el PADRE*. Este pensamiento es el que en el fondo reconcome la buena conciencia de los magistrados de la Sala y de tanta otra honesta gente que se deja vencer por la primera impresión. Pero sin razón.

Era una consagrada regla de Derecho romano que el acreedor que recibe en pago lo que se le debe, lo retiene con derecho, aunque el proceso formativo de la conducta de

pago hubiera sido irregular. El pago es debido si se te pagó lo que se te debía, aunque te pagara (por error) quien no te debía (Digesto 12, 6, 44).

La sentencia de ahora da a entender que BANCO se apropiaría de estos fondos, en una suerte de “autocompensación” impropia. Pero no fue así, porque BANCO es simple mandatario de una orden de pago dada por el ordenante (PADRE). Quien paga es PADRE como administrador de SOCIEDAD y como representante legal del titular de los fondos. Es como si PADRE hubiera extraído en metálico el dinero de la cuenta del hijo, y luego, con el “sombrero” de administrador social de la deudora, hiciera un ingreso en caja de BANCO. Si BANCO no puede negarse a cumplir la orden de pago cuando el destinatario es un tercero, no se entiende que haya de negarse cuando el destinatario es el mismo BANCO y lo pagado es una deuda cierta y no contestada. BANCO no incurre en dolo cuando cobra lo que se le debe por medio de un pago hecho por quien podía hacerlo, pago que lo es de una deuda en la que el titular del dinero se hallaba (eso hay que presumir) naturalmente interesado.

8. Valores e incentivos

Toda la cuestión, finalmente, se reduce al siguiente juicio de valor. ¿Quién ha de soportar en vía de regreso la insolvencia actual o probabilísima de SOCIEDAD? Por múltiples razones, el tándem HIJO-PADRE-MADRE. Son seguramente los dueños de SOCIEDAD, quienes se apropian el excedente de beneficios posibles, a diferencia de BANCO, que, titular de una deuda fija, sólo participa en las desgracias, pero no en el *upside*. Y en todo concurso son los socios los que absorben la primera pérdida. El acreedor externo siempre cobra antes que el socio (*regla de prioridad absoluta*). El tándem familiar no puede reclamar a BANCO porque éste adquiriría un contracrédito inmediato de regreso contra PADRE doloso y SOCIEDAD enriquecida, y, por ende, contra HIJO-al-que -se-imputa-el-dolo-contractual-del-PADRE. Y es abuso de derecho reclamar en pago *quod statim redditurus est*.

*¿Y los incentivos al cumplimiento? Admito que el contrario redarguya de esta forma. Si hay que proteger el patrimonio de los discapacitados como un bien jurídico de interés colectivo, es mejor cargar sobre el agente profesional (BANCO) los costes de evitación del fracaso, y no sobre los insiders (papás, sociedades familiares) que nunca se dejarán motivar por la norma, por la potísima razón de que ellos mismos se acorazan como inmunes, al ostentar en exclusiva la legitimación procesal para demandar y, además, ser insolventes; más en nuestro caso, en el que el hijo nunca saldrá de su profunda incapacidad. La idea no es mala, pero me parece más positiva la de *dolus omnia corrumpit*, y que se endose al Derecho penal (contra los papás delincuentes, si lo fueron), no al civil, la tarea de promover la efectividad de las normas de esta clase.*

Naturalmente, se incurre en sesgo de corto alcance cuando se considera sólo la provocación de incentivos de las normas protectoras del patrimonio de los vulnerables. Pero antes de que el estado de hecho presupuesto llegue a existir, hay que provocar también los incentivos legales para que se pueda producir la capitalización de los daños del vulne-

rable y su gestión eficiente por medio de un depositario en aras del propio beneficio de aquél. ¿Qué harán los bancos del futuro que lleguen a conocer nuestra historia? Demasiado riesgo aceptar la apertura de una cuenta sustanciosa a nombre de un incapacitado permanente, cuenta gestionada por la persona que tiene al mismo tiempo los incentivos a causar lo mejor y lo peor para el vulnerable, o, por lo menos, a considerar honradamente que los intereses del vulnerable no son distintos de los intereses propios, y seguramente con razón. Por este riesgo adventicio, el titular de la cuenta tendrá que pagar al banco. Y éste hará muy bien en blindarse en el futuro, con razones o por mera conveniencia, cuando el PADRE / MADRE deseen realizar una disposición de fondos, remitiéndoles a un juez que les despache una autorización con la que el banco se cure de la suspicacia de si no habrá detrás de todo ello un conflicto de intereses familiar que le pueda salpicar mañana. Los padres se pasarán el día en el juzgado, y la cuenta amortizada y sin uso.

Una vez más nuestros tribunales resultan incapaces de hacer juicios consecuenciales que sirvan para promover en el futuro, y colectivamente, los intereses de todos aquellos que están o estarán en la clase en la que se halla éste vulnerable cuya miseria se trata ahora de neutralizar, aunque *cras pereat mundus*.

