



Accademia

Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani

Direttore: **Vincenzo Cuffaro**

numero **undici** Maggio - Agosto 2026

- **CONFRONTI**

Arturo Maniaci, Riccardo Omodei Salè, Ilaria Riva, Maria Annunziata Astone, Mauro Di Marzio

- **ORIENTAMENTI**

Giulio Biancardi, Amalia Chiara Di Landro, Giuliano Zanchi, Angelo Venchiarutti

- **OPINIONI**

Francesca Bartolini, Roberto Bocchini, Marina Giandoriggio

- **INTERSEZIONI**

Giuseppe Vettori, Geo Magri, Francesco Sangermano, Mauro Grondona

- **OSSERVATORI**

Jihane Benarafa, Valentina Lunesu, Naiara Posenato, Davide Totaro

Direttore editoriale/Editor-in-chief:

Vincenzo Cuffaro – Università di Roma Tre

Vicedirettore/ Deputy director:

Claudio Scognamiglio – Università di Roma Tor Vergata

Comitato Editoriale/Editorial Board:

Giuseppe Amadio – Università di Padova

Maria Astone – Università di Messina

Angelo Barba – Università di Siena

Francesca Bartolini – Università Link di Roma

Elena Bargelli – Università di Pisa

Ettore Battelli – Università di Roma Tre

Elena Bellisario – Università di Roma Tre

Claudia Benanti – Università di Catania

Valentina Calderai – Università di Pisa

Carmelita Camardi – Università Ca' Foscari di Venezia

Francesca Cristiani – Università di Pisa

Massimo D'Auria – Università di Siena

Tommaso dalla Massara – Università di Roma Tre

Andrea Dalmartello – Università di Milano Statale

Matteo Dellacasa – Università di Pavia

Valentina Di Gregorio – Università di Genova

Chiara Favilli – Università di Pisa

Fulvio Gigliotti – Università Magna Graecia di Catanzaro

Mauro Grondona – Università di Genova

Enrico Minervini – Università di Napoli Federico II

Filippo Nappi – Università di Napoli Parthenope

Riccardo Omodei Salè – Università di Verona

Teresa Pasquino – Università di Trento

Enrico Quadri – Università di Napoli Federico II

Francesco Ricci – Università LUM G. Degennaro

Nicola Rizzo – Università di Pavia

Francesco Sangermano – Università di Roma Tor Vergata

Pietro Sirena – Università Bocconi di Milano

Anna Scotti – Università di Napoli Federico II

Comitato di Redazione/Editorial Staff:

Edoardo Bacciardi – Università di Pisa

Anna De Bellis – Università Ca' Foscari di Venezia

Guglielmo Bevivino – Università di Milano Bicocca

Luigi Buonanno – Università Bocconi di Milano

Viola Cappelli – Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Francesca Cerea – Università di Bergamo

Francesca Degl'Innocenti – Università eCampus

Martina D'Onofrio – Università di Milano Bicocca

Tommaso De Mari – Università di Trento

Andrea Maria Garofalo – Università di Trento

Donato Maria Matera – Università LUM G. Degennaro

Mario Natale – Università di Foggia

Susanna Sandulli – Università di Roma Tre

Elisa Stracqualursi – Università di Pisa

Franco Trubiani – Università di Napoli Parthenope

Comitato dei Garanti per la valutazione scientifica/Referee Committee:

Aurelio Gentili – Università di Roma Tre

Gianni Iudica – Università Bocconi di Milano

Valutatori/Referee

Giorgio Afferni (Università di Genova) – Enrico Al Mureden (Università di Bologna) – Francesco Astone (Università di Foggia) – Alberto Maria Benedetti (Università di Genova) – Roberto Bocchini (Università di Napoli Parthenope) – Fabio Bravo (Università di Bologna) – Ilaria Amelia Caggiano (Università di Napoli Suor Orsola Benincasa) – Giovanna Capilli (Università telematica San Raffaele, Roma) – Cristina Caricato (Università di Roma La Sapienza) – Donato Carusi (Università di Genova) – Cristiano Cicero (Università di Cagliari) – Claudio Colombo (Università di Sassari) – Maria Vita De Giorgi (Università di Ferrara) – Luca Di Donna (Università di Roma La Sapienza) – Paolo Gaggero (Università di Roma La Sapienza) – Claudia Irti (Università Ca' Foscari di Venezia) – Andrea Nervi (Università di Sassari) – Fabrizio Piraino (Università di Palermo) – Massimo Proto (Università Link di Roma) – Rolando Quadri (Università di Napoli Federico II) – Giorgio Resta (Università di Roma Tre) – Liliana Rossi Carleo (Università di Roma Tre) – Roberto Senigaglia (Università Ca' Foscari di Venezia) – Michele Sesta (Università di Bologna) – Sara Tommasi (Università del Salento) – Stefano Troiano (Università di Verona).

I contributi sono sottoposti alla procedura di revisione anonima (*double blind peer review*) nel rispetto dei criteri indicati nel vigente Regolamento Anvur.

© Copyright 2026 – Accademia Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani

Iscrizione al R.O.C. n. 6269

Rivista online in open access periodicità quadrimestrale

ISSN 2974-8755

Direzione e Redazione:

Roma

Produzione e distribuzione

Pacini Editore srl – Via Gherardesca 1 – 56121 Pisa

– tel. 050 313011

Sommario

p. 443

CONFRONTI

ARTURO MANIACI, La nozione di procedimento e la sua fecondità nell'ambito delle successioni *mortis causa* | *The concept of proceedings and its usefulness in Italian succession law* » 447

RICCARDO OMODEI SALÈ, Il problema dell'eredità vacante e le diverse modalità del suo superamento | *The issue of vacant inheritance and the different ways of overcoming it* » 461

ILARIA RIVA, La rinuncia all'eredità e la sua revoca | *The renunciation of inheritance and its revocation* » 475

MARIA ANNUNZIATA ASTONE, Merito creditizio e concessione abusiva del credito tra Direttiva UE 2023/2225 e riforma del T.U.B. | *Creditworthiness and abusive lending between EU Directive 2023/2225 and the reform of the Italian Consolidated Banking Act (T.U.B.)* » 489

MAURO DI MARZIO, La nozione di «mercato» fra universo tradizionale e nuovi scenari digitali | *The notion of "market" between the traditional universe and new digital scenarios* » 509

ORIENTAMENTI

GIULIO BIANCARDI, Contratti illeciti, prestazioni di cose generiche, restituzioni | *Unlawful contracts, unascertained goods, and restitutionary remedies* » 519

AMALIA CHIARA DI LANDRO, Minori di età e accesso ai servizi digitali. Itinerari di una tutela in evoluzione | *Minors and access to digital services. Pathways of an evolving protection* » 541

GIULIANO ZANCHI, Alea razionale, meritevolezza degli interessi e validità del contratto IRS | *Rational risk, worthiness of interests, and the validity of IRS contracts* » 561

ANGELO VENCHIARUTTI, Contratti di pacchetto turistico e circostanze inevitabili e straordinarie: giurisprudenza della Corte di giustizia e riforma europea del 2026 <i>Package travel contracts and unavoidable and extraordinary circumstances: case law of the Court of Justice and the 2026 European reform</i>	»	575
--	---	-----

OPINIONI

FRANCESCA BARTOLINI, Il destino della clausola risolutiva espressa indeterminata <i>The fate of the indeterminate express termination clause</i>	»	603
ROBERTO BOCCHINI, La responsabilità civile dei blogger <i>The civil liability of bloggers</i>	»	617
MARINA GIANDORIGGIO, Oltre l'ordine pubblico: l'interpretazione secondo senso di umanità e nati da maternità surrogata <i>Beyond public policy: interpretation according to the sense of humanity and children born through surrogacy</i>	»	635

INTERSEZIONI

GIUSEPPE VETTORI, Su verità e diritto. Un libro di Roberto Conti e Antonio Ruggeri <i>On truth and law. A book by Roberto Conti and Antonio Ruggeri</i>	»	653
GEO MAGRI, La Giustizia al femminile nel Melodramma <i>Women and Justice in Opera</i>	»	663
FRANCESCO SANGERMANO, Emilio Betti e le lezioni di diritto civile sui contratti agrari. Teoria generale del negozio, proprietà produttiva e valore dell'autonomia privata nel pensiero del giurista camerte <i>Emilio Betti and the civil law lectures on agricultural contracts. General theory of the juridical act, productive property and relevance of private autonomy in the reflections of the jurist from Camerino</i>	»	687
MAURO GRONDONA, Emilio Betti e il dirigismo corporativistico a fondamento dei contratti agrari <i>Emilio Betti and the corporatist state direction as the foundation of agricultural contracts</i>	»	711

OSSERVATORI

JIHANE BENARAF, La formazione del giurista nel Maghreb tra passato e presente <i>The making of the jurist in the Maghreb: past and present</i>	»	717
--	---	-----

VALENTINA LUNESU, Il giurista in Cina: percorsi formativi e professioni legali <i>The legal profession in China: legal education and professional pathways</i>	»	733
NAIARA POSENATO, L'educazione giuridica in Brasile tra modelli formativi e trasformazioni <i>Legal education in Brazil: between comparative legal models and transformations</i>	»	747
DAVIDE LUIGI TOTARO, Professioni legali e formazione del giurista in Giappone: l'esperienza delle <i>Law School</i> e le sfide del nuovo millennio <i>Legal professions and the training of jurists in Japan: the law school experience and the challenges of the new millennium</i>	»	763

SOMMARIO

La cadenza quadrimestrale di **ACCADEMIA** colloca il secondo fascicolo annuale nel periodo estivo; periodo di vacanze e di viaggi, ed appunto al viaggio invitano i contributi presenti nella sezione **Osservatori** che, seguendo il filo conduttore della formazione dei giuristi, conducono il lettore in un percorso attraverso vari paesi e vari continenti: da quelli più vicini, ma ciò nonostante forse meno conosciuti, a quelli oltreoceano, sino a quelli un tempo identificati come esotici.

Le pagine **Jihane Benarafa** descrivono l'esperienza del Marocco, luogo emblematico di interazione tra tradizione islamica, eredità coloniale e costruzione dello Stato costituzionale, mentre **Naiara Posenato** ricorda come il Brasile sia rappresentativo dell'esperienza comune all'area latino-americana, segnata dal passato coloniale, dall'affinità linguistica con spagnolo e portoghese, dalla circolazione della letteratura giuridica europea e dall'appartenenza alla tradizione romano-canonica, sottolineando la stretta relazione tra formazione giuridica, costruzione dello Stato e riproduzione delle élites politiche e amministrative. Volgendo

lo sguardo al Giappone, **Davide Totaro** spiega come l'insegnamento del diritto e la formazione delle professioni legali abbiano certamente assecondato il processo di modernizzazione avviato nella metà dell'800, ma considera le criticità determinate dalla riforma del sistema giustizia che, dopo la Costituzione del 1947, è stata varata ai primi del secolo, secondo un modello fortemente influenzato dall'esperienza statunitense. Da ultima, ma non certo per ultima, la complessa realtà della Cina nella quale, come ben illustra **Valentina Lunesu**, la formazione del giurista si è andata sviluppando in una costante dialettica tra apertura internazionale e salvaguardia delle specificità dell'ordinamento nazionale. Per restare in tema di vacanze, l'ampio studio di **Angelo Venchiarutti** esamina, nella sezione **Orientamenti**, le decisioni rese dalla Corte di Giustizia sul recesso dal contratto di pacchetto turistico, chiarendone il rilievo e mettendone in luce gli esiti in larga parte recepiti nella nuova direttiva (UE) 2026/1024 pubblicata l'8 maggio 2026, della quale viene attentamente chiarita la portata.

Ancora, su una tematica solo all'apparenza 'vacanziera' e

meno impegnativa, nella sezione **Intersezioni**, l'intelligente analisi di **Geo Magri** segue le note del melodramma e conduce a scoprire le modalità attraverso cui il teatro d'opera costruisce e problematizza il rapporto tra donna e giustizia, delineando uno spazio autonomo di riflessione su questioni ancora oggi centrali per la teoria del diritto, quali la vulnerabilità, la pluralità degli ordinamenti, l'abuso del potere, i limiti della neutralità del giudizio e l'insufficienza della tutela formale.

Per chi invece voglia approfittare del periodo feriale per letture più tradizionali, le altre sezioni offrono assai ricchi materiali e una pluralità di prospettive.

Alle regole delle successioni sono dedicati, nella sezione **Confronti**, i tre contributi di **Arturo Maniaci**, **Riccardo Omodei Salè** e **Ilaria Riva** che, sviluppando la nozione di procedimento, mettono a fuoco i temi della rinuncia all'eredità e della organizzazione sistematica degli istituti dedicati a risolvere il problema dell'eredità resa vacante da accadimenti che riguardano la persona del chiamato o il titolo della vocazione. Nella medesima sezione, l'analisi colta e ricca di suggestioni di **Mauro Di Marzio**, passa in rassegna i problemi che si determinano nel mercato digitale.

Rispetto a tale mercato **Amalia Di Landro**, nella sezione **Orientamenti**, mette a fuoco le comprovate esigenze di tutela dei minori mentre, nella sezione **Opinioni**, **Roberto Bocchini** spiega come la normativa europea, segnatamente il *Digital Services Act*, e

la recente giurisprudenza di legittimità portino a far ritenere superato il modello fondato sulla sostanziale neutralità dell'*internet service provider* rispetto al progressivo affermarsi di obblighi di diligenza, cooperazione e moderazione, la cui inosservanza è fonte di responsabilità.

Ancora ad esigenze di tutela del consumatore ha riguardo lo studio che, nella sezione **Confronti**, **Maria Astone** dedica alle disposizioni che il d.lgs. n. 212/2025 ha introdotto nel T.U.B. in attuazione della direttiva (UE) 2023/2225, chiarendo come le nuove regole si iscrivano nel disegno di protezione dal sovraindebitamento e di attuazione del principio di prestito responsabile.

La riflessione sulla giurisprudenza è, come di consueto, vasta e articolata. Oltre al già menzionato contributo di **Angelo Venchiarutti** sulle decisioni del giudice europeo, nella sezione **Orientamenti**, **Giulio Biancardi** illustra la sentenza Cass. S.U. 28 aprile 2026, n. 11513 sui limiti d'operatività dell'azione di arricchimento in presenza di contratto nullo per contrarietà all'ordine pubblico o frode alla legge, della quale condivide l'esito ma critica alcuni passaggi argomentativi; parimenti critici sono i rilievi formulati da **Giuliano Zanchi** rispetto al *decisum* di Cass. 3 febbraio 2026 n. 2262 nella quale, a valle della decisione delle S.U. del 2020, la Prima sezione torna sui requisiti di validità dei contratti IRS.

Nella sezione **Opinioni**, **Marina Giandoreggio** mette fuoco la questione che Cass. civ., Sez. I, ord. n. 5656/2026 ha rimesso alle Sezioni unite circa la

idoneità nella regola dell'adozione in casi particolari ad assicurare una tutela che possa dirsi pienamente effettiva per il minore. Nella medesima sezione **Francesca Bartolini**, prendendo le mosse da Cass. 25 agosto 2025, n. 23843 e svolgendo un attento raffronto con la giurisprudenza d'oltralpe, fa il punto sul consolidato orientamento in materia di clausola risolutiva espressa, con particolare riferimento al significato del requisito della determinatezza.

L'attenzione al presente non deve far dimenticare la storia delle idee ed i suoi protagonisti.

In questa prospettiva, nella sezione **Intersezioni**, **Francesco Sangermano** ricorda la lezione di **Emilio Betti** sui contratti agrari, ricca di spunti per la teoria del negozio giuridico ed allo stesso giurista dedica una riflessione **Mauro Grondona** che coglie il raccordo con il dirigismo corporativo e dunque con l'ideologia politica che **Betti** aveva condiviso.

Le sollecitazioni lanciate dalle acute interviste su 'verità e diritto' che **Roberto Conti** conduce da tempo su **ACCADEMIA**, parte delle quali sono ora raccolte nel volume eponimo, producono frutti: ne offre significativa testimonianza la meditata riflessione che **Giuseppe Vettori** dedica al tema: *«Un diritto quello alla verità, che va rispettato e adempiuto da chi governa, giudica, insegna, indaga il pensiero e illumina la vita».*

Buona lettura!



La nozione di procedimento e la sua fecondità nell'ambito delle successioni *mortis causa**



Arturo Maniaci

Prof. ass. dell'Università di Milano

SOMMARIO: 1. La categoria del procedimento nella prospettiva civilistica. – 2. Il procedimento successorio e le sue fasi. – 3. “Ogni inizio è una fine”. Ma quando si chiude il procedimento successorio? – 4. (Segue) Suggestioni e conferme da Piazza Cavour. – 5. Conclusioni.

1. La categoria del procedimento nella prospettiva civilistica

In tutte le scienze, tanto nomotetiche quanto idiografiche¹, e dunque anche in quella particolare scienza che è la scienza giuridica², sono epistemologicamente utili e anzi necessarie le categorie e i concetti giuridici, che – come ci ha insegnato Aurelio Gentili, sulla base di un'intuizione di Uberto Scarpelli – «non dipendono interamente dalla legge,

* Il contributo apparirà nell'opera collettanea *Procedimento successorio: fasi, soggetti, atti e attività*, a cura di A. Maniaci.

¹ Tale distinzione risale a WINDELBAND, *Geschichte und Naturwissenschaft* [1894], in ID., *Präjudien. Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, II, Tübingen, 1915, trad. it. *Storia e scienza della natura*, in *Lo storicismo tedesco*, a cura di P. Rossi, Torino, 1977, 320 ss. ed è stata ripresa, fra gli altri, da RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, Tübingen und Leipzig, 1902, trad. it. *I limiti dell'elaborazione concettuale scientifico-naturale. Un'introduzione logica alle scienze storiche*, a cura di Catarzi, Napoli, 2002, 162-163.

² Che, a giudizio di Kelsen, *Causalità e imputazione* [1950], in Appendice a ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. Treves, Torino, 2000, 208, è «probabilmente la più antica e la più sviluppata scienza sociale».

perché hanno un nucleo solido, che resta costante al di là delle vicissitudini legislative, in quanto corrisponde all'uso comune che i giuristi di fatto fanno dei concetti»³.

Nel nostro caso, ossia in quel settore di studio e di disciplina che ha per oggetto il fenomeno della successione universale a causa di morte, saremmo di fronte a quello strumento concettuale stipulativamente forgiato a scopi classificatori cui opportunamente conviene il nome di 'paradigma della mutazione'⁴.

Mentre, infatti, un tempo la scienza del diritto amministrativo traeva ispirazione dalle costruzioni civilistiche di origine pandettistica e post-pandettistica (come l'atto e il negozio giuridico) per inquadrare dogmaticamente l'atto amministrativo⁵, non senza ovviamente compiere quegli sforzi di adattamento che ogni tentativo di edificazione teorica e sistematica inevitabilmente comporta⁶, successivamente è toccato alla dottrina civilistica avvalersi di una categoria del diritto amministrativo, qual è il procedimento.

Tale categoria, intesa come complesso di atti sequenziali e fra loro interdipendenti, posti in essere da amministrazioni pubbliche e soggetti privati e finalizzati all'emanazione di un provvedimento amministrativo o di un accordo sostitutivo di esso⁷, ed elevata oggi – specie da quando è destinataria di uno statuto normativo (l. n. 241/1990) – a modalità generale di esercizio dell'*agere* amministrativo, era stata già oggetto in Italia di un'ampia indagine dogmatica e sistematica originariamente compiuta nel 1940 da Aldo Mazzini Sandulli, il quale aveva concepito il procedimento in termini formali e teorici generali come una serie successiva di fatti o atti tra loro coordinati e logicamente connessi, con-

³ GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 255. V. anche ID., *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 641 ss., soprattutto per il rilievo secondo cui si può al più parlare di evoluzione, non già di crisi, delle categorie.

⁴ Su cui v. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, I, Padova, 2012, 267 ss., il quale usa tale espressione per alludere al ricorso alle disposizioni di ermeneutica contrattuale al fine di interpretare gli atti amministrativi (su tale tendenza, soprattutto giurisprudenziale, cfr. VELLUZZI, *L'interpretazione giudiziale degli atti amministrativi tra cattive analogie e ricerca dei criteri*, in *Antologia di Diritto Pubblico*, n. 1s/2026, 260 ss.).

⁵ Sulla tradizionale ricostruzione in chiave negoziale del provvedimento amministrativo, cfr. VILLATA - RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2^a ed., Torino, 2017, 12.

⁶ Fra i primi in Italia ad aver compiuto tale tentativo è certamente da menzionare RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, spec. 9 ss., ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, III, Camerino, 1992, 37 ss. (v. da ultimo CASSATELLA, *L'invenzione dell'atto amministrativo. Il pensiero sistematico di Oreste Ranelletti*, Bologna, 2026, 147).

⁷ MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, a cura di Mazzaroli - Pericu - Romano - Roversi Monaco - Scoca, Bologna, 2005, 536 ss. Sui caratteri essenziali della nozione di procedimento elaborati dalla dottrina italiana tradizionale e per un esame critico, v. CARLIZZI, *Procedimento* (voce), in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, a cura di Pomarici, Torino, 2007, 455 ss.

catenati diacronicamente in diverse fasi e preordinati in vista del conseguimento di un unico effetto, o risultato giuridico, finale⁸.

La dottrina civilistica ha certamente visto con favore la categoria del procedimento sul piano della teoria generale⁹, facendo emergere anche l'esigenza di una distinzione rispetto ad altre categorie dogmatiche, come la fattispecie a formazione progressiva¹⁰, ma si può dire che soltanto in tempi recenti l'abbia metabolizzata¹¹, impiegandola e adattandola ad alcuni istituti privatistici o contesti disciplinari, fra cui, segnatamente, il contratto, alludendosi con quella categoria vuoi al relativo *iter* di formazione¹², vuoi ad alcuni modelli legali preparatori o di perfezionamento della fattispecie contrattuale (si pensi, ad esempio, alla sequenza di contratto preliminare/contratto definitivo o a quella di opzione/accettazione, ovvero ai contratti normativi o ai negozi configurativi)¹³, vuoi

⁸ SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940 (ristampa 1964), spec. 1 ss., 24, 36 ss. e 52. Sull'influenza di tale opera sugli studi e sull'evoluzione del diritto amministrativo, v. A. ROMANO, *Il procedimento amministrativo e il suo impatto sulla cultura giuridica italiana*, in AA.Vv., *Il magistero scientifico di Aldo M. Sandulli nel centenario della nascita*, a cura di Sandulli, Napoli, 2015, 93 ss.

⁹ Basta rileggere le pagine di una 'classica' opera come quella di SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 103-104 (ma la prima edizione rimonta al 1944), secondo cui quando certi «fatti, collegati dalla loro funzione unitaria, sono disposti in un determinato ordine cronologico e logico, ordine necessario per il regolare svolgimento della fattispecie, questa si presenta più specificatamente come un procedimento». La compiuta teorizzazione del procedimento come categoria idonea a cogliere il dinamismo dell'ordinamento giuridico privatistico e a ripensare i rapporti fra ordinamento giuridico e autonomia privata, specie con riferimento ai concreti modi di esercizio dei correlativi poteri, si deve comunque a S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, *passim*, ma spec. 5 ss. e 24 ss. (cfr. sul punto P. PERLINGIERI, *La concezione procedimentale del diritto privato*, in AA.Vv., *Salvatore Romano. Giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Milano, 2007, 62 ss.; FRANCO, *Lo studio del procedimento giuridico in Salvatore Romano. Ovvero: l'autonomia privata nella dimensione dinamica dello svolgimento, tra ordinamenti e unitarietà sistematica*, in *Salvatore Romano*, a cura di Furguele, Napoli, 2015, 190 ss.). Sul procedimento nella prospettiva privatistica, per un quadro d'insieme, cfr. DI PRISCO, voce *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 845 ss.

¹⁰ Vi ravvisava un'incompatibilità logica FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 190 ss., tesi cui ha aderito PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 1, *La pubblicità in generale*, Milano, 1957, ora in Id., *Scritti giuridici*, III 1948-1957, Milano, 2011, 1700-1701. *Contra*, però, notoriamente, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 307.

¹¹ Lo attesta RICCI, *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, in AA.Vv., *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti*, a cura di Martino - Panzarola - Abbamonte, Milano, 2022, 145 ss., il quale ne registra la sostanziale assenza dalla manualistica di settore.

¹² *Ex multis*, RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, 15 ss.; BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 48 ss.; PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, 15 ss. e 108 ss.; CATAUDELLA, *I contratti in generale. Parte generale*, Torino, 2023, 45 ss.; per ulteriori riferimenti, v. URSO, *Autonomia privata e procedimento di formazione del contratto*, in *Pers. e merc.*, 2010, 59, nota 3.

¹³ G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, 2ª ed., Milano, 1991, 255 ss.; PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991, 46 ss. e 108 ss.; PILIA, *Accordo debole e*

alle diverse forme e modalità di alterazione negoziale degli schemi tipici previsti per la sua conclusione¹⁴.

Oggi, se è vero che la categoria del procedimento è entrata a pieno titolo nel lessico del civilista, un tempo dominato dalla rigida logica della fattispecie¹⁵, è anche vero che merita ancora di essere adeguatamente indagato il suo impiego nella materia delle successioni a causa di morte, con la conseguente necessità di individuare quali siano le relative fasi (necessarie ed eventuali).

2. Il procedimento successorio e le sue fasi

Traendo ispirazione da alcuni versi del quinto ‘movimento’ dell’ultimo dei quattro quartetti di Thomas Stearns Eliot, in cui si legge che finire è spesso cominciare¹⁶, si può dire che la morte di una persona fisica non è che la fase iniziale (o il presupposto, o l’antecedente logico¹⁷) del più ampio fenomeno successorio, suscettibile di essere rappresentato alla stregua di un vero e proprio procedimento¹⁸, che come categoria generale del diritto allude – come si è visto *supra* – a una sequenza dinamica e ordinata di atti o fatti giuridici, intrinsecamente correlati, ciascuno dei quali, pur caratterizzato da un effetto proprio, esaurisce la propria funzione esclusivamente nella dimensione interna del pro-

diritto di recesso, Milano, 2008, 457 ss. V. anche MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, 1155 ss.

¹⁴ BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 6 ss. e 185 ss.; FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Milano, 2012, 32 ss. e 169 ss.; ORESTANO, *Schemi alternativi*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, 2 ed., I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano 2023, 165 ss.; per ulteriori riferimenti, v. ADDIS, *Tecniche procedimentali, problemi sostantivi e «giustizia» procedurale. Una testimonianza sulla metodologia di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 712, nota 42.

¹⁵ BENEDETTI, *Il diritto privato nella prospettiva del procedimento*, in AA.VV., *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, a cura di Ricci, Milano, 2024, 421; v. anche ID., *Il contratto è procedimento: nel Codice civile e nel diritto europeo*, in *Pactum Online*, n. 1/2025, 13: «il modello procedimentale appartiene all'atto del regolare in modo talmente intenso da superare ogni differenza di disciplina e da caratterizzare, in modo irrinunciabile, tutti gli istituti del diritto privato».

¹⁶ ELIOT, *Little Gidding*, in *Four Quartets*, New York, 1943, 38 (che si può leggere anche in ID., *The Complete Poems and Plays 1909-1950*, New York, 1971, 224).

¹⁷ NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, 11.

¹⁸ Sulla fecondità della nozione in materia di successioni *mortis causa*, cfr. V. BARBA, *La rinuncia all'eredità*, Milano, 2008, 10 ss.; ID., *La rinuncia nel procedimento successorio*, in BONILINI - BARBA - COPPOLA, *La rinuncia all'eredità e al legato*, Torino, 2012, 9 ss.; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 10ª ed., Milano, 2020, 73 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, 5ª ed., a cura di Ferrucci - Ferrentino, Milano, 2023, 22; in giurisprudenza, v. ad es. Cass., sez. un., 5 febbraio 2021, n. 2867, in *Foro it.*, 2021, I, 3651 ss., in motivazione.

cedimento stesso, in vista della compiuta realizzazione di un effetto giuridico finale, alla cui produzione il procedimento è deputato¹⁹.

Non appena si verifica la morte di una persona fisica, si determina, infatti, come una delle sue conseguenze automatiche, l'apertura della successione, ma, prima che si arrivi all'acquisto definitivo della qualità di erede da parte di almeno uno dei successibili a titolo universale, occorre attendere che si esaurisca la fase della vocazione e quella della delazione (concettualmente distinta dalla prima²⁰), in cui ad uno o più successibili viene attribuito il diritto di subentrare nei rapporti giuridici che facevano capo al *de cuius*, attraverso un atto volontario, consistente nell'accettazione dell'eredità (o *aditio*)²¹. La fase finale è rappresentata dall'acquisto definitivo della qualità di erede da parte di almeno uno dei successibili (tra i quali è annoverabile anche lo Stato, ma solo in mancanza di altri successibili per testamento o per legge). Ognuna di queste fasi del procedimento successorio presenta, dunque, una propria autonomia, quantomeno sul piano logico e dogmatico²².

Posto che è sempre dato registrare uno iato temporale (anche minimo) fra la morte di una persona fisica e l'acquisto della qualità di erede da parte di almeno uno dei suoi successibili, il legislatore – in omaggio ad esigenze di certezza delle situazioni giuridiche soggettive e di tutela dei traffici commerciali – ha consacrato il principio di retroattività²³ (*arg. ex art. 459 e 521, 1° comma, c.c.*), secondo cui, in forza di un meccanismo finzionistico²⁴, il chiamato all'eredità (*rectius*, delato) che diventa erede subentra nella titolarità dei rapporti che facevano capo al defunto senza soluzione di continuità, ed è considerato erede sin dal momento dell'apertura della successione, mentre, in caso di mancato acqui-

¹⁹ Va, però, precisato che ciò che connota il procedimento in ambito privatistico non è tanto o solo la scansione temporale degli atti della serie ordinata, quanto e soprattutto la successione di situazioni giuridiche soggettive (poteri, facoltà, obblighi, oneri) che ne derivano: DI PRISCO, voce *Procedimento (dir. priv.)*, cit., 860; FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 824.

²⁰ La distinzione fra vocazione e delazione, oggi dogmaticamente acquisita, era un tempo reputata «piuttosto aerea» (BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 2ª ed., Milano, 1944, 37).

²¹ Cfr. per tutti SCIALOJA, *Diritto ereditario romano*, Roma, 1905, 467, il quale richiama al riguardo il noto passo di Ter. Clem. 5 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 50.16.151 («*Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi*»).

²² Dal punto di vista cronologico, vocazione e delazione, che per solito sono caratterizzate da simultaneità, possono, tuttavia, in alcune ipotesi, non coincidere (si pensi all'istituzione di erede sotto condizione sospensiva, alla chiamata in favore di nascituri, ovvero alla nuova ipotesi di sospensione dalla successione prevista dall'art. 463-bis c.c., in cui alla morte del *de cuius* si ha vocazione di determinati successibili, ma non ancora delazione in loro favore, che peraltro potrebbe non sopravvenire punto).

²³ Che «domina tutta la teoria della vocazione e dell'acquisto dell'eredità» (NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., 61).

²⁴ CALVO, *La devoluzione dell'eredità. Contributo allo studio degli elementi strumentali del procedimento successorio*, Napoli, 2025, 64.

sto della qualità di erede, il chiamato è come se non fosse mai stato chiamato (salvo che a certi, particolari, circoscritti fini: v. artt. 461 e 479 c.c.)²⁵.

A differenza dei sistemi giuridici franco-germanici (cui appartengono, oltre che la Francia e la Germania, anche il Belgio, la Svizzera, la Grecia e i Paesi Bassi), il legislatore del Codice civile del 1942 – come attestano i lavori preparatori²⁶ – ha consapevolmente abbandonato il principio della *saïsine iuris* ereditaria, in cui si ha un passaggio diretto, immediato e automatico della titolarità del compendio ereditario al momento della morte del *de cuius*, senza bisogno di accettazione da parte dell'erede, salva una sua successiva ed eventuale rinuncia, e – analogamente al legislatore spagnolo, portoghese e austriaco – ha optato per un sistema di devoluzione *mortis causa* che accoglie come regola generale quella dell'acquisto mediante una manifestazione di volontà (espressa o tacita) da parte del delato (v. art. 459 c.c.)²⁷ o comunque per il tramite di un comportamento (commissivo od omissivo) allo stesso imputabile (v. artt. 485, 487 e 527 c.c.), circoscrivendo le ipotesi di acquisto *ipso iure* alle fattispecie di successione a titolo particolare (per il legato, v. art. 649 c.c.)²⁸ e a quella residuale della devoluzione dell'eredità in favore dello Stato (v. art. 586 c.c.)²⁹.

Alla luce di tali sia pure non univoci indici sistematici, quindi, ai fini dell'acquisto della qualità di erede, non è sempre necessaria una manifestazione di volontà espressa (nelle forme richieste dall'art. 475 c.c.) da parte del chiamato all'eredità, ma, alternativamente, è richiesto un suo contegno significativo e incompatibile con la volontà di rinunciare all'eredità (è la fattispecie dell'accettazione c.d. tacita dell'eredità: v. artt. 476-478

²⁵ Non a caso il chiamato all'eredità è stato icasticamente rappresentato come una figura provvisoria e senza una sua storia (FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*. Artt. 456-511, 3ª ed., in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1997, 124).

²⁶ Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile*, n. 226.

²⁷ La centralità dell'accettazione ai fini dell'acquisto dell'eredità è stata in più occasioni sottolineata dalla giurisprudenza: Cass., ord. 6 marzo 2018, n. 5247, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce "Successione ereditaria", n. 109; Cass. 6 maggio 2002, n. 6479, *ibidem*, 2002, voce cit., n. 48. Ulteriori riferimenti in ROMEO, *L'acquisto dell'eredità*, in *Tratt. dir. succ. e donaz.*, I, diretto da Bonilini, Milano, 2009, 1201, nota 6.

²⁸ Quando l'acquisto è a titolo particolare, non è necessaria l'accettazione, in quanto nel legato v'è coincidenza tra delazione ed acquisto (art. 649 c.c.), con la conseguenza che chi sia designato dal testatore quale beneficiario di attribuzioni sia a titolo universale sia a titolo particolare può conseguire il legato nonostante la rinuncia all'eredità e, viceversa, può acquistare l'eredità, rinunciando al legato.

²⁹ Sui differenti sistemi di devoluzione successoria che si sono storicamente affermati, cfr. CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*. Artt. 456-461, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2006, 50; G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in *AA.Vv., Diritto delle successioni e delle donazioni*, I, 2ª ed., a cura di Calvo e G. Perlingieri, Napoli, 2013, 179-180, nota 1. In chiave comparatistica, cfr. LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, Antwerpen-Bruxelles, 1996; ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da Sacco, Torino, 2002, 25 ss.; DUTOIT, *Perspectives comparatives sur la succession ab intestat*, in *AA.Vv., Le droit des successions en Europe. Actes de colloque de Lausanne du 21 février 2003*, Genève, 2003, 13 ss.

c.c.), ovvero ricorre una di quelle ipotesi, tassative, di acquisto dell'eredità senza accettazione, in cui l'effetto acquisitivo, in una con la decadenza sia dalla facoltà di rinunciare all'eredità sia dal beneficio d'inventario, si produce in conseguenza di una condotta tale da giustificare una reazione da parte dell'ordinamento giuridico in chiave sanzionatoria³⁰, ovvero, in estremo subordine, in mancanza di successibili testamentari e legittimi, è applicabile l'art. 586 c.c., in cui 'erede necessario' è lo Stato, che non può rinunciare, ma gode del beneficio d'inventario *ex lege*.

Una volta che, in uno di questi modi, si acquista la qualità di erede, la vicenda successoria si chiude: *semel heres, semper heres*³¹.

3. “Ogni inizio è una fine”. Ma quando si chiude il procedimento successorio?

Può persino apparire un'affermazione truistica quella per cui il procedimento successorio non è esaurito se e fino a quando i rapporti ereditari non siano compiutamente definiti, per modo che la regolamentazione dell'assetto degli interessi facenti capo ai successibili a causa di morte non possa essere più messo in discussione.

Va, tuttavia, osservato, su un piano più generale, che la cristallizzazione o il consolidamento in via definitiva dei rapporti successori *mortis causa* – per quanto risponda a un'esigenza che l'ordinamento giuridico tende a tutelare e realizzare, anche in omaggio a ragioni di certezza delle situazioni giuridiche soggettive e di tutela dei traffici commerciali – può rivelarsi un risultato velleitario o quantomeno non sempre agevolmente conseguibile.

Fatte salve le ipotesi di sentenze passate in giudicato che definiscono controversie fra successibili e di accordi transattivi validamente perfezionatisi da tutti i successibili, infatti, da un lato sono previste azioni – il cui vittorioso esperimento è suscettibile di influire sull'esito della delazione ereditaria – per legge imprescrittibili, come quelle esercitabili da chi intenda ottenere la rimozione o la costituzione di uno *status* di filiazione e agisca

³⁰ Nel senso che si tratterebbe di una pena privata (legale), cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 198; BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?*, in AA.Vv., *Le pene private*, a cura di Busnelli - Scalfi, Milano, 1985, 6; AZARA, *Codice civile. Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni. Commentario*, a cura di Azara et alii, diretto da D'Amelio, Firenze, 1941, 157. Vi ravvisa, invece, una diversa *ratio*, consistente nell'esigenza di garanzia dei creditori del *de cuius*, ai quali non può essere opposta la limitazione della responsabilità derivante dal beneficio d'inventario o la rinuncia, Cass. 9 aprile 2014, n. 21348, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce “Successione ereditaria”, n. 103.

³¹ In forza di tale principio, è irrevocabile l'atto di accettazione di eredità e diventa definitivo l'acquisto della qualità di erede, che «permane, non solo qualora l'accettante intenda revocare l'atto di accettazione in precedenza posto in essere, ma anche nell'ipotesi in cui questi compia un successivo atto di rinuncia all'eredità» (Cass., ord. 23 luglio 2020, n. 15663, in *Rep. Foro it.*, voce “Successione ereditaria”, n. 135).

in qualità di figlio (disconoscimento di paternità, contestazione dello stato di figlio, impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, reclamo dello stato di figlio)³²; dall'altro lato, anche le azioni e i diritti che in materia successoria sono soggetti a decadenza o a prescrizione possono conoscere una persistenza assai durevole³³ e, volendo, anche oltre il relativo termine previsto dalla legge, se il soggetto interessato non sollevi la relativa eccezione o non la sollevi tempestivamente in giudizio, non vertendosi, di regola, in materia sottratta alla disponibilità delle parti³⁴, tant'è che anche in giurisprudenza appare pacifico il principio per cui, in mancanza di una (tempestiva) eccezione di intervenuta prescrizione, il decorso del termine decennale di cui all'art. 480 c.c. non impedisce al chiamato di procedere all'accettazione (espressa o tacita) dell'eredità³⁵.

Del resto, nonostante la declamazione della paremia '*semel heres, semper heres*', non è da escludersi che il procedimento successorio – caratterizzato, come si è visto, dalla sua articolazione in diverse fasi logico-concettuali necessarie (morte di una persona fisica,

³² Vero che l'imprescrittibilità delle azioni di stato proposte dal figlio è una regola generale introdotta dalla riforma della filiazione (l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013). Vero è anche, però, che la giurisprudenza ne ha affermato l'applicabilità ai giudizi già pendenti alla data della sua entrata in vigore (in tal senso, con riferimento all'azione di disconoscimento di paternità, v. Cass. 26 giugno 2014, n. 14557, in *Foro it.*, 2014, I, 2810; Cass. 21 febbraio 2019, n. 5242, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce "Filiazione", n. 40; *contra*, però, in relazione all'azione di impugnazione del riconoscimento di figlio, Cass. 14 febbraio 2017, n. 3834, in *Foro it.*, 2017, I, 832).

³³ Basti pensare all'azione volta ad ottenere una pronunzia di indegnità a succedere in ragione della formazione o dell'uso di un testamento falso, il cui termine decennale di prescrizione – secondo la giurisprudenza – non decorre dall'apertura della successione, bensì dal momento in cui il soggetto legittimato maturi la consapevolezza sia della circostanza che una parte pretenda di essere erede e si qualifichi come tale in forza di un testamento che si ha motivo di ritenere falso, sia del proprio diritto a conseguire l'eredità o il legato, in virtù di indici oggettivamente univoci idonei a determinare tale convincimento in una persona di normale diligenza (Cass. 29 novembre 2016, n. 24252, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce "Successione ereditaria", n. 160; Cass. 29 marzo 2006, n. 7266, *ibidem*, 2006, voce cit., n. 88). Una parte della dottrina reputa per soprammercato l'azione *de qua* imprescrittibile (in tal senso, v. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., 1956, 657; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Art. 456-511*, cit., 179-180; VIDIRI, *L'azione di indegnità a succedere è soggetta a prescrizione?*, in *Giust. civ.*, 2007, I, 945; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II-2, 6ª ed., a cura di M. Bianca - Sirena, Milano, 2022, 28).

³⁴ Che il meccanismo estintivo operi *ipso iure* soltanto nelle decadenze c.d. di ordine pubblico è convincimento diffuso (cfr. ad es. VIRGADAMO, *La decadenza e l'«inerzia estintiva» delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, Napoli, 2019, 72 ss. e 101), laddove la rinunzia alla prescrizione (ma lo stesso discorso vale per la rinunzia alla decadenza) è, secondo la più recente giurisprudenza, rilevabile d'ufficio, trattandosi di (contro)eccezione in senso lato (Cass., ord. 25 novembre 2015, n. 24113, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce "Prescrizione e decadenza", n. 18; Cass., ord. 10 febbraio 2020, n. 3057, in *Guida dir.*, 2020, 19, 67).

³⁵ Cass. 27 ottobre 1969, n. 3529, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce "Successione ereditaria", n. 35; Cass., 26 giugno 1987, n. 5633, in *Vita not.*, 1987, 757; Cass. 25 giugno 2020, n. 12646, in *Rep. Foro it.*, 2020, voce "Successione ereditaria", n. 91; Trib. Treviso, 6 maggio 2021, n. 837, in *ForoPlus*.

apertura della successione, vocazione, delazione, acquisto della qualità di erede) – incapaci in ‘vizi’ (sopravvenuti rispetto alla morte del *de cuius*) idonei ad incidere sull’esito delle singole fasi della vocazione (si pensi, ad esempio, ad una sentenza di accoglimento di un’impugnazione del testamento), della delazione (si pensi, ad esempio, a una sentenza che pronunzia l’indegnità a succedere di un chiamato all’eredità) e dell’acquisto dell’eredità (si pensi, ad esempio, ad un’accettazione dell’eredità fatta invalidamente da un chiamato all’eredità o ad una sentenza che pronunzi la risoluzione per inadempimento di disposizioni testamentarie modali)³⁶. Fatti o circostanze del genere impediscono, infatti, che possa ritenersi definitivamente completato il procedimento successorio.

4. (Segue) Suggestioni e conferme da Piazza Cavour

Merita di essere segnalata una recente decisione della giurisprudenza di legittimità³⁷, che sembra dare ulteriore linfa e attualità al tema (dei presupposti) della chiusura del procedimento successorio.

Il caso è peculiare, perché, controvertendosi circa il diritto applicabile a una successione a causa di morte di una cittadina australiana apertasi nel 1994 e avente ad oggetto beni immobili siti in Italia, la questione giuridica rilevante era se dovesse essere applicata la legge italiana, che *inter alia* contempla l’azione di riduzione a tutela del legittimario leso o pretermesso, ovvero il diritto australiano, che non contempla tale rimedio. La soluzione della questione dipendeva dall’applicabilità della legge 31 maggio 1995, n. 218 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, entrata in vigore il 1° settembre 1995, ovvero degli artt. 23 e 30 delle disposizioni preliminari al Codice civile italiano (c.d. preleggi)³⁸, espressamente abrogati dall’art. 73 della l. n. 218/1995. Nella specie, i giudici di secondo grado avevano ritenuto applicabile il diritto successorio australiano, sulla base degli artt. 23 e 30 delle c.d. preleggi, affermando che la successione si era integralmente esaurita con l’accettazione dell’eredità da parte del chiamato all’eredità in forza di testamento, avvenuta prima dell’entrata in vigore della l. n. 218/1995, il cui art. 72, 1° comma prevede che tale legge si applichi in tutti i giudizi iniziati dopo la data della sua entrata in vigore, facendo, però, salva l’applicabilità alle situazioni esaurite prima di tale data delle previgenti norme di diritto internazionale privato (fra cui gli artt. 23 e 30 disp. prel. c.c.). In sede di legittimità, invece, il figlio della *de cuius*, assumendo la qualità di erede legittimo (conseguente all’invalidità del

³⁶ Il tema è stato già indagato in lungo e in largo da OMODEI SALÈ, *La successione dei chiamati in subordine. Una vocazione a fisionomia variabile*, Milano, 2020, 22-23 e 34 ss.

³⁷ Cass., 23 gennaio 2025, n. 1632, in *ForoPlus*.

³⁸ La prima disposizione prevedeva che le successioni per causa di morte sono regolate, ovunque siano i beni, dalla legge dello Stato al quale apparteneva, al momento della morte, il *de cuius*; la seconda prevedeva che, quando si deve applicare una legge straniera, non si tiene conto del rinvio che essa faccia ad altra legge.

testamento) ovvero, in subordine, di legittimario pretermesso, aveva sostenuto la tesi per cui la successione non si era esaurita con l'accettazione dell'eredità da parte di chi era chiamato per testamento, in quanto al momento dell'entrata in vigore della riforma italiana del diritto internazionale privato, pur essendosi già perfezionata l'accettazione di eredità, non risultavano ancora prescritte né le azioni volte a far caducare il testamento né l'azione di riduzione, sicché, in virtù degli artt. 46 e 13 della L. n. 218/1995, doveva tenersi conto del rinvio effettuato dalla norma successoria straniera alla legge del luogo di ubicazione degli immobili, con la conseguenza che la successione relativa agli immobili avrebbe dovuto considerarsi sottoposta alla legge italiana e alle disposizioni da questa previste a tutela dei legittimari.

La censura viene ritenuta fondata dai giudici di piazza Cavour, secondo cui i giudici di merito avevano erroneamente escluso l'applicabilità della l. n. 218/1995, che fa salvo il rinvio contenuto nella legge straniera ad altra legge, omettendo di tener conto che il diritto australiano in materia di successioni a causa di morte contiene una norma di rinvio alla disciplina del luogo di ubicazione degli immobili, rinvio dal quale non poteva prescindere nell'esaminare la fondatezza dell'azione di riduzione. Per i giudici di legittimità, il rinvio di cui si deve tener conto è anche quello all'indietro, ossia alla stessa legge italiana riguardo agli immobili ubicati in Italia, poiché il diritto australiano disciplina soltanto la successione nei beni mobili e negli immobili situati in Australia, dovendosi di conseguenza formare due distinte masse ereditarie, rette dalla legge applicabile a ciascuna di esse, sia in relazione al profilo della validità ed efficacia del titolo successorio, sia per quanto concerne l'individuazione degli eredi, la determinazione dell'entità delle rispettive quote spettanti ai successibili, le modalità della delazione, l'accettazione, la pubblicità degli atti e l'eventuale tutela dei legittimari.

Pur nel rispetto delle peculiarità del caso di specie, che consisteva – come si è visto – in una successione connotata da elementi di transnazionalità, per cui era rilevante la questione dall'applicabilità della legge n. 218/1995³⁹, i giudici di Piazza Cavour – con una decisione la cui portata è forse destinata ad estendersi anche al di là dei confini dell'area del diritto intertemporale e del diritto internazionale privato (su cui il caso di specie induceva inevitabilmente a concentrare l'attenzione) – hanno escluso che quella situazione potesse essere annoverata fra le «situazioni esaurite»⁴⁰, contemplate dall'art. 72,

³⁹ L'art. 72, 1° comma, l. n. 218/1995 – nell'individuare la legge sostanziale destinata a regolare la successione – adotta il criterio del momento della proposizione della domanda giudiziale (che se proposta dopo l'entrata in vigore della legge del 1995 rende applicabile quest'ultima) e quello dell'esaurimento degli effetti delle fattispecie sorte prima dell'entrata in vigore della legge del 1995 (che comporta, invece, la loro sottoposizione alla disciplina dettata dalla normativa previgente, in cui rientrano le disposizioni di cui agli artt. 23 e 30 delle c.d. preleggi): ma nel caso di specie, mentre l'apertura della successione e l'accettazione di eredità erano avvenute prima della data di entrata in vigore della l. n. 218/1995, l'instaurazione del giudizio di primo grado da parte del legittimario pretermesso era successiva a tale data.

⁴⁰ Tale nozione, che evoca quella utilizzata da una nota pronuncia del *Bundesverfassungsge-*

1° comma, l. n. 218/95, affermando il principio di diritto secondo cui l'accettazione dell'eredità, intervenuta prima dell'entrata in vigore della l. n. 218 del 1995, non determina l'esaurimento della successione ereditaria, ai sensi dell'art. 72, comma 1, della medesima legge, poiché, pur costituendo in capo all'istituto la qualità di erede universale, non rende intangibile la regolazione del testamento, che consegue unicamente al passaggio in giudicato della sentenza che definisce i rapporti successori, ovvero al verificarsi di altra preclusione alla possibilità di porne in discussione l'assetto, ovvero al decorso dei termini di decadenza o di prescrizione per far valere eventuali diritti successori (mentre, nella specie, erano ancora pendenti i termini di impugnativa per ottenere l'annullamento del testamento).

5. Conclusioni

La morte, se da un lato chiude il ciclo vitale di una persona fisica, determinando l'estinzione della capacità giuridica, dall'altro lato inaugura una nuova stagione, in cui per solito campeggiano sul piano giuridico più esigenze: (i) individuare almeno un soggetto (persona fisica o giuridica) che possa subentrare nei rapporti giuridici attivi e passivi trasmissibili, che facevano capo al defunto (*rectius* – utilizzando la nota formula ellittica della locuzione latina '*is de cuius hereditate agitur*' – al '*de cuius*'); (ii) conservare, non disperdere e quindi gestire il patrimonio ereditario, salvaguardando per quanto possibile anche le ragioni dei creditori ereditari; (iii) attuare eventuali volontà, anche di natura extrapatrimoniale, manifestate dal *de cuius*.

richt tedesco in tema di diritto intertemporale (cfr. decisione del 31 maggio 1960, in *Ent. des BVerfG's*, 11, 139 ss., in cui si discorreva di «*noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen*») e, ancor prima, dallo stesso legislatore italiano (v. art. 3 della L. 6 agosto 1958, n. 790, emanata per vero in sostituzione di una normativa dichiarata incostituzionale, ove era prevista la sua applicabilità «anche ai rapporti relativi alle annate agrarie 1955-56 e 1956-57, e non ancora esauriti alla data del 20 luglio 1958», precisando che cosa a quei fini dovesse intendersi per «rapporti esauriti»), allude, infatti, a tutte quelle situazioni che abbiano già compiutamente realizzato tutti i propri effetti giuridici, ovvero a quelle che siano definitivamente accertate in sede giurisdizionale (con sentenza passata in giudicato), o a quelle in relazione alle quali si sia verificato altro evento cui l'ordinamento giuridico collega il consolidamento di un determinato rapporto giuridico (come, ad es., il perfezionamento di una transazione), o a quelle in relazione alle quali sia maturata una preclusione processuale, una decadenza o una prescrizione. Per una definizione generale di «rapporti esauriti», che viene soprattutto in rilievo come limite generale alla retroattività delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, cfr. PATRONO, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 915; in giurisprudenza, cfr. ad es. Corte cost., 7 maggio 1984 n. 139, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, 1084 ss.; Cass., 12 novembre 1999, n. 12538, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Diritto internazionale privato», n. 5; Cass., 20 novembre 2012, n. 20381, *ibidem*, 2012, voce «Corte costituzionale», n. 52; Cass., 7 luglio 2016, n. 13884, *ibidem*, 2016, voce cit., n. 86; Cass., sez. trib., 16 maggio 2019, n. 13126, *ibidem*, 2016, voce cit., n. 160.

Durante questo (più o meno duraturo) arco temporale, in attesa che venga realizzato quell'interesse, di ordine pubblico, consistente nella individuazione – in base a criteri prestabiliti dall'ordinamento giuridico – di almeno un erede, il diritto si occupa e si preoccupa di risolvere le possibili situazioni di conflitto fra titolari di interessi opposti, contrapposti o potenzialmente confliggenti che di volta in volta emergono nel corso delle diverse fasi del procedimento successorio⁴¹ e che possono fare capo a una pletera di soggetti diversi: chiamati all'eredità, conchiamati all'eredità, chiamati condizionali, chiamati ulteriori, creditori ereditari, legatari, legittimari lesi o pretermessi, beneficiari di disposizioni testamentarie modali, familiari del *de cuius*, Stato, nonché, più in generale, tutti coloro che possono vantare una pretesa successoria.

Ma a tale platea si possono aggiungere anche coloro che sono eventualmente deputati a svolgere un'attività di cura e gestione provvisoria del patrimonio ereditario, prima che si chiuda il (e in vista della chiusura del) procedimento successorio: dalle diverse figure di curatore (curatore dell'eredità giacente, curatore speciale per l'amministrazione dei beni donati o lasciati ad incapaci, curatore dell'eredità rilasciata ai fini della liquidazione concorsuale dei beni del defunto) alle diverse figure di amministratore (esecutore testamentario, amministratore di eredità sottoposte a condizione sospensiva o risolutiva, se in quest'ultimo caso non sia stata prestata la garanzia idonea eventualmente disposta dal giudice, ovvero devolute a chiamati nascituri).

L'ordinamento giuridico prende in considerazione tutti questi soggetti, che a vario titolo sono destinati a ricoprire un qualche ruolo nell'ambito del procedimento successorio o che comunque possono compiere atti o attività i cui effetti si possono riverberare sulla sfera giuridica dei successibili a causa di morte, accomunandoli ed evocandoli in quelle (poche, ma significative) disposizioni codicistiche che legittimano a promuovere iniziative volte a rimuovere l'incertezza nella titolarità di diritti successori, ossia negli artt. 481 e 650 c.c., che appunto si riferiscono – genericamente e indistintamente – a «chiunque» abbia «interesse» a chiedere al giudice la fissazione di un termine entro cui un successibile ha l'onere di «rispondere» sotto pena di sanzioni qualificabili in termini di perdita di diritti. Ciò conferma che può assumere rilevanza giuridica anche l'interesse a una celere definizione del procedimento successorio.

⁴¹ Sul punto, cfr. NATALE, *Gli interessi tutelati dall'ordinamento nel procedimento successorio*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 462; DEPLANO, *La cessione dell'eredità tra procedimento successorio e circolazione inter vivos*, Napoli, 2022, 85 ss.

ABSTRACT

Il saggio, dopo aver valorizzato l'utilità della categoria del procedimento nella prospettiva civilistica e, segnatamente, nell'ambito delle successioni a causa di morte, si sofferma nell'analisi dogmatica e sistematica delle diverse fasi che compongono il procedimento successorio, mettendo in luce quali siano gli interessi e le situazioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo.

Having highlighted the usefulness of the legal concept of proceedings from a private law perspective – and, in particular, in the context of succession law –, the essay goes on to provide a doctrinal and systematic analysis of the various stages that make up the succession proceedings, outlining the interests and subjective legal situations that come into play.



Il problema dell'eredità vacante e le diverse modalità del suo superamento*



Riccardo Omodei Salè

Prof. ord. dell'Università di Verona

SOMMARIO: 1. Il procedimento successorio *mortis causa* e la vacanza c.d. definitiva dell'eredità. – 2. Prima modalità di superamento della vacanza ereditaria: vocazione dei chiamati in subordine determinata *per relationem*. – 3. Seconda modalità di superamento della vacanza ereditaria: vocazione dei chiamati in subordine determinata in maniera autonoma. – 4. Terza modalità di superamento della vacanza ereditaria: disattivazione della fattispecie che ha dato causa alla situazione di vacanza, con conseguente ripristino dello scenario successorio originario. – 5. Conclusioni.

1. Il procedimento successorio *mortis causa* e la vacanza c.d. definitiva dell'eredità

La successione ereditaria risponde, come noto, all'esigenza di provvedere alla sorte dei rapporti giuridici, che non si estinguono automaticamente, rimasti privi di titolare in seguito alla morte dell'individuo, al fine di garantirne la necessaria continuità¹. Tale

* Il contributo apparirà nell'opera collettanea *Procedimento successorio: fasi, soggetti, atti e attività*, a cura di A. MANIACI, ed è, altresì, destinato al *Liber Amicorum* per Fabio Padovini.

¹ In questi termini, v. SCHLESINGER, voce *Successioni (diritto civile): parte generale*, in *Nov. D.*, XVIII, Torino, 1971, 749; nel medesimo senso, cfr. già D'AVANZO, *Delle successioni*, I, Firenze, 1941, 9, il quale ha osservato come, «vero in ogni altro campo, il principio "*mors omnia solvit*" non lo è più, almeno in gran parte, per il diritto, in cui [...] esigenze morali, economiche e politiche richiedono che a garanzia del credito e delle ricchezze sociali – sulle quali incidono quelle private – i rapporti d'una persona non si abbiano ad estinguere dopo la sua morte ma continuino a sopravvivere, beninteso fin dove ciò è compatibile con la scomparsa di chi n'era titolare, e trapassino in un nuovo

vicenda successoria, avente ad oggetto la generalità delle situazioni, attive e passive, che facevano capo al defunto², non si compie, tuttavia, in un solo istante, bensì dà vita ad un procedimento³, ovvero ad una complessa sequenza di fatti e atti intimamente collegati, disposti in un determinato ordine logico-cronologico, i quali, pur nella rispettiva autonomia, concorrono tutti al realizzarsi dell'effetto finale, nella specie rappresentato dall'acquisto della qualità di erede da parte di un determinato soggetto⁴.

Si comprende, pertanto, come costituisca una sorta di anomalia rispetto al regolare svolgersi di detto procedimento, quale può essere ricostruito sulla base di quanto desu-

soggetto che sia chiamato a succedergli o a causa delle relazioni di parentela, di matrimonio che lo univano al *de cuius* o per la volontà propria di questo». Considerazioni sostanzialmente analoghe si ritrovano generalmente anche nella dottrina straniera: cfr., ad esempio, in relazione al diritto francese, TERRÉ – LEQUETTE – GAUDEMET, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, 4^e éd., Paris, 2014, 82; con riguardo al diritto spagnolo, DIÉZ-PICAZO – GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, IV, t. 2, *Derecho de sucesiones*, 12^a ed., Madrid, 2017, 23 s.; con riferimento al diritto svizzero, PIOTET, *Erbrecht*, in *Schweizerisches Privatrecht*, IV/1, Basel, 1978, 1.

² Cfr., in proposito, DE CUPIS, voce *Successione ereditaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1258, il quale, proprio in base al diverso ruolo svolto rispetto alla conservazione dei rapporti patrimoniali dopo la morte del loro titolare, ha differenziato la successione ereditaria dalla successione a titolo di legato; per l'individuazione di una simile diversità funzionale, v. già BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, 6^a ed., Torino, 1965, 860, secondo cui «è proprio in quanto “eredità” che [la successione *mortis causa*] risponde alle esigenze prospettate [nel testo], esigenze *obiettive* o d'interesse della collettività, mentre in quanto “legato” serve principalmente a soddisfare esigenze *soggettive* dello stesso *de cuius* (legato *testamentario*) o esigenze particolari di altre persone designate dalla legge (legato *c.d. ex lege*)». Da ciò discende che, mentre la successione *mortis causa* a titolo universale è un fenomeno *necessario*, la successione a titolo di legato ha, viceversa, carattere meramente *eventuale* e *accidentale* (così COVIELLO Jr., *Diritto successorio (corso di lezioni)*, Bari, 1962, 50 s.).

³ Sulla nozione di procedimento, v., in generale, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli 2002, 103 s., nonché, più ampiamente, DI PRISCO, voce *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 845 ss. Per l'elaborazione della categoria concettuale del procedimento, cfr., poi, SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, *passim*, e, sia pure con particolare riguardo alla formazione del contratto, BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, spec. 53 ss. Nello specifico ambito delle successioni *mortis causa*, la prospettiva procedimentale risulta tendenzialmente adottata dalla dottrina più recente: cfr., in particolare, BARBA, *La rinuncia all'eredità*, Milano 2008, spec. 10 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, 5^a ed., Milano, 2023, 22 ss.; GENGHINI – CARBONE, *Le successioni a causa di morte*, I, Padova, 2012, 127 ss.; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 12^a ed., Torino, 2025, 77 ss. Hanno, invece, preferito il ricorso alla categoria della fattispecie (complessa o a formazione progressiva), ad esempio, BETTI, *Appunti di diritto civile, Diritto di successione*, Milano, 1928-1929, 6; ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, Torino, 1954, spec. 28 ss.; PALAZZO, *Le successioni*, I, 2^a ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000, 182. Taluni, infine, sembrano essersi indifferentemente collocati in entrambe le prospettive indicate: cfr., in via esemplare, FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, Art. 456-511, 3^a ed., in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1997, sub art. 457, 121 s.

⁴ Ha definito l'acquisto dell'eredità come «la finalità essenziale e l'effetto più imponente della successione ereditaria», ANDREOLI, *La vocazione ereditaria*, in *Studi senesi*, LIV, 1940, 186.

mibile dalle norme di cui agli artt. 456, 457 e 459 c.c.⁵, l'ipotesi in cui, per un qualsiasi motivo, lo scenario successorio iniziale non possa realizzarsi, oppure, una volta realizzatosi, con il perfezionamento dell'acquisto ereditario, venga successivamente meno⁶.

In tale ipotesi, si profila la vacanza c.d. definitiva dell'eredità⁷, una eventualità potenzialmente drammatica per lo stesso procedimento successorio, che deve, invero, in ogni caso individuare il necessario continuatore dei rapporti giuridici che facevano capo al *de cuius*⁸. Eventualità cui l'ordinamento non può, quindi, che reagire dando ulteriore impulso al procedimento successorio, mediante la devoluzione in favore dei chiamati in subordine, la quale a sua volta si rinnova fino a che non intervenga l'acquisto definitivo dell'eredità da parte di taluno di costoro.

⁵ Cfr., in proposito, CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Napoli, 1977, 244, il quale ha recisamente osservato che, «dall'insieme di queste norme, si ricava che, di regola, al momento della morte si apre la successione, esiste la vocazione, si attua la delazione; immediatamente, quindi, colui a cui favore la delazione si attua, acquista il diritto all'eredità (diritto al diritto); al momento dell'accettazione acquista l'eredità, e tale acquisto si riporta *ope legis* al momento dell'apertura della successione». Ha preferito, invece, parlare, con riguardo all'ipotesi di cui si dirà subito nel testo, di «deviazione» rispetto alla normale vicenda successoria, PIRAS, *La successione per causa di morte, Parte generale, La successione necessaria*, in *Tratt. Grosso e Santoro-Passarelli*, Milano, 1965, 138 e 168 s. Con riferimento al diritto tedesco, si è richiamato, diversamente ancora, al concetto di «*Störung*», NIEDER, *Die ausdrücklichen oder mutmaßlichen Ersatzbedachten im deutschen Erbrecht*, in *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 1996, 241.

⁶ Per cause ovviamente diverse da un inammissibile atto di volontà dell'erede (*semel heres semper heres*): v., per alcune esemplificazioni al riguardo, *infra*, par. 2.

⁷ Cfr., per una simile nozione, BILOTTI, *Note sull'amministrazione dei beni ereditari in caso di vacanza parziale della titolarità ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 441, nt. 1, ove condivisibilmente si distingue la vacanza *interinale* della titolarità ereditaria, «che si determina quando il chiamato non ha ancora accettato l'eredità, non essendogli però ancora preclusa del tutto la possibilità di accettare in futuro», la quale «rappresenta il presupposto di fatto per l'operatività dell'articolato e complesso sistema della gestione conservativa dei beni ereditari», dalla «situazione in cui il chiamato non possa o non voglia accettare, che rappresenta invece il presupposto di fatto per l'operatività della vocazione ereditaria indiretta, della vocazione degli eredi legittimi di grado ulteriore e, al limite, della vocazione dello Stato», tutti casi in cui «la vacanza non è meramente provvisoria, bensì *definitiva*» (corsivo nostro). Lo stesso Autore ha, poi, ricordato come anche GROSSO – BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, XII, t. 1, Torino, 1977, 191, pur scorrendo similmente di vacanza *interinale* della titolarità ereditaria, abbiano, però, osservato che, «a rigore, per vacanza dovrebbe intendersi la vacanza definitiva, dovuta a mancanza originaria, o a sopravvenuta mancata accettazione, di tutti i successivi chiamati di grado anteriore, che conduce infine alla successione dello Stato».

⁸ È appena il caso di osservare come il problema di cui si tratta si ponga in termini essenzialmente diversi – e, tutto sommato, meno gravi – con riguardo alla successione *inter vivos*, il cui eventuale mancato realizzarsi (es. rifiuto di una proposta contrattuale), o successivo venire meno (es. annullamento o risoluzione di un contratto), dovrebbe, invero, di regola comportare che il diritto che si intendeva trasferire rimanga in capo al disponente, oppure rientri (normalmente con efficacia retroattiva) nel patrimonio di costui.

Ma quali sono, esattamente, le modalità con cui il problema dell'eredità vacante viene risolto dall'ordinamento?

Il riferimento alle *modalità*, concetto diverso e più ampio rispetto a quello di *istituti*, consente, invero, di provare a delineare, nell'ambito di cui si tratta, una forma di sistema, e così di raggruppare e unificare istituti che, seppure tra loro distinti, operano – come si vedrà nel corso delle prossime pagine – in base ad uno stesso schema di fondo.

2. Prima modalità di superamento della vacanza ereditaria: vocazione dei chiamati in subordine determinata *per relationem*

Ebbene, una prima modalità di superamento della vacanza ereditaria è quella che tipicamente si realizza mediante gli istituti della sostituzione ordinaria, della rappresentazione, dell'accrescimento e della devoluzione ai successibili legittimi *ex art. 677 c.c.*

Si tratta, come noto, di criteri devolutivi del tutto tradizionali, ognuno dei quali presenta specifici presupposti di applicazione, e risponde, altresì, a diverse finalità di politica del diritto, le quali giustificano anche l'ordine gerarchico sussistente tra i criteri medesimi⁹. E così, innanzi tutto, la sostituzione ordinaria consente la perpetuazione del potere di autonomia privata del testatore pure qualora la prima vocazione sia andata deserta¹⁰, con conseguente esclusione di ogni altro criterio di attribuzione del lascito rimasto vacante¹¹. La rappresentazione mira, invece, a correggere le conseguenze eccessive derivanti dalla rigorosa applicazione del principio per cui il parente prossimo esclude quello remoto¹², al fine di evitare che i discendenti del primo chiamato che non venga alla

⁹ L'art. 467, 2° co., c.c. pone, infatti, la priorità della sostituzione sulla rappresentazione; l'art. 674 c.c., nei commi 3° e 4°, stabilisce, rispettivamente, la prevalenza della stessa sostituzione sull'accrescimento e della rappresentazione su quest'ultimo; l'art. 677 c.c. contempla, infine, in posizione residuale il criterio della devoluzione ai successibili *ex lege*.

¹⁰ Tanto che si è da taluni osservato come, «anche se il codice civile non avesse disciplinato espressamente la sostituzione ordinaria, tale congegno sarebbe stato comunque alla portata del testatore» (così LUMINOSO, voce *Sostituzione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 142).

¹¹ È stato, quindi, evidenziato come, specialmente mediante una serie di sostituzioni successive (per la cui ammissibilità, v., tra i tanti, D'AVANZO, *Delle successioni*, II, Firenze 1941, 741 s.; ANDREOLI, *La vocazione ereditaria*, cit., 196; BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, 6ª ed., Milano 2022, 96), il testatore abbia, in definitiva, la possibilità di rendere “impermeabile” l'esclusione della successione legittima insita nell'istituzione di erede (così MUSCHELER, *Erbrecht*, Band II, Tübingen, 2010, 1221 s., Rn. 2452: «da dem Ersatzerben wiederum ein Ersatzerbe gesetzt werden kann [mit beliebiger Häufung], vermag der Erblasser die in der Erbeinsetzung liegende Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge “wasserdicht” zu machen»).

¹² Cfr., in tal senso, RUSSO, in *Comm. d'Amelio, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, sub art. 12, 86; D'AVANZO, *Delle successioni*, I, cit., 354; ANDREOLI, *La vocazione ereditaria*, cit., 138 s. e nt. 1, ove anche l'individuazione di ulteriori finalità più specifiche della rappresentazione, in relazione a talune fattispecie particolari. Similmente, nella dottrina francese, cfr. DONNIER, *Des droits des parents en l'absence de conjoint successible, De la représentation* (C. civ.,

successione risentano di tale circostanza pregiudizievole a loro non imputabile¹³. L'accrescimento tende, poi, a conservare i beni del *de cuius* all'interno di una cerchia ristretta di persone preventivamente individuate, in modo tale da impedire il frazionamento della proprietà tra un numero eccessivo di eredi¹⁴. Ed infine, la devoluzione ai successibili legittimi ex art. 677 c.c. avvantaggia i familiari del defunto, mediante l'attribuzione a costoro, in via residuale, della quota vacante¹⁵.

Ma, al di là delle menzionate differenze, il dato più significativo da evidenziare, nella prospettiva sistematica cui si è accennato poc'anzi¹⁶, è che gli istituti di cui si tratta hanno in comune un aspetto fondamentale, ovvero il fatto di determinare il contenuto della vocazione (e, quindi, della conseguente successione) in favore del chiamato in subordine facendo riferimento al contenuto proprio della vocazione anteriore non andata a buon fine. Nei predetti criteri devolutivi accade, infatti, che, sotto il profilo *quantitativo*, l'entità dell'attribuzione in favore del chiamato in subordine corrisponde, in linea di principio, a quella collegata alla prima vocazione, alla quale viene pure fatto riferimento, sotto il profilo *qualitativo*, per imporre al chiamato in subordine alcuni obblighi che non

art. 751 à 755), in *Juris-Classeur, Civil Code Art. 734 à 755*, Paris, 2007, 3, il quale ha affermato che «la représentation successorale est un mécanisme légal destiné à atténuer les effets trop rigides de la proximité du degré», e 6, ove si soggiunge che la stessa «est donc bien un moyen d'assurer à chacun la juste réalisation de ses espérances successorales». La funzione derogatoria della rappresentazione rispetto al principio graduale risulta, poi, particolarmente evidente, sotto il profilo normativo, nella formulazione dell'art. 921, 1° co., *Código civil* spagnolo, ai sensi del quale «en las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar» (cfr., in proposito, RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones, común y foral*, III, 4ª ed., Madrid, 2009, 2398; CORDERO LOBATO, *La delación*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Derecho de sucesiones*, Madrid, 2009, 51).

¹³ Per l'individuazione di siffatta esigenza di tutela, v., in particolare, PIRAS, *La successione per causa di morte, Parte generale, La successione necessaria*, cit., 201; GIUS. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 67; ALBANESE, *Delle successioni legittime*, Artt. 565-586, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2012, sub art. 565, 117.

¹⁴ Per l'individuazione della finalità propria dell'accrescimento nei termini riportati nel testo, che è dato rinvenire pure nella *Relazione* del Ministro Guardasigilli (n. 325), cfr. ANDREOLI, *La vocazione ereditaria*, cit., 113; PUGLIATTI, in *Comm. d'Amelio, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, sub art. 224, 574; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3ª ed., Milano, 1947, 154 e 158 s.; TATARANO – DE SINNO, voce *Accrescimento*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, Aggiornamento 2008, 1; CALVO, *Le vicende della delazione*, in CALVO – PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, I, 2ª ed., Napoli, 2013, 169.

¹⁵ Al cui proposito vale la pena di sottolineare come il criterio devolutivo in esame si differenzi dalla successione legittima *stricto sensu*, rispetto alla quale – come risulterà chiaro nel prosieguo del contributo – presenta, invero, una natura essenzialmente diversa (cfr., in questo senso, anche i rilievi effettuati da ROBBE, voce *Accrescimento (diritto civile)*, in *Nov. D.*, I, 1, Torino, 1957, 166, con riferimento alla denominazione «eredi legittimi» impiegata nell'art. 677 c.c.: «quest[a] indica e specifica soltanto i chiamati per il caso di mancanza dell'accrescimento, ma non li qualifica affatto dal punto di vista giuridico. [...] Essi, in sostanza, sono dei veri e propri sostituiti»).

¹⁶ V. *supra*, par. 1, in fine.

lo avrebbero riguardato direttamente, ma sarebbero stati propri del destinatario della vocazione non andata ad effetto¹⁷. Sotto quest'ultimo profilo, si può, invero, ricordare come la disciplina della sostituzione, dell'accrescimento e della devoluzione ex art. 677 c.c. disponga che il chiamato in subordine subentri negli obblighi che gravavano sul primo chiamato, salvo che si tratti di obblighi di carattere personale o sia stata espressa una diversa volontà dal testatore (cfr. artt. 690, 676, 2° co., e 677, 2° co., c.c.). Inoltre, con specifico riguardo al discendente che succeda per rappresentazione, la legge prevede che il medesimo debba conferire quanto è stato donato all'ascendente pure nel caso in cui abbia rinunciato all'eredità di quest'ultimo (cfr. art. 740 c.c.), e che, qualora egli intenda agire in riduzione, il medesimo sia tenuto ad imputare alla propria quota di legittima anche le donazioni e i legati fatti, senza dispensa, al suo ascendente (cfr. art. 564, 3° co., c.c.).

È questo, complessivamente considerato, il peculiare fenomeno della c.d. vocazione *per relationem*¹⁸, mediante il quale il legislatore intenderebbe conciliare il conferimento della legittimazione a succedere a certi soggetti (ovvero ai chiamati in subordine in virtù dei criteri devolutivi poc'anzi menzionati), conformemente a determinati obiettivi di politica del diritto, con l'esigenza di tutelare la posizione di altri soggetti (quali, in particolare, i coeredi e gli eventuali terzi aventi causa dal defunto), la quale richiede, appunto, che le varie situazioni giuridiche coinvolte nella successione *mortis causa*, in seguito al mancato realizzarsi del primo scenario successorio, siano alterate il meno possibile nei loro reciproci rapporti¹⁹.

¹⁷ Cfr., per un'analoga descrizione del fenomeno in parola, NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, 171 ss.; similmente, v. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, cit., 258 s.

¹⁸ Cfr., per una simile qualificazione, specialmente CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, cit., 267 s.; diversamente, hanno preferito al riguardo parlare di c.d. vocazione indiretta, NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., *passim*; ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, cit., 59 ss.; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, cit., 888 ss.; MOSCATI, *La vocazione indiretta. La successione per rappresentazione*, in *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, 193 ss. Tuttavia, quest'ultimo inquadramento non appare del tutto convincente, posto che l'aggettivo «indiretta» potrebbe indurre a pensare che la successione in favore del chiamato in subordine non si realizzi, come invece avviene, *iure proprio* rispetto al defunto. In termini critici rispetto ad entrambe le impostazioni, v. G. PERLINGIERI, *Rosario Nicolò e «la vocazione ereditaria diretta e indiretta»*, in *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1920-1935)*, a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2024, 86, secondo cui «non trova giustificazione sistematica e assiologica l'esigenza di costruire una autonoma nozione di «vocazione indiretta» o «per relationem», soprattutto con riferimento all'istituto della rappresentazione». Rispetto a quanto rilevato nel testo, vale, poi, la pena di sottolineare come, nell'ambito del fenomeno della vocazione *per relationem*, sia, a nostro avviso, suscettibile di essere ricondotto, in particolare, anche l'accrescimento, che viene, invero, comunemente considerato espressione del differente fenomeno rappresentato dalla vocazione solidale (o congiunta) (sia consentito rinviare, in proposito, a quanto più ampiamente osservato in OMODEI SALÈ, *La successione dei chiamati in subordine. Una vocazione a fisionomia variabile*, Milano, 2020, 221).

¹⁹ V., ancora, NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., 151, 178, 180 e spec. 186 ss.; per considerazioni analoghe, cfr. pure ANDREOLI, *La vocazione ereditaria*, cit., 96.

Sennonché, un simile fenomeno evidentemente presuppone che il punto di riferimento della *relatio*, ovvero la precedente vocazione, sia un'entità giuridicamente esistente e valida, semplicemente non andata concretamente ad effetto per circostanze *soggettive* riguardanti la persona del primo chiamato: circostanze suscettibili di tradursi, a seconda dei casi, in un vizio della delazione (si pensi, ad esempio, alla premorienza, all'indegnità, alla rinunzia) ovvero dell'acquisto ereditario eventualmente compiuto (come avviene, sempre in via esemplificativa, nell'ipotesi di inadempimento dell'onere determinante la risoluzione del lascito testamentario)²⁰. Con la conseguenza che il presupposto poc'anzi accennato non potrebbe, allora, reputarsi integrato qualora la vacanza ereditaria sia, invece, determinata da un vizio che colpisce in maniera *oggettiva* la stessa vocazione del primo chiamato (si pensi, ad esempio, al caso in cui il testamento in favore del primo chiamato risulti nullo o sia stato revocato, oppure, trattandosi di successione legittima, all'ipotesi in cui, con riguardo al primo chiamato, sia stato contestato con successo lo stato di figlio del defunto)²¹. È chiaro, infatti, che lì dove la precedente vocazione non si sia validamente configurata, la stessa nemmeno potrebbe costituire la base di riferimento per determinare l'acquisto in favore del chiamato in subordine, finendo, altrimenti, l'ordinamento per entrare in contraddizione con sé stesso²², né vi sarebbero aspettative di coeredi o terzi meritevoli di tutela, in quanto giuridicamente infondate²³.

Quello così evidenziato è, a nostro avviso, un punto cruciale, che dovrebbe condurre ad individuare la seconda modalità con cui il problema della vacanza ereditaria è suscettibile di essere superato: quella, cioè, valevole per l'ipotesi di vizio della stessa vocazione di colui che appare essere il primo chiamato.

²⁰ Per una più compiuta concettualizzazione dei vizi, rispettivamente, della delazione e dell'acquisto ereditario, sia consentito rinviare nuovamente a OMODEI SALÈ, *La successione dei chiamati in subordine. Una vocazione a fisionomia variabile*, cit., 22 s.).

²¹ Per il concetto di vizio della vocazione, si veda, ancora, OMODEI SALÈ, *La successione dei chiamati in subordine. Una vocazione a fisionomia variabile*, cit., 22.

²² Per un cenno al fatto che, in specie, il testamento, affinché si faccia luogo alla vocazione indiretta (ovvero, come si è detto essere preferibile denominarla, *per relationem*), dovrebbe essere «valido» e soltanto «paralizzat[o] [nella sua] efficacia pratica», poiché diversamente, nell'ipotesi di nullità del testamento, «tutte le disposizioni vengono a cadere e la successione legittima si apre come se il testamento mai vi fosse stato», v. anche NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., 250 s. e 247.

²³ Per la sottolineatura del fatto che «il meccanismo proprio della vocazione indiretta [ovvero, secondo la prospettiva qui accolta, della vocazione *per relationem*] trova [...] il suo limite nelle esigenze di quella tutela», v., ancora, NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., 190, il quale ha soggiunto che «la vocazione antecedente, o meglio il suo contenuto, è mantenuta in vita e acquista efficacia fin dove la necessità di una tutela delle aspettative di coeredi e di terzi si fa sentire».

3. Seconda modalità di superamento della vacanza ereditaria: vocazione dei chiamati in subordine determinata in maniera autonoma

Se, dunque, nell'ipotesi che stiamo ora considerando, il fenomeno della vocazione *per relationem*, per quanto poc'anzi rilevato, non è in grado di operare²⁴, ne discende che l'ordinamento non può, allora, che determinare il contenuto della vocazione (e, quindi, della conseguente successione) in favore dei chiamati in subordine in maniera del tutto autonoma rispetto alla prima vocazione che non si è realizzata, essendo, come detto, quest'ultima intrinsecamente viziata.

E così, qualora ad essere viziata sia, in particolare, la vocazione testamentaria, applicandosi, in tal caso, l'art. 457, 2° co., c.c., secondo cui «non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria», la devoluzione nei confronti dei chiamati in subordine si attuerà, appunto, in base alle norme relative alla successione legittima c.d. suppletiva²⁵. Con la precisazione, però, che la predetta disposizione andrebbe, a tal fine, letta in modo restrittivo sotto due distinti profili. Per un verso, infatti, nella parte in cui accenna alla «mancanza» di successione testamentaria, la stessa dovrebbe essere intesa come facente riferimento, oltre all'eventualità di totale inesistenza, di fatto, del testamento²⁶, alle (sole) ipotesi in cui il negozio *mortis causa* ri-

²⁴ Rispetto alla ragione preclusiva di fondo individuata alla fine del precedente paragrafo, può aggiungersi che l'inoperatività, in presenza di un vizio oggettivo delle precedenti vocazione, della sostituzione ordinaria, della rappresentazione, dell'accrescimento e della devoluzione ai successibili legittimi ex art. 677 c.c., discende, altresì, da ulteriori considerazioni riguardanti il meccanismo tecnico di funzionamento proprio di siffatti criteri devolutivi (v., *amplius*, OMODEI SALÈ, *La successione dei chiamati in subordine. Una vocazione a fisionomia variabile*, cit., 234 ss.).

²⁵ La disciplina legale della successione avrebbe carattere *suppletivo* in quanto la stessa presuppone – nei termini che saranno subito chiariti nel testo – la mancanza di un testamento (cfr., per tale qualificazione, MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione legittima*, 6ª ed., in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, XLIII, t. 1, Milano, 1999, 6; CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, 28; BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, cit., 263). Peraltro, taluni hanno criticato l'utilizzo dell'aggettivo «suppletivo», poiché, con una simile espressione, si indicano le norme che suppliscono a una difettosa o incompleta manifestazione della volontà privata, cooperando così al perseguimento del fine avuto di mira da quella volontà, mentre le norme che regolano la successione legittima avrebbero piuttosto carattere *dispositivo*, essendo dirette a realizzare una loro propria funzione, diversa da quella svolta dalle norme relative alla successione testamentaria (per questa prospettiva, v. SANTORO-PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, 199; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., 166 s.; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, Artt. 456-511, cit., sub art. 457, 85). Da parte di altri, si è, quindi, ritenuto più adeguato adottare una formula atecnica, e parlare semplicemente di carattere *sussidiario* della successione legittima rispetto a quella testamentaria (così, in particolare, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., 664; ROMANO, *Le successioni legittime*, in CALVO – PERLINGIERI [a cura di], *Diritto delle successioni e delle donazioni*, I, 2ª ed., Napoli, 2013, 620; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 248).

²⁶ L'assenza di fatto, «in tutto o in parte», del testamento andrebbe, a sua volta, intesa in senso stretto, e cioè nel senso della mancanza di una vocazione testamentaria a titolo universale in tutta

sulti invalido o sia stato revocato, e così ricorra, appunto, un vizio della vocazione testamentaria, con esclusione, invece, dei casi in cui il testamento non produca effetto per circostanze riconducibili alla sfera soggettiva dell'istituto: circostanze che – come si è visto nel paragrafo precedente – comportano, viceversa, l'applicazione dei meccanismi della sostituzione, della rappresentazione, dell'accrescimento e della devoluzione ai successibili legittimi *ex art. 677 c.c.*²⁷. Per altro verso, in termini parimenti restrittivi occorrerebbe, altresì, interpretare il rinvio alla successione «legittima», effettuato sempre dalla norma di cui all'art. 457, 2° co., c.c., che – giova ribadirlo – dovrebbe essere letto come un richiamo alla (sola) successione legittima suppletiva, regolata nel Titolo II del Libro secondo del codice civile, e non anche a quella successione che abbia attuazione in virtù di criteri (pur sempre) legali di devoluzione ulteriore (esclusa, quindi, *a priori* la sostituzione ordinaria), quali sono, in particolare, la rappresentazione, l'accrescimento e la devoluzione *ex art. 677 c.c.*, che non risultano, invero, disciplinati all'interno degli artt. 565 ss. c.c., e sono, come detto, destinati ad operare nelle ipotesi di vizi riguardanti la precedente delazione o il precedente acquisto ereditario²⁸.

Lì dove, invece, ricorra un vizio della vocazione legittima, la devoluzione ai chiamati in subordine dovrà intendersi dare vita, sempre nel contesto della successione legittima suppletiva, alla riqualificazione della fattispecie di concorso tra i vari successibili – che dovrà, quindi, prescindere dalla considerazione del successibile *ex lege* la cui vocazione risulti difettosa –, sulla base di quanto previsto dalle norme di cui agli artt. 565 ss. c.c. Ed invero, da un lato, l'art. 565 c.c., nella parte in cui statuisce che l'eredità si devolve alle categorie di successibili ivi contemplate, «nell'ordine e secondo le regole stabilite nel presente titolo», andrebbe ritenuto implicare che i chiamati in subordine vengano in considerazione, appunto, *nell'ordine* previsto dagli artt. 566 ss. c.c., ossia nel caso di *manca*za di chiamati in via prioritaria, che dovrebbe reputarsi ricorrere – simmetricamente a quanto si è visto valere, nell'ambito dell'art. 457, 2° co., c.c., a proposito del testamento – (soltanto) qualora questi ultimi, di fatto, non fossero mai esistiti, oppure lì dove la loro

l'eredità o in una quota di essa, di modo che la successione legittima è esclusa soltanto se, e nella misura in cui, il *de cuius* abbia disposto del suo patrimonio mediante l'istituzione di uno o più eredi (cfr. MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione legittima*, cit., 37; nel medesimo senso, v. pure ALBANESE, *Delle successioni legittime*, Artt. 565-586, cit., sub art. 565, 20; GENGHINI – CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, II, cit., 792).

²⁷ La dottrina appare, invece, orientata in termini parzialmente differenti sul punto, poichè comunemente ritiene che possano assumere rilevanza, ai fini dell'apertura della successione legittima ai sensi dell'art. 457, 2° co., c.c., anche tutti i casi di semplice inefficacia del testamento, pure se riconducibili alla sfera personale del chiamato (v., tra i tanti, TRABUCCHI – RASI CALDOGNO, voce *Successione legittima*, in *Nov. D.*, XVIII, Torino, 1971, 767; TAMBURRINO, voce *Successione legittima (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, 1325; CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. Rescigno*, 5, *Successioni*, I, 2ª ed., Torino, 1997, 487). Tuttavia, per alcune argomentazioni volte ad avvalorare l'impostazione restrittiva sostenuta nel testo, si veda OMODEI SALÈ, *La successione dei chiamati in subordine. Una vocazione a fisionomia variabile*, cit., 241 s.

²⁸ V. *supra*, par. 2.

vocazione risulti, per qualche ragione, viziata. Dall'altro lato, il rinvio alle (sole) *regole stabilite nel Titolo II*, effettuato sempre dalla norma di cui all'art. 565 c.c., dovrebbe rendere evidente che la successione dalla stessa contemplata, (anche) nel caso in cui si verifichi in favore di soggetti chiamati in subordine rispetto ad altri, comunque si attua attraverso meccanismi devolutivi diversi non solo, naturalmente, dalla sostituzione ordinaria, ma anche dalla rappresentazione, dall'accrescimento e dalla devoluzione *ex art. 677 c.c.*, che sono, come già rilevato, disciplinati in altre sedi all'interno del Libro delle successioni, e trovano propriamente applicazione nelle ipotesi di vizi riguardanti la delazione o l'acquisto ereditario del primo chiamato²⁹.

4. Terza modalità di superamento della vacanza ereditaria: disattivazione della fattispecie che ha dato causa alla situazione di vacanza, con conseguente ripristino dello scenario successorio originario

Vi potrebbe, infine, essere una terza modalità di superamento della vacanza ereditaria, consistente nella disattivazione della stessa fattispecie che ha dato origine alla situazione di vacanza, tendenzialmente giustificata dal venire meno dell'interesse tutelato dalla fattispecie medesima³⁰. Ciò che comporta, come subito si vedrà, una ulteriore anomalia rispetto al normale svolgersi del procedimento successorio, posto che, nei casi in cui è dato riscontrare un simile fenomeno, il procedimento successorio, anziché muoversi *in avanti*, in direzione dei chiamati ulteriori, finisce per tornare *indietro*, rivolgendosi nuovamente nei confronti di colui che era originariamente designato, potendo, in tal modo, finanche determinarsi la reviviscenza della vocazione originaria intrinsecamente viziata³¹.

Tanto si verifica, ad esempio, qualora il testamento nullo venga confermato ai sensi dell'art. 590 c.c., nel qual caso dovrebbe, appunto, intendersi che succedano (anziché i chiamati in subordine autori della conferma) i soggetti contemplati nel testamento medesimo. Secondo l'opinione che appare preferibile, mediante l'atto di conferma si realizzerebbe, infatti, una forma di sanatoria idonea a dare vita allo stesso *iter* procedimentale

²⁹ V., ancora, *supra*, par. 2.

³⁰ Nelle ipotesi in cui si verifica un simile fenomeno, la vacanza dell'eredità finisce, pertanto, per essere precaria e reversibile (cfr., in proposito, anche SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, Milano, 1953, spec. 170, il quale ha analogamente affermato che «la vacanza può certo essere precaria, specialmente quando si manifesti di già anteriormente all'apertura della successione»).

³¹ Oltre che in seguito alla reviviscenza della prima vocazione oggettivamente viziata (nelle ipotesi, affatto peculiari, che saranno specificamente esaminate di seguito del testo), il ripristino dello scenario successorio originario potrebbe eventualmente conseguire anche alla reviviscenza, della delazione o dell'acquisto ereditario in origine viziati (si pensi, rispettivamente, all'ipotesi della riabilitazione dell'indegno da parte del *de cuius*, o al caso in cui il soggetto, nell'interesse del quale è prevista l'annullabilità dell'accettazione, decida di convalidare l'atto in precedenza compiuto).

che sarebbe derivato da un testamento valido³²: una sanatoria la cui giustificazione andrebbe, in particolare, individuata nell'esigenza di salvaguardare la volontà del *de cuius*, qualora a ciò acconsentano coloro che avrebbero acquistato diritti ereditari in assenza della disposizione testamentaria³³.

Ancora, un fenomeno analogo ricorre pure nell'ipotesi in cui la revoca del testamento per sopravvenienza di figli non abbia effetto perché i figli o discendenti del *de cuius* «non vengono alla successione» (cfr. art. 687, 4° co., c.c.)³⁴. Anche in tal caso, infatti, a fronte della vacanza della quota ereditaria che, in seguito alla revoca del testamento, sarebbe stata destinata ai figli o discendenti del testatore, verificatasi per il fatto che costoro, come detto, non vengono alla successione (ad es., per premorienza, indegnità, rinunzia, e via dicendo), la legge non prevede, come normalmente avviene, che il procedimento successorio si indirizzi senz'altro nei confronti dei chiamati in subordine, bensì, fatto salvo il solo meccanismo della rappresentazione in favore dei discendenti dei figli che non vengono alla successione³⁵, statuisce che la disposizione testamentaria produce di nuovo il suo effetto, con la conseguenza che la vocazione torna ad incardinarsi in capo al soggetto designato nel testamento. E pure questa previsione si giustifica agevolmente considerando che, se i soggetti i cui interessi successori la revoca *ex art.* 687 c.c. intende tutelare (vale a dire i figli o discendenti sopraggiunti o ignorati dal *de cuius*) non vengono alla successione per ragioni riferibili esclusivamente alla loro sfera personale, la *ratio* sottostante alla revoca medesima viene evidentemente meno, cosicché non vi sarebbe più alcun motivo per non riconoscere piena efficacia alla volontà manifestata nel testamento³⁶.

³² Sia consentito rinviare, in proposito, a OMODEI SALÈ, *La successione dei chiamati in subordine. Una vocazione a fisionomia variabile*, cit., 46, e v. anche dottrina ivi citata.

³³ Cfr., in particolare, BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. Rescigno*, 6, *Successioni*, II, 2ª ed., Torino, 1997, 210; DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, Artt. 587-590, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2005, sub art. 590, 263 e 269; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 217; CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985, 135. Complementari rispetto alla giustificazione menzionata nel testo appaiono, da un lato, la constatazione dell'esigenza di conservazione dell'atto nullo, stante la non rinnovabilità dello stesso dovuta alla morte del suo autore (v. CICU, *Testamento*, 2ª ed., Milano, 1951, 28), e, dall'altro lato, l'idea secondo cui, essendo i requisiti di forma e di sostanza del testamento previsti, più che a tutela del disponente, a protezione dei successibili (per lo più gli eredi legittimi), agli stessi andrebbe riconosciuta la disponibilità dell'interesse a fare valere la nullità della disposizione testamentaria (cfr. SCALIA, *La nullità e l'inefficacia delle disposizioni testamentarie*, in *Tratt. breve succ. e donazioni Rescigno*, I, 2ª ed., Padova, 2010, 1282).

³⁴ Come si è già avuto modo di rilevare in OMODEI SALÈ, *La revocazione del testamento per sopravvenienza di figli (nella dinamica della devoluzione ereditaria)*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 767 ss.

³⁵ L'esplicito richiamo della rappresentazione, contenuto nel 4° co. dell'art. 687 c.c., si giustifica, invero, nella stessa ottica di tutela sottostante alla revoca del testamento per sopravvenienza di figli, trattandosi di criterio devolutivo che, in relazione al caso di specie, appare pur sempre funzionale alla tutela della discendenza del *de cuius*.

³⁶ Cfr., per analoga spiegazione, L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, cit., 458; TALAMANCA, *Successioni testamentarie. Della revocazione delle disposizioni testamentarie – Delle sostituzioni*

Infine, sulla base di una regola simile a quella appena ricordata dovrebbe intendersi disciplinata altresì la fattispecie della successione del coniuge putativo, contemplata dall'art. 584 c.c., in base al quale, come noto, il coniuge superstite conserva il proprio titolo a succedere in qualità di erede legittimo, qualora il matrimonio sia stato dichiarato nullo dopo la morte dell'altro coniuge, e il consorte sopravvissuto abbia contratto il vincolo in buona fede (1° co.)³⁷; precisandosi, tuttavia, che il coniuge putativo è «escluso dalla successione», lì dove il *de cuius*, al momento dell'apertura della successione, fosse legato da un valido matrimonio con altra persona (2° co.)³⁸. Anche quest'ultima previsione, nella misura in cui priva il coniuge putativo del titolo a succedere, trova la propria giustificazione – così come la revoca del testamento per sopravvenienza di figli – nella tutela che il legislatore ha inteso assicurare agli interessi successori di determinati soggetti, vale a dire, nel caso ora in esame, agli interessi del coniuge legittimo³⁹. Ma se quest'ultimo non può o non vuole accettare l'eredità, che succede? Deve intendersi che l'eredità si devolva, allora, ai chiamati in subordine, secondo le regole ordinarie, oppure può tornare in scena il coniuge putativo? La legge tace al riguardo; ciò nonostante, in applicazione di una regola analoga a quella sancita dall'art. 687, 4° co., c.c., poc'anzi considerato, sembra potersi affermare che la risposta debba essere nel secondo senso: e cioè nel senso che, qualora il

– *Degli esecutori testamentari*, Artt. 679-712, rist. agg. della 1ª ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978, sub art. 687, 225; D'AMICO, voce *Revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, 282.

³⁷ Nonostante che la norma di cui all'art. 584 c.c., 1° co., c.c. menzioni esclusivamente il «coniuge superstite di buona fede», si ritiene che, costituendo la regola ivi prevista diretto corollario della disciplina dettata per il matrimonio putativo, la medesima regola si applichi pure con riguardo al coniuge il cui consenso «è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi» (arg. ex art. 128, 1° co., c.c.) (v., in questo senso, CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., 444; MONOSI, *La successione legittima del coniuge*, in *Tratt. breve succ. e donazioni Rescigno*, I, 2ª ed., Padova, 2010, 675; MORETTI, in CUFFARO – DELFINI [a cura di], *Delle successioni*, artt. 565-712, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2010, sub art. 584, 107 s.).

³⁸ La soluzione adottata dal codice civile attuale si distanzia dalle soluzioni che, nel silenzio serbato dal codice civile previgente sul punto, erano state proposte dalla dottrina, le quali ammettevano tutte il concorso del coniuge putativo con il coniuge legittimo (vedile sinteticamente riportate da MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione legittima*, cit., 154, nt. 15). Tale scelta è stata, tuttavia, criticata, in quanto ritenuta eccessivamente penalizzante per il coniuge putativo e difficilmente giustificabile (così, in particolare, GRASSETTI, in *Commentario del codice civile* diretto da M. d'Amelio, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, sub art. 130, 359 s.; CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., 444; ma, nel senso per cui si tratterebbe di una soluzione giusta, cfr. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, cit., 227).

³⁹ Cfr., in proposito, MONOSI, *La successione legittima del coniuge*, cit., 675, nt. 40, nonché MORETTI, *I diritti successori del coniuge putativo*, in *Tratt. succ. e donazioni Bonilini*, I, *La successione legittima*, Milano, 2009, 174 e nt. 98, ove si ricorda come i compilatori del codice civile vigente giustificavano la disciplina di cui si tratta sulla base della volontà di non pregiudicare i diritti del coniuge legittimo, considerato anche che, in favore del coniuge putativo, era stato previsto il diritto a una idonea indennità ai sensi dell'art. 139 c.c. vecchio testo (v. *Relazione* al progetto preliminare del codice civile compilato dalla Commissione Reale, 33).

coniuge legittimo non venga alla successione, non ponendosi più l'esigenza di tutela che aveva paralizzato il titolo a succedere del coniuge putativo, il procedimento successorio si indirizzi nuovamente nei confronti di quest'ultimo⁴⁰.

5. Conclusioni

In conclusione, volendo provare a sintetizzare – come si diceva all'inizio⁴¹ – le coordinate sistematiche del tema cui è dedicato il presente contributo, sembra potersi affermare che le modalità con cui la vacanza ereditaria è suscettibile di essere superata variano, in definitiva, a seconda della diversa natura delle cause sottostanti alla vacanza medesima.

Qualora, infatti, quest'ultima trovi la propria origine in circostanze di natura *soggettiva* riguardanti la persona del primo chiamato, che impediscono a quest'ultimo di venire

⁴⁰ Sia consentito rinviare, per un simile approccio alla questione posta nel testo, anche a quanto osservato in OMODEI SALE, *La revocazione del testamento per sopravvenienza di figli (nella dinamica della devoluzione ereditaria)*, cit., 769 s. Ad una conclusione sostanzialmente analoga perviene, del resto, anche larga parte della dottrina, peraltro senza richiamarsi alla regola contenuta nell'art. 687, 4° co., c.c., bensì ritenendo che la norma di cui all'art. 584, 2° co., c.c. non abbia l'effetto di privare il coniuge putativo del titolo a succedere, ma comporti (soltanto) l'assegnazione, al medesimo, di un grado successorio postergato rispetto a quello del coniuge legittimo, di modo che, qualora quest'ultimo non venga alla successione, l'eredità dovrebbe devolversi al primo (cfr., in questo senso, MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione legittima*, cit., 155; TRABUCCHI – RASI CALDOGNO, *Successione legittima*, cit., 780 s.; GARDANI CONTURSI-LISI, *Successione legittima*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, XIX, Torino, 1999, 98; PALAZZO – SASSI, *Tratt. succ. e negozi successori*, I, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, 440; ALBANESE, *Delle successioni legittime*, Artt. 565-586, cit., sub art. 584, 554). Sennonché, una simile impostazione non riesce a spiegare come possa il coniuge putativo conservare la qualità di chiamato alla successione, considerato che la norma di cui all'art. 584, 2° co., c.c., derogando al principio di irretroattività della dichiarazione di invalidità del matrimonio putativo, dovrebbe, a rigore, collocare il predetto soggetto nella stessa posizione del coniuge che abbia contratto un matrimonio la cui invalidità sia stata pronunciata *prima* della morte del consorte, e così nella posizione di un soggetto in assoluto privo di titolo a succedere. Artificioso si rivela, poi, anche alla luce di quanto appena osservato, ritenere che «la quarta classe dei successibili può comprendere eccezionalmente due ordini successori e corrispondentemente due gradi di vocazione, il primo occupato dal coniuge vero, il secondo occupato dal coniuge putativo» (così, ancora, MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione legittima*, cit., 155; nello stesso senso, v. TRABUCCHI – RASI CALDOGNO, *Successione legittima*, cit., 780, nt. 11; CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., 437 e 492; A. PALAZZO, *Le successioni*, I, cit., 462 s.). Viceversa, la soluzione proposta nel testo, mediante il richiamo al principio desumibile dall'art. 687, 4° co., c.c., e così all'idea di una vocazione che, paralizzata dal legislatore per non pregiudicare la posizione di un altro successibile ritenuta meritevole di tutela, una volta che quella esigenza di tutela più non si ponga, torna a produrre nuovamente i suoi effetti, sembra consentire di pervenire all'esito divisato (vale a dire la devoluzione dell'eredità in favore del coniuge putativo, qualora la quota destinata al coniuge legittimo si renda vacante) in maniera che appare, dal punto di vista sistematico-ricostruttivo, più soddisfacente.

⁴¹ V. *supra*, par. 1, in fine.

alla successione, senza, tuttavia, viziare oggettivamente la sua vocazione, ma incidendo soltanto sulla delazione o sull'acquisto ereditario eventualmente compiuto (es. premorienza, indegnità, rinunzia, inadempimento dell'onere determinante la risoluzione del lascito testamentario), potranno operare i tradizionali istituti della sostituzione, della rappresentazione, dell'accrescimento, nonché della devoluzione ai successibili legittimi *ex art. 677 c.c.*, e così il peculiare fenomeno della vocazione *per relationem* ai medesimi collegato⁴².

Lì dove, invece, la vacanza dell'eredità sia determinata da un vizio che colpisce oggettivamente la vocazione del primo chiamato (es. nullità o revoca del testamento, oppure difetto riguardante il titolo a succedere *ab intestato*), il contenuto della vocazione in favore dei chiamati in subordine sarà determinato in maniera del tutto autonoma rispetto alla prima vocazione che non si è validamente configurata, e così troveranno applicazione, in particolare, le regole della successione legittima suppletiva, con conseguente rideterminazione, all'interno di quest'ultima, della fattispecie di concorso tra i vari successibili⁴³.

E ciò sempre che, nel caso di specie, non ricorra una di quelle ipotesi in cui – come si è da ultimo visto – la causa che ha dato origine alla vacanza ereditaria appare suscettibile di essere disattivata, generalmente in considerazione del venire meno dell'interesse dalla medesima tutelato, nel qual caso il procedimento successorio tornerà ad indirizzarsi nei confronti del soggetto originariamente designato⁴⁴.

ABSTRACT

Il saggio, nel tentativo di ricostruire un sistema delle modalità con cui l'ordinamento risolve il problema dell'eredità vacante, raggruppa e unifica istituti che, seppure tra loro distinti, operano in base ad uno stesso schema di fondo. Ne risulta un quadro in cui le modalità di superamento della vacanza ereditaria variano a seconda della diversa natura delle cause determinanti la vacanza medesima (vocazione dei chiamati in subordine determinata, rispettivamente, *per relationem* oppure in via autonoma), nonché della eventualità che le cause di cui si tratta siano suscettibili di essere disattivate (ripristino dello scenario successorio originario).

*The essay, in an attempt to reconstruct a system of the ways in which the legal system resolves the issue of vacant inheritance, groups together and unifies legal institutions that, although distinct from one another, operate on the same underlying scheme. The result is a framework in which the methods for overcoming the vacant inheritance vary according to the different nature of the causes giving rise to the vacancy itself (the designation of secondary heirs being determined, respectively, *per relationem* or autonomously), as well as depending on whether the causes in question can be set aside (resulting in the restoration of the original succession scenario).*

⁴² V. *supra*, par. 2.

⁴³ V. *supra*, par. 3.

⁴⁴ V. *supra*, par. 4.



La rinuncia all'eredità e la sua revoca*

Ilaria Riva

Prof. ass. dell'Università di Torino



SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Accettazione e acquisto dell'eredità; rinuncia e perdita del diritto di accettare l'eredità. – 3. Gli effetti della rinuncia all'eredità: l'affievolimento del diritto di accettare del rinunziante e la pienezza del diritto di accettare del chiamato in subordine. – 4. Rinuncia all'eredità e sottrazione di beni ereditari. – 5. Rinuncia all'eredità e possesso di beni ereditari. – 6. Permanenza del diritto di accettare l'eredità in capo al rinunziante ed effetti conseguenti. – 7. Il contrasto giurisprudenziale sulla forma della revoca della rinuncia. – 8. Conclusioni.

1. Premessa

Tra i molteplici profili d'indagine concernenti l'istituto della rinuncia all'eredità (espressione di sintesi volta a intendere, più propriamente, la rinuncia al diritto di accettare l'eredità, posto che al momento della sua manifestazione l'eredità non fa ancora parte del patrimonio del rinunziante), si vuole in queste pagine soffermare l'attenzione sugli effetti che tale scelta produce nella sfera giuridica del chiamato che rinunzia e in quella dei chiamati in ordine successivo: la questione, come si vedrà, presenta elementi di peculiare interesse in ragione dell'eccezionale riconoscimento in capo al rinunziante di un diritto di ripensamento, idoneo a rendere la suddetta rinuncia “non definitiva”. L'analisi consentirà di esplorare le strette correlazioni esistenti tra la rinuncia all'eredità, la sua revoca, le forme di accettazione tacita ed espressa e le fattispecie legali di acquisto

* Il contributo apparirà nell'opera collettanea *Procedimento successorio: fasi, soggetti, atti e attività*, a cura di A. MANIACI.

dell'eredità senza accettazione, disvelando dubbi interpretativi di non facile soluzione sulla stessa configurazione giuridica della revoca della rinuncia, che si ripercuotono sul tema della forma richiesta per la sua manifestazione.

2. Accettazione e acquisto dell'eredità; rinuncia e perdita del diritto di accettare l'eredità

Con l'apertura della successione, il chiamato all'eredità vede delinearsi dinanzi a sé due prospettive contrapposte: quella che lo vede acquistare la qualità di erede e quella nella quale egli non diventa erede.

Questi due scenari non corrispondono affatto all'alternativa tra accettazione e rinuncia all'eredità, posto che né l'uno né l'altro derivano necessariamente da una manifestazione di volontà, potendo scaturire da vicende legalmente tipizzate, che prescindono dalla effettiva e reale intenzione del chiamato¹.

Per quanto concerne l'acquisto della qualità di erede, si allude alle seguenti ben note ipotesi: sottrazione od occultamento di beni ereditari (art. 527 c.c.); chiamato nel possesso dei beni ereditari che ometta di fare l'inventario entro tre mesi dall'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità (art. 485, comma 2, c.c.); chiamato nel possesso dei beni ereditari che proceda con l'inventario, in assenza di una previa dichiarazione di accettazione, e lasci decorrere quaranta giorni dal compimento dello stesso senza dichiarare se accetta o rinuncia all'eredità (art. 485, comma 3, c.c.). In tutti questi casi, il chiamato sarà considerato "erede puro e semplice"².

La stessa accettazione tacita, a ben vedere, pur presupponendo, come dice l'art. 476 c.c., "necessariamente la volontà di accettare", in realtà si fonda sul compimento di atti

¹ Per Giuseppe Azzariti si tratta di una terza specie di accettazione, che ha luogo *ope legis* e che avviene senza o anche contro la volontà del chiamato all'eredità (AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 105). Contrario alla qualifica in termini di accettazione, L. COVIELLO jr, *La formula degli articoli 485, 487 e 527: "il chiamato è considerato erede puro e semplice" e il modo di acquisto dell'eredità*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 363: "Dal legislatore si è fatta astrazione da ogni considerazione del comportamento del soggetto quale accettazione, direttamente e senz'altro disponendosi le conseguenze del comportamento del chiamato all'eredità, mercè la qualificazione della situazione giuridica dello stesso, successiva alla condotta tenuta. È arbitrario, a nostro avviso, volere argomentare da quanto disposto dagli artt. 485 e 527 per ritenere che da tali norme si postuli (o si finga) un'accettazione, solo perché, giusta l'art. 459, "l'eredità si acquista con l'accettazione" (366). E ancora: "Se si vuole acquistare l'eredità, occorre la accettazione. Ma ciò non significa che ogni qualvolta, a norma di diritto, vi ha acquisto dell'eredità, deve ritenersi per data e sussistente un'accettazione!" (367).

² Si potrebbe aggiungere l'ipotesi del chiamato non nel possesso dei beni ereditari che dichiara di accettare con il beneficio di inventario e poi ometta di fare l'inventario entro tre mesi dalla dichiarazione, il quale ai sensi dell'art. 487, comma 2, c.c., è considerato erede puro e semplice: in tal caso, tuttavia, l'effetto consegue a una previa manifestazione di volontà del chiamato, per cui la reazione dell'ordinamento attiene esclusivamente alla perdita del beneficio.

che oggettivamente hanno una rilevanza sociale comparabile a quella di una volontà di accettare, fermo restando che questa non è richiesta effettivamente³.

Per quanto concerne il mancato acquisto dell'eredità, tale evento può derivare da un atto esplicito di volontà, nella forma solenne richiesta dalla legge, ovvero da altre vicende che determinano la perdita del diritto di accettare. Nel primo caso, si tratta di una rinuncia all'eredità; nel secondo, si allude alle ipotesi di decorso del termine decennale di prescrizione (art. 480 c.c.); di decorso del minor termine assegnato dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 481 c.c.; di decorso del termine di quaranta giorni dal compimento dell'inventario fatto su istanza del chiamato non possessore dei beni ereditari, senza che egli abbia in quello *spatium deliberandi* dichiarato se accetta o rinuncia all'eredità.

Preme osservare come questi scenari alternativi, l'acquisto e il mancato acquisto, non siano posti sullo stesso piano dal legislatore, sotto due punti di vista:

1. l'ordinamento ha interesse a che un erede vi sia, e per questo motivo, mentre la prima prospettiva, quella dell'acquisto dell'eredità, integra un evento irreversibile (con la sola eccezione, che non rileva in questo contesto, dell'eventuale pronuncia di indegnità), l'altra alternativa non è così definitiva;
2. inoltre, mentre l'intera varietà di fattispecie che determinano l'acquisto conducono a un risultato unitario, nell'altro ambito vi è una differenza fondamentale tra rinuncia, da un lato, e le altre vicende sopra citate che determinano la perdita del diritto di accettare l'eredità, e dunque l'impossibilità di diventare erede. Infatti, con la rinuncia, il diritto di accettare l'eredità del chiamato non viene perduto o dismesso definitivamente. Piuttosto, si può dire che esso subisca una trasformazione: resta nel patrimonio del rinunziante diversamente conformato, in qualche misura, affievolito.

Posto che il rinunziante può ancora accettare, revocando la rinuncia, evidentemente il diritto di accettare non è del tutto esaurito: la perdita vera e propria si avrà soltanto all'esito di una fattispecie complessa, di cui la rinuncia rappresenta un tassello fondamentale, ma non sufficiente.

Emerge da queste prime considerazioni come la formula dell'art. 521 c.c. "chi rinuncia è come se non fosse mai stato chiamato" sia in parte mentitoria: non soltanto restano salvi gli atti conservativi posti in essere dal chiamato come amministratore dell'eredità prima della rinuncia⁴, non soltanto tale formula stride con la disciplina degli effetti concreti della rinuncia sul versante dell'individuazione dei successivi chiamati, e in particolare con la disciplina dell'accrescimento, ma addirittura, il rinunziante può ancora diventare erede.

³ GROSSO e BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1977, 275. Più di recente, cfr. G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in *Diritto delle successioni* a cura di Calvo e G. Perlingieri, I, Napoli, 2008, 234 ss.; ROMEO, *L'accettazione dell'eredità*, in *Tratt. dir. succ. e donaz.* diretto da Bonilini, Milano, 2009, 1228; DI MARZIO, *L'accettazione tacita dell'eredità*, in *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, a cura di Cuffaro, Torino, 2015, 137.

⁴ In questo senso, già CICU, *Le successioni. Parte generale*, Milano, 1941, 180.

Il diritto di revocare la rinuncia e accettare l'eredità, oltre a venire meno per il decorso del termine di prescrizione decennale, è suscettibile di estinguersi a seguito dell'eventuale acquisto dell'eredità da parte di altri (il che, incidentalmente, può avvenire anche contestualmente alla rinuncia, se il chiamato ulteriore è un coerede a favore del quale opera l'accrescimento). Ciò mette in luce il secondo effetto della rinuncia all'eredità: oltre a incidere sul diritto di accettare l'eredità del rinunziante, essa conferisce pievezza al diritto di accettare dei chiamati ulteriori⁵.

Si osservi ora, riprendendo un discorso lasciato prima in sospeso, che tale effetto è proprio della rinuncia all'eredità, non delle altre fattispecie che determinano la perdita del diritto di accettare⁶. Chi, ad esempio, lascia decorrere il termine giudiziale fissato su richiesta di alcuno degli interessati ai sensi dell'art. 481 c.c., subisce l'effetto della "perdita del diritto di accettare l'eredità": non si tratta di una rinuncia tacita, ma di una sorta di decadenza con una connotazione quasi "sanzionatoria"⁷, pertanto non sarà consentito revocare tale atto omissivo, rimediare a tale inerzia, e accettare (nemmeno se l'eredità resta vacante).

Stesso risultato dovrebbe aversi nel caso di decorso del termine di quaranta giorni dal compimento dell'inventario fatto su istanza del chiamato non possessore dei beni ereditari, senza che egli abbia in quello *spatium deliberandi* dichiarato se accetta o rinuncia all'eredità, salvo osservare come tale previsione normativa risulti poco ragionevole, introducendo un effetto sanzionatorio sproporzionato: a conferma, si segnala l'anomala conseguenza che se nei quaranta giorni il chiamato avesse dichiarato di rinunciare, potrebbe ancora accettare, ma poichè nulla ha detto, egli perde il diritto in maniera irreversibile.

Un discorso parzialmente diverso, in termini di definitività della perdita del diritto di accettare l'eredità, potrebbe farsi per la vicenda della prescrizione, in ragione della regola di natura processuale della sua non rilevabilità d'ufficio, che determinerebbe l'irrelevanza della tardività dell'accettazione (e dunque l'incontestabilità dell'acquisto della qualità di erede) in mancanza di eccezione proveniente da chi abbia un interesse giuridicamente rilevante⁸.

⁵ In realtà, i chiamati in grado successivo sono legittimati ad accettare l'eredità sin dal momento dell'apertura della successione, ma gli effetti di tale accettazione sono condizionati al venir meno dei primi chiamati. Il punto sarà ripreso *infra*, nota 10.

⁶ Già L. COVIELLO jr, *La formula degli articoli 485, 487 e 527: "il chiamato è considerato erede puro e semplice" e il modo di acquisto dell'eredità*, cit., 367.

⁷ CICU, *Successioni a causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. Cicu Messineo*, 2 ed., Milano, 1961, 207. Lo conferma anche la Relazione al Progetto definitivo al codice civile (n. 33).

⁸ Cass., 1° settembre 1993, n. 9252, in *Riv. notar.*, 1994, 1142: "La prescrizione del diritto di accettare l'eredità può essere eccepita da chiunque vi abbia interesse, anche se estraneo all'eredità, e quindi, anche da colui che sia in possesso di beni ereditari, senza che sia trascorso il tempo necessario ad usucapirli". Da ultimo, vedi Cass., 9 giugno 2026, n. 18652, in cui è stato ritenuto privo di interesse a sollevare l'eccezione il comproprietario convivente.

3. Gli effetti della rinuncia all'eredità: l'affievolimento del diritto di accettare del rinunziante e la pienezza del diritto di accettare del chiamato in subordine

Tornando all'effetto primario della rinuncia, è tempo di meglio chiarire quale trasformazione, ovvero quale forma di affievolimento subisca, il diritto di accettare l'eredità: esso può essere descritto in termini di precarietà oppure di quiescenza, precisando tuttavia che i due termini non sono fungibili, e che la scelta dell'uno o dell'altro sottende un diverso modo di intendere il fenomeno rinunziativo e gli effetti che ne derivano.

“Precario” significa che il diritto di accettare l'eredità permane nel patrimonio del chiamato rinunziante come attuale, e dunque pienamente esercitabile, salvo potersi estinguere in caso di acquisto da parte di altri⁹.

“Quiescente” significa invece che il diritto di accettare l'eredità perde la sua pienezza, non è più immediatamente esercitabile, richiedendosi invece, per la sua riattivazione, un passaggio intermedio consistente nella revoca della rinuncia, idonea a ripristinare il potere di acquistare l'eredità.

Nella prospettiva della precarietà, dovremmo ammettere che il rinunziante possa effettivamente ancora accettare l'eredità: si delinea una sorta di chiamata cumulativa, che opera contemporaneamente per tutti i chiamati¹⁰.

Aderendo a questa impostazione, ovvero ritenendo che il rinunziante non vede compromessa la sua delazione (salva l'incognita di un precedente acquisto altrui), occorre concludere nel senso che egli sia legittimato a procedere immediatamente con l'accettazione dell'eredità, e non vi sarebbero ragioni valide per circoscrivere tale facoltà soltanto ad alcune forme di accettazione. In altri termini, dovrebbe ammettersi sia un'accettazione espressa sia un'accettazione tacita, desumibile da un comportamento che presuppone la volontà di accettare e che il chiamato non potrebbe compiere se non nella qualità di erede. Questa era in effetti l'opinione dominante presso la dottrina classica¹¹; addirittura, un autore giungeva alla medesima conclusione per i casi di possesso di

⁹ In questo senso CICU, *Successioni a causa di morte. Parte generale*, cit., 1961, 214 (“L'effetto della rinuncia non è quello di far cadere la delazione, ma quello di rendere pienamente efficiente la delazione al secondo chiamato, per cui la rinuncia avrà effetto definitivo solo con l'acquisto dell'eredità da parte altrui”).

¹⁰ Anche prima della rinuncia, per il vero, secondo l'attuale orientamento della giurisprudenza, si verifica una chiamata congiunta e simultanea, posto che anche il chiamato ulteriore potrebbe sin da subito accettare l'eredità, ma in tal caso l'acquisto è condizionato al mancato previo acquisto – evento che configura una *condicio iuris* – del primo chiamato entro i termini di prescrizione (cfr. Cass., 16 agosto 1993, n. 8737, in *Nuova Giur. Civ.*, 1994, 435, con nota di REGINE; Cass., 13 luglio 2000, n. 9286; Cass., 30 marzo 2012, n. 5152; Cass., 6 febbraio 2014, n. 2743). In questo caso, invece, la chiamata è cumulativa e non condizionata, nel senso che “il primo che accetta, è erede”.

¹¹ Cfr. ad esempio CICU, *Successioni a causa di morte. Parte generale*, cit., 215. Luigi Coviello afferma: “Essendo la rinuncia un atto formale, sarebbe logico, oltre che opportuno, specie nell'interesse dei terzi, che anche la revoca della rinuncia fosse sottoposta alla forma solenne: basta invece

beni ereditari continuato per il periodo di tempo utile a determinare l'effetto dell'acquisto, nonché di sottrazione di beni ereditari successivamente alla rinuncia: posto che la delazione è ancora attuale, anche tali fattispecie sarebbero idonee a determinare l'acquisto, purché non si sia già verificato l'acquisto in capo ad altri¹². Con ciò superando però il dato letterale dell'art. 525 c.c., dove troviamo l'espressione "il rinunziante può sempre accettarla", il che potrebbe essere letto nel senso di escludere implicitamente gli acquisti *ex lege*¹³.

Passando ora all'analisi della seconda prospettiva, che vede il diritto di accettare l'eredità in uno stato di quiescenza a seguito della rinuncia, essa implica l'impossibilità di esercitare immediatamente il diritto, occorrendo un atto che lo rivitalizzi, ovvero una vera e propria revoca della rinuncia, conformemente alla lettera della rubrica dell'art. 525 c.c.

Prima della revoca, il rinunziante non è attualmente delato, e ciò pare coerente con la circostanza, per esempio, che egli non gode di quei poteri interinali di gestione conservativa del patrimonio ereditario di cui all'art. 460 c.c., che competono ora al chiamato ulteriore.

È agevole cogliere la conseguenza pratica di tale ricostruzione, attinente al profilo formale: la revoca, in quanto atto collegato all'atto da revocare, richiede la medesima forma voluta dalla legge per quest'ultimo, con conseguente irrilevanza di qualsiasi manifestazione implicita di volontà, ma altresì di qualsiasi manifestazione espressa che non rispetti la forma solenne richiesta per la rinuncia all'eredità. La revoca sarà valida sol-

anche un atto di *pro herede gestio*. Purtroppo, però, nessuna modificazione al codice è stata su tal punto arrecata dal progetto" (L. COVIELLO, *Successione legittima e necessaria*, 2 ed. rived. e agg. con speciale riguardo al Progetto definitivo del Libro III del codice civile, Milano, 1938, 58, nota 1). Anche FERRI, *Successioni in generale. Art. 512-535*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, *Libro secondo. Delle successioni*, Bologna-Roma, 1968, 121 ss. e G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., 174, ritengono sufficiente un atto di accettazione tacita, non un acquisto senza accettazione.

¹² CICU, *Successioni a causa di morte. Parte generale*, cit., 215 [(il quale, tuttavia, in altro luogo sostiene che la sottrazione o il nascondimento devono essere anteriori alla rinuncia all'eredità giacché, se posteriori, oltre a costituire un reato, non potrebbero determinare l'acquisto dell'eredità essendo venuta meno la delazione (p.188)]. Più di recente, questa opinione è sostenuta da G. PERLINGIERI, *Possesso, rinuncia e acquisto ex lege dell'eredità*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 515 ss., secondo il quale la revoca della rinuncia all'eredità può derivare da un'accettazione espressa o tacita oppure da uno dei meccanismi di acquisto «legali». *Contra*, GROSSO e BURDESE, *Le successioni*, cit., 303; L. FERRI, *Successioni in generale. Art. 512-535*, cit., 122 ("Sia l'art. 485 che l'art. 527 si riferiscono espressamente ad un chiamato che non abbia ancora deliberato e non quindi a un chiamato rinunciante") e, con riguardo alla sottrazione di beni ereditari, 135; COPPOLA, *La rinuncia all'eredità*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, I, Milano, 2009, 1596; CUFFARO, *Rinuncia e accettazione dell'eredità: considerazioni sul disposto dell'art. 527 c.c.*, in *Giur. It.*, 1986, I, 1, 289 ss.

¹³ FERRI, *Successioni in generale. Art. 512-535*, cit., 123: "Il legislatore quando parla di "acquistare", senza altre precisazioni, intende riferirsi ad ogni tipo di acquisto, tanto a quello fondato su una manifestazione di volontà del chiamato, quanto a quello collegato ad una situazione obiettiva; quando parla di "accettare" intende riferirsi al solo acquisto per accettazione".

tanto se fatta per atto ricevuto da notaio o dal cancelliere del Tribunale, e soggetta alle medesime formalità pubblicitarie.

Volendo sintetizzare la questione, si tratta di stabilire se il chiamato all'eredità che vi abbia rinunciato possa diventare erede soltanto a seguito di una manifestazione solenne di volontà preordinata a revocare la rinuncia e conseguentemente ad accettare, oppure possa diventare erede anche a seguito di un mero comportamento che manifesti inequivocabilmente la volontà di accettare, se non addirittura a seguito di atti legalmente tipizzati idonei a determinare l'acquisto dell'eredità.

4. Rinuncia all'eredità e sottrazione di beni ereditari

La questione della forma richiesta per la revoca della rinuncia all'eredità ai sensi dell'art. 525 c.c. assume una rilevanza pratica notevole e non trova una soluzione univoca in dottrina e giurisprudenza. Le ragioni del dibattito affondano le proprie radici nel dato codicistico, che presenta evidenti profili di equivocità.

L'articolo 525 c.c., infatti, è rubricato revoca della rinuncia, e da qui trae origine la diffusa affermazione secondo cui l'atto unilaterale di rinuncia all'eredità è suscettibile di revoca. Sennonché il disposto normativo sembrerebbe smentire in parte tale assunto, nella misura in cui il corpo dell'articolo 525 c.c. non fa menzione alcuna della revoca, affermando invece che "Fino a che il diritto di accettare l'eredità non è prescritto contro i chiamati che vi hanno rinunciato, *questi possono sempre accettarla*, se non è già stata acquistata da altro dei chiamati".

Dal mero dato letterale, dunque, non è possibile giungere a una soluzione definitiva. Volendo dare peso al lessico impiegato, l'unica conclusione cui sembrerebbe potersi pervenire è di escludere la rilevanza, ai fini dell'acquisto dell'eredità da parte del rinunciante, di quegli atti legalmente tipizzati che determinano l'acquisto senza accettazione.

Tali atti sono senza dubbio produttivi di effetti con riguardo ai chiamati ulteriori, e ciò trova conferma nell'art. 525 c.c. ("se non è già stata acquistata da altro dei chiamati"), per cui se il chiamato ulteriore, la cui delazione diventa piena ed attuale con la rinuncia del primo, sottrae o nasconde beni ereditari, o essendo nel possesso dei beni ereditari non fa l'inventario nei 3 mesi, acquisterà la qualità di erede puro e semplice: ciò non è detto che accada se gli stessi comportamenti sono posti in essere dal chiamato che abbia già rinunciato all'eredità.

Tale affermazione, come accennato in precedenza, non è per la verità del tutto pacifica, ancorché rappresenti l'opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza. Il tema merita un breve approfondimento, distinguendo le differenti ipotesi.

Per quanto concerne la sottrazione o l'occultamento dei beni ereditari, l'art. 527 c.c. recita: "I chiamati all'eredità, che hanno sottratto o nascosto beni spettanti all'eredità stessa, decadono dalla facoltà di rinunziarvi e si considerano eredi puri e semplici, nonostante la loro rinuncia", senza chiarire se ci si riferisca a una rinuncia anteriore o successiva. Poiché l'atto stesso della sottrazione determina l'acquisto dell'eredità, quale san-

zione a carico del chiamato per il fatto illecito da lui commesso¹⁴, nonché quale forma di garanzia per i creditori del *de cuius*, è indubbio che una rinuncia posteriore non potrebbe spiegare alcun effetto. Diversamente, nel caso in cui i fatti contemplati nella norma si verificassero successivamente alla rinuncia all'eredità, un'opinione diffusa ritiene che si realizzerebbe la fattispecie delittuosa di appropriazione indebita, essendo il rinunziante estraneo alla successione e, quindi, i beni ereditari beni di terzi¹⁵. Si discosta da tale linea di pensiero un'isolata pronuncia della Corte di Cassazione del 1984¹⁶, secondo cui la sottrazione o il nascondimento di beni ereditari determinano l'acquisto dell'eredità, anche se successivi alla relativa rinuncia, a condizione che il diritto di accettare l'eredità non si sia prescritto e questa non sia stata acquistata da altri chiamati: l'impostazione seguita lascia intendere che gli atti di sottrazione o nascondimento varrebbero quale revoca della rinuncia.

La questione non ha avuto modo di essere affrontata dalla giurisprudenza successiva, pertanto il precedente è rimasto isolato. C'è da segnalare, tuttavia, che la decisione, ove anche fosse confermata, potrebbe non essere decisiva ai fini che qui interessano. Invero, è lo stesso art. 527 c.c. a puntualizzare che la sottrazione di beni ereditari produce l'acquisto dell'eredità, "nonostante la rinuncia". Il dubbio sulla rilevanza di tale inciso è legittimo, posto che, se si riferisse alla rinuncia successiva all'evento, si tratterebbe di una precisazione piuttosto inutile: in altri termini, è ovvio che se un chiamato è già divenuto erede, non può più rinunziare. Sembrerebbe così profilarsi un argomento (ancorché meramente letterale) per interpretare la disposizione come riferita alla rinuncia anteriore. Ma, ove anche si accedesse a questa lettura, non necessariamente ciò dovrebbe rilevare ai fini dell'art. 525 c.c.: sarebbe una previsione del tutto eccezionale, ispirata da un intento sanzionatorio particolarmente forte, giustificata dalla peculiare connotazione negativa del comportamento del rinunziante; ma inidonea a dettare una regola di carattere generale, e ad aprire le porte a una revoca della rinuncia differente da un atto di accettazione.

5. Rinuncia all'eredità e possesso di beni ereditari

Occorre ora trattare la spinosa questione del possessore di beni ereditari che omette di redigere l'inventario nei tre mesi dall'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità: ai sensi dell'art. 485 c.c. egli diventa erede puro e semplice, e conse-

¹⁴ Così AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., 106.

¹⁵ ZACCARIA, *La rinuncia all'eredità manifestata successivamente alla sottrazione o all'occultamento di beni ereditari: un caso "primigenio" di nullità relativa?*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, 2500. Ma già CICU, *Le successioni. Parte generale*, 2 ed., Milano, 1941, 174: "Naturalmente la sottrazione ed occultamento devono essere anteriori alla rinuncia: intervenuti dopo, manca la base dell'effetto, poiché la delazione è caduta". Anche se poi si contraddice (v. *supra*, nota 12).

¹⁶ Cass., 6 dicembre 1984, n. 6412, in *Giur. It.*, 1986, I, 1, 289, con nota di CUFFARO.

guentemente, in forza del brocardo *semel heres semper heres*, ogni successiva rinuncia è inefficace. In questo senso, merita sin d'ora chiarire, va intesa la tralaticia massima giurisprudenziale secondo cui “il chiamato in possesso dei beni ereditari può rinunciare all'eredità se compie l'inventario nei termini previsti. Se, invece, il chiamato che si trovi nel possesso dei beni ereditari non compie l'inventario nei termini previsti non può rinunciare all'eredità, ai sensi dell'art. 519 c.c., in maniera efficace nei confronti dei creditori del *de cuius*, dovendo il chiamato, allo scadere dei termini stabiliti per l'inventario, essere considerato erede puro e semplice”, il cui esatto significato può essere pienamente colto soltanto confrontando la vicenda fattuale da cui trae origine tale affermazione, per accorgersi che, nella più parte dei casi, si discuteva di rinunce cd. tardive, intervenute oltre i tre mesi dall'apertura della successione, e dunque provenienti da soggetti che avevano già acquisito lo *status* di erede¹⁷.

Ciò è conforme all'opinione unanime della dottrina¹⁸, secondo cui l'inventario è presupposto richiesto dalla legge per la sola accettazione beneficiata, non per la rinuncia, posto che l'art. 519 c.c. non pone particolari regole per la rinuncia dell'erede che si trovi nel possesso dei beni ereditari.

Si distingue un precedente della Corte di legittimità del 2003¹⁹, nel quale effettivamente una rinuncia intervenuta il giorno successivo l'apertura della successione è stata ritenuta revocata dal fatto che il rinunziante nel possesso dei beni ereditari non aveva proceduto all'inventario nei tre mesi successivi. Secondo quanto afferma la Corte, questa interpretazione troverebbe la sua ragione giustificativa “nella esigenza di tutela dei terzi, sia per evitare ad essi il pregiudizio di sottrazioni ed occultamenti dei beni ereditari da parte del chiamato; sia per realizzare la certezza della situazione giuridica successoria, evitando che gli stessi terzi possano ritenere, nel vedere il chiamato in possesso da un

¹⁷ È quanto accaduto, per esempio, nelle controversie decise dalla Corte di Cassazione con le sentenze 23 novembre 2021, n. 36080 (in cui la rinuncia interveniva dopo la notifica dell'avviso di accertamento da parte dell'Agenzia delle Entrate); 22 giugno 1995, n. 7076 (in cui la rinuncia interveniva oltre tre anni dopo l'apertura della successione); 17 ottobre 2016, n. 20960. Si legga anche Cass. 30 ottobre 1991, n. 11634 “Ai sensi dell'art. 519 c.c. costituiscono condizioni per la validità e l'efficacia di fronte ai terzi della rinuncia all'eredità la sua forma solenne (dichiarazione resa davanti a notaio o al cancelliere della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione) e la sua iscrizione nel registro delle successioni, mentre non è richiesto dalla detta norma il successivo compimento dell'inventario (nel termine prescritto), che, peraltro, costituisce formalità logicamente e giuridicamente incompatibile con l'essenza e le finalità proprie del negozio di dismissione dell'eredità”. L'orientamento è consolidato e risalente: cfr. Cass., 27 luglio 1964, n. 2067, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 203, secondo cui “naturalmente ben può il chiamato, pur nel possesso di beni ereditari, prima del compimento dei tre mesi rinunciare all'eredità anche senza compiere l'inventario”.

¹⁸ CICI, *Successioni per causa di morte*, cit., 207; GROSSO e BURDESE, *Le successioni, Parte Generale*, cit., 303.

¹⁹ Cass., 29 marzo 2003, n. 4845. Per una critica a questa sentenza, v. SICCHIERO, *Successioni a causa di morte - Non serve l'inventario per rinunciare tempestivamente all'eredità*, in *Giur. it.*, 2017, 2364.

certo tempo di beni della eredità, che questa sia stata accettata puramente e semplicemente”.

La sentenza, ampiamente criticabile, omette di considerare che proprio l'esigenza di tutela dei terzi dovrebbe indurre a dare maggiore rilevanza giuridica a un atto solenne e iscritto nel registro delle successioni, quale l'atto di rinuncia, rispetto a una mera situazione fattuale, quale il possesso di beni ereditari, di non sempre facile accertamento, intorno alla quale permangono numerosi dubbi.

In sintesi, può affermarsi che la giurisprudenza nettamente maggioritaria, salvo sporadiche note dissonanti inadeguatamente motivate, nega che gli effetti giuridici della rinuncia all'eredità siano subordinati al successivo compimento dell'inventario nel termine prescritto, con ciò implicitamente escludendo che la fattispecie legalmente tipizzata di acquisto dell'eredità di cui all'art. 485 c.c. integri un'ipotesi di “revoca” della rinuncia all'eredità ai sensi dell'art. 525 c.c.

6. Permanenza del diritto di accettare l'eredità in capo al rinunziante ed effetti conseguenti

L'opinione largamente prevalente, propensa ad escludere la riconducibilità delle fattispecie che determinano l'acquisto *ope legis* dell'eredità nell'area degli atti di revoca della rinuncia ai sensi dell'art. 525 c.c., solleva una questione importante, di coerenza sistematica. Per quale ragione, se accogliamo l'idea che un chiamato rinunziante possa ancora diventare erede, dovremmo distinguere tra i diversi modi di acquisto, e ritenere rilevante l'accettazione, espressa o tacita, e non i meccanismi legali di acquisto senza accettazione? Quali ragioni potrebbero giustificare tale trattamento diversificato?

Il problema emerge in modo netto se si aderisce all'opinione per cui la rinuncia all'eredità rende la delazione del primo chiamato “precaria”, nel senso in precedenza descritto. Se, in altri termini, ci si accosta all'idea che il rinunziante ha ancora nel suo patrimonio il diritto di accettare l'eredità, ponendosi nella medesima posizione del chiamato ulteriore, per cui l'acquisto dell'uno estingue il diritto dell'altro, non si vede davvero perché solo per il secondo, e non per il primo, debbano rilevare le fattispecie legalmente tipiche di acquisto senza accettazione.

Si potrebbe rispondere che così si ricava dal disposto normativo, che parla di “accettazione” per il primo e di “acquisto” per il secondo. Ma sarebbe una risposta semplicistica e poco persuasiva, proprio alla luce delle evidenti aporie lessicali che l'articolato normativo presenta. Tra l'altro, si osservi incidentalmente, anche l'articolo precedente dedicato all'impugnazione della rinuncia da parte dei creditori utilizza impropriamente l'espressione “accettare l'eredità”, essendo pacifico che non di vera e propria accettazione si tratti, e imponendosi invece una lettura correttiva.

Tali osservazioni, tuttavia, non necessariamente devono condurre ad affermare che la rinuncia all'eredità possa essere revocata per il tramite di un atto diverso da una dichiarazione di volontà conforme all'intento perseguito. Tale esito può essere scartato, garantendo coerenza al sistema, se si ritiene che il rinunziante perda la qualità di chia-

mato, e che il diritto di accettare l'eredità possa essere riesumato soltanto con un vero e proprio atto di revoca: questa soluzione è peraltro in linea con la circostanza, pacifica, che il rinunziante non gode dei poteri riconosciuti dall'art. 460 c.c. al chiamato prima dell'accettazione.

Secondo questa soluzione, già abbozzata in precedenza, il diritto di accettare l'eredità, a seguito di rinuncia, entra in uno stato di quiescenza, non è perduto per sempre, potendo ancora emergere una volontà contraria, un ripensamento.

È bene tuttavia precisare, a completamento di questa ricostruzione, che l'atto che rende nuovamente attuale la delazione, ovvero l'atto di revoca, non riporta il rinunziante-revocante nella posizione di chiamato puro e semplice. Se così fosse, residuerebbe spazio per una nuova rinuncia, il che sarebbe un esito del tutto irrealistico, contrario a un basilare canone di coerenza e al precetto giuridico di non contraddizione: la revoca della rinuncia consuma definitivamente la delazione, a prescindere che essa si accompagni o meno a una accettazione espressa. La revoca della rinuncia, in altri termini, reca in sé la volontà irretrattabile, di accettare, in conformità all'obiettivo ultimo avuto di mira dal legislatore, ovvero favorire l'acquisto dell'eredità. Semmai, l'unico interrogativo che può porsi è se vi sia spazio per una contestuale dichiarazione espressa di accettazione con beneficio d'inventario, il che non sembrerebbe da escludere.

7. Il contrasto giurisprudenziale sulla forma della revoca della rinuncia

La questione della forma richiesta per la cd. revoca della rinuncia ha interessato più volte i nostri giudici di merito e di legittimità, i quali hanno offerto soluzioni non univoche.

Da una parte si afferma che, poiché l'atto di rinuncia deve essere rivestito di forma solenne (dichiarazione resa davanti a notaio o al cancelliere e iscrizione nel registro delle successioni), risulta inammissibile la revoca tacita della rinuncia, evidentemente qualificando tale atto come vera e propria revoca, e dunque conformandosi al principio di specularità delle forme²⁰.

Altro filone giurisprudenziale esprime invece la convinzione che “la revoca della rinuncia all'eredità, di cui all'art. 525 c.c., non costituisce, anche sotto il profilo formale, un atto o negozio giuridico autonomo, bensì l'effetto della sopravvenuta accettazione dell'eredità medesima da parte del rinunziante, il cui verificarsi, pertanto, va dedotto dal mero riscontro della validità ed operatività di tale successiva accettazione, sia essa espressa o tacita”²¹.

²⁰ Cass. 29 marzo 2003, n. 4846; Cass. 12 ottobre 2011, n. 21014; Cass. 19 febbraio 2014, n. 3958; Cass. 28 dicembre 2022, n. 37927; Cass. 9 giugno 2025, n. 15301; Cass. 21 marzo 2026, n. 6803. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Napoli, 11 maggio 2010, in *Foro nap.*, 2012, 225 ss., con nota critica di G. PERLINGIERI, *La revoca della rinuncia all'eredità, ex art. 525 c.c., deve rivestire forma solenne?*

²¹ Cass., 21 aprile 1958, n. 1319, in *Giust. civ.*, 1958, 2178 (relativa a una chiamata all'eredità rima-

Il primo orientamento sembrerebbe, nei tempi più recenti, maggioritario, ancorché una recentissima sentenza della seconda sezione della Corte di Cassazione ha riaperto oggi il dibattito²² e reso particolarmente palese il contrasto giurisprudenziale.

A distanza di meno di tre mesi, infatti, due pronunce della Corte di legittimità, ancorché provenienti da diverse sezioni, si esprimono in maniera antitetica: la sezione tributaria, con ordinanza del 21 marzo 2026, n. 6803, in una vicenda che trae origine da un avviso di accertamento notificato dall'Agenzia delle Entrate a un soggetto ritenuto erede del padre defunto, avendo egli continuato a gestire l'azienda paterna anche dopo la rinuncia all'eredità, esclude che la revoca possa essere tacita; la sezione seconda, con sentenza del 9 giugno dello stesso anno, esprimendosi in una causa di divisione ereditaria e con l'esigenza di individuare i diversi coeredi e i loro aventi causa, conclude nel senso che la revoca può essere anche tacita²³.

In ogni caso, allargando lo sguardo alle numerose decisioni che si sono occupate della questione, ci si accorge che le argomentazioni addotte a sostegno di una soluzione o dell'altra raramente vanno oltre l'apodittica affermazione che la revoca della rinuncia è l'effetto dell'accettazione, che quindi può essere espressa o tacita; oppure che l'accettazione (e/o l'acquisto) dell'eredità è l'effetto di una revoca, che dunque non può essere tacita.

Si distingue – ma forse soltanto apparentemente – l'ultima decisione in ordine temporale²⁴, che offre una motivazione un po' più articolata, atta soprattutto a mettere in luce alcuni supposti limiti della tesi contrapposta: si sottolinea, ad esempio, che se la revoca di cui all'art. 525 c.c. fosse una vera e propria revoca, e non una mera accettazione,

sta, dopo la rinuncia, nel possesso di beni ereditari); Cass., 8 giugno 1984, n. 3457, in *Riv. not.*, 1984, p. 1282 e Cass., 18 aprile 2012, n. 6070 (in ambedue i casi, il rinunziante si era costituito in giudizio, allegando la sua qualità di erede). Nello stesso senso, ma in *obiter*, Cass., 2 agosto 2011, n. 16913; Cass., 4 luglio 2016, n. 13599.

²² Cass., 9 giugno 2026, n. 18652.

²³ La citata sentenza presenta plurimi profili d'interesse, che non possono essere approfonditi in questa sede. Tra di essi, merita segnalare la presa di posizione in merito all'acquisto dello Stato ai sensi dell'art. 586 c.c.: nel caso di specie, invero, a seguito della rinuncia all'eredità (poi oggetto di revoca implicita), in mancanza di altri chiamati noti, l'eredità veniva devoluta allo Stato. Si pone dunque la questione se l'acquisto dello Stato, descritto come automatico dal codice civile, sia idoneo a precludere al rinunziante la possibilità di revoca. La Cassazione esprime parere negativo, argomentando sulla base della peculiare natura dello Stato erede/successore, che acquista senza essere chiamato, concludendo nel senso che "la rinuncia del chiamato, quindi, non determina l'immediato acquisto dello Stato, ma dà luogo a una situazione di giacenza, di cui si verificano i presupposti perché il rinunziante conserva il diritto di accettare e lo può esercitare finché non sia prescritto. La rinuncia è irretrattabile solo dopo la scadenza del termine di prescrizione del diritto di accettare l'eredità, che segna il momento nel quale l'eredità è acquistata *ipso iure* dallo Stato", con l'ulteriore precisazione che in ogni caso la prescrizione va eccepita da parte di chi via abbia interesse e che, in mancanza, la revoca della rinuncia, ancorché siano decorsi dieci anni dall'apertura della successione, sarebbe idonea a produrre i suoi effetti.

²⁴ Cass., 9 giugno 2026, n. 18652.

il suo compimento dovrebbe far tornare il rinunziante-revocante nella posizione di chiamato, consentendogli di rinunciare nuovamente all'eredità. Ma si è visto in precedenza che questa non è una conseguenza indispensabile, e che non vi è inconciliabilità tra la tesi della revoca quale atto a sé stante, e l'idea che la sua manifestazione consumi il diritto potestativo di accettare. Ancora, si sottolinea da parte dei giudici di legittimità che la tesi criticata dovrebbe portare non soltanto a richiedere che la revoca sia espressa, ma che essa rivesta la forma solenne prescritta dalla legge per la rinunzia. Ciò corrisponde al vero, ma non è un argomento decisivo per escludere validità alla tesi contraria.

8. Conclusioni

L'analisi giurisprudenziale manifesta la difficoltà di individuare dal testo normativo argomenti definitivi, in un senso o nell'altro. Allo stesso tempo, è evidente la rilevanza della questione, che potrebbe giustificare un intervento chiarificatore delle sezioni unite della Cassazione, le quali, a fronte di un dato codicistico insufficiente ed equivoco, dovrebbero pervenire a una conclusione che guardi più agli interessi perseguiti che al dato letterale.

In questa prospettiva, non si può negare che un'esigenza primaria della regolazione del fenomeno successorio sia quella di avere un erede: in quest'ottica si spiega l'eccezionale previsione di una facoltà di ripensamento in capo al rinunziante l'eredità²⁵.

Sennonché, altrettanto meritevole di considerazione mi pare essere l'esigenza di affidabilità del traffico giuridico, di certezza dei rapporti e di tutela dei terzi, anche in ambito successorio. Se così è, non può non essere oggetto di valutazione la circostanza che la rinunzia all'eredità è atto solenne iscritto nel Registro delle successioni ai fini di opponibilità. Su tale forma di pubblicità, i terzi legittimamente ripongono un affidamento, che rischierebbe di essere deluso laddove si accogliesse l'idea che un mero contegno concludente sia idoneo a eliminarne gli effetti. A maggior ragione ove si ragioni sulle numerose incertezze che circondano l'esatta identificazione degli atti idonei a integrare accettazioni tacite dell'eredità, a partire dalla rilevanza del possesso di beni ereditari da parte del chiamato. Un diritto successorio moderno non può non tenere conto di queste esigenze del traffico giuridico.

²⁵ La natura eccezionale giustifica la sua mancata estensione alla diversa ipotesi della rinunzia al legato, dove manca l'esigenza di assicurare un continuatore dei rapporti giuridici facenti capo al *de cuius*.

ABSTRACT

Due contrastanti sentenze della Corte di Cassazione, emesse a distanza di pochi mesi l'una dall'altra, rivitalizzano un dibattito antico, mai sopito, sull'esatta qualificazione giuridica della cd. revoca della rinuncia all'eredità e sulla forma che essa deve rivestire. Il contributo esamina gli argomenti posti a sostegno delle contrapposte opinioni, e, nell'auspicio di un prossimo intervento chiarificatore delle sezioni unite della Cassazione, tenta di arricchire la disputa offrendo qualche elemento aggiuntivo di riflessione.

Two conflicting judgements by the Italian Corte di Cassazione, handed down just a few months apart, have reignited a long-standing debate – one that has never truly subsided – on the precise legal classification of the so-called 'revocation of the renunciation of an inheritance' and the form it must take. This article examines the arguments put forward in support of the opposing views and, in the hope of a forthcoming clarifying ruling by the Joint Divisions of the Corte di Cassazione, seeks to enrich the debate by offering some additional points for consideration.



Merito creditizio e concessione abusiva del credito tra Direttiva UE 2023/2225 e riforma del T.U.B.



Maria Annunziata Astone

Prof. ord. dell'Università di Messina

SOMMARIO: **1.** Premessa: dalla Direttiva 2008/48/CE alla Direttiva (UE) 2023/2225 e il D.lgs. n. 212/2025. – **2.** La valutazione del merito creditizio *ex art. 124-bis* T.U.B.: l'obbligo di protezione del consumatore e il “prestito responsabile”. – **3.** Segue: l'art. 125-*bis* T.U.B.: banche dati e sistemi di A.I. – **4.** Il sistema sanzionatorio e l'art. 144 T.U.B. – **5.** Responsabilità dell'intermediario e doveri di rettifica delle banche dati. – **6.** Le “misure di tolleranza” *ex art. 125-decies* T.U.B. – **7.** Segue: Rimedi conservativi e manutentivi a favore del consumatore. – **8.** I rimedi demolitori nel rapporto di consumo: nullità, annullabilità, risoluzione. – **9.** Errata valutazione del merito creditizio e sovraindebitamento: l'impatto dell'art. 69 CCII. – **10.** Conclusioni: dalla valutazione del merito creditizio alla tutela del mercato dopo Cass. civ., Sez. I, 25 marzo 2026, n. 7134.

1. Premessa: dalla Direttiva 2008/48/CE alla Direttiva (UE) 2023/2225 e il D.lgs. n. 212/2025

Recenti interventi normativi e giurisprudenziali sollecitano una riflessione su un tema – quello del merito creditizio – da tempo oggetto di attenzione nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. In particolare, a rinvigorire l'interesse scientifico è non solo la recente riforma del T.U.B. (Testo unico bancario), ma anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione. Deriva da qui l'opportunità di ritornare su tale questione per verificare quali sono le novità, con particolare riferimento al profilo rimediale. A venire in rilievo sono gli articoli 124-*bis* e 125 T.U.B., interamente novellati dal d.lgs. n. 212/2025,

che ha dato attuazione alla direttiva 2023/2225/UE¹; l'art. 69 CCII; e, infine, alcune decisioni delle Corti di Cassazione (su cui *infra*).

2. La valutazione del merito creditizio ex art. 124-bis T.U.B.: l'obbligo di protezione del consumatore e il “prestito responsabile”

Il vigente articolo 124-bis del T.U.B. – come si è anticipato – si propone l'obiettivo di superare le criticità connesse al precedente assetto normativo, che era apparso insufficiente sotto diversi profili, tra cui la mancata definizione del merito creditizio e l'assenza di indicazioni circa i criteri da utilizzare per l'uso di tale parametro.

Il legislatore europeo, quindi, a partire dalla direttiva del 2017 in materia di credito immobiliare, ha avviato un percorso diretto a superare tali problematiche, che ha poi portato alla vigente disciplina in materia di credito ai consumatori, derivante dalla direttiva 2023/2225/UE. Secondo il cons. 54 del menzionato atto normativo il merito creditizio è «la capacità e la propensione del consumatore a rimborsare il credito», che deve essere «valutata e accertata prima della stipula di un contratto di credito». Sempre secondo tale considerando la valutazione del merito creditizio «dovrebbe essere proporzionata e avvenire nell'interesse del consumatore, per evitare pratiche irresponsabili in materia di concessioni di prestiti e sovraindebitamento, e dovrebbe tener conto di tutti i fattori necessari e pertinenti che potrebbero influenzare la capacità del consumatore di rimborsare il credito». L'intento è, dunque, quello di creare un mercato unico del credito, un elevato livello di protezione dei consumatori² al fine di dare piena attuazione al “principio del c.d. prestito responsabile”³.

¹ Sulla direttiva cfr. MAUGERI e VERSACI, voce *Contratto di credito al consumo*, in *Enc. Dir., I tematici – Singoli contratti* a cura di D'Amico, Milano, 2025, 468 e ss.; parimenti RUMI, *La terza direttiva sul credito al consumo ed il rimborso del credito: un'occasione per discutere di questioni ancora aperte*, in *Jus Civile*, 2024, 491 ss.; DE CRISTOFARO, *La riforma della disciplina dei contratti di credito b-to-c contenuta nel Capo II, Titolo VI, T.U.B. (D.lgs. 31 dicembre 2025, n. 212, di recepimento della dir. 2023/2225/UE)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2026, 1, 25 ss.; AA.VV., *Primo commento sui criteri ordinatori della Direttiva UE n. 2023/2225 relativa ai contratti di credito ai consumatori*, a cura di Gaggero, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2024, suppl. n. 4; TRAPANI, *La nuova direttiva 2023/2225/UE sul credito al consumo: note in tema di educazione finanziaria, merito di credito e servizi di consulenza sul debito*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 754 ss.; ORTINO, *La terza direttiva sul credito ai consumatori: distinzioni e complementarità nella tutela di interessi pubblici e privati*, in *Riv. della Regolazione dei mercati*, 2024, 548 ss.

² In particolare, nel considerando n. 79 la direttiva ritiene necessario che «i creditori affrontino in maniera proattiva il rischio di credito» e che, in tal senso, il «creditore dovrebbe tenere conto, fra gli altri elementi, della situazione individuale del consumatore, quali i suoi interessi e diritti, la sua capacità di rimborsare il credito e il suo ragionevole fabbisogno di spese di sostentamento».

³ SANTAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, Torino, 2020, 10 ss.

L'art. 124-*bis* T.U.B. (rubricato «Verifica del merito creditizio») statuisce che, prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore.

La formulazione contenuta nel comma 1 dell'art. 124-*bis* T.U.B. determina un significativo mutamento nella posizione giuridica del finanziatore, sul quale gravano precisi obblighi di procedere a una valutazione approfondita della meritevolezza del consumatore⁴, per evitare pratiche irresponsabili in materia di concessione di prestito e sovraindebitamento⁵.

Un insieme di obblighi poi specificati, sul piano dei contenuti, nei successivi commi della stessa disposizione, dai quali emerge che tale valutazione è assicurata dalle informazioni provenienti da pertinenti fonti interne o esterne, incluso il consumatore, o acquisite, ove necessario, tramite banche dati, che devono consentire al finanziatore di raggiungere la ragionevole certezza che il consumatore è in grado di adempiere gli obblighi derivanti dal contratto di credito.

La valutazione si fonda sulle informazioni⁶ riguardanti la situazione economica e finanziaria del consumatore, con divieto di trattare categorie particolari di dati personali, e possibilità, invece, di utilizzare le informazioni fornite dallo stesso consumatore, o ancora desumibili da banche dati pertinenti⁷.

3. Segue: l'art. 125-*bis* T.U.B.: banche dati e sistemi di A.I.

La disciplina delle banche dati, già presente nella precedente versione, viene anche aggiornata e integrata, ai sensi dell'art. 125 T.U.B., sia con riguardo alle modalità di accesso dei finanziatori di altri Stati membri, sia in ordine al contenuto. Al riguardo la novità sta nel rapporto che si è venuto determinando tra sistemi di intelligenza artificiale e valutazione del merito creditizio. L'introduzione di sistemi di intelligenza artificiale (IA)

⁴ Se dunque l'elevato livello di protezione del consumatore costituisce l'obiettivo primario della direttiva, non è certamente secondario l'interesse all'osservanza da parte dei finanziatori degli obblighi di comportamento ad essi imposti già nella fase delle trattative, obblighi di buona fede e correttezza, obblighi di natura informativa ma anche divieti di pratiche commerciali scorrette, tali da indurre il consumatore a prendere una decisione che in loro assenza non avrebbe mai adottato. L'adempimento di tali doveri è presidiato da un obbligo di sorveglianza gravante sulle autorità bancarie competenti.

⁵ Su tali temi SANTAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, cit., 13 ss., secondo il quale la clausola della sana e prudente gestione «assume una inedita dimensione negoziale, risultando fonte di specifiche regole di condotta».

⁶ SCOTTI, *Principio di trasparenza e obblighi di informazione nei rapporti di credito al consumo: questioni attuali e scenari futuri*, in Venuti (a cura di), *Vent'anni di euro*, Torino, 2025, 231 ss.

⁷ Cfr. VALENZA, *Obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore e disciplina in materia di banche dati*, in *Primo commento sui criteri ordinatori della Direttiva UE n. 2023/2225 relativa ai contratti di credito ai consumatori*, a cura di Gaggero, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2024, suppl. al n. 4, 14 ss.

per il *credit scoring* ha sollevato questioni di rilievo in materia di trasparenza, protezione dei dati e responsabilità del finanziatore⁸. Sia la Direttiva (UE) 2023/2225 sia il Regolamento sull'IA (AI Act)⁹ delineano un quadro normativo che qualifica tali sistemi come ad alto rischio¹⁰, considerato che dal loro uso può derivare l'accesso a servizi essenziali quali alloggio o energia¹¹.

Il finanziatore, nel caso in cui si avvale di un processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, fondato su un calcolo probabilistico, sarà assoggettato non solo agli obblighi stabiliti dagli articoli 124 *bis* e 125 T.U.B., ma anche a quelli derivanti dal Regolamento sull'IA.¹² e dal Regolamento sulla protezione dei dati personali¹³.

Al consumatore dovrebbero essere garantiti un insieme di diritti, tra cui quelli – come risulta dalla direttiva 2023/2225/UE e dall'art. 125 T.U.B. – *a) di ottenere l'intervento umano da parte del creditore, b) di ottenere una spiegazione significativa e comprensibile della valutazione effettuata e del funzionamento del trattamento automatizzato applicato e c) di chiedere un riesame della decisione relativa alla concessione del credito*. Il consumatore dovrebbe avere il diritto di essere informato relativamente a tali diritti dopo aver debitamente ricevuto informazioni sulla procedura seguita (cons. 56) e sui dati utilizzati¹⁴ per

⁸ Sul punto, fra gli altri, MARINO, *Intelligenza artificiale e valutazione del merito creditizio del consumatore nel quadro normativo europeo*, in Venuti (a cura di), *Vent'anni di euro*, Torino, 2025, p. 307 e ss.; parimenti, NATOLI, *Intelligenza artificiale e credit scoring*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 4, 2025, 653 ss.

⁹ Per approfondimenti su tali aspetti cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il credit scoring algoritmico*, in CAMILLERI, MAUGERI, *Contratto e Concorrenza nel mercato bancario. Le sfide del XXI secolo*, Torino, 2026, 221 ss.

¹⁰ Cfr. ZORZI GALGANO, *La sorveglianza umana per fronteggiare l'alto rischio nella tutela dell'AIA (in coordinamento con la disciplina nazionale) sui sistemi di intelligenza artificiale*, in *Contr. impr.*, 2026, 334 ss.; EAD., *La sorveglianza umana sull'alto rischio nel Regolamento UE 2024/1689 del 13 giugno 2024 nei sistemi di intelligenza artificiale*, in *Contr. impr. Eur.*, 2025, 239 ss.; CUFFARO, *L'intelligenza artificiale tra antropocentrismo della disciplina e realismo del mercato*, in *Contr. impr. Eur.*, 2025, 109 ss.

¹¹ Secondo, infatti, il considerando 58 del Regolamento i sistemi di IA utilizzati per valutare l'affidabilità creditizia delle persone fisiche sono ad alto rischio, in quanto «possono portare alla discriminazione fra persone o gruppi e possono perpetuare modelli storici di discriminazione, come quella basata sull'origine razziale o etnica, sul genere, sulle disabilità, sull'età o sull'orientamento sessuale, o possono dar vita a nuove forme di impatti discriminatori». In argomento cfr. CUFFARO, *L'intelligenza artificiale tra antropocentrismo della disciplina e realismo del mercato*, cit., 140 ss. Sul divieto di discriminazione nel credito al consumo cfr. GENTILI, *Non discriminazione*, in *Primo commento sui criteri ordinatori della Direttiva UE n. 2023/2225 relativa ai contratti di credito ai consumatori*, a cura di Gaggero, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2024, suppl. al n. 4, 101 ss.

¹² ZORZI GALGANO, *Il Regolamento dell'Unione Europea del 2024 sull'intelligenza artificiale. Una prospettiva di sistema*, in *Contr. impr. Eur.*, 2025, 1 ss.

¹³ In tal senso cfr. CGUE 7 dicembre 2023, C-634/21, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 416 ss., con nota di D'ORAZIO, *Il credit scoring e l'art. 22 del GDPR al vaglio della Corte di giustizia*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2024, 715 ss., con nota di GRASSO, *Decisioni automatizzate e merito creditizio: la Corte di giustizia sul credit scoring*.

¹⁴ Considerando n. 57 Dir. 2023/2225/UE: «i creditori e gli intermediari del credito non do-

la decisione algoritmica. Il finanziatore, a sua volta, deve garantire il rispetto di precise regole di comportamento, degli obblighi di diligenza professionale, con divieto di tenere comportamenti contrari alla correttezza richiesta dalla natura dell'attività esercitata e di ricorrere a pratiche commerciali sleali idonee a indurre il consumatore a prendere decisioni che altrimenti non avrebbe assunto. Solo dopo aver acquisito informazioni pertinenti e accurate, necessarie e proporzionate rispetto alla natura del credito e dopo che i risultati di tale attività valutativa fanno legittimamente confidare nel fatto che gli obblighi derivanti dal contratto di credito al consumo saranno adempiuti anche in una prospettiva futura, può erogare la somma, oggetto del prestito, al consumatore. Dall'analisi testuale emerge da un lato l'insussistenza di un obbligo a erogare il finanziamento in caso di esito positivo della valutazione¹⁵, ma soprattutto il dovere per il finanziatore di astenersi dalla concessione del credito, laddove sulla base dei risultati acquisiti, il consumatore appare immeritevole¹⁶. In tale ipotesi si configura un vero e proprio divieto di contrarre, in funzione protettiva degli interessi in gioco. Nel caso, tuttavia, in cui, malgrado il divieto, il credito risulta erogato, in manifesta violazione delle regole, alto è il rischio di pregiudicare non solo gli interessi del consumatore ma anche l'efficienza e la sana gestione del mercato creditizio. Lo stesso rischio si corre quando la concessione del credito è il risultato di una errata applicazione delle norme. Da qui la necessità di individuare gli strumenti di tutela degli interessi in gioco.

4. Il sistema sanzionatorio e l'art. 144 T.U.B.

Per la ricostruzione del sistema rimediale offerto dal legislatore e dalla giurisprudenza sovranazionale non può prescindersi dalla considerazione del quadro normativo

vrebbero trattare particolari categorie di dati, come i dati relativi alla salute, di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679, né le informazioni ottenute dai social network, poiché né tali categorie di dati né siffatte informazioni dovrebbero essere utilizzate per valutare il merito creditizio dei consumatori. I gestori di banche dati relative ai crediti dovrebbero dotarsi di procedure atte a garantire che le informazioni contenute nelle loro banche dati siano aggiornate e corrette. Qualora la richiesta di credito sia respinta sulla base della consultazione di una banca dati, i creditori dovrebbero informare i consumatori senza indebito ritardo e gratuitamente del risultato di tale consultazione, degli estremi della banca dati consultata e delle categorie di dati prese in considerazione. Inoltre, per garantire la consapevolezza dei consumatori, gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché i consumatori siano informati in merito alla registrazione in una banca dati di eventuali arretrati nel rimborso del credito tempestivamente ed entro 30 giorni dalla registrazione, ad esempio inviando loro un avviso via e-mail che li invita ad accedere alla banca dati per prendere visione delle informazioni relative ai propri arretrati nel rimborso del credito».

¹⁵ DE CRISTOFARO, *La riforma della disciplina dei contratti di credito b-to-c contenuta nel Capo II, Titolo VI, T.U.B. (D.lgs. 31 dicembre 2025, n. 212, di recepimento della dir. 2023/2225/UE)*, cit., 43 «tale condotta non potrebbe considerarsi (civilisticamente) illecita, salvo che la relativa decisione si fondi sulle ragioni discriminatorie vietate dall'art.122-bis, comma 2°, lett. b, t.u.b.».

¹⁶ SANTAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, cit., 10.

di riferimento. Secondo l'art. 44 della direttiva 2023/2235/UE spetta agli Stati membri il compito di introdurre sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive nel caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della direttiva, tra cui quello di valutazione del merito creditizio. L'art. 144 T.U.B., comma primo, lett. c), che attua il menzionato art. 44, ha previsto che le sanzioni amministrative applicabili agli intermediari finanziari, alle banche e a tutti i soggetti indicati nel primo comma si applicano anche nel caso di inosservanza degli articoli 124-bis e 125, commi 1-*quinquies*, 2, 3, 4, T.U.B. La previsione normativa dovrebbe svolgere, proprio per l'entità della sanzione prospettata, una funzione deterrente rispetto alla violazione delle norme sul merito creditizio e sulle modalità di organizzazione delle banche dati. Tale previsione assume ancor più rilevanza nella misura in cui le informazioni per la valutazione del merito creditizio possono essere ottenute sulla base della consultazione di una banca dati, che si avvale di sistemi di A.I.

Il sistema sanzionatorio previsto dall'art. 144 costituisce oggi uno dei tasselli per la tutela del consumatore nei confronti di una inesatta o errata applicazione degli artt. 124-bis e 125 T.U.B., che tuttavia non appare sufficiente¹⁷, dovendosi, al riguardo, individuare altri rimedi applicabili soprattutto sul piano del singolo rapporto contrattuale instauratosi tra consumatore e professionista¹⁸.

Sul punto d'altro canto è stata già la Corte di Lussemburgo¹⁹ ad affermare il principio secondo cui per individuare gli strumenti di tutela applicabili a seguito della violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio bisogna tener conto, ai sensi dell'art. 288, terzo comma, TFUE, non solo dei rimedi specificatamente adottati da norme attuative della direttiva sul credito ai consumatori, ma anche delle disposizioni contenute nel diritto degli Stati membri, che abbiano funzione analoga a quella richiesta dall'art. 23, direttiva 2008/48/CE, disposizione oggi sostituita dall'art. 44 direttiva 2023/2225/UE.

¹⁷ Sul punto appaiono interessanti le considerazioni di LIBERTINI, *Utilizzazione di standard contrattuali contenenti clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette nel sistema di enforcement del diritto dei consumatori*, in *Nuove legg. civ. comm.*, 2026, 365, il quale sottolinea le difficoltà a staccarsi dal modello strettamente punitivo.

¹⁸ Sulla circostanza che, più in generale nel settore consumeristico, l'apparato di tutele non può essere solo di tipo sanzionatorio, ma deve essere anche essere dotato di strumenti conformativi del contratto si è, di recente, espresso MINERVINI, *I poteri inibitori dell'AGCM in materia di clausole vessatorie*, in *Nuove legg. civ. comm.*, 2026, 375 ss.

¹⁹ CGUE 10 giugno 2021, C-303/20, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) S.A. contro KM*, pt. 36 della decisione, secondo cui i giudici nazionali devono «disporre di un potere discrezionale che consenta loro di scegliere, a seconda delle circostanze del caso di specie, la misura proporzionata alla gravità dell'inosservanza dell'obbligo accertato» nonché «prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale e interpretarle, quanto più possibile, alla luce del tenore letterale e delle finalità di tale direttiva, al fine di ottenere un risultato compatibile con gli obiettivi da essa perseguiti».

5. Responsabilità dell'intermediario e doveri di rettifica delle banche dati

La violazione da parte degli intermediari dell'obbligo di comportarsi secondo correttezza e diligenza darà luogo a una responsabilità di tipo precontrattuale, che si potrebbe estendere – come sembra emergere dalla modifica apportata all'art. 125, comma 2 – all'ipotesi in cui l'istituto di credito, malgrado la valutazione approfondita e la conseguente decisione adottata, non ha comunicato al consumatore *le informazioni segnalatiche che lo hanno portato a respingere la richiesta* di erogazione del credito. In tal senso la nuova disciplina sembra muoversi nel solco degli orientamenti giurisprudenziali già esistenti. La giurisprudenza di merito²⁰ ha ammesso, in presenza della previgente disciplina, una responsabilità della banca per l'atteggiamento silente o per l'assenza di comunicazioni circa l'esito della richiesta da parte della banca. Mentre la Corte di Giustizia Europea ha confermato la responsabilità del finanziatore nel caso in cui il giudice abbia accertato che non ha ottemperato all'obbligo di verifica della solvibilità del debitore, ammettendo contestualmente che all'accertamento di tale violazione possano seguire altre significative misure.

Una responsabilità sorge, altresì, in caso di violazione dell'art. 125, commi 4 e 4-bis, T.U.B., secondo il quale i finanziatori devono assicurare che le informazioni comunicate alle banche dati siano esatte. Al riguardo, per evitare conseguenze sul piano della responsabilità, preliminarmente viene offerta una opportunità al finanziatore, quella di rettificare gli errori o l'inesattezza sulle informazioni²¹. La rettifica, quindi, consente una tutela equilibrata tra gli interessi in gioco, in mancanza della quale scatta la responsabilità del finanziatore. Si potrebbe ritenere che la rettifica vada oltre l'ambito del comma 4, poiché il ricorso a tale strumento preventivo di tutela potrebbe essere utilizzato anche nelle fattispecie previste dal comma 3, cioè nel caso in cui si verifichi l'illegittima segnalazione²² di un consumatore nella Centrale rischi della Banca di Italia, non essendo stato lo stesso informato, entro il termine di trenta giorni dalla registrazione, delle informazioni negative in una banca dati. Poiché presupposto essenziale della segnalazione è la correttezza e la veridicità dei dati trasmessi, oltre all'effettivo e accertato inadempimento delle obbligazioni assunte dal debitore nei confronti dell'intermediario, si deve – a mio avviso – offrire al finanziatore anche in questo caso l'opportunità di rettificare. Solo in assenza di tale rettifica potrebbe configurarsi una responsabilità del finanziatore, per la violazione

²⁰ Trib. Lamezia Terme 21 settembre 2023, n. 765, in banca dati *DeJure*.

²¹ Si segnala, a titolo esemplificativo, che, secondo un'opinione, potrebbe comportare la nullità la mancata consegna di una copia del contratto (cfr. DOLMETTA, *La violazione di 'obblighi di fattispecie' da parte di intermediari finanziari*, in *Contr.*, 2008, 84) o la mancata verifica del merito creditizio (v., per esempio, DOLMETTA, *La valutazione del merito del credito nell'accesso al servizio. La prospettiva del contratto di impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, 307 ss.; IMBRUGLIA, *Regola di adeguatezza e validità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 335).

²² App. Milano 10 marzo 2021, n. 780, in banca dati *DeJure*.

degli obblighi previsti nei commi 3 e 4 dell'art. 125, responsabilità che risulta ancor più aggravata sotto il profilo risarcitorio laddove tali segnalazioni pregiudicano l'affidabilità creditizia dell'interessato e il suo merito creditizio e, conseguentemente, vanno a incidere sulla capacità di accedere al credito.

Lo stesso Arbitro Bancario Finanziario²³ ha affermato che la mancata prova dell'inadempimento o del preavviso di segnalazione imminente determinano la cancellazione della segnalazione e la responsabilità del finanziatore con conseguente obbligo del risarcimento dei danni arrecati di natura sia patrimoniale, sia non patrimoniale, che siano stati debitamente provati. Resta comunque a carico del consumatore l'onere di provare il pregiudizio patrimoniale subito.

In tal senso l'art. 125, secondo comma, T.U.B. obbliga il finanziatore a informare il consumatore immediatamente e gratuitamente del risultato della consultazione e degli estremi della banca dati, ove tale risultato conduca al rifiuto della domanda di credito²⁴. Mentre il terzo comma dello stesso articolo prevede l'obbligo di informazione relativamente all'avvenuta registrazione.

6. Le “misure di tolleranza” ex art. 125-decies T.U.B.

A parte il sistema sanzionatorio, innovativo è l'art. 35 (intitolato «Misure di tolleranza») della direttiva che ha invitato gli Stati membri a introdurre misure di tolleranza nei confronti dei consumatori. Il finanziatore sarà obbligato a adottare soluzioni che evitino, ove possibile, un pregiudizio per la situazione individuale del consumatore²⁵.

²³ La sussistenza di tale responsabilità trova riscontro anche nella giurisprudenza dell'ABF: cfr. Collegio di Coordinamento ABF, decisione n. 1642 del 17 gennaio 2019. L'ABF ha affermato che, nell'ipotesi di segnalazione illegittima, spetta al cliente il risarcimento del danno patrimoniale, la cui sussistenza ed entità egli sia in grado di dimostrare, nonché del danno non patrimoniale, la cui sussistenza non è *in re ipsa*, ma deve essere provata anche facendo ricorso a presunzioni semplici e a nozioni di comune esperienza; in tal caso si potrà ricorrere alla liquidazione equitativa ma rimane onere della parte ricorrente indicare al Collegio idonei elementi di valutazione.

²⁴ SANGIOVANNI, *Contratti di credito ai consumatori ed errata verifica del merito creditizio*, in *Contr.*, 2019, 684-692; ALBANESE, *La valutazione sul merito creditizio e l'inadempimento del consumatore nei contratti di credito immobiliare: profili di responsabilità e cortocircuiti normativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 2006-2034; POLI, *La meritevolezza del debitore-consumatore e l'inadempimento del creditore all'obbligo di valutare il merito creditizio*, in *Le corti fiorentine*, 2018, 27-35; SALERNO, *La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1423-1430; FALCONE, *'Prestito responsabile' e valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm.*, 2017, 147-176; AZADI, *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2015, 285-293.

²⁵ Cfr. SICCHERO, *Morosità e misure di tolleranza*, in *Primo commento sui criteri ordinatori della Direttiva UE n. 2023/2225 relativa ai contratti di credito ai consumatori*, a cura di Gaggero, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2024, suppl. al n. 4, 433 ss.

Tale disposizione si caratterizza altresì per la individuazione delle diverse misure di tolleranza che possono essere utilizzate e che possono comprendere, tra l'altro, il rfinanziamento integrale o parziale di un contratto di credito; la modifica delle condizioni contrattuali riguardanti l'estensione della durata, il cambiamento del tipo di contratto di credito; il differimento integrale o parziale del pagamento delle rate da rimborsare per un determinato periodo; la riduzione del tasso debitore, etc.

Tale previsione, tuttavia, malgrado la sua centralità e sebbene il ragionevole grado di tolleranza abbia impegnato dottrina e giurisprudenza, non è a differenza di quanto si sarebbe potuto aspettare una norma di armonizzazione totale, come è dimostrato dal fatto che si prevede espressamente che gli Stati membri non solo possono avvalersi dei rimedi previsti dal diritto interno ma non sono neppure obbligati a «prevedere tutte queste misure nel diritto nazionale».

Le misure di tolleranza presuppongono una situazione di inadempimento totale o parziale del consumatore rispetto alla posizione debitoria assunta, ragione per la quale assume valore dirimente, ai fini della soluzione da adottare, la causa della violazione degli obblighi contrattuali assunti. I creditori non sono obbligati a offrire più volte al consumatore soluzioni per risolvere la morosità, quando per esempio l'inadempimento, in applicazione dell'art. 1218 c.c., è direttamente imputabile allo stesso debitore. Se, al contrario, l'inadempimento è dovuto a una sopravvenuta situazione di difficoltà del consumatore spetta ai finanziatori adottare – ai sensi dell'art. 125-*decies* – *procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà tenuto conto dello stato di bisogno e della particolare debolezza del consumatore*. In tal caso la disposizione non introduce un elenco di rimedi attivabili – conformemente all'art. 35 della direttiva – ma attribuisce alla Banca d'Italia il compito di individuare le misure di tolleranza utilizzabili dal finanziatore, compresa la *modifica delle condizioni contrattuali*.

Diversa è la questione quando la morosità si ricollega a vicende precedenti l'erogazione del credito, tra cui l'errata valutazione del merito creditizio²⁶. Secondo l'art. 124-*bis* T.U.B. si distingue l'ipotesi in cui l'inadempimento o il ritardo deriva da un comportamento scorretto del finanziatore o da un comportamento del consumatore.

²⁶ TARDIVO, *Concessione abusiva di credito e merito creditizio. Riflessioni* (Cass. civ., Sez. I, 27 ottobre 2023, n. 29840), in *Vita not.*, 2023, 915 ss.; TRAPANI, *Riflessioni sulla verifica del merito creditizio dei soci di banche cooperative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, 696-743; GUARRACINO, *Information technology e valutazione del merito creditizio*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2022, 65-82; CRISCUOLO, *Meritevolezza del debitore e merito creditizio. L'omologa del piano del consumatore nella nuova disciplina del sovraindebitamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 318-332; NATOLI, MATTARELLA, *Il principio dell'insindacabilità della valutazione del merito creditizio alla prova dei miniprestiti emergenziali integralmente coperti da garanzia pubblica* (art. 13, comma 1, lett. m, dl 23/2020), in *Giur. comm.*, 2022, 640-652; BIFERALI, *La sanzione per violazione dell'obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore* (Corte giust. UE n. 303/20 del 10 giugno 2021), in *Giustizia civile.com*, 2022, 1-21; DOLMETTA, *Valutazione del merito creditizio e diligenza del finanziatore*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2022, 1578-1586.

Nel caso in cui l'inesatta valutazione derivi dal comportamento doloso o colposo del consumatore che ha fornito informazioni false, incomplete, o le ha omesse, a parte profili di responsabilità civile ma anche penale, la normativa appare chiara: il creditore, ai sensi dell'art. 124-*bis*, comma 1-*quinqüies*, e in deroga al principio fissato nella prima parte dello stesso comma 1-*quinqüies*, può risolvere o modificare unilateralmente il contratto di credito a danno del consumatore. Secondo alcuni, in tal caso, il finanziatore potrebbe esercitare il diritto di recesso dal contratto di credito o lo *ius variandi*²⁷.

Malgrado la regola, resterà la difficoltà per il finanziatore di dimostrare il dolo del consumatore²⁸, mentre i non pochi casi posti all'attenzione della giurisprudenza di merito hanno riconosciuto la responsabilità del finanziatore, pur in presenza di profili di colpa del consumatore, che sono stati ritenuti assorbiti e superati dalle colpe del finanziatore²⁹. È, invece, esclusa la responsabilità del consumatore nell'ipotesi in cui a causa di esigenze sopravvenute non ragionevolmente prevedibili lo stesso si trovi ad affrontare una crisi da sovraindebitamento³⁰.

Nella diversa ipotesi, invece, in cui la scorrettezza del comportamento è da imputare al professionista, si pone la questione dei rimedi utilizzabili dal consumatore per tutelare i suoi interessi.

²⁷ DE CRISTOFARO, *La riforma della disciplina dei contratti di credito b-to-c contenuta nel Capo II, Titolo VI, T.U.B. (D.lgs. 31 dicembre 2025, n. 212, di recepimento della dir. 2023/2225/UE)*, cit., 43.

²⁸ Sul punto MINUTOLI, *Il sindacato sulla c.d. meritevolezza nel piano di ristrutturazione del consumatore*, in *Proc. conc. cris. impr.*, 2026, 516 ss., scrive che il giudizio di meritevolezza del debitore «è strettamente connesso all'assenza di intenzionale volontà di danneggiare il creditore o nella grave negligenza, intercettando – a differenza della nozione rilevante nella contrattualistica civile – un requisito soggettivo tipizzato nelle classiche nozioni di dolo e colpa grave».

²⁹ Trib. Vicenza 30 settembre 2020, in banca dati *DeJure*. Anche Cass. civ., 24 luglio 2025 n. 21048 precisa, infatti, come «i due profili di colpa – con le rispettive conseguenze – sono infatti distinti e ben possono coesistere. Il fatto che il finanziatore non abbia valutato “il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate” nulla toglie alla possibilità che il consumatore abbia, a sua volta, “determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode” [...] ciò posto, allora, stabilire una correlazione condizionante tra i due profili [...] significherebbe associare alla negligenza del creditore una conseguenza non prevista dalla legge e, in particolare, dall'art. 69 c.c.i.i., che – nei suoi due commi – definisce e tiene distinti gli effetti della colpa grave (o malafede o frode) del debitore, da quelli della colpa del creditore (di cui la violazione del dovere di adeguata valutazione del merito creditizio da parte del creditore professionale è solo una delle sue possibili forme)».

³⁰ Trib. Pisa 20 aprile 2023, in banca dati *DeJure*. Ciò in applicazione dell'art. 69 CCII secondo cui il consumatore non può accedere alla procedura di esdebitazione se ha determinato la situazione di sovraindebitamento con grave colpa, frode o malafede. Sul punto cfr. PASSARELLI, *La valutazione del merito creditizio del consumatore tra sovraindebitamento e nuovo codice della Crisi e dell'Insolvenza: spunti introduttivi*, in *Il nuovo diritto delle Società*, 2020, 1219-1234; ROSSANO, *La valutazione del merito creditizio nel Decreto “Liquidità”: nota a margine di due ordinanze ex art. 700 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2020, 132-144.

7. Segue: Rimedi conservativi e manutentivi a favore del consumatore

Il ricorso a rimedi di natura manutentiva o di adeguamento del contratto di credito al consumo appare la scelta più opportuna, proprio per ridurre gli effetti negativi del sovraindebitamento. Il rapporto finanziatore-consumatore anche nella fase dell'esecuzione deve essere informato alla buona fede che, quale clausola generale integrativa degli effetti contrattuali, determina in capo al finanziatore un obbligo di protezione degli interessi del consumatore, il cui adempimento presuppone l'attivazione di strumenti in grado di conservare e realizzare l'interesse della parte debole, come emerge, e già ancor prima del d.lgs. n. 212 del 2025, dall'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B., che, con riferimento al credito immobiliare, prescrive che il finanziatore deve adottare procedure per gestire i rapporti con il consumatore moroso³¹. La buona fede costituisce fonte integratrice degli effetti contrattuali nell'ambito dei contratti di durata. Il concessionario del credito, ai sensi dell'art. 125-*decies* T.U.B., prima di avviare la procedura esecutiva nei confronti del consumatore moroso, deve offrire allo stesso la possibilità di modificare le condizioni contrattuali. Procedendo a una interpretazione sistematica dell'art. 125-*decies* T.U.B. e dell'art. 35 della direttiva 2023/2225/UE è ragionevole ritenere che la modifica delle condizioni contrattuali costituisce una sorta di rimedio a carattere generale, che può portare a una rinegoziazione del credito, con conseguente rideterminazione delle modalità di pagamento, a una modifica del TAEG, a una sospensione del contratto, a un differimento delle rate da pagare, etc.

La disposizione indicata rappresenta una svolta nella tutela del consumatore nella misura in cui instaura un nesso inscindibile tra le misure adottate e la situazione individuale del consumatore che, in considerazione dello stato di bisogno e di debolezza in cui si trova, reclama un supporto di tipo solidaristico. L'esigenza solidaristica e di protezione della persona giustifica per il consumatore il diritto alla ristrutturazione complessiva della propria situazione economica e per il finanziatore l'obbligo di rinegoziare il contratto³². Resta, però, la possibilità di avviare una transazione³³. In tale circostanza il finanziatore non deve procedere a una nuova *valutazione del merito creditizio*, se non

³¹ Tale esigenza emerge nei diversi *considerando* della direttiva 2023/2225/UE, dove si precisa la necessità che il consumatore sia protetto da pratiche commerciali sleali ingannevoli (*considerando* n. 32) o da concessioni di credito non sollecitate (*considerando* n. 51).

³² Cfr. C.G.U.E. 9 novembre 2016, C-42/15, *Home Credit Slovakia a.s. contro Klára Bíróová*. La Corte Europea, al riguardo, ha considerato come forme di tutela proporzionate ed effettive a carattere dissuasivo misure quali la decadenza dal diritto agli interessi sia convenzionali sia legali, nonché il pagamento a rate del contratto senza la produzione di interessi.

³³ C.G.U.E. 27 marzo 2014, C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais SA contro Fesih Kalhan* (v., per analogia, C.G.E. 8 giugno 1994, C-382/92, *Commissione delle Comunità europee contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, punti da 56 a 58); ragione per la quale la stessa CGE ha affermato che solo la decadenza dagli interessi sia legali sia convenzionali produrrebbe effetto dissuasivo e proporzionato. Non è stata ritenuta, invece, sanzione dissuasiva la decadenza dagli interessi convenzionali e la contestuale sostituzione degli stessi con quelli legali.

nell'esclusivo caso in cui la modifica delle condizioni determina un *aumento significativo* dell'importo del credito.

L'analisi sistematica delle diverse fonti dimostra quindi la necessità di fare luogo, più che a rimedi eliminativi, a strumenti di rimodulazione e conservazione del contratto esistente³⁴, attraverso il ricorso alla modifica delle condizioni contrattuali, intesa come comprensiva di tutti gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento giuridico (tra cui la rinegoziazione)³⁵.

8. I rimedi demolitori nel rapporto di consumo: nullità, annullabilità, risoluzione

Resta il problema di verificare se sono previsti o si possano utilizzare rimedi eliminativi, come la nullità o l'annullabilità o anche la risoluzione del contratto.

Vi è da chiedersi se il consumatore possa avvalersi della nullità nel caso di violazione degli obblighi di diligenza e di correttezza e di informazione³⁶ gravanti sul finanziatore ai sensi dei commi 1, 1-bis e 1-ter dell'art. 124-bis T.U.B. Prescindendo dall'applicazione delle norme codicistiche sulla nullità o sull'annullabilità ai sensi dell'art. 1418 e degli artt. 1425 e ss. c.c., che attengono alla fattispecie, la questione è stata, in realtà, oggetto da tempo di sindacato sia giurisdizionale sia dottrinale³⁷. Nella giurisprudenza di merito e di legittimità si ritiene in modo quasi unanime che *l'obbligo di valutazione del merito creditizio costituisce una norma di condotta e non una regola di validità*: con la conseguenza che la violazione *“legittima unicamente una tutela risarcitoria”*³⁸; anche l'Arbitro Bancario Finanziario ha confermato tale orientamento, avendo affermato più volte che all'art. 124-bis T.U.B. segue il risarcimento del danno e non l'invalidità del contratto³⁹.

³⁴ M. ASTONE, *Inadempimento, conservazione del contratto e ruolo della buona fede*, in *Jus civile*, 2026, 217 ss.; ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 55 ss.

³⁵ La stessa Banca d'Italia, conformemente all'orientamento dell'Autorità bancaria europea del 2015, ha già individuato in presenza della normativa previgente, tra le misure che il finanziatore può assumere il rifinanziamento totale o parziale del contratto di credito.

³⁶ Sul ruolo dell'informazione nella valutazione del merito creditizio è possibile consultare SEMERARO, *Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1851 ss. Già in passato, anche A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla consulenza nell'erogazione del credito*, in AA.VV. (a cura di), *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2010, 29 ss.

³⁷ ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2025, 411 ss.

³⁸ Il riferimento è da ultimo a Trib. Santa Maria Capua 2 marzo 2026, n. 21.

³⁹ ABF, Collegio di Roma, decisione n. 11334 del 19 dicembre 2025.

In dottrina, invece, si registra un dibattito piuttosto acceso poiché secondo alcuni la mancata verifica del merito creditizio, pur costituendo violazione di una regola di condotta, può determinare la nullità⁴⁰ del contratto⁴¹.

È opportuno, tuttavia, premettere che il ricorso a strumenti eliminativi non è privo di conseguenze e potrebbe tradursi in un ulteriore pregiudizio per il consumatore ove si abbia riguardo agli effetti restitutori che ne conseguono. Infatti, la proposizione di una azione di nullità o di annullabilità, o la richiesta di risoluzione del contratto si risolverebbero in un vantaggio per il professionista e in un sicuro danno per il consumatore in difficoltà economica, costretto a restituire l'intera somma ricevuta. La Corte di Giustizia Europea ha qualificato abusiva la clausola contenente una decadenza dal beneficio del termine, in caso di inadempimento di un contratto di prestito, ove non siano stati *“offerti al consumatore mezzi adeguati ed efficaci per evitare l'esigibilità anticipata”*. Il presupposto – in tale ipotesi – è che, stante l'operatività della regola della immediata esigibilità della prestazione, il ricorso alla clausola può tradursi in uno squilibrio a danno del consumatore, che va evitato, per le potenziali difficoltà in cui può incorrere lo stesso nella restituzione delle somme oggetto del finanziamento⁴². Tant'è che è lo stesso legislatore europeo e poi nazionale a fissare la restituzione a rate del finanziamento⁴³. Il ricorso allo strumento demolitorio⁴⁴ della nullità non è stato tuttavia del tutto escluso: in una decisione dell'11 gennaio 2024, pronunciata nella causa C-755/22, la Corte di Giustizia Europea⁴⁵ ha

⁴⁰ Ad esempio, sostiene la tesi della nullità SPIOTTA, *Concessione abusiva di credito “aggravata dal rilascio di garanzie pubbliche: cuius commoda, eius et incommoda*, in *Proc. conc. cris. impr.*, 2025, 351.

⁴¹ Tra gli autori che sostengono questa tesi, di recente, vi è PAGLIANTINI, *Merito creditizio e nullità: parabola e crepuscolo di un costruito mentitorio cresciuto all'ombra di un (non meno) fantomatico rimedio risarcitorio*, in *Foro It.*, 2025, 68, per cui bisogna inequivocabilmente presupporre «la validità di un contratto di finanziamento che non si aveva da fare».

⁴² Secondo FRANCHI, *Il ruolo del merito creditizio nella rinnovata disciplina in tema di composizione della crisi di sovraindebitamento: la chiusura di un cerchio?*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 523 e ss., il legislatore europeo sembrerebbe deporre maggiormente verso la conservazione del contratto nell'ambito del credito al consumo.

⁴³ Si tratta dell'ipotesi prevista dall'art. 125-bis, comma 9, introdotta dal D.lgs. 31 dicembre 2025, n. 212, per cui «in caso di nullità del contratto, il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili».

⁴⁴ C.G.U.E. 8 maggio 2025, C-6/24 e C-231/24 *Abanca Corporacion Bancaria SA c. WE*, VX, pt. 24. Tuttavia, in questa stessa occasione, anche la Corte ha affermato che, ai fini della valutazione dello squilibrio, deve tenersi conto del fatto che si sia in presenza di un obbligo essenziale nel contesto del rapporto contrattuale, quale è appunto l'obbligo di pagamento.

⁴⁵ La Corte europea ha evidenziato il principio della adeguatezza della severità delle sanzioni alla gravità del fatto. Nello specifico, ai punti 40 e 41 della sentenza, viene precisato come il regime normativo «deve essere definito in modo tale che le sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive» e che «a tal fine, la severità delle sanzioni deve essere adeguata alla gravità delle violazioni che esse reprimono, garantendo un effetto realmente dissuasivo senza tuttavia eccedere quanto necessario per raggiungere gli obiettivi perseguiti dall'art. 8 della direttiva 2008/48». La

affermato che «gli articoli 8 e 23 della direttiva 2008/48 (cfr. la pronuncia si riferiva alla abrogata normativa) non ostano a che, qualora il creditore abbia violato il suo obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore, esso sia sanzionato, conformemente al diritto nazionale, con la nullità del contratto di credito al consumo e la decadenza del suo diritto al pagamento degli interessi convenuti, anche quando tale contratto sia stato integralmente eseguito dalle parti e il consumatore non abbia subito conseguenze pregiudizievoli per effetto di tale violazione».

La soluzione adottata, certo apprezzabile, assume maggiore attualità nel momento in cui il legislatore italiano attua la direttiva del 2023, che avrebbe potuto costituire l'occasione per intervenire su un dibattito particolarmente rilevante in cui non sono mancate – come si è detto – posizioni diverse. Ciò però non è avvenuto. Infatti, a seguito della riforma del T.U.B., l'art. 124, comma 2, ha esteso la nullità prevista dall'art. 117, comma 6, ai casi in cui si registra una difformità tra le clausole contrattuali e i tassi, i prezzi e le condizioni indicati nel modulo contenente le “Informazioni europee di base sul credito ai consumatori” consegnato al consumatore al fine di adempiere all'obbligo di informativa precontrattuale gravante sul finanziatore e sull'intermediario del credito *ex art.* 124 T.U.B. riducendo ulteriormente gli spazi di operatività della nullità.

In assenza di una espressa previsione normativa, diventa più complesso – come già rilevato dalla giurisprudenza⁴⁶ – estendere il rimedio della nullità previsto dall'art. 117, comma 6, a violazione di regole non espressamente richiamate. Tale scelta legislativa, consapevole o meno che sia, trova una conferma ma anche una eccezione nello stesso art. 124-bis, comma 1-*quinquies*, T.U.B., secondo cui la non corretta valutazione del merito creditizio giustifica la risoluzione del contratto, solo se essa (e quindi eccezionalmente) è dipesa intenzionalmente dal consumatore o lo stesso abbia fornito informazioni false e, pertanto, esso risulta portatore di un interesse non meritevole di tutela. Ma se così è, in applicazione del principio di proporzionalità tra “severità delle sanzioni e gravità delle violazioni che esse reprimono”, ricorrendo la medesima fattispecie, al finanziatore avrebbe dovuto darsi la possibilità di attivare pure il rimedio della nullità⁴⁷.

vicenda ha riguardato un caso particolare che trova origine nell'ordinamento ceco, ordinamento che nell'attuare l'art. 23 della direttiva 48/2008 ha previsto la nullità del contratto di credito al consumo stipulato in violazione della valutazione del merito creditizio, e ciò anche nell'ipotesi in cui il consumatore abbia già rimborsato totalmente il credito senza subire pregiudizio.

⁴⁶ Trib. Tivoli 9 novembre 2025, n. 992; Trib. Spoleto 9 marzo 2026, n. 113. In tali decisioni si rileva che il legislatore italiano, laddove ha voluto ricollegare la nullità testuale alla violazione di un dovere di comportamento nell'ambito del credito ai consumatori, lo ha fatto espressamente, come nell'ipotesi dell'art. 125-bis, comma 6, T.U.B. (nullità delle clausole relative a costi non inclusi o inclusi scorrettamente nel TAEG).

⁴⁷ Su tali questioni cfr., De CRISTOFARO, *La riforma della disciplina dei contratti di credito b-to-c contenuta nel Capo II, Titolo VI, T.U.B. (D.lgs. 31 dicembre 2025, n. 212, di recepimento della dir. 2023/2225/UE)*, cit., 64 ss.; MAUGERI e VERSACI, voce *Contratto di credito al consumo*, cit., 477 s.

9. Errata valutazione del merito creditizio e sovraindebitamento: l'impatto dell'art. 69 CCII

L'errata valutazione del merito creditizio può determinare *la situazione di indebitamento o il suo aggravamento*. Il secondo comma dell'art. 68 CCII prescrive che alla domanda di accesso alla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore si deve allegare una relazione dell'OCC, che deve contenere, tra le altre cose, l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni; l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte; la valutazione sulla completezza ed attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda. Già, dunque, l'organismo di composizione della crisi deve presentare una dettagliata relazione in ordine alle ragioni dell'accesso al credito e alla consapevolezza del debitore sulle sue capacità di adempimento. Tali elementi sono necessari per verificare se il predetto debitore-consumatore abbia diritto di accedere alla procedura. La questione è stata ed è oggetto di ampio dibattito nella dottrina ma anche nella giurisprudenza che – sebbene non oggetto qui di disamina – si caratterizza per avere concentrato l'attenzione sul nesso che intercorre tra accesso alla procedura e valutazione del merito creditizio per valutare la meritevolezza del consumatore⁴⁸. Spetta al giudice verificare non solo se la non corretta rappresentazione delle capacità di adempimento da parte del debitore sia avvenuta in buona o in mala fede, tenendo conto della situazione sussistente al momento della decisione ma anche guardando al passato, ovvero al momento in cui è stato contratto il finanziamento e alle ragioni di tale iniziativa. A questa regola si aggiunge quella, contenuta nel terzo comma della stessa disposizione, secondo cui l'OCC, nella sua relazione, deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto *del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita*⁴⁹.

L'art. 69 CCII in tale quadro rappresenta una norma fondamentale poiché subordina l'accesso alla procedura all'esito delle valutazioni richieste e disposte ai sensi dell'art. 68 CCII⁵⁰ e, in particolare, per il consumatore la valutazione è funzionale al possibile ac-

⁴⁸ Su tale questione cfr. MINUTOLI, *Il sindacato sulla c.d. meritevolezza nel piano di ristrutturazione del consumatore*, in *Proc. conc. e crisi impr.*, 2026, 516 ss., il quale ha evidenziato i problemi connessi a quella che è stata definita “la babele della meritevolezza”.

⁴⁹ Aggiunge la disposizione che «A tal fine si ritiene idonea una quantificazione non inferiore all'ammontare dell'assegno sociale moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti il nucleo familiare della scala di equivalenza dell'ISEE di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 5 dicembre 2013, n. 159».

⁵⁰ DOLMETTA, *Sul “nuovo” art. 69 CCII*, in *Proc. concors. e crisi impr.*, 2026, 433, che, occupandosi della nuova versione dell'art. 124-bis T.U.B., analizza i contrasti giurisprudenziali esistenti presso la Corte di Cassazione circa il ruolo delle informazioni e il dovere di verifica da parte dell'operatore bancario.

cesso alla procedura di esdebitazione, mentre per il finanziatore alla possibilità o meno di contestare la convenienza della proposta. Si pone, preliminarmente, il problema se la modifica dell'art. 124-bis T.U.B. abbia inciso sulla applicazione e interpretazione di tale norma. Deve convenirsi al riguardo con quegli orientamenti secondo cui l'art. 69 CCII, anche dopo l'intervenuta novella del T.U.B., ha conservato la sua validità, non sussistendo "scarti qualitativi". Sicché può ben ritenersi che essa si pone in linea di continuità⁵¹ con l'interpretazione e con la normativa preesistente, rispetto alla quale si riscontra una "rafforzata e crescente tutela dei debitori-consumatori"⁵². Detto ciò, la disposizione introduce la regola secondo cui, laddove è stato il finanziatore/intermediario a determinare o a concedere il credito in violazione della norma sul merito creditizio, egli non può contestare la convenienza dell'operazione. Si esclude tuttavia che ricorrendo tale fattispecie – ovvero la colpa del creditore – il consumatore possa superare i limiti previsti dal comma 1 dell'art. 69, se ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, dolo o frode⁵³, trattandosi di piani tra loro non comunicanti. Resta fuori da tale previsione l'ipotesi in cui il consumatore abbia agito con colpa lieve, sul presupposto probabilmente che, essendosi in presenza di un soggetto non sempre in grado di comprendere le implicazioni di taluni comportamenti, per la posizione di asimmetria in cui si trova, è opportuno non dare rilievo a leggere forme di negligenza. Al riguardo è stata la giurisprudenza a confermare che l'art. 124-bis T.U.B., richiamato dall'art. 69, comma 2, CCII, pone a carico della banca un vero e proprio onere di verifica mediante informazioni adeguate e consultazione di banche dati⁵⁴. Se il finanziamento è stato concesso in violazione di tale dovere, incorrendo in una valutazione scorretta o omessa, il finanziatore non può opporsi all'omologa contestando la convenienza della proposta rispetto all'alternativa liquidatoria. La tutela nei confronti del consumatore viene meno quando lo stesso abbia agito con colpa grave, mala fede, o frode⁵⁵. Sebbene gli intermediari possono, ove necessario, consultare le banche dati⁵⁶, sussiste la possibilità di avvalersi delle informazioni fornite dal debitore, che però devono essere oggetto di verifiche⁵⁷. Nel caso in cui le dichiarazioni di quest'ultimo siano consapevolmente mendaci o incomplete, e non sono

⁵¹ In tal senso MINUTOLI, *Il sindacato sulla c.d. meritevolezza nel piano di ristrutturazione del consumatore*, cit., 519.

⁵² DOLMETTA, *Sul "nuovo" art. 69 CCII*, cit., 434.

⁵³ In tale caso è stata la giurisprudenza ma anche la dottrina ad affermare che «il comportamento del debitore preclude l'accesso al beneficio in caso di "colpa grave, malafede o frode", mentre al creditore è tolto il diritto all'opposizione o al reclamo in caso di determinazione o di aggravamento della situazione debitoria meramente colpevole o di negligente valutazione del merito creditizio».

⁵⁴ Trib. Termini Imerese 24 maggio 2024, n. 25.

⁵⁵ Trib. Santa Maria Capua Vetere, Sezione Crisi d'Impresa, 31 ottobre 2025, n. 105.

⁵⁶ Cass. civ., Sez. 1, 22 luglio 2025, n. 20725.

⁵⁷ Su tale aspetto DOLMETTA, *Sul "nuovo" art. 69 CCII*, cit., 435, il quale ribadisce che nella versione post recepimento dell'art. 124-bis T.U.B. le informazioni raccolte dal finanziatore devono essere "opportunamente verificate".

suscettibili di agevole verifica, tale condotta integra il requisito della colpa grave, ostando all'omologazione del piano di ristrutturazione.

10. Conclusioni: dalla valutazione del merito creditizio alla tutela del mercato dopo Cass. civ., Sez. I, 25 marzo 2026, n. 7134

Per effetto sia del recepimento della nuova direttiva sul credito ai consumatori, sia della giurisprudenza europea e nazionale, si assiste all'esigenza di una sempre maggiore protezione del consumatore e a un conseguente rafforzamento e ampliamento degli obblighi gravanti sui finanziatori, a fronte di una progressiva erosione degli spazi di autonomia privata.

La tutela del consumatore, tuttavia, non è esclusiva o prioritaria. Come emerge dal dibattito dottrinale e dalla giurisprudenza, il rispetto dei principi della trasparenza e correttezza devono governare anche il mercato. Non è un caso che la stessa Corte di Cassazione in una recente decisione⁵⁸ ha qualificato immorale un contratto di finanziamento che, in violazione del buon costume, si è posto in contrasto con i principi etici che governano il mercato. Sebbene la decisione costituisce sicuramente un caso limite e di particolare interesse per avere applicato principi codicistici consolidati in materia di nullità, attraverso il ricorso alla clausola generale del buon costume⁵⁹, significativo è il rilievo offerto alla tutela del mercato e alle regole che lo devono governare. L'obiettivo è quello di colpire il comportamento spregiudicato dell'istituto di credito che, in accordo con la società debitrice, mette in campo una operazione di finanziamento non solo in frode alla legge e ai creditori, ma anche in contrasto con i principi della sana e prudente gestione del mercato del credito⁶⁰, che, integrando la clausola del buon costume, secondo una interpretazione evolutiva proposta dalla Corte, legittimano l'applicazione dell'art. 1418 c.c. e dell'art. 1343 c.c., e la conseguente non ripetibilità di quanto pagato ai sensi dell'art. 2035 c.c.⁶¹. Se rispetto a una fattispecie criminosa gli interessi del mercato pre-

⁵⁸ Cass. civ., Sez. I, 25 marzo 2026, n. 7134.

⁵⁹ Cfr. TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 700 ss.; PROTETTI, *Buon costume*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1958, 596 ss.; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 1 ss.; G.B. FERRI, *Buon costume*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 3 ss.; PAGLIANTINI, *Lex perfecta, trionfo dell'ordine pubblico e morte presunta del buon costume: appunti per una ristampa della Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, in *Pers. merc.*, 2021, 670 ss.; PASSAGNOLI, *Dignità, buon costume, ordine pubblico non economico*, in *Pers. merc.*, 2023, 396 ss.; NICOLUSSI, *Ordine pubblico e buon costume nel pensiero di Giovanni Battista Ferri tra principi funzionali e principi di etica giuridica. Un contributo al dibattito sugli strumenti di integrazione del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2025, 331 ss.

⁶⁰ Si tratta di conclusioni in parte già anticipate da Cass. civ. 19 febbraio 2024, n. 4376 e Cass. civ. 8 ottobre 2024, n. 26248.

⁶¹ Inteso come l'insieme dei principi etici comunemente accettati che formano la morale sociale in un determinato contesto storico. Tuttavia, afferma la Corte che tale clausola non è limitata

valgono rispetto a quelli del soggetto debitore, è altresì vero che normalmente – come emerge dalla normativa sul credito ai consumatori – l'esigenza è quella di mantenere un equilibrio tra gli interessi dei soggetti, offrendo adeguata protezione al soggetto debole⁶².

Proprio per questo, nella prospettiva di garantire il corretto bilanciamento degli interessi presenti nel mercato del credito e per consentire un equilibrio tra le parti, evitando il rischio di tutele sbilanciate, il sistema rimediario introdotto dalla direttiva 2023/2225/UE e dal legislatore italiano ha subito una limitata trasformazione. L'obiettivo principale perseguito resta quello della conservazione del contratto⁶³, rimettendo la decisione sull'applicazione dei rimedi demolitori alla valutazione del giudice del caso concreto, in presenza di una particolare gravità del fatto controverso.

ABSTRACT

Il contributo esamina l'evoluzione della disciplina sul merito creditizio alla luce della Direttiva (UE) 2023/2225 e della riforma del T.U.B. operata dal d.lgs. n. 212/2025, evidenziando come la verifica della solvibilità del consumatore assuma oggi una funzione centrale di protezione dal sovraindebitamento e di attuazione del principio di prestito responsabile. Si analizzano i nuovi artt. 124-bis, 125 e 125-decies T.U.B., prestando attenzione agli obblighi del finanziatore nella raccolta e verifica delle informazioni, e al sistema dei rimedi. Accanto alle sanzioni amministrative, il saggio valorizza soprattutto i rimedi conservativi e manutentivi del rapporto, come rinegoziazione, modifica delle condizioni contrattuali e misure di tolleranza, ritenuti preferibili rispetto ai rimedi demolitori, che possono aggravare la posizione del consumatore. In chiusura, il lavoro collega l'errata valutazione del merito creditizio alla disciplina del sovraindebitamento e all'art. 69 CCII, sottolineando che la tutela del consumatore si intreccia con quella del

alla sola morale sessuale o al decoro, ma si estende ai principi di correttezza e trasparenza che devono governare il mercato del credito. In conseguenza la violazione di tali principi etici comporta la nullità del contratto, e la perdita del diritto alla restituzione delle somme erogate ai sensi dell'art. 2035 c.c.

⁶² Cass. civ., Sez. I, 25 marzo 2026, n. 7134, pt. 4.20, secondo cui «le prestazioni contrarie al buon costume non risultano essere soltanto quelle che contrastano con le regole della morale sessuale o della decenza, ma erano anche quelle che non rispondevano ai principi e alle esigenze etiche costituenti la morale sociale, in un determinato ambiente e in un certo momento storico, dovendosi, pertanto, ritenere contraria al buon costume, e come tale irripetibile, anche l'erogazione di somme di denaro in favore di un'impresa già in stato di decozione integrante un vero e proprio finanziamento, che consenta all'imprenditore di ritardare la dichiarazione di fallimento, incrementando l'esposizione debitoria dell'impresa, trattandosi, invero, di una condotta preordinata alla violazione delle regole di correttezza che governano le relazioni di mercato».

⁶³ Cfr. M. ASTONE, *Inadempimento, conservazione del contratto e ruolo della buona fede*, cit., 217 ss.; ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, cit., 55 ss.; EAD., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 961 ss.; TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, 104 ss.; MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir. – Annali*, Milano, 2008, 1026 ss.

mercato del credito, in una prospettiva di equilibrio tra protezione della parte debole e sana gestione del sistema

This paper examines the evolution of the regulatory framework regarding credit score in light of Directive (EU) 2023/2225 and the reform of the Consolidated Banking Act (T.U.B.) introduced by Legislative Decree no. 212/2025. It highlights how the assessment of consumer solvency now plays a central role in protecting against over-indebtedness and implementing the principle of responsible lending. The study analyzes the new Articles 124-bis, 125, and 125-decies of the T.U.B., focusing on the lender's obligations regarding information gathering and verification, as well as the system of available remedies. Alongside administrative sanctions, the essay emphasizes remedies aimed at preserving and maintaining the contractual relationship—such as renegotiation, modification of contractual terms, and forbearance measures—deeming them preferable to remedies that terminate the contract, which could worsen the consumer's position. Finally, the paper links the incorrect assessment of credit score to the regulations on over-indebtedness and Article 69 of the CCII (Crisis and Insolvency Code), underscoring how consumer protection is intertwined with the protection of the credit market, aiming for a balance between safeguarding the weaker party and ensuring the sound management of the system.



La nozione di «mercato» fra universo tradizionale e nuovi scenari digitali*



Mauro Di Marzio

Pres. Corte di Cassazione

1. Il titolo della relazione è: il mercato fra universo tradizionale e nuovi scenari digitali. Non farò una diligente relazione su norme, articoli e commi. Niente di quello che dirò servirà domani ai colleghi per scrivere sentenze.

Nuovi scenari digitali, intelligenza artificiale, mercato: siamo al cospetto di un macro-tema sul quale la letteratura è sterminata, un tema articolato in una pluralità di filoni con una propria specificità, mentre gli apporti della giurisprudenza sono in una fase primordiale: il problema immediato è il rilievo disciplinare dell'uso inconsulto dell'AI nella redazione di atti giudiziari.

Che cosa può dire di buono un giudice civile su un argomento del genere?

Esclusa una pur sommaria analisi dei regolamenti europei coinvolti, che non è fattibile, poi vedremo perché, penso che un buon punto di approccio possa essere: quale atteggiamento sarà preferibile avere, da parte nostra, come si dice in termini di *policy*, man mano che le questioni ci si presenteranno?

2. Provo a guardare al quesito dall'alto della cattedrale.

Mario Draghi, lo scorso 2 febbraio, ha sottolineato l'esigenza di trasformare l'Europa da confederazione in federazione, ed ha detto che «ciò richiede un approccio ... che ho definito "federalismo pragmatico". Pragmatico perché dobbiamo compiere i passi ... possibili, con i partner ... disponibili ...». Draghi pensa positivo, ed è ovvio, ma non ci dobbiamo nascondere, federalismo pragmatico vuol dire che l'Europa così com'è, in 27, non ce la fa. In negativo Draghi ci dice questo: che il progetto di rafforzamento europeo non è votato ad un ineluttabile lieto fine, c'è un serio pericolo di implosione, dunque anche il diritto europeo potrebbe implodere. Il quadro è questo, non siamo a Natale del 1991, l'Unione Sovietica in pezzi, il muro di Berlino caduto da un paio d'anni, Francis Fukuyama che poco prima ha pubblicato «*The End of History?*», dinanzi le magnifiche sorti e progressive.

* Relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura il 18 febbraio 2026.

Siamo nel 2026, l'Europa ha dinanzi il rischio dell'irrelevanza. Noi possiamo farci (non molto, certo, ma) qualcosa?

Poi un altro economista, Joel Mokyr, premio Nobel 2025, ha scritto: *«Una cultura della crescita. Le origini dell'economia moderna»*, che inizia così: *«Il mondo oggi è più prospero che mai»*. Il tema è perché la rivoluzione industriale ha avuto origine in Europa e non altrove. In due parole il libro mette in luce la relazione tra rivoluzione scientifica, Galilei, Ruggero Bacon, Newton, e Illuminismo, in cui matura l'idea di un sapere che diventa potere, il *«sapere utile»*, utile – conclude Mokyr – anche a *«migliorare le condizioni materiali dell'umanità»*.

Guardiamola in quest'ottica, anche i nuovi scenari digitali, ivi compresa l'intelligenza artificiale, sono con buona probabilità un nuovo capitolo del *«sapere utile»*: certo, i pericoli ci sono; per Alexander Karp, il socio di Peter Thiel, padrone di Palantir, è diffuso un *«mix di entusiasmo e ansia»*, giacché *«i rischi di procedere con lo sviluppo dell'intelligenza artificiale non sono mai stati così significativi»*, e ciò non di meno, aggiunge Karp, *«non dobbiamo rinunciare a costruire dispositivi efficaci per timore che ci si rivoltino contro»*, come, aggiungo io, inspiegabilmente fa HAL in *«2001, Odissea nello spazio»*.

Però, che il mondo sia oggi più prospero che mai non è opinione condivisa: Greta Thunberg avrebbe da ridire; Serge Latouche, quello della decrescita felice, prospetta *«un ritorno ragionato e graduale all'autoconsumo»*: non dobbiamo crescere ma decrescere, che non è una bella prospettiva, visto che autoconsumo significa, per i più, piantare l'insalata nella vasca da bagno e allevare le galline sul terrazzo.

Qui devo dire che forse su questo c'è una buona notizia: quel connubio tra senso di colpa, millenarismo e terrapiattismo che ha connotato una tale visione del mondo potrebbe volgere al termine. Un anno fa, infatti, due giornalisti americani di area *liberal*, Ezra Klein and Derek Thompson hanno pubblicato *Abundance*, abbondanza, il titolo dice tutto, un libro che negli Stati Uniti ha avuto un importante successo: emerge finalmente la consapevolezza che i progressisti americani, per contrastare uno sviluppo economico giudicato negativo, hanno finito per rallentare lo sviluppo punto e basta.

Sicché mi manterrei fedele all'affermazione che la crescita è cosa buona, tanto più da noi, se la stella polare è *«rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che ... impediscono il pieno sviluppo della persona»*: se si cresce, si può redistribuire, altrimenti no. E considerate che tra i Paesi dell'Unione Europea e gli Stati Uniti c'è un *gap* enorme, la loro crescita è a occhio e croce il doppio della nostra. Tra i documenti che ho allegato c'è l'ECB Working Paper Series No 3185 uscito giovedì scorso: leggetelo, e capirete tutto.

3. E veniamo al mercato a fronte dei nuovi scenari digitali.

Nessuno osa negare che il mercato debba essere regolato dal diritto. Nella Costituzione degli Ateniesi Aristotele parla degli *ἀρχαῖοι*: *«Essi debbono per legge sorvegliare*

*che tutte le merci in vendita siano pure e genuine*¹. Potrei aggiungere, ancora prima, l'orazione di Lisia *«Contro i mercanti di grano»*.

Ma il punto è, regolare molto o poco? Di questo mi sono già occupato in un precedente corso.

Per Friedrich von Hayek, premio Nobel, il mercato è il prodotto di un ordine sociale spontaneo; un fenomeno che non deve essere eccessivamente compresso dal diritto, che deve restare *«minimo»*. Intervenire troppo, sia pure a fini di giustizia distributiva, finisce per essere controproducente: *«In Occidente – cito von Hayek – il raggiungimento da parte delle masse di un benessere ragionevole è stato causato da un aumento generale di ricchezza ed è stato solo rallentato dalle misure che interferiscono con il ... mercato»*. Su quest'ultimo punto, ovviamente, le opinioni si divaricano: solo per citare due vecchi campioni del dibattito statunitense, John Rawls in *«Una teoria della giustizia»* patrocina una redistribuzione mirata; per converso Robert Nozick, *«Anarchia, Stato e Utopia»*, difende un'idea procedurale di giustizia, un secco no alla redistribuzione.

Insomma, da un lato, c'è l'idea che il mercato sia un luogo naturale in cui convergere la sommatoria degli scambi economici, che non deve essere forzato da troppi vincoli; dall'altro lato l'idea che il mercato tanto meglio funziona quanto meglio è governato dal diritto. Da un lato la parola d'ordine è *deregulation*; dall'altro lato, ha scritto da noi Alpa, in una prospettiva che mi pare per l'appunto rawlsiana *«libertà di mercato» ... significa regulation, cioè creazione di regole rivolte alla composizione degli interessi in gioco secondo una logica democratica»*.

4. Seguendo questa linea di pensiero il mercato non preesiste al diritto, è un *locus artificialis* – è la nota formulazione di Natalino Irti – *«che la legge costruisce e governa, orienta e controlla»*. *«È consueta ... – scrive Irti – l'immagine del mercato come di uno spazio che il diritto trovi dinanzi a sé ... Immagine consueta ma grossolana ... Il mercato ... è tutto gremito e popolato di istituti giuridici»*.

Io, per me, solidarizzo coi grossolani, se guardano al mondo per quello che è e non per quello che vorrebbero che fosse. Certamente avrete letto della fusione tra SpaceX e xAI. L'operazione vale sui 1.250 miliardi, il progetto è installare nello spazio i *data center* per il funzionamento dell'intelligenza artificiale, che sulla Terra hanno bisogno di una enorme quantità di energia, e sono pure inquinanti. Ci potete aggiungere che Musk, è proprietario anche di *Starlink*, che ad oggi ha messo in orbita oltre 9.500 satelliti, con l'obiettivo di arrivare a 30.000 al più presto. Beh, l'Europa conta di lanciarne 65 nel 2026.

Ora, sarà pure grossolano, ma avete sentito parlare della favola della mosca cocchiara? Vi dice qualcosa?

Il mercato è un luogo artificiale *«che la legge costruisce e governa, orienta e controlla»*? Lo controlla con tanta sicumera che quando Pedro Sanchez, il primo ministro spagnolo, ha manifestato di recente l'intento di vietare i *social* ai minori di 16 anni, Elon

¹ ARISTOTELE, *Ath. Pol.*, LI, 1.

Musk (che ha anche X, l'ex Twitter), è stato forse soggiogato, tremebondo, dal motto pin-darico νόμος ὁ πάντων βασιλεύς? Ma proprio no, gli ha dato del disonesto, tiranno e traditore del popolo di Spagna.

Una cosa analoga è accaduta da noi con Cloudflare, che AGCom ha appena sanzionato per dodici milioni di euro per violazione della legge antipirateria. Matthew Prince, CEO di Cloudflare, ha accusato l'*authority* di non aver capito nulla di come funziona Internet, e di aver avanzato una richiesta che equivale a «togliere la luce a un'intera città perché uno non ha pagato la bolletta». La minaccia infine è: noi ce ne andiamo dall'Italia.

5. Allora, noi regolamentiamo molto o poco?

Trovo scritto che i tre pilastri su cui poggia la normativa europea nella materia sono i seguenti: «a) migliorare l'accesso ... ai beni e servizi digitali ...; b) creare un contesto favorevole affinché le reti e i servizi digitali possano svilupparsi; c) massimizzare il potenziale di crescita ...» (Bruno Nascimbene). Beh, meglio di così ...

Considerate che la parola d'ordine che va per la maggiore oggi in Europa è «semplificazione». I tre pilastri si articolano in questi tre recenti atti:

i) il *Digital Services Act* (DSA), Regolamento 2022/2065 del 19.10.2022, relativo a un Mercato Unico dei servizi digitali, 156 considerando e 93 articoli;

ii) il *Digital Markets Act* (DMA) Regolamento 2022/1925 del 14.9.2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale, 109 considerando e 54 articoli, più un allegato;

iii) il *AI Act*, Regolamento sull'intelligenza artificiale 2024/1689 del 13.6.2024, 180 considerando e 113 articoli, oltre agli allegati.

Poi c'è il c.d. *Data Act*, tutela dell'impresa nel Mercato Unico Digitale, Regolamento (UE) 2023/2854, 119 considerando e 50 articoli.

Il tutto, naturalmente, nel quadro della Carta di Nizza, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, del TFUE.

Leggeteli questi regolamenti, ma munitevi prima di un *cachet* per l'emicrania.

C'è chi scrive orgogliosamente che: «Così come già avvenuto con il ... GDPR ... l'Unione europea è stata una pioniera nell'adottare il regolamento ... sull'intelligenza artificiale ... con l'intento ... di rafforzare la propria reputazione di "legislatore globale" nel contesto digitale». Che il legislatore europeo abbia la «reputazione di "legislatore globale"» a me sembra un'opinione, come dicevo prima, da terrapiattista. Guardiamo proprio all'intelligenza artificiale. Una delle prime cose che ha fatto Donald Trump è adottare l'«*AI Action Plan*», un programma che ha l'obiettivo di giungere a una severa deregolamentazione del settore. L'intervento di *deregulation* si disinteressa di noi: il principale obiettivo, direi, è liberare gli *animal spirits*, per dirla con Keynes, per vincere la battaglia dell'intelligenza artificiale con l'unico vero competitor, che è la Cina.

Ora, è una scelta sensata quella di regolamentare in dettaglio un fenomeno, quello dell'intelligenza artificiale, che da noi fatica a nascere? Sarei presuntuoso se credessi di poter dare una risposta affidabile.

Richiamo però un fatto: il GDPR, orientato alla tutela dei diritti fondamentali, è costato un mucchio di soldi, ma di buono cosa ha prodotto? In un saggio del novembre scorso dal titolo: «*La privacy ha un prezzo? Un'analisi empirica dell'impatto del GDPR sui flussi*

commerciali dell'UE», redatto per l'*European Centre for International Political Economy*, leggo di una pesante incidenza negativa sulla mole delle importazioni-esportazioni, ed inoltre, i costi sono stati rilevanti per le imprese in termini di investimenti e di *compliance*. Beh, fin qui ci arrivo anch'io, questa non è una cosa buona, questa è la decrescita, nemmeno felice, perché io, come consumatore, non ho visto alcun vantaggio dal GDPR, l'unica cosa che ho capito è che quando apro un sito che mi dà un servizio, o metto la spunta sull'autorizzazione a ricevere *cookies*, o il servizio me lo scordo.

6. Il contratto e l'intelligenza artificiale, qualcosa devo dire su questo.

Il tema è sempre lo stesso, in sostanza: il diritto deve muoversi per imbrigliare i contratti, ammesso che siano tali, che hanno a che fare, soprattutto per il modo in cui vengono stipulati, con la rete e con l'intelligenza artificiale? Qui mi viene in mente una relazione sulla proprietà nel cyberspazio fatta da un giudice americano dal titolo paradossale: «*Il cyberspazio e la legge del cavallo*»: e cioè, vuol dire, parlare di proprietà nel cyberspazio ha altrettanto senso quanto parlare di «*diritto dei cavalli*» e non di «*diritto degli animali*»².

Devo dire che nel dare un'occhiata all'articolo del 1997 di Nick Szabo, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, al quale per convenzione si ricollega la nascita degli *smart contracts*, sono rimasto colpito dal fatto che muove da un esempio che è lo stesso da cui parte un saggio di Antonio Cicu del 1901, che era poi la sua tesi di laurea, «*Gli automi nel diritto privato*»: e cioè, inserire una moneta in un distributore automatico per prendersi un caffè o una bibita. Ebbene, Cicu è chiaro, quello è un contratto che si perfeziona con lo *iactus pecuniae*, del resto, chi di noi ne dubiterebbe? È il contratto di *vending* offerta al pubblico, articolo 1336.

Irti, nel saggio *Scambi senza accordo*³, ci dice, anche con riguardo agli scambi telematici, che: «*Le tecniche o tecnologie non sono servi obbedienti ma padroni dispotici*». Difatti, in queste tipologie di scambio: «*Il dialogo, pur essenziale al consenso*» sparisce. Si passa «*dal dialogo al silenzio*», e in fin dei conti «*l'uomo che lascia la parola, perde e oblia con essa la propria identità storica*». Insomma, un'apocalisse, avrebbe detto anni fa Montesano, il comico.

Replica Giorgio Oppo, in *Disumanizzazione del contratto*?⁴, sostenendo invece che l'accordo prodotto dallo scambio di manifestazioni di volontà c'è: insomma, si tratta pur sempre di contratti, ai quali si applicano gli articoli 1321 e seguenti. Certo, questa polemica di oltre un quarto di secolo fa è superata dalle cose: gli scambi telematici cui si riferivano questi autori non sono gli odierni *smart contracts*, tantomeno sono i contratti algoritmici stipulati attraverso programmi capaci di auto-apprendere. Ma ancora qualche mese

² F.H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 University of Chicago Legal Forum 207 (1996).

³ RTDPC, 1998, 347.

⁴ Riv. dir. civ., 1998, I, 525.

fa Alberto Maria Benedetti, *Cosa resta dell'«accordo» nel contratto algoritmico?*⁵ ha scritto che: «Le categorie del contratto non sono né morte né tramortite, ma sono vive e vegete; tocca al giurista faticare per adattarne il senso a fenomeni sì nuovi, ma non tanto da giustificare una loro fuoriuscita dal contratto».

La soluzione, in considerazione dello sviluppo del settore, è indubbiamente controvertibile. E però alla stessa conclusione arrivano studiosi statunitensi, che il tema lo masticano più di noi: «La prima domanda importante che pongono gli smart contract è: sono davvero contratti? In definitiva, pensiamo che la risposta sia “sì”»⁶. E questo perché si tratta di persone che vogliono creare diritti e obblighi.

Questo, personalmente, mi piace per una ragione molto semplice, e cioè perché il contratto è tuttora la libertà, o almeno quel che ne rimane. Nel precedente corso su contratto e mercato ho ricordato un motto del filosofo francese dell'800 Alfred Fouillée: «*qui dit contractuel dit juste*», chi dice contrattuale dice giusto. L'autonomia contrattuale è il regno della libertà. Naturalmente un simile punto di vista, preso così e semplicemente, oggi è anacronistico.

Intendiamoci, non è che problemi non ce ne siano. Poniamo che a qualcuno di noi salti lo sghiribizzo di comprare un pezzetto di Bitcoin: sceglie una piattaforma tra le molte che ci sono, si registra, ci mette il denaro necessario, decide quanto comprare e infine clicca il tasto. Beh, a questo punto è tutto finito, senza *chance* di tornare indietro. E cioè, qui siamo dinanzi ad un congegno che è autoesecutivo, non c'è uno scarto tra formare il contratto ed eseguire il contratto. E dopodiché il funzionamento del *blockchain* rende la cosa almeno tendenzialmente irretrattabile: e quindi, nella pratica, spazio per rivolgersi al giudice e lamentare, che so, che chi ha agito era incapace, che il contratto non è meritevole, che bisogna fare applicazione della buona fede integrativa, e roba del genere, ne vedo poca.

Si potrebbe replicare con la celebre storia zen del vecchio contadino che perde il suo cavallo: che non sia un bene? Ma, mettendo da parte il paradosso, resta il fatto che in fin dei conti sono io che ho scelto di comprare un po' di Bitcoin attraverso una catena di blocchi e l'ho fatto avendo la possibilità di documentarmi sul funzionamento della cosa. Su questo avremo successivi interventi e vedremo se rimarrà confermato l'orientamento che mi pare prevalente anche nella nostra dottrina e cioè che, pur con tutte le difficoltà, abbiamo a che fare con l'accordo di due o più parti per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale.

Copilot, del resto, mi dice più o meno la stessa cosa e me la spiega così:

- Scenario tecnologico: Due persone vogliono scambiarsi un *token* su *blockchain*. Creano uno *smart contract* che, al ricevimento di un pagamento in *criptovaluta*, trasfe-

⁵ Pactum online.

⁶ WERBACH & CORNELL, *Contracts Ex Machina*, 67 Duke Law Journal 313-382 (2017) Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol67/iss2/2>.

risce automaticamente il *token* all'acquirente. Lo *smart contract* è un programma informatico che esegue questa operazione senza intervento umano.

- Scenario giuridico: Se le parti hanno raggiunto un accordo (consenso), l'oggetto è lecito (*token* trasferibile), e la causa è valida (scambio di valore), allora questo scambio soddisfa i requisiti di un contratto di compravendita secondo il diritto civile. Lo *smart contract* diventa quindi lo strumento di esecuzione automatica del contratto giuridico.

7. Veniamo a noi. Come affrontare i problemi che ci si porranno.

Secondo me è facile: cercando di fare meno danno possibile. Il che vuol dire non cercare di imbrigliare troppo ciò che non è imbrigliabile. Non adottare, se possibile, soluzioni che nuocciono alla crescita. Non pensare di essere onnipotenti per essere poi scavalcati dagli eventi. Guardare sempre, magari con umiltà, al resto del mondo, evitando possibilmente di dichiarare nulli contratti che sono nulli soltanto da noi e non lo sono, tanto per dire, a Londra o a New York.

Faccio un esempio. Le imprese giovani, tra le quali tante nel settore delle nuove tecnologie, hanno bisogno di essere finanziate, ed uno dei nostri problemi, in Italia, è che i finanziamenti vengono pressoché solo dalle banche, e le banche finanziano chi può offrire garanzie, ma chi è all'inizio dell'attività spesso garanzie non ne ha. Negli Stati Uniti vi sono molteplici canali di finanziamento, esempio il *crowdfunding*, uno di questi proviene dal c.d. *venture capital*: che è il lavoro che millantano di fare i due protagonisti del film *Due single a nozze*. Ora, quella del *venture capitalist* è un'attività molto rischiosa che può essere però molto remunerativa, se la *startup* ha successo. Se invece l'impresa non decolla, il *venture capitalist* deve avere una via d'uscita: altrimenti va ad investire altrove. Una di queste vie d'uscita è la *put option*, e cioè la previsione della clausola di vendita della propria partecipazione, da parte del *venture capitalist*, ad un prezzo predeterminato, alla società o ad altri soci. E però queste clausole rischiano di impattare col divieto del patto leonino dell'articolo 2265 c.c.

Qui c'è un problemone, che ovviamente esula dal tema, noi lavoriamo con un codice civile di un'altra era geologica, che regola l'inseguimento dello sciame d'api, ma lasciamo stare. La dottrina⁷ si è chiesta, si può superare l'ostacolo del patto leonino? Ora, se dite sì, date un piccolo contributo allo sviluppo delle *startup*, se dite no il *venture capital* se ne va da un'altra parte.

Insomma, non sarebbe male che noi giudici fossimo consapevoli delle conseguenze anche economiche delle nostre decisioni. Tanto per dire, quando la Corte di giustizia, in materia di fideiussione, uccide la tesi del professionista di riflesso, sicché il fideiussore di una società di capitali, magari socio della società, può essere consumatore, e dunque far

⁷ FELICETTI, *Venture capital, put options e patto leonino: ragioni giuridiche ed economiche per una rilettura*, in *ilMulino*, rivistaweb.

valere l'abusività di clausole⁸, è consapevole che il sistema bancario si muove, per legge, all'interno di stretti vincoli prudenziali, per effetto dei quali, se la garanzia è «forte», la banca può far credito e tenere a riserva determinati importi, se la garanzia è ballerina, la possibilità di far credito si restringe e le somme da tenere a riserva salgono? Insomma, quando indeboliamo una garanzia, restringiamo l'accesso al credito: il giudice, almeno la Corte suprema, questo lo deve sapere, o non sono affari suoi?

Un altro esempio, il Jobs Act del 2015, subito accusato di precarizzare il lavoro. Bene, studi recenti⁹ dimostrano esattamente il contrario, e cioè che, dopo il Jobs Act, si è prodotto un significativo aumento dei contratti a tempo indeterminato, oltre che un aumento dei salari, fino al 2018. E sapete quando questo *trend* positivo è cessato? In coincidenza con due cose, da un lato il giallo-verde Decreto Dignità (d.l. 87/2018, convertito in l. 96/2018), e qui i giudici non c'entrano, e dall'altro lato le sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'incostituzionalità di alcune norme del Jobs Act, concernenti la monetizzazione del risarcimento da illegittimo licenziamento. Abbiamo sbandierato il vessillo della dignità e dei diritti, e la disoccupazione è aumentata. *Fiat iustitia et pereat mundus*.

8. Mi avvio rapidamente alla conclusione.

Su questo tema degli effetti delle nostre decisioni oserei dire: ma, ora che c'è l'intelligenza artificiale non ce ne possiamo servire anche a questo scopo? Valutare l'impatto che avranno le nostre decisioni sul sistema? Che poi non è altro che la un tempo illusoria, e invece oggi plausibile, calcolabilità weberiana del diritto, essenziale per lo sviluppo del capitalismo occidentale, e se la locuzione non vi piace diciamo per la crescita. Si potrebbe forse replicare che l'intelligenza artificiale, per quanto intelligente, potrebbe andare in *tilt* a leggere la nostra prosa giudiziaria ...

Ma, a parte questo tentativo finale di battuta, questo è un punto cruciale. Qui si profila una situazione curiosa. Un paio di mesi fa ero ad un convegno in cui Francesco Greco, il Presidente del CNF, ha manifestato la sua opposizione all'impiego dell'intelligenza artificiale da parte dei giudici. Ha usato questo argomento retorico: con l'intelligenza artificiale non avremmo avuto la scoperta del danno biologico. Mah, dico io, magari invece l'avremmo scoperto molto prima. Questa opinione – no ad una normalizzazione della decisione giudiziaria attraverso l'intelligenza artificiale – serpeggia anche tra di noi. Questo è abbastanza normale, il giudice è naturalmente misoneista. Però attenzione, se c'è un settore professionale in cui la diffusione dell'intelligenza artificiale sfonda, qui da noi, è il settore degli avvocati. E questa cosa degli avvocati che l'intelligenza artificiale la usano alla grande ma premono perché non la usino i magistrati, non mi quadra granché. Come

⁸ Corte Giust. UE 19 novembre 2015, causa C-74/15, Tarcău; Corte Giust. UE 14 settembre 2016, causa C-534/15, Dumitras.

⁹ P. es., CIMINELLI and FRANCO, *Job protection deregulation, productivity and the distribution of income: Firm-level evidence from the Italian Jobs Act* (February 26, 2025). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5155653> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5155653>.

sapete da gennaio abbiamo in uso Copilot: obbiettivamente una rivelazione, se provate a smanettare un po' ottenete risultati che con Italgire Find ve li sognate. Certo, poi bisogna controllare che il programma non vi abbia detto sciocchezze, questo è ovvio.

Ma, insomma, l'intelligenza artificiale rischia non solo di far crescere il mercato, dilatando il mondo dei contratti, ma è anche un'occasione per far funzionare meglio la giustizia civile, che mi pare ne abbia bisogno, dunque concludo con un grazie a Marvin Minsky, il pioniere dell'intelligenza artificiale: non è ancora chiaro se tutte le sue idee fossero giuste, ma su una cosa sono persuaso che abbia sbagliato, nell'aver dato consulenza per la realizzazione di 2001, il film di Kubrik, che invece, come ho inteso accennare prima, di intelligenza artificiale, e non solo di quella, non aveva capito nulla.

ABSTRACT

L'articolo, trascrizione letterale di una relazione per la Scuola Superiore della Magistratura, si interroga sull'atteggiamento che i magistrati dovrebbero avere riguardo all'impatto dell'intelligenza artificiale sulla giustizia civile. Si sostiene che, sebbene con rischi, l'intelligenza artificiale costituisca un capitolo dello sviluppo del «sapere utile» che ha caratterizzato la crescita economica del mondo occidentale, la quale costituisce il presupposto della redistribuzione cui mira la Costituzione. Si aderisce all'opinione secondo cui gli smart contracts sono pur sempre contratti, soggetti alla disciplina giuridica relativa, e si suggerisce di tener conto delle ricadute economiche delle soluzioni giuridiche adottate.

The article, a verbatim transcript of a report for the Scuola Superiore della Magistratura, questions the attitude magistrates should have regarding the impact of artificial intelligence on civil justice. It argues that, although with risks, artificial intelligence represents a chapter in the development of "useful knowledge" that has characterized the economic growth of the Western world, which is the basis for the redistribution aimed at by the Constitution. It adheres to the view that smart contracts are still contracts, subject to the relevant legal regulations, and suggests taking into account the economic implications of the legal solutions adopted.



Contratti illeciti, prestazioni di cose generiche, restituzioni



Giulio Biancardi

Assegnista dell'Università di Bergamo

SOMMARIO: 1. Il caso e la decisione. – 2. Contratti illeciti e azione di arricchimento: la “mancanza di giusta causa”. – 3. (segue) la sussidiarietà dell'azione. – 4. (segue) gli orientamenti sull'azione ex art. 2041 c.c. promossa dall'agente non iscritto all'albo, dall'appaltatore di opere abusive e dal “professionista di fatto”. – 5. Osservazioni critiche. – 6. Nullità formali e azione di arricchimento. – 7. L'azione di arricchimento proposta dalla P.A. – 8. Prestazioni di cose generiche e ripetizione dell'indebito. – 9. I limiti alla ripetizione dell'indebito: l'offesa al buon costume. – 10. (segue) la mancanza di un interesse del creditore alla restituzione in natura. – 11. Indicazioni di lettura.

1. Il caso e la decisione

Con sentenza n. 11513 del 28 aprile 2026¹, le Sezioni unite enunciano tre principi di diritto in materia di ingiustificato arricchimento.

¹ Il testo è consultabile a questo link: <https://accademiaassociazionecivilisti.it/ulteriori-precisazioni-dalle-sezioni-unite-sullazione-di-aricchimento-proposta-dalla-p-a-11-maggi-2026/>; cfr. l'ordinanza di rinvio Cass., ord. 20 gennaio 2025, n. 1284, in *Giur. it.*, 2025, 513, con nota di CARUSI; ivi, 992 con nota di GALLO; in *NGCC*, 2025, 535 con nota di NOVELLI; in *Resp. civ. prev.*, 2025, 481, con nota di GATTI; commentata da AMIDEI, *Nullità contrattuale, ripetizione dell'indebito e sussidiarietà dell'azione di arricchimento: regole, eccezioni e sovrastrutture*, in *Jus civ.*, 2025, 420; BELLISARIO, *Nullità contrattuali: il problema delle restituzioni*, in questa Rivista, 2025, 593; CHIARELLA, *Contratto amorfo della P.A. e ingiustificato arricchimento al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Arch. dir. civ.*, 2025, 289.

Questi i fatti: un caseificio attinge grandi quantità di acqua per produrre formaggi a pasta filata, ma non paga il canone al Comune, che agisce *ex art. 2041 c.c.*, stante la nullità del contratto di utenza, per difetto di forma, quindi l'indebita *solutio* di cose generiche (una certa quantità d'acqua).

Questa la decisione delle S.U., che accolgono la domanda del Comune, sulla scorta dei principi di diritto enunciati:

- (i) la nullità del contratto della P.A. per vizi di forma non preclude l'azione *ex art. 2041 c.c.* (che sarebbe preclusa solo in caso di contrasto con l'ordine pubblico o frode alla legge);
- (ii) la p.a. impoverita può esercitare il rimedio alle stesse condizioni del privato;
- (iii) in caso di nullità del contratto, l'azione è sussidiaria rispetto all'azione di ripetizione d'indebito, ma è proponibile se quest'ultima è infondata per difetto dei suoi presupposti.

La decisione delle S.U. pare condivisibile nell'esito, ma la motivazione solleva due perplessità.

In primo luogo, non persuade l'idea che l'azione di arricchimento sarebbe preclusa anche al di fuori dei casi di offesa al buon costume.

In secondo luogo, non persuade l'idea che l'azione di ripetizione d'indebito sarebbe infondata, in caso di consumazione delle cose indebitamente consegnate: nel qual caso, semmai, l'inapplicabilità dell'*art. 2033 c.c.* potrebbe dipendere da un difetto di interesse del creditore alla restituzione in natura.

2. Contratti illeciti e azione di arricchimento: la “mancanza di giusta causa”

L'idea che l'azione *ex art. 2041* non sia preclusa dalla nullità del contratto per difetto di forma è condivisibile; desta invece perplessità l'*obiter dictum* (non funzionale alla soluzione del caso), in cui si afferma che sarebbe preclusa in caso di nullità per illiceità di un elemento essenziale di cui all'*art. 1418 co. 2 c.c.*, per contrasto con l'ordine pubblico o in caso di frode alla legge².

Per giungere a questa soluzione, le S.U. muovono dalla nozione di “giusta causa” dell'arricchimento, di cui ribadiscono l'insegnamento tradizionale: l'arricchimento è giustificato se deriva da un contratto, un atto di liberalità, un impoverimento remune-

² Perplesso, su questo punto, vari commentatori del precedente arresto delle S.U. in materia, che conteneva lo stesso *obiter*: PAGLIANTINI, *La sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento: e se fosse (anche) un problema di lacuna?*, in *Foro it.*, 2024, I, 162; ACHILLE, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa, nihil sub sole novum*, in *NGCC*, 2024, 379; MAGGIOLO, *Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, 13; critico sul punto, a commento dell'ordinanza di rinvio, anche AMIDEI, *op. cit.*, 436.

rato, l'adempimento di obbligazione naturale o un provvedimento amministrativo legittimo.

Se l'arricchimento trova fonte nel contratto, è sempre "giustificato", finché il contratto conserva efficacia vincolante. Se però il contratto è nullo, la sua esecuzione produce vantaggi ingiustificati, cui l'ordinamento reagisce con le azioni di ripetizione d'indebito e, appunto, di arricchimento.

Giova ricordare brevemente anche l'elaborazione dottrinale della "mancanza di giusta causa".

Un'opinione scettica la considera una nozione equivoca, tanto da rinunciare a una ricostruzione unitaria a favore di un'enunciazione casistica³.

Altri vi ravvisano una clausola generale, rimessa all'interprete per la determinazione del suo contenuto⁴, magari accostandola alla diversa figura dell'ingiustizia del danno ex art. 2043 c.c.⁵, o al diverso concetto della "meritevolezza" dell'interesse⁶.

A fronte di tale varietà di opinioni, l'insegnamento delle S.U. appare lineare e condizionale: posta l'esistenza di un principio di causalità degli spostamenti di ricchezza⁷, il richiamo all'idea di clausola generale pare ultroneo. Semmai, la mancanza di giusta causa va intesa "in negativo", con l'insussistenza di una delle figure tipiche, previste dalla legge come idonee a giustificare a giustificare lo spostamento di ricchezza, cioè a precludere la nascita dell'obbligazione ex art. 2041 c.c., pacificamente individuate nei contratti o altri negozi giuridici validi (ivi inclusa la donazione, e gli atti diversi da cui risulta la liberalità ex art. 809 c.c.) e negli altri casi previsti da precise disposizioni di legge (adempimento di obbligazioni naturali, *soluti retentio ob turpem causam*, prescrizione, disciplina delle accessioni, etc.), che costituiscono altrettanti fatti impeditivi della pretesa restitutoria dell'impoverito⁸.

La ricostruzione della mancanza di giusta causa in termini di fatto impeditivo, anziché clausola generale, comporta che l'attore non dovrà dimostrare la "ingiustizia" dell'arricchimento altrui, conseguito in mancanza sia di un valido contratto di scambio, sia delle formalità della donazione, sia dei presupposti dell'adempimento di obbligazioni naturali (tra cui la proporzionalità), sia delle altre cause di giustificazione specificamente previste dalla legge; per contro, al convenuto non gioverà eccepire l'esistenza una generica volontà dell'impoverito, che non sia stata versata in un atto giuridico valido, o

³ SCHLESINGER, *Arricchimento (azione di)*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1006; DI PAOLA - PARDOLESI, *Arricchimento*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 3.

⁴ BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, nel *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1999², 983; ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 42 ss.

⁵ GALLO, *L'arricchimento senza causa*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, 2024², 57.

⁶ BIANCA, *Diritto civile 5. Responsabilità*, Milano, 2019², 796.

⁷ MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 113.

⁸ SIRENA, *L'azione generale di arricchimento senza causa*, nel *Tratt. Lipari-Rescigno*, III, Milano, 2009, 566.

nell'adempimento di un'obbligazione naturale, né tanto meno l'*affectionis vel benevolentiae causa*, che non trova alcun riscontro nel diritto positivo⁹.

3. (segue) la sussidiarietà dell'azione

Tanto premesso sulla “mancanza di giusta causa” dell'arricchimento, le S.U. si occupano della sussidiarietà della relativa azione, di cui confermano la concezione “in concreto”.

Secondo questa tesi, a cui aderisce la giurisprudenza più recente¹⁰, occorre valutare le ragioni precludono l'azione tipica (principale), distinguendo il rigetto per carenza *ab origine* dei presupposti (in cui l'azione sussidiaria opera) dal rigetto per inerzia o mancato assolvimento di oneri (in cui l'azione sussidiaria non opera).

In tale prospettiva, affermano ora le S.U., il requisito della sussidiarietà ha una portata complessa e articolata, essendo volto ad evitare elusioni e duplicazioni di tutele. In applicazione di tale requisito, così inteso, i giudici escludono l'operatività dell'azione anche in caso di nullità del contratto, “qualora l'ordinamento neghi ogni tutela alla parte pregiudicata dall'esecuzione del contratto”, in funzione di tutela di interessi e valori fondamentali dell'ordinamento o principi di ordine pubblico.

Le S.U. perciò negano l'azione nei casi di nullità *ex art. 1418 co. 2 c.c.* per illiceità di elementi essenziali (causa, oggetto, motivi) e per frode alla legge, mentre l'accordano nei casi di nullità *ex art. 1418 co. 1 c.c.*, nonché in caso di nullità strutturali per difetto di elementi essenziali.

Il fondamento di questa soluzione è cercato non tanto sul piano del dato positivo (che considera solo l'offesa al buon costume: *art. 2035 c.c.*), bensì sul piano dei valori e interessi tutelati: posto che “l'illiceità dei requisiti essenziali connota con un particolare disvalore il regolamento negoziale”, ciò secondo i giudici “giustifica una reazione particolarmente severa in ragione della gravità del vizio”.

In tal senso le S.U. richiamano l'*art. 1972 c.c.*, che prevede la nullità della transazione sul contratto illecito (in genere, la transazione sul titolo nullo è annullabile), e l'*art. 2126 c.c.*, che prevede la c.d. “inefficacia dell'invalidità” del contratto di lavoro invalido eseguito in via di fatto, salvo che la nullità dipenda da illiceità dell'oggetto o della causa (nel qual caso il contratto è invalido a tutti gli effetti).

Di tal che, affermano le S.U., l'azione di arricchimento sarebbe “improponibile” non solo da chi ha eseguito prestazioni contrarie al buon costume, ma anche da chi ha reso

⁹ Su quest'ultimo punto SIRENA, *o.Lu.c.*

¹⁰ Cass. S.U., 5 dicembre 2023, n. 33954, in *Foro it.*, 2024, I, 120, con note di LA BATTAGLIA, FABBRIZZI, DI PAOLA-PARDOLESI, PAGLIANTINI, ALBANESE, MACARIO; in *NCGG*, 2024, 374, 430, con note di ACHILLE, BELLISARIO, CARUSI, SCOGNAMIGLIO; in *Giur it.*, 2024, 529, 1332, con note di GALLO, RONCO; in *Resp. civ. prev.*, 2024, 88, con note di FORNASARI, GATTI.

prestazioni contrastanti con un interesse o un principio fondamentale, in violazione di norme penali o in frode alla legge.

4. (segue) gli orientamenti sull'azione ex art. 2041 c.c. promossa dall'agente non iscritto all'albo, dall'appaltatore di opere abusive e dal "professionista di fatto"

A supporto di questa distinzione tra nullità del contratto ex art. 1418 co. 1 c.c. o per difetto di elementi essenziali – in cui l'azione di arricchimento sarebbe *concessa* – e nullità del contratto ex art. 1418 co. 2 c.c. per illiceità di elementi essenziali e frode alla legge – in cui l'azione sarebbe *negata* – le S.U. richiamano due diversi filoni giurisprudenziali.

Quanto al primo filone, le S.U. richiamano l'orientamento che accorda(va) il rimedio ex art. 2041 c.c. all'agente non iscritto all'albo, posto che tale omissione comportava la nullità del contratto¹¹.

In questo caso l'azione ex art. 2041 c.c. era concessa, poiché la nullità del contratto derivava dalla violazione di norme imperative, e non anche dell'illiceità della causa o dell'oggetto¹².

Tralasciando che la questione ormai non ha più alcuna rilevanza applicativa, dopo l'intervento della Corte di Giustizia, va comunque osservato che si tratta di un orientamento condivisibile, che fa coerente applicazione delle regole generali sulle restituzioni conseguenti alla nullità del contratto.

Quanto invece al secondo filone, le S.U. richiamano due orientamenti, l'uno in materia di esercizio abusivo delle professioni riservate – che nega al "professionista di fatto" l'azione ex art. 2041 c.c. (v. *infra*) – l'altro in materia di appalto di opere abusive, nullo per illiceità dell'oggetto, nel qual caso, talvolta, si è parimenti negata all'appaltatore la tutela ex art. 2041 c.c.¹³.

Quest'ultimo orientamento, costituito da sole due pronunce, risulta a ben vedere minoritario: la giurisprudenza prevalente concede eccome l'indennizzo ex art. 2041 c.c. all'appaltatore che ha eseguito l'opera abusiva, sia pure valutando il carattere precario dell'arricchimento, in quanto l'opera è potenzialmente soggetta all'ordine di demolizione¹⁴.

¹¹ Come previsto dall'art. 9 l. 12 marzo 1968, n. 316, poi disapplicato perché contrario al diritto comunitario: CGCE, 30 aprile 1998, n. 215, in *Foro it.*, 1998, IV, 193.

¹² Cass. S.U., 3 aprile 1989, n. 1613; Cass., 12 dicembre 1990, n. 11814; Cass., 13 novembre 1991, n. 12903; Cass., 10 giugno 1992, n. 7112; Cass., 19 agosto 1992, n. 9675; Cass., 9 aprile 1994, n. 4154; Cass., 4 novembre 1994, n. 9063; Cass., 30 maggio 1997, n. 4798; Cass., 13 ottobre 1998, n. 10126; Cass., 18 luglio 2002, n. 10427, tutte in *Onelegale*.

¹³ Cass., 17 maggio 2001, n. 6777; Cass., 11 luglio 2025, n. 19136, in *Onelegale*.

¹⁴ Cass., 14 gennaio 1987, n. 204; Cass., 13 aprile 1995, n. 4269; Cass., 27 febbraio 2002, n. 2884; Cass., 2 aprile 2009, n. 8040, tutte in *Onelegale*.

Ad ogni modo la soluzione restrittiva ora adottata dalle S.U. non pare condivisibile: da un lato, essa manca di alcun fondamento positivo (salvo che si ravvisino profili di contrarietà al buon costume); dall'altro, essa produce il grave inconveniente di scaricare sul costruttore i costi di un'operazione illecita realizzata dal proprietario del suolo, unico obbligato a chiedere il titolo edilizio, che vedrà consolidarsi nella propria sfera giuridica l'acquisto a titolo originario dell'opera, della quale potrà trarre utilità godendone in via di fatto – ma potrebbe anche chiedere una sanatoria – senza pagare alcunché al costruttore¹⁵.

Per le stesse ragioni non pare condivisibile nemmeno l'orientamento della giurisprudenza nella diversa materia delle addizioni fatte dal possessore, che dovrebbe avere diritto all'indennizzo ex art. 1150 c.c., senonché la S.C. tende a negarglielo, quando le addizioni consistono in opere abusive¹⁶.

Questa soluzione è stata giustamente criticata: il possessore non dovrebbe vedersi negato l'indennizzo per un'addizione precaria, perché esposta all'ordine di demolizione, casomai dovrebbe vederselo decurtato della spesa per la sanatoria, ovvero in ragione della probabilità che effettivamente il bene sia demolito¹⁷.

Quanto all'orientamento in materia di esercizio abusivo della professione, la giurisprudenza nega al professionista “di fatto” la tutela restitutoria, negandogli cioè di conseguire tramite l'azione ex art. 2041 c.c. quella retribuzione per cui l'art. 2231 c.c. gli nega l'azione contrattuale¹⁸. Lo stesso principio è stato affermato anche per il mediatore non iscritto all'apposito albo, che non ha diritto alla provvigione ed è tenuto a restituire quanto ricevuto ai sensi degli artt. 6-8 l. 3 febbraio 1989, n. 39¹⁹.

Anche quest'orientamento presenta alcuni profili di criticità, di cui si dirà nel seguente paragrafo.

5. Osservazioni critiche

La principale critica alla soluzione indicata delle S.U., che negano la tutela restitutoria in caso di nullità del contratto per illiceità, riguarda la sovrapposizione dei diversi piani della disciplina dei contratti con quella delle restituzioni: vale a dire, da una parte,

¹⁵ DE SIATI, *Violazione di norme edilizie e indennizzo*, in *Urb. app.*, 2001, 1200.

¹⁶ In vario senso, Cass., 6 aprile 1983, n. 2498; Cass., 29 gennaio 1997, n. 888; Cass., 16 maggio 2007, n. 11300; Cass., 15 dicembre 2008, n. 29340; Cass., 14 dicembre 2011, n. 26853; Cass., 24 marzo 2015, n. 5864; Cass., 25 gennaio 2016, n. 1237, tutte in *Onelegale*.

¹⁷ Cfr. SACCO - CATERINA, *Il possesso*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014³, 432.

¹⁸ Cass., 22 giugno 1982, n. 3794, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2575, con nota di COSTANZA; Cass., 2 ottobre 1999, n. 10937; Cass., 3 novembre 2000, n. 14381; Cass., 2 aprile 2002, n. 4635; Cass., 30 luglio 2002, n. 11372; Cass., 19 febbraio 2007, n. 3740; Cass., 12 ottobre 2007, n. 21495; Cass. 11 giugno 2010, n. 14085; Cass., 6 aprile 2023, n. 10951; Cass., 16 giugno 2023, n. 17296, tutte in *Onelegale*.

¹⁹ Cass., 2 aprile 2002, n. 4635; Cass., 5 giugno 2007, n. 13184; Cass., 10 maggio 2011, n. 10205, in *Onelegale*.

le regole che stabiliscono i casi in cui un atto di autonomia privata è coercibile; dall'altra, quelle che regolano la nascita di obbligazioni *ex lege*, in conseguenza di spostamenti di ricchezza senza giusta causa (come si verifica in caso di esecuzione di fatto di contratti nulli).

Va sottolineato come, a sostegno della soluzione enunciata, le S.U. affermino genericamente che l'ordinamento negherebbe "ogni tutela" al contraente. Senonché, a ben vedere, gli articoli richiamati (1972, 2126, 2231 c.c.) si limitano a comminare la nullità del contratto, che perciò sarà incoercibile, nel senso che le parti non potranno invocare le tutele *contrattuali* (adempimento, risarcimento, risoluzione). Ma le disposizioni richiamate si limitano a questo, senza mai prevedere alcun diniego della tutela *restitutoria*, come sanzione a carico della parte che abbia dato esecuzione al contratto nullo (una tale sanzione è prevista eccezionalmente dall'art. 2035 c.c.). Si tratta, com'è noto, di tutele distinte.

Certo, non si può ignorare l'insegnamento della dottrina classica, che negava in termini generali la restituzione di prestazioni illecite, sulla scorta del principio "nel diritto nostro non espressamente sanzionato", che "la giustizia non può aiutare colui che l'ha offesa e si è reso indegno del suo soccorso giuridico"²⁰; e comunque sulla base dell'art. 1140 c.c. abr., che definiva il quasi-contratto (fonte delle obbligazioni restitutorie) un "fatto volontario e lecito", quale certo non poteva definirsi l'esecuzione di prestazioni illecite (e ciò a prescindere che l'illiceità si traducesse o no nell'immoralità)²¹.

Ma nemmeno si può ignorare che la disciplina positiva è cambiata: l'art. 1140 c.c. abr. non è più in vigore, mentre l'art. 2035 c.c. nega la restituzione nei soli casi di immoralità, in deroga alle regole generali di cui agli artt. 2033 e 2041 c.c., sicché ne risulta preclusa l'applicazione analogica al fuori dei casi considerati²².

Ciò induce a respingere le tesi espresse da una parte della dottrina, che afferma l'irripetibilità delle prestazioni illecite anche fuori dai casi d'immoralità: segnatamente, nei casi in cui la prestazione indebita debba essere restituita nel suo equivalente monetario, mediante l'azione *ex art.* 2041 c.c.

Questa dottrina ragiona nei seguenti termini: se l'impoverito avesse diritto a un indennizzo per la prestazione indebitamente eseguita, ma insuscettibile di restituzione in natura, ciò darebbe vita a uno "scambio analogo" a quello "vietato"²³.

²⁰ FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Napoli, 2021 [1914²], 319.

²¹ ALLARA, *Il pagamento ob turpem causam*, Torino, 1930, 228.

²² Sulla natura eccezionale dell'art. 2035 c.c.: RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, nel *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1225; MOSCATI, *op. cit.*, 363; MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, 93 ss.

²³ TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 32; cfr. ora MAGRI, *Dallo scambio immorale allo scambio illecito*, Torino, 2022; GALLO, in ID. - MAGRI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2024, 131 ss., che propongono di operare una valutazione comparativa tra l'interesse generale a disincentivare il comportamento vietato e l'interesse particolare del *solvens* alla restituzione del valore della prestazione eseguita in forza del contratto nullo.

La tesi, fondata su argomenti di convenienza e di opportunità politica, non persuade: in contrario, va detto che nessuna norma giuridica prevede una deroga siffatta alla disciplina generale della nullità del contratto, e delle restituzioni conseguenti; l'unica deroga riguarda l'offesa al buon costume, e non le violazioni di legge o dell'ordine pubblico; di tal che l'esecuzione di prestazioni previste da contratti illeciti non immorali produce senz'altro obbligazioni restitutorie²⁴.

Peraltro, l'idea dello "scambio analogo" a quello "vietato" trova precisa smentita – al di là delle formule ad effetto – in un'analisi giuridica accurata, in termini di fattispecie ed effetti giuridici.

In generale, il diritto vigente non commina alcun "divieto" di scambiarsi le prestazioni. Piuttosto, si limita a prevedere la nullità del contratto con causa od oggetto o motivi contrari a norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume (artt. 1173, 1343, 1418, co. 2 c.c.). Questa precisazione non è nominalistica: la comminatoria della nullità importa effetti giuridici ben precisi, in termini di infondatezza delle azioni contrattuali eventualmente proposte dalle parti, che non è possibile ridurre a un "divieto" generico. Si potrà parlare, casomai, di un "divieto di contrattare", o – più precisamente – di un divieto fatto al giudice di accogliere l'azione contrattuale proposta dalla parte, che invoca la validità del contratto. Ma un tale divieto riguarda appunto le azioni contrattuali, e non anche le azioni fondate su diversi istituti, come le obbligazioni *ex lege* (artt. 2033 ss.). Con riguardo a quest'ultime, invece, vi è un "divieto di ripetere", a carico della parte che ha eseguito una prestazione per uno scopo che costituisce offesa al buon costume (più precisamente, l'art. 2035 c.c. fa divieto al giudice di accogliere una domanda del genere). Ma un tale divieto riguarda le sole prestazioni immorali, e non anche le altre prestazioni eseguite nell'ambito di contratti nulli (se del caso, anche per illiceità).

Tanto premesso, bisogna prendere atto che questi diversi "divieti" hanno un'estensione diversa: il divieto di "contrattare" è più ampio (si estende a tutti i casi di violazione di norme imperative, contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume) mentre quello di "ripetere" ha una portata più ristretta (comprende solo il caso di offesa al buon costume). Ne deriva che alcuni contratti non daranno vita alle relative azioni contrattuali (perché nulli), e ciò nondimeno la parte che abbia eseguito la prestazione potrà proporre le azioni restitutorie (nella misura in cui non sussiste un'offesa al buon costume). Se si considera la natura eccezionale del diniego della tutela restitutoria in caso di offesa al buon costume (e in pochi altri casi previsti da leggi speciali), se ne ricava che le prestazioni contemplate dai contratti nulli (solo) per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico producono senz'altro obbligazioni restitutorie, se del caso anche per equivalente; ciò sul rilievo che tali prestazioni sono indebite, stante la nullità del contratto, onde l'applicazione degli artt. 2033 e 2041 c.c., non potendosi invocare la norma eccezionale *ex art. 2035 c.c.* fuori dai casi ivi considerati.

²⁴ Così MAFFEIS, *op. cit.*, 146 ss.

Chi opina diversamente può anche addurre ragioni plausibili *de iure condendo*, ma si scontra – *de iure condito* – contro il disposto delle norme generali di cui agli artt. 2033 e 2041 c.c., e cade nella falsa applicazione dell'art. 2035 c.c.

Né pare possibile ricavare il diniego della tutela restitutoria dall'applicazione analogica di disposizioni che prevedono solo il diniego dell'azione contrattuale (e non anche, letteralmente, dell'azione restitutoria), come gli artt. 2126 (in caso di illiceità) e 2231 c.c.

Quanto all'art. 2126 c.c., va ricordato come – nei rari casi in cui la giurisprudenza ha avuto modo di occuparsene – la domanda *ex art.* 2041 c.c. proposta dal lavoratore sia stata accolta, nonostante (anzi: in ragione de) la nullità del contratto, per illiceità della causa²⁵.

Quanto invece all'art. 2231 c.c., si è già detto dell'orientamento severo della giurisprudenza: se si accolgono le osservazioni svolte a proposito dei rapporti tra rimedi contrattuali e rimedi restitutori, ne consegue l'impossibilità di aderirvi²⁶.

Per tutte le ragioni indicate, dunque, non si può condividere l'affermazione delle S.U., secondo cui la tutela *ex art.* 2041 c.c. sarebbe preclusa, in caso di illiceità del contratto, sulla base dell'idea che ciò “giustifichi una reazione particolarmente severa in ragione della gravità del vizio”.

La severità della reazione, infatti, si esaurisce in quanto previsto dalla disciplina dei contratti, senza pregiudizio di istituti diversi, quali le obbligazioni *ex lege*, disciplinate dalle norme generali sulle restituzioni, che sono applicabili in ragione della mancanza di causa delle attribuzioni patrimoniali eseguite dalle parti²⁷.

6. Nullità formali e azione di arricchimento

Tutto ciò premesso, si può sottoscrivere senz'altro il secondo principio enunciato dalle S.U., circa l'ammissibilità dell'azione *ex art.* 2041 c.c. in caso di nullità del contratto per vizi di forma.

Il ragionamento dei giudici si muove anche qui su un piano assiologico: si esclude che la tutela degli interessi pubblici sia pregiudicata dall'operatività del rimedio restitutorio, con richiamo al noto *révirement* del 2015, che ha escluso la necessità di un riconoscimento dell'utilità della prestazione ricevuta dalla p.a., ai fini dell'accoglimento dell'a-

²⁵ Cass., 10 aprile 1964, n. 835, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 333, con nota di G.B. FERRI.

²⁶ Critiche in MAFFEIS, *op. cit.*, 146; ID., *Attività «riservate» e prestazione del soggetto non iscritto tra privilegi corporativi e concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2004, 260; MANIACI, *Restituzioni e sanzioni civili indirette*, in *NGCC*, 2012, II, 340.

²⁷ È pacifica in giurisprudenza l'applicabilità degli artt. 2033 ss. c.c. alle prestazioni eseguite in base a contratto nullo o caducato con effetto retroattivo: Cass., 15 aprile 2010, n. 9052, in *Giur. it.*, 2010, 2282, con nota di SCHEPIS; Cass. S.U., 4 settembre 2012, n. 14828; Cass., 6 giugno 2017, n. 14013; Cass., 15 gennaio 2018, n. 715, in *Giur. it.*, 2019, 47, con nota di GUERRINI; Cass., 8 gennaio 2025, n. 423, *Foro it.*, 2025, I, 2969; Cass. S.U., 28 aprile 2026, n. 11513; sulla posizione della dottrina, più articolata, si rinvia a GALLO-MAGRI, *op. cit.*

zione ex art. 2041 c.c.; ciò in ragione della funzione dell'istituto, quale rimedio generale a situazioni giuridiche altrimenti prive di tutela²⁸.

I giudici muovono da quest'osservazione per ribadire che le ragioni di interesse pubblico a fondamento dell'onere di forma dei contratti con la p.a. vanno temperate col divieto di spostamenti patrimoniali ingiustificati, anche quando il beneficiario (o l'impoverito) sia una p.a.: il contemperamento tra il principio del buon andamento e il diritto di azione dell'impoverito (che invoca il rimedio) non si realizza negando la tutela ex art. 2041 c.c., ma piuttosto concedendo alla p.a. convenuta di eccepire e provare di aver rifiutato l'arricchimento, o di non averlo potuto rifiutare perché inconsapevole, così da respingere eventuali ingerenze dei privati²⁹.

Per contro, le S.U. paventano un possibile aggiramento delle norme pubblicistiche, se l'accoglimento dell'azione determinasse un risultato economico analogo a quello del contratto valido; senonché – osservano – l'indennizzo da arricchimento non ricomprende tutti i benefici che il privato potrebbe ottenere sulla base di un contratto regolarmente stipulato, ma solo una somma corrispondente alla diminuzione patrimoniale subita, e con il limite dell'altrui arricchimento, sicché l'azione non si traduce in uno strumento utilizzabile per sottrarsi all'applicazione delle regole di contabilità pubblica in tema di copertura di spesa.

Questa motivazione di *public policy* e bilanciamento degli interessi (pubblici e privati) appare piuttosto enfatica, posto che lo stesso risultato applicativo – l'operatività dell'azione in caso di esecuzione di un contratto nullo per vizi di forma – appare già solidamente fondato sull'applicazione delle disposizioni del codice civile, per quanto sopra illustrato. Certo, non si può dire che il richiamo ai principi e ai valori costituzionali nuoccia alla bontà della soluzione indicata, casomai il contrario. Nondimeno, va anche osservato che l'idea del bilanciamento introduce necessariamente un elemento di incertezza, se si considera la molteplicità dei possibili equilibri tra interessi in conflitto. A titolo esemplificativo, la questione dell'operatività dell'azione nei confronti della p.a. potrebbe essere risolta in almeno quattro modi diversi, seguendo altrettante proposte ricostruttive:

- (i) valorizzando al massimo l'interesse pubblico a evitare interferenze dei privati nell'azione amministrativa, si potrebbe escludere *tout court* l'applicabilità dell'art. 2041 c.c.³⁰;

²⁸ Cass. S.U., 26 maggio 2015, n. 10798, in NGCC, 2016, 863, con nota di BRIZZOLARI; in *Giur. it.*, 2015, 2070, con nota di CICCERO; conf. Cass., 15 febbraio 2017, n. 4024; Cass., 28 ottobre 2024, n. 27753, in *Onelegale*.

²⁹ E così respingere gli arricchimenti c.d. imposti: Cass. S.U., 26 maggio 2015, n. 10798, cit.

³⁰ La tesi è riferita da VELA, *Azione di arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 2: “nelle prime elaborazioni dell'argomento si postulava l'impossibilità concettuale di attribuire allo Stato ed agli enti pubblici minori l'«iniquità» di arricchirsi con altrui danno”, ma l'A. non cita alcuna fonte (alcuni riferimenti in TOMEI, *L'ingiustificato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2000, 72, nt. 70); ad ogni modo, l'opinione preva-

- (ii) valorizzando l'interesse pubblico in misura prevalente, si potrebbe subordinare il rimedio al riconoscimento della p.a. (espresso o implicito) dell'utilità della prestazione ricevuta³¹;
- (iii) valorizzando un principio di "intangibilità della sfera giuridica", si potrebbe ammettere la p.a. ad eccepire che l'arricchimento le sia stato "imposto", e perciò invocare il principio secondo cui "l'indennizzo non è dovuto se l'arricchito ha rifiutato l'arricchimento o non abbia potuto rifiutarlo, perché inconsapevole dell'*eventum utilitatis*"³²;
- (iv) valorizzando il criterio di contemperamento degli interessi contenuto nello stesso art. 2041 c.c., si potrebbe ritenere che la sua piana applicazione assicuri già la tutela dell'arricchito – anche di chi è stato arricchito contro la sua volontà – col limitarne l'obbligo indennitario entro i limiti della diminuzione patrimoniale subita, sicché si potrebbe negare rilevanza al fatto della "imposizione" dell'arricchimento, posto che lo spostamento di ricchezza rileva come fatto oggettivo³³.

Di fronte a un tale ventaglio di possibili opzioni di bilanciamento, occorre un criterio idoneo a sceglierne una ed escludere le altre. La scelta dipende ovviamente dalla metodologia adottata – è nota la varietà di approcci – ed è noto che l'accettazione delle conclusioni riposa sulla condivisione delle premesse (anche metodologiche) del ragionamento. Non è questa la sede per un esame approfondito³⁴.

lente in dottrina e giurisprudenza ha sempre accordato l'azione (riferimenti in TOMEI, *op. cit.*, 55 ss.).

³¹ Questa era la posizione della giurisprudenza fino a circa dieci anni fa: *ex multis* Cass., 26 novembre 1986, n. 6981; Cass., 25 gennaio 1994, n. 715, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 659; Cass. S.U., 28 ottobre 1995, n. 11303, *ivi*, 1996, 647; Cass., 10 febbraio 1996, n. 1025, in *Foro it.*, 1996, I, 1244; Cass., 5 marzo 2014, n. 5106, in *Onelegale*.

³² Cass. S.U., 26 maggio 2015, n. 10798, *cit.*, col conforto di parte della dottrina, che nega l'indennizzo dell'arricchimento "imposto": TRIMARCHI, *op. cit.*, 50 (lo ammette però nei casi di buona fede dell'impovertito, acquiescenza o tolleranza dell'arricchito); FRATTAROLO, *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza*, Padova, 1974, 143 ss.; ALBANESE, *Prestazione gratuita, spirito di liberalità e vantaggi indesiderati (il problema degli scambi imposti)*, in *Contr. impr.*, 2007, 482; GALLO, *op. cit.*, 139 ss. (individuando vari limiti al diniego della tutela restitutoria).

³³ Così parte della dottrina, negando l'esistenza di un principio generale di diniego della tutela restitutoria in caso di arricchimenti "imposti" (diniego previsto da norme specifiche: artt. 1134, 1591, 2031 co. 2 c.c.): BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 453 (salvo che l'arricchimento derivi da un illecito dell'impovertito); ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999, 155; BIANCA, *op. cit.*, 788; cfr. SIRENA, *op. cit.*, 570, che nega l'indennizzo solo del risparmio di spesa dell'arricchito (salva ratifica, o tolleranza), e solo in presenza di mala fede dell'impovertito.

³⁴ Chi scrive aderisce alla soluzione *sub* (iv). Quelle *sub* (i) e (ii) sono inaccettabili, posto che introducono disparità di trattamento ingiustificate in favore della p.a. Quella *sub* (iii) non trova alcun riscontro nel diritto positivo, posta l'irrilevanza della volontà dell'arricchito ai sensi dell'art. 2041 c.c., e l'inesistenza di un principio di intangibilità della sfera giuridica (sul punto DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972).

Va detto che anche la soluzione prescelta soffre limiti stringenti, nell'ambito di applicazione, derivanti dalla concorrenza con altri istituti: a) se l'arricchimento consiste in piantagioni, costru-

7. L'azione di arricchimento proposta dalla P.A.

È pienamente condivisibile l'idea che l'azione possa essere esercitata alle stesse condizioni anche dalla p.a. che abbia eseguito il contratto nullo, e così si sia impoverita. Il ragionamento delle S.U. al riguardo fa perno sia sull'applicabilità dell'art. 2041 c.c., sia sulla funzione del rimedio di evitare il consolidamento di trasferimenti di ricchezza ingiustificati, sia sugli interessi pubblici alla stabilità e sostenibilità finanziaria delle p.a., gli stessi tutelati con l'imposizione dell'onere di forma.

8. Prestazioni di cose generiche e ripetizione dell'indebito

Con il terzo principio di diritto enunciato con la sentenza in commento, le S.U. ribadiscono la sussidiarietà dell'azione ex art. 2041 c.c. rispetto a quella di ripetizione

zioni, opere sul suolo altrui, il proprietario-arricchito dovrà indennizzare l'impoverito solo nei casi di acquiescenza o successiva accettazione, ovvero di esecuzione delle opere in buona fede, mentre non dovrà gli alcunché in caso di esecuzione delle opere contro il suo divieto (arg. ex art. 936 c.c.); *b*) se l'arricchimento deriva dall'unione o mistione di mobili senza il consenso del proprietario della cosa principale, che acquista la proprietà anche della cosa accessoria, costui è comunque obbligato a un indennizzo (art. 939 co. 2 c.c.); *c*) se l'arricchimento deriva dalla gestione individuale di parti comuni condominiali, o da miglioramenti e addizioni fatti dal conduttore, il rimborso è negato (artt. 1134 e 1591 c.c.), mentre vale l'opposto per miglioramenti e addizioni fatti dal titolare di diritti reali di godimento o dal possessore (artt. 975, 985-986, 1026, 1150 c.c.); *d*) se l'arricchimento deriva dall'adempimento del terzo, il debitore-arricchito dovrà sempre indennizzare l'impoverito, nonostante la sua opposizione (arg. ex art. 1180 c.c.); *e*) fuori dai casi anzidetti, se l'impoverito agisce contro il divieto dell'interessato, ma il divieto è contrario alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume, comunque l'impoverito avrà diritto al rimborso delle spese sostenute, se ricorrono i presupposti della gestione d'affari (art. 2031 co. 2 c.c.), sicché, anche in mancanza di tali presupposti, sembra potersi ritenere che gli spetti almeno l'indennizzo ex art. 2041 c.c.

Anche fuori da questi casi sembra doversi accordare l'indennizzo in caso di arricchimento ingiustificato con l'opposizione dell'arricchito. Un caso noto alla giurisprudenza è quello del lavoro prestato *prohibente domino* (Cass. 10 maggio 1963, n. 1153, in *Giur. it.*, 1963, I, 854, accolse l'azione ex art. 2041 c.c. proposta dal custode, licenziato, che aveva continuato a prestare servizio). Non varrebbe, in contrario, invocare l'applicazione analogica dell'art. 2031 co. 2 c.c., posto che il diniego del rimborso delle spese non pregiudica il diritto all'indennizzo ex art. 2041 c.c. (Relaz. al Re, n. 788; PACCHIONI, *Dei quasi contratti*, Padova, 1938, 54 ss.; SIRENA, *La gestione di affari altrui*, Torino, 1999, 342 ss.).

La tutela contro l'arricchimento "imposto", semmai, è data dalla valutazione rigorosa del requisito dell'arricchimento, ai fini della quantificazione dell'indennizzo dovuto all'impoverito: ad es., se il datore di lavoro dopo aver licenziato il custode ne assume subito un altro, l'opera del primo sarà inutile, e l'arricchimento insussistente (sicché nessun indennizzo sarà dovuto al custode); se invece il datore di lavoro assume il nuovo custode solo quando il vecchio effettivamente cessa di prestare servizio, ciò dimostra il risparmio di spesa – quindi l'arricchimento – per aver goduto di un servizio che pure (a parole) il datore di lavoro aveva rifiutato. Questa è la soluzione che si ricava da una lettura piana dell'art. 2041 c.c.

d'indebito, sicché la prima sarà esperibile solo qualora la seconda difetti *ab origine* dei presupposti fondanti la relativa domanda.

Il che appare senz'altro condivisibile, in termini astratti, mentre desta perplessità l'applicazione che le S.U. fanno di tale principio al caso concreto, accertando il difetto dei presupposti della ripetizione d'indebito in un caso di prestazione di cose generiche (una certa quantità di acqua)³⁵, in frontale contrasto con l'opinione pacifica della dottrina, che afferma l'applicabilità della ripetizione d'indebito proprio in caso di prestazione di cose generiche³⁶.

A sostegno di questa decisione i giudici richiamano l'orientamento secondo cui la ripetizione d'indebito "è preclusa per le prestazioni di fare o in caso di consumazione di beni fungibili, specie nell'ambito dei rapporti con la PA".

Tralasciando ora le prestazioni di fare, di cui la sentenza non si occupa³⁷, merita occuparsi piuttosto della consumazione di beni fungibili.

Al riguardo, la S.C. fin dagli anni '80 afferma l'applicabilità dell'art. 2041 c.c.; ma – si badi – tale orientamento riconosce al privato un indennizzo da arricchimento quantificato in base al *prezzo di mercato* dei beni utilizzati o consumati dalla p.a.³⁸; ora invece le S.U. invocano l'applicazione dell'art. 2041 c.c. proprio al fine evitare la devoluzione del valore di mercato delle cose consumate dalla p.a., atteso che l'azione di arricchimento non consente l'indennizzo del lucro cessante³⁹.

³⁵ Cfr. però BELLISARIO, *op. cit.*, 608, che muove dalla natura pubblica del bene-acqua (art. 822 c.c.) per ricavarne che "il contratto di somministrazione idrica ha ad oggetto una prestazione, in cambio di un corrispettivo, ove è decisamente prevalente il *facere*, e non il *dare*", con tutte le conseguenze in materia di restituzioni (conf. CHIARELLA, *op. cit.*, 297).

In senso contrario, va osservato la natura pubblica del bene-acqua è senz'altro compatibile con la sua alienabilità, "nei modi e nei limiti delle leggi che [la] riguardano" (art. 823 c.c.), e che le regole sulla somministrazione dell'acqua ai privati (artt. 141 ss. cod. amb.) non paiono affatto incompatibili con la qualificazione di tale somministrazione nei termini di una prestazione continuata di dare, ai sensi dell'art. 2033 c.c.; né sembra possibile ritenere che il "servizio" (prestazioni di *facere*: gestione di acquedotti, depuratori, contatori, etc.) prevalga sulla fornitura dell'acqua (prestazioni di *dare*: consegna di tot. litri d'acqua); questo perché l'interesse del somministrato è rivolto proprio all'*acceptio* di una quantità di cose generiche (acqua), e non già al *facere* chi ci sta dietro, che perciò risulta accessorio e strumentale alle prestazioni di *dare* (questo discorso non vale per la gestione delle fognature, dove prevale il *facere*: ma ciò è irrilevante nel caso di specie).

³⁶ PACCHIONI, *op. cit.*, 108; ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940, 184; TRIMARCHI, *op. cit.*, 124; BRECCIA, *op. cit.*, 428; MOSCATI, *op. cit.*, 231 ss.; LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989, 30; CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, nel *Tratt. CNN*, Napoli, 2004, 214; SIRENA, *op. cit.*, 540-541; GALLO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Dig. civ. online*, 2012, § 3; BIANCA, *op. cit.*, 772.

³⁷ Per riferimenti, e alcune osservazioni critiche, rinvio alla mia nota *Prestazioni sanitarie erogate sine titulo e arricchimento ingiustificato*, in *Resp. med.*, 2025, 536-538.

³⁸ Cass., 29 maggio 1983, n. 3627; Cass., 29 maggio 1986, n. 3627; Cass., 28 giugno 1993, n. 7139, in *Onelegale*.

³⁹ Come chiarito da Cass. S.U., 11 settembre 2008, n. 23385, in *Corr. giur.*, 2009, 59, con nota di DI MAJO.

Questo peraltro non è l'unico profilo di discontinuità tra l'orientamento richiamato dalle S.U. e il principio di diritto enunciato: giova evidenziare che l'applicabilità dell'art. 2041 c.c. all'indebita *solutio* di cose generiche, in favore della p.a., è una soluzione elaborata in un contesto di diritto vivente lontanissimo da quello attuale, posto che – all'epoca – l'azione di arricchimento era riconosciuta al privato non tanto in considerazione della *solutio indebiti* da parte sua, quanto piuttosto in ragione del riconoscimento dell'utilità da parte della p.a., da ritenersi implicito nell'utilizzazione o consumazione dei beni; di tal che, venuta meno la rilevanza del riconoscimento dell'utilità⁴⁰, quest'orientamento non trova più alcuna base (né legale né) giurisprudenziale.

Ancora, va detto che la motivazione appare “sfocata” rispetto al caso deciso, nella misura in cui si discorre genericamente di prestazioni di cose generiche “nei rapporti con la P.A.”, richiamando però un orientamento formatosi in materia di prestazioni indebite eseguite dal privato *a favore della p.a.*, laddove il caso deciso riguardava prestazioni eseguite da un Comune *a favore di un privato*, cioè a parti invertite. Se è vero che in passato si dubitava dell'applicabilità dell'art. 2033 c.c. anche in caso di *indebiti solutio* fatta dalla p.a. in favore del privato, oggi però non si dubita più dell'operatività di tale istituto, purché le modalità della restituzione siano rispettose della buona fede *ex art.* 1175 c.c.⁴¹.

Di tutti questi rilievi non sembrano aver tenuto conto le S.U., che ora dichiarano la restituzione dei beni in natura “preclusa”, nei rapporti con la p.a., esclusivamente per ragioni di convenienza e opportunità, sul rilievo che, se l'*accipiens* dovesse corrispondere al *solvens* l'equivalente pecuniario delle cose consumate – o procurarsi altrove i beni da restituirgli in natura – ciò darebbe luogo a “un risultato pratico che, in singoli casi, non è distante da quello del contratto validamente stipulato”; quando poi la p.a. è convenuta, pagare il valore di mercato dei beni ricevuti potrebbe comportare l'elusione “dei limiti che condizionano la possibilità per la p.a. di assumere impegni di spesa”.

Tralasciando che il caso deciso non riguardava un arricchimento della p.a., ma di un privato convenuto dalla p.a. stessa – il che rende l'osservazione non pertinente – occorre rilevare l'esistenza di un salto logico tra la rilevata inopportunità della restituzione in natura (in tesi troppo onerosa) e l'asserita “impossibilità” della restituzione in natura dei beni ricevuti e consumati. Infatti, altro è l'inopportunità della condanna dell'*accipiens* alla restituzione in natura, altro la sua “impossibilità” in senso giuridico, che si dà – per le prestazioni di cose generiche – solo in caso di perimento dell'intero *genus*, e non certo per “eccessiva onerosità” dell'acquisto *aliunde* delle cose⁴².

In senso contrario rispetto alla soluzione accolta dalle S.U., dunque, va ribadito l'insegnamento consolidato della dottrina, che assoggetta l'indebita *solutio* di cose generiche alla ripetizione d'indebito, sicché l'*accipiens* sarà obbligato a dare al *solvens* altrettante

⁴⁰ Cass. S.U., 26 maggio 2015, n. 10798, cit.

⁴¹ Corte cost., 27 gennaio 2023, n. 8, in *Giur. it.*, 2023, 1026, con nota di PAGLIANTINI.

⁴² Su questo tema si v. AZZALINI, *Impossibilità ed inesigibilità nel debito di genere*, Milano, 2011, con una rilettura critica del brocardo *genus numquam perit* rispetto alle obbligazioni di fonte negoziale.

cose dello stesso genere e qualità di quelle che ha ricevuto (il c.d. *tantundem*): ed è in questo modo che si realizza il diritto di quest'ultimo di "ripetere ciò che ha pagato" (art. 2033 c.c.).

Al più, si potrà ammettere che l'*accipiens* di buona fede si liberi, in caso di aumento di valore delle cose da restituire, pagando al *solvens* una somma pari al valore delle cose al momento della commistione con altre cose dello stesso genere presenti nel suo patrimonio, ovvero il loro valore al momento della consumazione o trasformazione⁴³.

Anche accettando questa possibilità⁴⁴, resta comunque il fatto che, in generale, l'*accipiens* di una quantità di cose generiche è obbligato ex art. 2033 c.c. a dare al *solvens* una eguale quantità di cose dello stesso genere e qualità, con l'unico limite del perimento dell'intero *genus*, che determina l'impossibilità di restituire in natura le cose generiche. Salvo il caso del perimento del *genus*, dunque, l'*accipiens* potrà agire in ripetizione d'indebito, e tanto basta a precludere l'azione di arricchimento, ch'è sussidiaria rispetto ad altre azioni.

9. I limiti alla ripetizione dell'indebito: l'offesa al buon costume

Ciò detto, resta infine da interrogarsi se vi siano altri strumenti per evitare che l'applicazione del rimedio restitutorio conduca "ad un risultato pratico che, in singoli casi, non è distante da quello del contratto validamente stipulato", così sostanzialmente neutralizzando la previsione della nullità del contratto, che risulterebbe sanato dall'esecuzione (in contraddizione con l'eccezionalità dei casi di sanatoria della nullità, i cui estremi non ricorrono nel caso di specie).

Giova sottolineare che qui non si discute tanto dell'eventuale aumento di valore delle cose ricevute dall'*accipiens* costretto a procurarsene altre per restituirle al *solvens*, sostenendo un esborso superiore al suo arricchimento (nel qual caso si ammette l'*accipiens* di buona fede a corrispondere al *solvens* una somma pari al valore delle cose al momento della commistione o della trasformazione).

Qui si discute di un problema diverso, e cioè che l'applicazione dell'art. 2033 c.c., in caso di *acceptio* di beni consumabili, possa comportare la necessità per la p.a. *accipiens* di sostenere un esborso pari al valore di mercato dei beni, analogo a quello che avrebbe sostenuto se il contratto fosse stato validamente stipulato: tutto ciò in elusione dei limiti all'assunzione degli impegni di spesa degli enti pubblici.

Quest'ultimo riferimento all'elusione dei limiti sugli impegni di spesa non appare pertinente.

⁴³ Nel primo senso ANDREOLI, TRIMARCHI, BRECCIA, SIRENA, *opp. locc. citt.*; nel secondo senso MOSCATI, *op. cit.*, 238.

⁴⁴ *Contra* PACCHIONI, LEVI, CARUSI, BIANCA, *opp. locc. citt.*, secondo cui il *solvens* avrebbe diritto solo alla restituzione in natura, ad esclusione del pagamento di una somma di denaro ragguagliata al valore delle cose.

Esso sembra fondarsi, anche qui, su un'indebita sovrapposizione fra le regole del contratto e quelle delle restituzioni. È chiaro, infatti, che i limiti alla "assunzione di impegni di spesa" sono dettati con esclusivo riguardo agli atti negoziali della p.a. (i.e. la stipulazione di contratti), e non certo all'operatività delle fonti legali delle obbligazioni (i.e. il risarcimento del danno e la restituzione dell'arricchimento). A ritenere il contrario, si dovrebbe escludere che la p.a. possa essere condannata a risarcire il danno ingiusto cagionato a terzi, o a restituire l'arricchimento ingiustificato, perché vi osterebbero le procedure di programmazione della spesa, quando è noto che tali obbligazioni certo non risultano certo da un "impegno" negoziale della p.a., casomai dall'applicazione di disposizioni di legge, che prevedono la nascita di obbligazioni *ex lege* in conseguenza del verificarsi di certi fatti.

Ciò detto, non si può comunque ignorare il problema delle frodi, cui alludono le S.U.: se l'azione *ex art.* 2041 c.c. consentisse di ottenere la piena devoluzione del valore di mercato delle prestazioni rese alla p.a., ciò sarebbe senz'altro di forte incentivo per i funzionari a violare le norme sulla contabilità e sui contratti pubblici, stipulando accordi informali con i privati, con l'intesa che questi ultimi potrebbero ottenere per via giudiziale un indennizzo *ex art.* 2041 c.c., in misura pari ai valori di mercato, cioè lo stesso percepirebbero se stipulassero un contratto valido (se non che, se la p.a. rispettasse le procedure previste a tutela dell'interesse pubblico, forse non concluderebbe un contratto proprio con quel privato, o magari non lo concluderebbe *tout court*).

Insomma, esiste un problema di assicurare l'effettività delle regole di diritto pubblico rispetto all'applicazione delle regole privatistiche sulle restituzioni.

Ma la soluzione non può ricercarsi nella disapplicazione di talune disposizioni del codice civile (come l'art. 2033), casomai nella retta applicazione di disposizioni diverse (come l'art. 2035).

Sotto un diverso profilo, va osservato che, quando si tratta di combattere fenomeni di frode ed elusione, l'idea di escludere l'indennizzo del lucro cessante (applicando l'art. 2041 anziché l'art. 2033) potrebbe non essere sufficiente, se si considera la misura esigua del lucro cessante rispetto alla somma comunque liquidata (ad es., l'art. 123 cod. contr. pub. quantifica il lucro cessante – ai fini dell'indennizzo, in caso di recesso dell'appaltatore – nel 10% del valore delle opere non eseguite).

Piuttosto, sembra doversi imboccare la strada maestra del diritto vigente, e prendere atto che esso prevede, nei casi di frode alla legge (art. 1344 c.c.), l'unica sanzione della nullità del contratto, senza prevedere alcuna conseguenza sul piano delle restituzioni. Su quest'ultimo piano, infatti, è prevista l'unica sanzione della *soluti retentio*, in conseguenza della sola offesa al buon costume, e non anche in presenza di violazioni diverse.

In tale contesto, dunque, occorre considerare seriamente l'idea di ravvisare dei profili di offesa al buon costume proprio nell'operazione elusiva dei vincoli di diritto pubblico, posta in essere dalla p.a. con i privati contraenti. A tal fine si può valorizzare l'ampia portata di tale clausola generale, intesa nei termini assai lati della contrarietà ai principi e alle esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un

certo momento storico⁴⁵ – tanto che se ne fa già applicazione nell’ambito delle operazioni *latu senso* corruttive di concessione abusiva del credito a imprese ed enti pubblici in stato di dissesto⁴⁶ – con l’ulteriore precisazione che l’offesa al buon costume può essere accertata, ai fini della *soluti retentio* delle prestazioni eseguite, anche nei casi in cui il contratto è già nullo per violazione di norme imperative o contrarietà con l’ordine pubblico⁴⁷.

10. (segue) la mancanza di un interesse del creditore alla restituzione in natura

Ciò detto, va comunque osservato che l’esecuzione di prestazioni non dovute a favore della p.a. non sempre è connessa a fenomeni *latu senso* corruttivi – che potrebbero trovare la loro sanzione nella *soluti retentio ex art. 2035 c.c.* – oltre al fatto che, in ogni caso, la frode dovrebbe essere dimostrata dalla p.a. convenuta, il che potrebbe creare inconvenienti di ordine pratico.

Anche al di fuori dei casi di frode, comunque, è possibile ipotizzare delle limitazioni al *quantum* dell’obbligo restitutorio della p.a. *accipiens indebiti*, facendo ricorso all’art. 2041 c.c. (disapplicando, quindi, l’art. 2033 c.c.), analogamente a quanto affermato dalla S.U. nella pronuncia in commento.

Ciò sulla base delle seguenti considerazioni, cioè che l’obbligo restitutorio dell’*accipiens* di una quantità di cose generiche ha per oggetto la stessa quantità di cose dello stesso genere e qualità; se non che, il corrispondente diritto di credito del *solvens indebiti* trova vari limiti legali; in particolare, va escluso che possa invocare la restituzione in natura chi non vi abbia alcun interesse, e magari (ma non necessariamente) la pretenda solo per aggravare la posizione dell’*accipiens* obbligato; in tali casi il diritto del *solvens* di “ripetere ciò che ha pagato” non sussiste; egli però potrà invocare l’azione sussidiaria *ex art. 2041 c.c.*; tutto ciò in applicazione della regola di cui all’art. 1174 c.c., secondo cui “la prestazione *deve* corrispondere a un interesse del creditore”.

Certo, non si ignora il dibattito intorno alla nozione di interesse del creditore: alcuni la svalutano, intendendola quale interesse astratto-tipico, di cui si esclude una verifica

⁴⁵ Cass., 15 febbraio 1960, n. 234; Cass., 7 luglio 1981, n. 4414; Cass., 23 marzo 1985, n. 2081; Cass., 18 giugno 1987, n. 5371; Cass., 21 aprile 2010, n. 9441, in *Giur. it.*, 2010, 2028, con nota di CARUSI; Cass., 27 ottobre 2017, n. 25631; Cass., 26 gennaio 2018, n. 2014; Cass., 3 aprile 2018, n. 8169, in *One-legale*.

⁴⁶ Cass., 5 agosto 2020, n. 16706, in *Fall.*, 2021, 503, con nota di DELLE MONACHE; Trib. Vicenza 19 maggio 2022, in *Fall.*, 2022, 1469; Trib. Napoli 15 luglio 2025, in *Fall.*, 2026, 126; Cass., 19 febbraio 2024, n. 4376; Cass., 8 ottobre 2024, n. 26248, *Foro it.*, 2025, I, 468, con nota di PAGLIANTINI; Cass., 9 aprile 2025, n. 9332; Cass., 23 aprile 2025, n. 10573; App. Lecce, 29 gennaio 2026, in *Foro it.*, 2026, I, 1192, con mia nota; Cass., 25 marzo 2026, n. 7134, *ivi*, 1659, con note di Biancardi e Corletto.

⁴⁷ Cass., 7 luglio 1981, n. 4414; Cass., 18 giugno 1987, n. 5371; Cass., 18 novembre 1995, n. 11973; Cass., 2 settembre 1998, n. 8722; Cass., 21 aprile 2010, n. 9441; Cass., 27 ottobre 2017, n. 25631; Cass., 3 aprile 2018, n. 8169; Cass., 5 agosto 2020, n. 16706; Cass., 25 marzo 2026, n. 7134, *citt.*

in concreto⁴⁸, e parimenti ne affermano l'irrilevanza quanti ne limitano la portata ai casi di errore sul motivo, motivo illecito, abuso del diritto, giungendo a negare "l'esistenza di un principio generale che configuri come inidonea a nascere e vivere sul terreno giuridico un'obbligazione priva di interesse per il creditore"⁴⁹; altri invece vi ravvisano un requisito-limite perché il creditore possa invocare le regole sulle obbligazioni, limite da apprezzare alla stregua di un ordine di valori e di interessi esterni all'obbligazione⁵⁰; l'opinione preferibile, infine, vi ravvisa un elemento costitutivo dell'obbligazione, valorizzando il dato positivo secondo cui la prestazione *deve* corrispondere all'interesse del creditore, sicché l'obbligazione non sorge se tale interesse non sussiste, o la prestazione è insuscettibile di soddisfarlo, e il venir meno è causa di estinzione dell'obbligazione⁵¹.

La tesi che "dissolve" l'interesse del creditore nelle regole in materia di obbligazioni e di contratti si espone all'obiezione di adottare una prospettiva parziale, considerando unicamente il punto di vista dell'obbligazione di fonte contrattuale (per cui esiste un'articolata disciplina volta a dare rilievo agli interessi dei contraenti), e dell'obbligazione (risarcitoria) nascente dall'illecito (rispetto alla quale difficilmente si pone la questione dell'interesse del danneggiato a ricevere una somma di denaro: eventuali questioni relative all'obbligazione di risarcire in forma specifica potranno essere risolte sul piano della sua eccessiva onerosità *ex art. 2058 c.c.*). Se invece ci si interroga sull'obbligazione *ex lege* di restituire (in natura) l'indebitato, sorge spontaneo il dubbio che tale restituzione in natura possa non corrispondere ad alcun interesse del creditore, o perlomeno che la pretesa di quest'ultimo incontri un limite da apprezzare alla luce di un ordine di valori e di interessi esterni all'obbligazione, quale potrebbe essere anche l'esigenza di contrastare l'elusione delle norme di diritto pubblico⁵².

Fra le tesi elaborate dalla dottrina, dunque, sembra potersi aderire a quella che ravvisa nell'interesse del creditore un elemento costitutivo dell'obbligazione, in quanto maggiormente aderente al dato positivo: sulla scorta di tale insegnamento potrà esclu-

⁴⁸ BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1964², 178.

⁴⁹ CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 197 ss., ora *Id.*, *Scritti*, Padova, 2023, 249 ss., 285; CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1984, 7.

⁵⁰ DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 284, sulla scorta di BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 52.

⁵¹ BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, 43; CHIANALE, *Obbligazione*, nel *Dig. disc. priv. (civ.)*, XII, Torino, 1995, 341; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2024²¹, 563.

⁵² Il problema dell'interesse nelle obbligazioni *ex lege* è affrontato da CIAN, *op. cit.*, 282-283, limitatamente al caso del creditore mosso dall'intento di nuocere al debitore, per cui l'A. prospetta – invero dubitativamente – “il ricorso alla figura e ai principi dell'abuso di diritto, o più specificamente, valorizzando la portata normativa dell'art. 1175 c.c., dell'obbligo di correttezza”; in contrario, sembra potersi ritenere che il difetto di interesse del creditore possa venire in rilievo, rispetto alle obbligazioni *ex lege*, anche in assenza di abuso, posto che non sussiste alcuna esigenza di coordinamento con altre norme e principi che disciplinano il rapporto obbligatorio, com'è invece per le obbligazioni *ex contractu* ed *ex delicto*.

dersi che l'obbligazione *ex lege* (di restituire in natura) venga ad esistenza, se non esiste un corrispondente interesse del creditore a "ripetere ciò che ha pagato", cioè a pretendere la restituzione (in natura) della prestazione eseguita.

Ciò pone un ultimo quesito: quand'è che, in concreto, tale interesse può dirsi insussistente?

Al riguardo non sembra possibile una risposta univoca: la questione andrà valutata caso per caso.

Ad esempio, è difficilmente immaginabile che il Comune *solvens indebiti* dell'acqua corrente possa vantare un interesse alla restituzione in natura, cioè a ricevere dall'*accipiens* la stessa quantità d'acqua che questi ha attinto indebitamente, atteso che – verosimilmente – l'ente *solvens* non avrebbe dove immagazzinarla, e comunque dispone già di una fonte da cui l'acqua sgorga in misura sufficiente a soddisfare i bisogni dell'utenza comunale.

Per contro, un interesse alla restituzione in natura potrebbe sussistere nel caso dell'*indebita solutio* di cose generiche da parte di un rivenditore all'ingrosso (ad es. sacchi di cemento), che verosimilmente avrebbe sia gli spazi dove stoccare la merce, sia la clientela a cui smerciarla (ed eviterebbe così di acquistare nuova merce del genere di quella che gli viene restituita in natura, il che potrebbe rivelarsi conveniente, specie in caso di aumenti di prezzo)⁵³.

Se manca l'interesse del creditore, dunque, non sorgerà alcuna obbligazione *ex lege* di restituire l'indebitato, in difetto di uno degli elementi costitutivi della stessa, sicché il *solvens* potrà (e dovrà) invocare l'azione sussidiaria di arricchimento ingiustificato.

Entro questi limiti, sembra potersi condividere la soluzione indicata dalle S.U. al fine di introdurre un limite all'obbligazione restitutoria dell'*accipiens indebiti* commisurato al suo arricchimento, anziché imporgli senz'altro il pagamento del valore di mercato delle cose ricevute⁵⁴.

Con una precisazione: il difetto di interesse alla restituzione in natura, da parte del creditore-*solvens*, dovrà essere dimostrato in concreto, con onere della prova in capo all'*accipiens* convenuto in ripetizione dell'indebitato. Per contro, va escluso che un tale difetto di interesse possa ricavarsi dal fatto stesso che il debitore si trovi gravato da un'obbligazione in natura, economicamente più onerosa rispetto all'obbligo di indennizzo *ex art. 2041 c.c.* Questo perché un tale esito costituisce la conseguenza fisiologica dell'applicazione

⁵³ Salva, in tal caso, la facoltà dell'*accipiens* di liberarsi pagando una somma di denaro pari al valore delle cose al tempo della commistione o della consumazione, v. *supra* § 8.

⁵⁴ Mentre non è possibile invocare l'applicazione analogica dell'art. 2037 co. 3 c.c., che detta una disciplina eccezionale – in deroga all'art. 2033 c.c. – per le sole "cose determinate", dato che nel caso di specie si tratta di cose "generiche": cfr. CARUSI, *Le obbligazioni*, cit., 214, che afferma la possibilità per l'*accipiens* di provare il perimento della specifica cosa ricevuta, e così invocare l'applicazione degli artt. 2037-2038 c.c.; ciò può forse riguardare un macchinario con un certo numero di telaio, ancorché prodotto in serie, ma non – evidentemente – un certo quantitativo di acqua corrente.

cazione della disciplina della ripetizione d'indebito, istituto volto non tanto ad imporre un indennizzo pari al minor valore tra l'arricchimento e l'impoverimento, bensì a reintegrare il patrimonio del *solvens* proprio delle cose indebitamente prestate all'*accipiens*.

11. Indicazioni di lettura

Sulla tutela restitutoria in generale: Pacchioni, *Dei quasi contratti*, Padova, 1938; Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003⁴; Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, nel *Tratt. CNN*, Napoli, 2004; Nicolussi, *Le restituzioni "de iure condendo"*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 783; Gallo, *Trattato di diritto civile*, VII, Torino, 2018; Sirena, *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 657.

Sulla ripetizione dell'indebito: Andreoli, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940; Rescigno, *Ripetizione dell'indebito*, nel *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1225; Breccia, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974; Id., *Pagamento dell'indebito*, nel *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1999²; Moscati, *Del pagamento dell'indebito*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981; Levi, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989; Abatangelo, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, Padova, 2009; Sirena, *La ripetizione dell'indebito*, nel *Tratt. Lipari-Rescigno*, III, 1, Milano, 2009, 491; Gallo, *Ripetizione dell'indebito*, in *Dig. civ. online*, 2012; Maiolo, *Ripetizione dell'indebito e nozione di «pagamento»*, tra prestazioni di dare e prestazioni di fare, in *NGCC*, 2013, 387; Bargelli (a cura), *Ripetizione d'indebito*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 2014.

Sull'azione di arricchimento: Andreoli, *L'arricchimento ingiustificato*, Milano, 1940; Schlesinger, *Arricchimento (azione di)*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1006; Trabucchi, *Arricchimento (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 72; Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962; Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964; Frattarolo, *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza*, Padova, 1974; Di Paola-Pardolesi, *Arricchimento*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988; Gallo, *L'arricchimento ingiustificato*, Milano, 1990; Id., *L'arricchimento senza causa*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2024²; Astone, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999; Breccia, *L'arricchimento senza causa*, nel *Tratt. Rescigno*, cit.; Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005; Sirena, *L'azione generale di arricchimento senza causa*, nel *Tratt. Lipari-Rescigno*, cit., 554; Calisai, *Ricchezza, arricchimento e criteri di attribuzione*, Napoli, 2017.

Sulla sussidiarietà: Sirena, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 105; Id., *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 379; Carusi, *Il principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati e la sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa*, *ivi*, 2024, 410.

Sull'arricchimento ingiustificato della P.A.: Bodda, *Arricchimento, azione di (Diritto amministrativo)*, nel *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1007; Vela, *Azione di arricchimento nei confronti della p.a.*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988; Romano, *Indebito arricchimento nel diritto amministrativo*, nel *Dig. disc. pubb.*, VIII, Torino, 1993, 208; Tomei, *L'ingiustificato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2000; Viola, *L'arric-*

chimento senza causa della pubblica amministrazione, Padova, 2002; Cicero, *Arricchimento (azione di) nei confronti della pubblica amministrazione*, nel *Dig. disc. priv. (civ.)*, Agg. V, Torino, 2010, 35.

Sulle “restituzioni contrattuali”: Barcellona, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 11; Bruni, *Contributo allo studio dei rapporti tra azione di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebito*, ivi, 1987, 173; Belfiore, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Auletta*, II, Milano, 1988, 243; Di Majo, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 291; Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 793; Moscati, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 435; Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010; Ead., *Invalidità del contratto e restituzioni nelle intersezioni fra le fonti del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 568; Passagnoli, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Obb. contr.*, 2010, 647; Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012; De Nova (a cura), *Le restituzioni contrattuali*, Milano, 2012; Dellacasa, *Restituzione e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *Contr. impr.*, 2018, 1120; Gallo-Magri (a cura), *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2024.

Sulla restituzione delle prestazioni illecite: Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Napoli, 2021 [1914²]; Allara, *Il pagamento ob turpem causam*, Torino, 1930; Trabucchi, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, V, 701; Rescigno, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 1; Rodotà, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. merito*, 1970, 104; Carusi, *Contratto illecito e soluti retentio*, Napoli, 1995; Delle Monache, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, Padova, 1997; Maffei, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999; Tullio, *Le prestazioni indebite di fare tra nullità e irripetibilità*, Napoli, 2013; Gigliotti, *Prestazione contraria al buon costume*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2015; F.P. Patti, *Buon costume e scopo della norma violata: sull'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 517; Magri, *Dallo scambio immorale allo scambio illecito*, Torino, 2022.

ABSTRACT

Il contributo analizza i principi di diritto enunciati dalle Sez. Un. con sentenza n. 11513/2026. Si critica l'idea che l'azione di arricchimento sarebbe preclusa in presenza di un contratto nullo per contrarietà all'ordine pubblico o frode alla legge (posto che il diniego della tutela restitutoria è previsto eccezionalmente nel solo caso di offesa al buon costume). Si approva l'idea che la P.A. sia ammessa a esercitare l'azione alle stesse condizioni del privato. Si critica l'idea che l'azione di arricchimento sarebbe esperibile in caso d'indebita consegna di cose generiche poi consumate dall'accipiens (il quale, semmai, è soggetto all'azione di ripetizione dell'indebito, salvo che manchi un interesse del solvens alla restituzione in natura).

The essay critically analyses the Italian S.C. ruling n. 11513/2026 about unjust enrichment. The author challenges the notion that such remedy should be precluded if a contract is void

for conflict with public policy or fraud (as the restitution is exceptionally denied only in case of offense to good morals). The author supports the principle that Public Administrations are entitled to restitution under the same conditions as private parties. Conversely, the author critiques the idea that rules about unjust enrichment should apply in cases of undue delivery of generic goods, subsequently consumed by the recipient (as such cases should fall under the rules of undue payment, unless the payer lacks a concrete interest in restitution in kind).



Minori di età e accesso ai servizi digitali. Itinerari di una tutela in evoluzione



Amalia Chiara Di Landro

Prof. ass. dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

SOMMARIO: **1.** Premessa. La tutela giuridica dei minori di età alla prova della trasformazione digitale. – **2.** Le misure adottate. – **3.** L'evoluzione normativa in materia di tutela dei minori e servizi digitali. – **3.1.** GDPR e tutela dei minori. – **3.2.** Le ulteriori tappe nel percorso di regolamentazione dei servizi e mercati digitali. DSA e DMA. – **3.3.** L'AI Act e tutela dei minori. – **3.3.1.** Intelligenza artificiale, diritto d'autore e interesse del minore. – **4.** Alcune riflessioni finali.

1. Premessa. La tutela giuridica dei minori di età alla prova della trasformazione digitale

È da tempo rilevato come la trasformazione digitale, “in un orizzonte esteso in direzioni che, seppur intuibili, non possiamo ancora pienamente prevedere”¹, abbia ridisegnato relazioni, contrattazioni e dinamiche di potere, palesando nuove istanze di tutela; fra queste, la protezione dei minori di età, rispetto ai rischi derivanti dall’offerta di contenuti della società dell’informazione.

E mentre già da tempo una mutata coscienza sociale e culturale, seguendo l’itinerario inaugurato dalle fonti di matrice convenzionale ed europea, ha orientato legislazione e giurisprudenza verso modifiche e diverse interpretazioni della disciplina delle relazioni di coppia e tra genitori e figli², le sollecitazioni e i problemi determinati dallo sviluppo

¹ LEONE XIV, *Magnifica Humanitas*, San Paolo edizioni, Milano, 2026, 31.

² Sottolinea che “lo stesso istituto del matrimonio è oggetto di un sostanziale rinnovamento culturale e, da vincolo negoziale pubblico, soggetto a un incondizionato controllo statale, diviene

tecnologico sono rimasti a lungo privi di adeguata risposta normativa ed hanno trovato (parziale) soluzione in interventi più recenti, non privi di richiami alla tutela della minore età in ambito digitale.

La circostanza per cui la cifra delle relazioni interpersonali e delle operazioni economiche è divenuta molto diversa da quella delle tradizionali relazioni in presenza ha portato, in particolare, a richiedere nel tempo regole nuove, armonizzate o uniformi, in materia di trattamento dei dati personali, accesso ai servizi digitali e intelligenza artificiale, anche per prevedere le medesime garanzie nei diversi Stati e al contempo soddisfare l'esigenza di un'autonomia strategica dell'Europa rispetto agli attori esteri³, a fronte di una "interdipendenza asimmetrica tra Stato e big tech"⁴.

Ne è derivato un quadro di fonti caratterizzato da notevole complessità ed eterogeneità, tradotto in documenti di diversa natura, anche per la necessità, derivante dalla natura dinamica del digitale, di garantire una regolamentazione flessibile e capace di adeguarsi rapidamente ai mutamenti tecnologici: fonti europee e nazionali, accordi internazionali e provvedimenti delle Autorità Garanti, insieme a regole di autodisciplina e codici etici di comportamento con un ruolo complementare o integrativo rispetto alle norme giuridiche.

Dunque, fonti risultanti da una sorta di co-regolazione, in una collaborazione tra attori pubblici e privati, talora volta a integrare principi etici in dinamiche regolative più complesse⁵.

2. Le misure adottate

Le misure così introdotte hanno mirato a individuare soluzioni in ambiti diversi: dal controllo e l'etichettatura dei contenuti⁶, alla verifica dell'età effettiva degli utenti, all'introduzione di strumenti di moderazione e di programmi di impostazioni di privacy predefinite, assistite dalla predisposizione di un apparato che ha fondato l'efficacia deterrente anche nella possibilità di irrogazione di sanzioni economiche significative.

atto squisitamente privato, soggetto a controllo di meritevolezza", come confermato dalla disciplina del c.d. divorzio breve (l. 55/2015), dalla legge sulla negoziazione assistita (l. 162/2014) "che attribuisce (non più al giudice, ma) all'autonomia negoziale il potere di incidere sullo status coniugale con effetti modificativi e/o estintivi", PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone, Napoli, 2021, 85 ss.

³ Si pensi di recente ad esempio al *Chips Act* e al *Cloud and AI Development Act*, su cui STANZIONE, *Fiducia (nel) digitale, protezione dei dati, IA e democrazia*, Discorso alla Camera dei Deputati in occasione della presentazione della Relazione annuale 2025 del Presidente dell'Autorità Garante Privacy, 2 luglio 2026, in www.garanteprivacy.it, 2.

⁴ Su cui, STANZIONE, *Fiducia (nel) digitale, protezione dei dati, IA e democrazia*, loc. ult. cit.

⁵ FALZEA, voce *Complessità*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano 2007, *passim*; più di recente IRTI, *L'ultima transizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 2, 205 ss.

⁶ Cfr. punto 28 Risoluzione Parlamento UE 10/3/2026.

L'offerta e il controllo dei contenuti sono stati tradizionalmente regolati per evitare l'esposizione dei minori a messaggi inappropriati o dannosi.

L'incidenza che su queste dinamiche ha gradualmente assunto l'utilizzo di algoritmi di raccomandazione⁷, per selezionare, ordinare e rendere visibili contenuti agli utenti, ha poi palesato la necessità – per gli utenti minori ma non solo – che la stessa selezione delle informazioni mostrate e la determinazione dell'ordine delle relative proposte, integrando una mediazione fondamentale nel processo con cui “la realtà viene resa disponibile alla comprensione”⁸, venisse pure regolata.

In una fase ancora successiva, si è reso necessario riconoscere i contenuti (offerta in una interazione con l'IA) come prodotti dell'ingegno umano o appunto dell'intelligenza artificiale, per evitare il rischio che non esista più “la distinzione tra fatto e finzione (cioè, la realtà dell'esperienza) e la distinzione tra vero e falso (cioè, i canoni del pensiero”⁹), ma anche per garantire la giusta tutela al diritto d'autore¹⁰.

Su questa linea, è stata inoltre posta attenzione alla verifica dell'età effettiva degli utenti¹¹, con l'implementazione di sistemi efficaci per ridurre il rischio di esposizione dei minori a contenuti inappropriati, anche in relazione all'uso dei *social media*, e della partecipazione a dinamiche relazionali e contrattuali¹² facilitate dalla modalità a distanza ma non supportate dai necessari requisiti di capacità.

Tale modalità di svolgimento delle operazioni commerciali, insieme alla sovraesposizione digitale connessa alla condivisione *on line* dei dati e contenuti (anche da parte dei genitori, con la tendenza allo *sharenting* sui dati dei figli, da tempo all'attenzione del Garante privacy), ha infatti posto questioni di capacità e prima ancora di (rafforzamento della) tutela di diritti fondamentali, come quello alla privacy. Diritto fondamentale, questo, “in connessione tutt'altro che contingente con il mutamento incessante delle

⁷ Proprio con riferimento al potere tecnologico collegato al sistema di raccomandazione dei contenuti di alcune piattaforme (c.d. “fyp” o “for you page”), in relazione alla normativa di protezione statunitense successivamente elaborata (cfr il *Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act*, su cui v. Osservatorio 1/2024 [2024/1(18)SM] in *Persona e mercato* 2024,307) nel gennaio 2026 è stato perfezionato un accordo tra ByteDance, società cinese fondata nel 2012, proprietaria della piattaforma TikTok, e un consorzio di investitori occidentali, attraverso cui si è giunti alla costituzione di una nuova entità societaria operante entro un perimetro di vigilanza prevalentemente statunitense, così da attenuare i timori legati a possibili interferenze esterne. (cfr. Corte Suprema USA, *TikTok, Inc. v. Garland*).

⁸ BARONE, *Guida alla lettura* in LEONE XIV, *Magnifica Humanitas*, cit., 6.

⁹ Già rilevato rispetto a diverse dinamiche da H. ARENDT, *The origins of totalitarianism*, III, New York 1962, 474.

¹⁰ Su cui si veda GENTILI, *Regole per l'intelligenza artificiale*, in *Contr. impr.* 4/2024, 1044 ss.; Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020.

¹¹ Sul punto, si segnala che il 15 aprile 2026 Ursula von der Leyen, Presidente della Commissione europea, ha annunciato lo sviluppo di una nuova applicazione europea per la verifica dell'età, operativa a partire dall'autunno 2026.

¹² Su cui GRANELLI, *Minore età e contratto*, in *Contratti*, 2022, 380.

neotecnologie”¹³, rispetto al quale sono stati favoriti e consigliati strumenti per limitare la circolazione di dati¹⁴ relativi a minori, strumenti di moderazione (con la possibilità di bloccare o silenziare utenti e di evitare l’aggiunta a gruppi senza consenso esplicito) e programmi di impostazioni di riservatezza predefiniti (con la configurazione automatica degli *account* dei minori come privati, per limitare i contatti indesiderati).

Sullo sfondo, rispetto all’adozione di tali misure che hanno in parte rispecchiato le varie tappe della trasformazione digitale, la più ampia cornice di riforma della disciplina di tutela dei minori.

In questo ambito, muovendo da una serie sparsa di indici normativi¹⁵ di una capacità (di agire) anticipata e ponendo gradualmente al centro l’autodeterminazione del minore¹⁶ ed il suo superiore interesse¹⁷, sono stati valorizzati capacità di discernimento¹⁸ (riconosciuta espressamente anche prima del conseguimento della capacità di agire), diritto di ascolto¹⁹ (cui è stata dedicata una disciplina organica in occasione della più generale

¹³ STANZIONE, *Introduzione*, in *La privacy nell’era digitale*, cit., 8.

¹⁴ Cfr. Garante privacy, campagna informativa “La sua privacy vale più di un like” e podcast “Foto di minori online: consigli pratici per genitori troppo social”, nell’ambito del quale ad esempio è stata suggerita l’adozione di programmi di grafica per “pixelare” i volti dei minori o limitare le impostazioni di visibilità sui social solo a persone conosciute e affidabili, evitando la creazione di account social dedicati a minori; si raccomanda altresì una piena consapevolezza delle impostazioni di privacy delle piattaforme utilizzate, per avvalersi della possibilità eventualmente offerta di sottrarre le immagini pubblicate alla indicizzazione dei motori di ricerca.

¹⁵ Dalla eccezionale anticipazione della capacità di agire prevista in materia di lavoro (art. 2 c.c.), alla previsione della possibilità per il minore che abbia compiuto i 14 anni di dare il proprio assenso per il suo riconoscimento (art. 250 c.c.) e di riconoscere un figlio naturale (art. 250 c.c.) o di impugnare tale riconoscimento, alla possibilità per il minore sedicenne di presentare istanza a contrarre matrimonio (art. 84 c.c.) e a stipulare convenzioni matrimoniali (artt. 165 e 774 c.c.); al riconoscimento della «capacità di compiere tutti gli atti giuridici relativi alle opere da lui create e di esercitare le azioni che ne derivano» per il minore sedicenne in materia di diritti d’autore (art. 108, legge n. 633/1941), al riconoscimento del diritto della minore di interrompere la gravidanza, nei primi novanta giorni, nei limiti e alle condizioni di cui all’art. 12 della legge n. 194/1978.

¹⁶ CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull’autodeterminazione del minore*, in *Jus civile*, 2018, 836.

¹⁷ SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2018, 405 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, *Prospettiva «paidocentrica» e attuazione dei doveri genitoriali nella nuova giustizia familiare*, in *Fam. dir.*, 2024, 107; SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell’attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. dir.*, 7, 2021, 763 ss.

¹⁸ Per le riflessioni già aperte a questa prospettiva, STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, con la prefazione di Pane, rist. dell’ed. del 1975, Napoli, 2018, passim; Id., voce *Capacità*, *Enc. giur. it.*, V, Roma, Treccani, 1988 con richiamo all’autorevole voce di FALZEA, *Capacità* (teoria generale), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 10 ss.

¹⁹ DE CRISTOFARO, *Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il c.d. ascolto fra c. c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE*, in *Famila*, 2023, 367; TRIMARCHI, *Diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e ascolto del minore*, in *Fam. dir.*, 2024, 595 ss.; BIANCA, *Il diritto del minore all’ascolto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 546, e IANNICELLI, *Il diritto del minore ad essere ascoltato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1070. Cass. Civ., SS.UU., 21 ottobre 2009, n. 22238,

riforma del processo²⁰, anche minorile), responsabilità nella relazione genitoriale²¹ (che appunto, superando una visione del rapporto genitori- figli precedentemente impostata in termini di potere²², sull'interesse del minore "s'incentra esclusivamente"²³).

3. L'evoluzione normativa in materia di tutela dei minori e servizi digitali

Le misure sin qui sinteticamente richiamate sono state adottate secondo un'evoluzione normativa variegata.

Regole specifiche in materia di tutela dei minorenni sono state in prima battuta formulate nell'ambito della disciplina della programmazione radiotelevisiva e con riferimento ai contenuti che possono arrecare pregiudizio, facendo riferimento alla fascia oraria (con il divieto di diffusione, in linea di principio, tra le ore 7 e le ore 23).

È evidente che anche sul punto si è registrata un'evoluzione tecnica, cui ha dovuto corrispondere un adeguamento normativo: le regole dettate per i servizi di media audiovisivi c.d. lineari, che trasmettono i programmi secondo un palinsesto che non può essere modificato dallo spettatore, non sono risultate sempre adatte rispetto alle più recenti modalità di offerta dei servizi di media audiovisivi a richiesta, ove invece l'utente può selezionare da un catalogo e rispetto alle quali si è posta la necessità che i contenuti siano protetti da un sistema di blocco basato sull'identificazione personale.

L'evoluzione normativa ha preso le mosse dalla direttiva c.d. «televisione senza frontiere», 89/522/CEE. In quell'atto normativo erano dettate fra l'altro alcune disposizioni in materia di tutela dei minori, ma con enunciazioni di natura generica.

Nel 2002 è stata adottata la direttiva e-privacy 2002/58 (poi aggiornata e consolidata con la direttiva 2009/136), volta a regolare ambiti peculiari della tutela della privacy *on*

in *Fam. dir.*, 2010, 364 ss., con nota di Graziosi ma anche Cass. Civ. 25 gennaio 2021, n. 1741, in *Fam. dir.*, 2021, 713 ss., con nota di Danovi); Cass. Civ. 18 settembre 2023, n. 26698, in *One Legale*; Cass. 31 marzo 2022, n. 10452, in *Fam. dir.*, 2022, 638 s.

²⁰ Con uno "spostamento, secondo un indirizzo che pare ormai consolidato, del baricentro della tutela dal diritto sostanziale a quello processuale" (così AMAGLIANI, *Intelligenza artificiale ed interesse superiore del minore*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2025,1190). Il riferimento nel testo è alla legge delega 206 del 2021 e al D.Lgs. 149 del 2022, noti come Riforma Cartabia.

²¹ PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 88; SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 1009; FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, ibidem, 952; AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità dei modelli familiari*, ibidem, 2014, 466; DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale. Profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, in particolare 782.

²² BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1971, 20 ss.

²³ Così PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 95.

line (art. 5), come la raccolta e l'utilizzo dei dati di ubicazione degli utenti, l'uso di *cookies*, il *marketing* via email e la raccolta di dati di traffico delle comunicazioni elettroniche²⁴.

A regolare, integrando, la complessa evoluzione della materia è intervenuto poi il Codice Media e Minori, sottoscritto nel 2002 e recepito dalla legge 112/04 (trasfusa nel Testo Unico di cui al d. lgs. 177/05, come modificato dai d.lgs. 44/2010, 208/2021 e 50/2024) insieme a numerose delibere AGCOM.

3.1. GDPR e tutela dei minori

Nel frattempo, tra il 2008 e il 2014, la Commissione europea ha comunque «spinto» verso il completamento di un mercato unico digitale europeo, indicandolo come una delle priorità del proprio mandato politico.

Arriviamo al 2016, con il Regolamento UE 679/2016²⁵. In tale atto normativo, portando a compimento la disciplina introdotta con la direttiva 95/46²⁶, si è assistito al superamento di una tutela basata solo sul consenso – per gli interessati «adulti» – e all'attribuzione di un ruolo centrale, ancorché non del tutto valorizzato, alle autorità di controllo, il cui orizzonte di intervento ha iniziato a estendersi “dalla distanza di cortesia all’algoritmo”²⁷.

La liceità del trattamento, in particolare, non è stata fondata solo sulla valutazione dell'interessato e sul suo consenso informato²⁸, ma è stato inoltre considerato necessario responsabilizzare i titolari del trattamento, valorizzando l'anticipazione di possibili eventi dannosi o critici, secondo una valutazione *ex ante* in concreto ed una spiccata proceduralizzazione del trattamento. Decisiva è diventata allora l'*accountability*, con la necessaria identificazione di chi deve rendere conto delle decisioni e controllarle. Sullo sfondo, una sorta di attribuzione di “funzione sociale” alla disciplina di protezione dei dati, assurgendo questa “a presupposto di garanzia della dignità della persona rispetto ai nuovi rischi di discriminazione, correlati al potere performativo della tecnica”²⁹.

²⁴ Su tale normativa era destinata ad incidere la proposta di regolamento sulla privacy elettronica, formulata nel 2017 per rispondere alle esigenze di riforma e adeguamento successive al GDPR, cui l'Unione europea ha rinunciato nel febbraio 2025.

²⁵ Su cui, nella vastissima letteratura all'indomani della sua emanazione, PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2, 2107, 369 ss. ed ivi bibliografia.

²⁶ Cfr. RODOTÀ, *Relazione*, in Stanzione (cur.), *La privacy nell'era digitale*, 7 ss.

²⁷ STANZIONE, *Introduzione*, cit., 9. Inoltre, tra le pieghe della disciplina del GDPR, è stata sottolineata la nascita del primo statuto dell'IA con norme sul processo algoritmico, volte a garantire il diritto alla spiegazione e all'intervento umano, nonché il divieto di discriminazione.

²⁸ Cfr. sul punto Corte di Giustizia UE, 4 luglio 2023, causa C-252/21, Meta, spec. par. 105 ss. Per una rassegna della giurisprudenza cfr. ANGIOLINI, *Impact of the Charter on the assesment of the legitimacy of data processing*, in IAMICELI, CAFAGGI, ANGIOLINI (a cura di) *Casebook Effective Data Protection and Fundamental Rights*, Roma, 2022, 101 ss.

²⁹ STANZIONE, *Introduzione*, cit., 10.

Tali linee di tendenza hanno trovato traduzione in specifiche disposizioni anche con riferimento al trattamento relativo ai minori di età: ad esempio l'art. 12, in tema di «informazioni, comunicazioni e modalità trasparenti per l'esercizio dei diritti dell'interessato» ha stabilito un obbligo «rafforzato» per il titolare del trattamento di adottare misure appropriate per fornire tutte le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 e le comunicazioni di cui agli articoli da 15 a 22 e all'articolo 34 (relative al trattamento) in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro, particolarmente nel caso di informazioni destinate specificamente ai minori; l'art. 57, in materia di prerogative dell'Autorità di controllo nazionale, ha attribuito a tale organo fra l'altro il compito di promuovere la consapevolezza e la comprensione del pubblico riguardo ai rischi, alle norme, alle garanzie e ai diritti in relazione al trattamento, considerando oggetto di «particolare attenzione le attività destinate specificamente ai minori»; l'art. 6, par. 1, lett. f), – nello stabilire che «il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: (...) f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore» – ammette che il trattamento dei dati personali possa essere illecito anche qualora il titolare del trattamento-professionista utilizzi la base giuridica del legittimo interesse per la raccolta ma effettui in modo non corretto il bilanciamento tra i vari interessi, perché nel caso concreto sono da ritenersi prevalenti i diritti dell'interessato (minore) che richiedono la protezione dei dati personali.

Soprattutto rilevante è, poi, la disposizione dell'art. 8 del GDPR³⁰, che considera lecito il trattamento dei dati personali, per quanto riguarda l'offerta diretta di servizi della società dell'informazione, ove il minore, che abbia espresso il consenso, abbia compiuto almeno 16 anni. Nel caso in cui il minore abbia un'età inferiore ai 16 anni, il trattamento è considerato lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale.

La disposizione peraltro ha consentito agli Stati membri di stabilire con legge un'età minore a tali fini purché non inferiore ai 13 anni (limite, questo, già previsto dal *Children's Online Privacy Protection Act*³⁰).

Tale possibilità ha aperto la strada a soluzioni disomogenee tra i diversi Stati europei, che sono andate in qualche modo contro la direzione della uniformazione perseguita dal GDPR. Il nostro ordinamento, ad esempio, ha fissato il limite a 14 anni nel codice privacy, adeguato al GDPR con l'art. 2 *quiquies* del d.lgs. n. 101/ 2018.

³⁰ ASTONE, *L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.* 2/2019, 617. *mazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione.*

È da aggiungere, peraltro, che lo stesso art. 8 comma 3 del GDPR lascia impregiudicata la valutazione in ordine alla formazione, validità ed efficacia dei contratti³¹, per la cui stipula sono impiegati dati personali: la disposizione che prevede l'età minima di 16 /13 anni per il consenso ai servizi digitali «non pregiudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore».

Al di là del limite di età così stabilito, in tutti i casi, se ne ricava anzitutto che il consenso svolge ancora, per i minori, la funzione di condizione di validità del trattamento e riveste anzi una centralità che invece si è andata perdendo nella disciplina relativa ai dati dei soggetti maggiori d'età, nell'ambito della quale è inserito come uno dei possibili adempimenti della generale procedimentalizzazione del trattamento.

L'adesione consapevole del minore, dunque, riveste qui il ruolo di garanzia, diretta ad assicurare il c.d. *best interest of the child*, e deve essere libera, specifica, inequivocabile (artt. 4, 7, 8).

La concreta applicazione del GDPR ha mostrato peraltro che la determinazione di una soglia di età nel mondo digitale per proteggere i minori dai pericoli della rete può risultare una soluzione poco efficace, giacché tali criteri di accesso possono essere facilmente elusi, con dichiarazioni di età diverse da quelle reali. È per tale motivo che ha assunto importanza centrale l'elaborazione di sistemi di verifica dell'età effettiva dell'utente, nella consapevolezza che metodi di accertamento documentale dell'età (attraverso ad esempio l'esibizione del documento di identità) non sarebbero risolutivi e comporterebbero anzi una raccolta di dati massiva affidata a soggetti privati (come le piattaforme che erogano i servizi digitali), contro il principio di minimizzazione previsto dal GDPR.

In questo senso, interessanti appaiono le recenti proposte di impiego di tecniche crittografiche avanzate che, con lo scopo di ridurre al minimo i rischi di tracciamento e di profilazione ai fini commerciali, consentono di dimostrare il possesso della maggiore età (o dell'età necessaria al trattamento richiesto) senza dover rivelare la data di nascita o altri dati personali, senza dover ricorrere all'esibizione di documenti e senza riconoscimenti biometrici, ma avvalendosi di una prova crittografica dell'età firmata da un'autorità qualificata³² (*European Age Verification App*).

3.2. La tutela del minore nel quadro delle ulteriori tappe nel percorso di regolamentazione dei servizi e mercati digitali. DSA e DMA

Nell'analisi delle norme rilevanti per la tutela dei minori, alla normativa generale di protezione dei dati devono affiancarsi discipline settoriali- ad esempio le regole deontologiche relative al trattamento di dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica

³¹ Su cui STANZIONE, *Contratti del minore*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2014, 1237.

³² L'app genera una prova matematica che la data di nascita del soggetto interessato soddisfa la condizione "anni ≥ 18", senza mai esporre la data reale; cfr. proposta von der Leyen, aprile 2026, cit.

ai sensi dell'art. 20, comma 4, d.lgs. 10 agosto 2018 (art. 7) e dalla Carta di Treviso³³ e normative più ampie e utili per taluni profili ricostruttivi.

Fra queste, la direttiva dettata per «determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuti digitali e di servizi digitali» (direttiva 2019/770/UE del 20 maggio 2019, attuata in Italia con il d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173), che ha offerto una serie di spunti in merito alla concepibilità di un rapporto sinallagmatico tra erogazione del servizio digitale e concessione del consenso al trattamento del dato personale. La ricostruzione è discussa³⁴, ma il dato è da segnalare, anche per riflettere sul ruolo del consenso e sui profili di capacità necessari alla sua prestazione.

Proseguendo in questo tentativo di sintesi diacronica delle molte e varie normative rilevanti, si giunge al 2022, quando sono stati adottati il Regolamento (Ue) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali, che ha modificato la direttiva 2000/31/CE (Regolamento sui servizi digitali, *Digital Services Act*, DSA)³⁵ e il Regolamento sui mercati digitali (il citato Reg. UE 2022/1925 del 14 settembre 2022, *Digital Markets Act*, DMA).

In tali atti normativi, la gran parte degli adempimenti previsti riguarda le attività dei c.d. *gatekeepers*, le piattaforme³⁶ che hanno assunto il ruolo di controllori dell'accesso al mercato digitale grazie all'impatto significativo che vantano sul mercato interno, fungendo appunto da importante 'punto di accesso'. In tale logica, è contemplata una valorizzazione delle misure basate sul rischio ed obblighi supplementari (sezione 5 del DSA) per le piattaforme di grandi dimensioni (ad esempio, l'obbligo per le cosiddette *Very Large Online Platforms* (VLOP) e per i motori di ricerca (VLOSE) di pubblicare report di

³³ Sul punto, si vedano i provvedimenti dell'Autorità Garante della privacy, che ha comminato una sanzione amministrativa pecuniaria ai genitori che avevano diffuso immagini di figli minori, ingiungendo agli stessi di adottare ogni misura idonea a garantire la "conformità ai principi di liceità e correttezza, di limitazione delle finalità e di minimizzazione dei dati dei trattamenti dei dati personali relativi a soggetti minorenni, al fine di impedirne l'identificazione, anche in relazione ad un'eventuale diffusione in rete" (provv.ti 17 luglio 2025, n. 446, doc. web n. 10172305 e n. 447, doc. web n. 10172356).

³⁴ Cfr. CAMARDI, o ult. cit., 10 nota 12 e EAD., *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 499. CERRINA FERRONI, *I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale*, in STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022, 5. La formulazione alternativa tra consenso ai dati e pagamento di un prezzo, nella prassi del pay or consent, potrebbe essere interpretata come ulteriore conferma della qualificazione anche del primo come corrispettivo rispetto ai servizi ottenuti. Sia consentito il richiamo, sul punto, ad DI LANDRO, *Nuove tecnologie e categorie tradizionali nella protezione della minore età*, Napoli, 2025, 161 ss.

³⁵ Su cui SGUEO, *L'architettura istituzionale del Digital Services Act*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2023, 746 ss.

³⁶ COLANGELO, *La regolazione ex ante delle piattaforme digitali: analisi e spunti di riflessione sul regolamento sui mercati digitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2/2023, 426 ss.

trasparenza ogni sei mesi e di presentare valutazioni complete dei rischi), insieme all'obbligo di fornire almeno un sistema di raccomandazione non basato sulla profilazione.

In questo quadro generale, quanto alle misure di tutela apprestate per i minori, l'art. 28 del DSA, dedicato alla «protezione on line dei minori», ha stabilito un obbligo per i fornitori di piattaforme *online* accessibili ai minori di adottare misure adeguate e proporzionate «per garantire un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori sul loro servizio»; tale obbligo di condotta si concretizza fra l'altro nel divieto di fornire pubblicità basata sulla profilazione con utilizzo dei dati personali del destinatario del servizio quando i fornitori «sono consapevoli, con ragionevole certezza, che il destinatario del servizio è minore». In questa logica, è stato anche vietato l'uso di tecniche di *targeting* pubblicitario basate sui dati personali dei minori; si è impedito così di utilizzare informazioni sensibili per personalizzare annunci che potrebbero influenzare negativamente i loro comportamenti. È stato inoltre stabilito un obbligo per le piattaforme di impedire l'accesso a contenuti che possano avere effetti dannosi, come quelli potenzialmente correlati a disturbi alimentari o a comportamenti autolesionisti.

In base al considerando 71 del DSA, che richiama il principio della minimizzazione dei dati di cui all'art. 5, paragrafo 1, lettera c) GDPR, inoltre, il fornitore della piattaforma *online* non dovrebbe mantenere, acquisire o trattare un numero di dati personali superiore a quello di cui dispone già per valutare se il destinatario del servizio è un minore.

Alle piattaforme è stato inoltre vietato l'uso di tecniche ingannevoli o di *nudging* per influenzare il comportamento degli utenti attraverso modelli «occulti»: è stata richiesta la massima trasparenza sugli algoritmi di raccomandazione³⁷ e sulle modalità con cui viene gestita la pubblicità *on line*, ed è stato vietato l'uso dei cosiddetti *dark pattern* ovvero, secondo il considerando 67, di strategie progettate per manipolare inconsapevolmente le scelte degli utenti, portandoli a prendere decisioni indesiderate o a ottenere risultati non voluti.

La valutazione dei rischi sistemici, che deve essere curata periodicamente dalle piattaforme di grandi dimensioni, ha ad oggetto anche il rispetto dei diritti del minore sanciti nell'articolo 24 della Carta (art. 34 DSA). Fra gli strumenti di attenuazione dei rischi che le piattaforme devono curare (art. 35) «l'adozione di misure mirate per tutelare i diritti dei minori, compresi strumenti di verifica dell'età e di controllo parentale, o strumenti volti ad aiutare i minori a segnalare abusi o ottenere sostegno, a seconda dei casi».

In concreto tali misure sono state poi definite dalle Linee guida della Commissione UE del 13 maggio 2025 e del 14 luglio 2025, contenenti raccomandazioni (definite “*mini-wallet*” in quanto costruite sulle stesse specifiche tecniche del futuro *European Digital Identity Wallet*) applicabili a tutte le piattaforme *online* accessibili ai minori, con l'eccezio-

³⁷ Sul tema, v. PERLINGIERI, GIOVA, PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del 14 ° Convegno nazionale Sisdic, 9-11 maggio 2019, Napoli, 2020; PERLINGIERI, *Diritto privato delle nuove tecnologie: contenuti e competenze*, in *Tec. dir.*, 2021, 70 ss.; PERLINGIERI, *Struttura algoritmica e interpretazione*, ivi, 2020, 484 ss.

ne delle micro e piccole imprese. Fra queste, l'impostazione predefinita degli account dei minori come privati, la modifica dei sistemi di raccomandazione delle piattaforme per ridurre il rischio che i bambini recepiscono contenuti dannosi; la possibilità per i minori di bloccare e silenziare qualsiasi utente e la garanzia che non possano essere aggiunti a gruppi senza il loro consenso esplicito; il divieto per gli account di scaricare o acquisire schermate di contenuti pubblicati dai minori. Tutte misure la cui attuazione è volontaria, ma costituisce un elemento di valutazione che espone le piattaforme a richieste di *enforcement* con sanzioni fino al 6% del fatturato globale annuo.

Orientamenti su misure per garantire un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori *online*, a norma dell'articolo 28, paragrafo 4, del Regolamento (UE) 2022/2065 sono stati poi pubblicati con una comunicazione della Commissione (C/2025/5519).

In questo quadro, la circostanza che i giovani siano diventati, in quanto primi utilizzatori delle nuove tecnologie e dei prodotti digitali, un importante segmento di consumatori con modelli di consumo specifici ha sollecitato in particolare una protezione contro lo sfruttamento della scarsa consapevolezza dei minori nella stipulazione di contratti, con lo scopo di assicurare che non siano esposti a pratiche commerciali manipolative che possono portare a operazioni commerciali poco ponderate (inclusi l'utilizzo di alcune valute virtuali, il marketing fuorviante da parte degli *influencer* nell'ambito dei *social media*, la progettazione di prodotti digitali che creano dipendenza, le pratiche di personalizzazione).

In questa linea si pone la prossima legge sull'equità digitale (*Digital Fairness Act*) – per la quale la Commissione europea ha lanciato una consultazione pubblica e un invito a presentare contributi dal 17 luglio al 24 ottobre 2025 – tesa a semplificare le norme per le imprese operanti nell'Unione europea rafforzando al contempo la tutela degli utenti rispetto a pratiche dannose come la progettazione di interfacce ingannevoli o manipolative.

3.3. AI Act e tutela dei minori

L'attenzione alla tutela di utenti poco consapevoli³⁸, che ha guidato la formulazione dei provvedimenti normativi sin qui descritti, ha costituito il criterio guida anche per i

³⁸ ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di «artificial intelligence act»*, in *Pers. merc.*, 2022, 3, 346 ss.; ALPINI, *Artificial Intelligence e creazione artistica*, in *Tecnologie e diritto*, 2024, 1, 1 ss.; RICCIO, *La tutela in Italia delle opere dell'ingegno create dall'Intelligenza Artificiale: la necessità di un'analisi in chiave prospettica*, in *Design e innovazione digitale*, Napoli, 2021, 199 ss.; ID., *Commento agli artt. 1, 54, 60, 69, 81, in Intelligenza artificiale commentario Regolamento (UE) 2024/1689 - AI ACT.*, Milano, 2025; FEMIA, *Introduzione, Soggetti responsabili. Algoritmi e diritto civile*, in G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di Femia, Napoli, 2019, 9 ss.

tentativi di offrire regole al nuovo capitolo della trasformazione digitale, rappresentato dall'avvento dell'intelligenza artificiale.

La facilità di ottenere il risultato di elaborazioni complesse o contenuti mediatici formati da testi e/o immagini, l'impressione di oggettività, la simulazione della comunicazione umana³⁹ con l'imitazione artificiale della relazione di cura o di accompagnamento, l'azzeramento dei tempi deliberativi che "marginalizza (...) la supervisione umana"⁴⁰ sono tutte caratteristiche dell'IA che hanno richiesto particolare attenzione da parte del legislatore, soprattutto quando gli utenti che ne fruiscono sono soggetti poco "attrezzati" come i minori.

Il 13 giugno 2024 è stato così adottato il Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (c.d. *Artificial Intelligence Act*)⁴¹, basate sul livello di rischio dei sistemi⁴².

Per la valutazione di tale livello, la normativa tiene presente fra l'altro la circostanza che «esiste uno squilibrio di potere» e «le persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo si trovano in una posizione vulnerabile rispetto al deployer di un sistema di IA, in particolare a causa della condizione, dell'autorità, della conoscenza, della situazione economica o sociale o dell'età» (art. 7 comma 2 lett. h).

Si tratta di uno squilibrio di potere e di una vulnerabilità che si manifesta anche, empiricamente, per la diffusa tendenza (soprattutto tra gli utenti più giovani) a trattare questi sistemi come «interlocutori significativi in una conversazione»⁴³, con una familiarità che rende meno immediata la percezione della loro incidenza, sicché nel caso della fruizione di *output* di IA il primo rischio è quello di una sorta di «mistificazione del reale», tenuto conto che le risposte dell'IA non sono vincolate dal rispetto della verità,

³⁹ LEONE XIV, *Magnifica Humanitas*, loc. cit.

⁴⁰ Discorso del Presidente dell'Autorità garante privacy 2 luglio 2026, 3.

⁴¹ Su cui Av.Vv., *AI Act. Principi, regole ed applicazioni pratiche del Reg. UE 1689/2014*, a cura di IASELLI, Rimini, 2024.

⁴² Per i sistemi di IA considerati ad alto rischio (in base ai parametri di cui all'art. 6 AI Act 67), sono previsti obblighi di documentazione tecnica e dettagliata, di gestione della qualità e valutazioni del rischio e di impatto sui diritti fondamentali (art. 27) con requisiti di cautela ed attenuazione, attraverso un processo ripetuto e pianificato di rilevazione e gestione (art. 9) e un funzionamento trasparente soggetto a sorveglianza umana da parte del *deployer* (art. 14). Tali obblighi e responsabilità (art. 25) riguardano tutti gli attori della catena: fornitore, distributori, importatori, *deployers* e altri terzi e la loro mancata osservanza può essere rilevata dalla Commissione, che può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie. Più sintetica la normativa per i sistemi non ad alto rischio: essa prevede, fra l'altro, la necessità di evidenziare l'interazione dell'utilizzatore con un sistema di IA (art. 50 par. 1), e la riconducibilità dell'output (ad esempio il testo generato) alla pratica di IA (art. 50 par. 2), insieme all'obbligo di informazione ove gli utilizzatori siano esposti ad un sistema di identificazione biometrica (art. 50 par. 3) o a *deepfake*. Per tali tipi di sistemi sono previste sanzioni pecuniarie nel caso di violazione degli obblighi di trasparenza gravanti su fornitori e *deployers*.

⁴³ Per il noto caso Replika, cfr. provv. Autorità Garante privacy n. 39 del 2.2.2023 prot. n. 18321/23, reperibile sul sito dell'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali.

ma solo dalla previsione statistica sull'*input* linguistico ricevuto⁴⁴; accanto a questo, il rischio “esistenziale” di una graduale scomparsa della dimensione umana della creatività a favore di contenuti generati dall’IA⁴⁵, di declino della qualità dei contenuti presenti *online*, con una limitazione del pensiero critico e delle capacità cognitive⁴⁶ che è particolarmente problematico per gli individui in formazione⁴⁷ come i minori.

Il richiamo all’utilizzo improprio dell’IA (anche a danno dei minori) è esplicitamente posto in evidenza nei considerando 29 e 48 dell’AI Act⁴⁸, nel quadro di un rilievo della «portata dell’impatto negativo del sistema di IA sui diritti fondamentali protetti dalla Carta» che «è di particolare rilevanza ai fini della classificazione di un sistema di IA tra quelli ad alto rischio».

Con riferimento allo sfruttamento delle vulnerabilità, si evidenzia il divieto contenuto nell’art. 5(1)(b) AI Act, relativo a pratiche di IA che sfruttano vulnerabilità legate ad età, oltre che alla disabilità o alla specifica situazione socioeconomica, con l’effetto di distorcere materialmente il comportamento degli utilizzatori e causare danni significativi.

Sul punto è da rilevare che il 4 febbraio 2025, la Commissione europea ha approvato il contenuto della bozza di Comunicazione C(2025) 884 final che racchiude le Linee guida della Commissione europea sulle pratiche vietate di intelligenza artificiale ai sensi del Regolamento (UE) 2024/1689, finalizzate a fornire gli orientamenti interpretativi sulle pratiche vietate di intelligenza artificiale di cui all’art. 5. Il 19 novembre dello stesso anno, la Commissione ha avanzato una proposta denominata *Digital Omnibus on AI* avente ad oggetto l’AI Act, con un intento di razionalizzazione delle regole esistenti. Su tale proposta il 10 marzo e il 26 marzo 2026, rispettivamente, il Consiglio UE e il Parlamento UE si sono espressi chiedendo (il primo) di introdurre un nuovo divieto nell’art. 5 dell’AI Act, che blocchi l’utilizzo di materiali a sfondo sessuale relativi a minori generati tramite AI.

⁴⁴ Con l’aggravante che i sistemi di IA possono essere soggetti ad attacchi che cercano di manipolare il set di dati di addestramento o i componenti preaddestrati utilizzati nell’addestramento e gli input progettati in modo da far sì che il modello di IA commetta un errore.

⁴⁵ CATERINI, *L’ intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Napoli, 2020, *passim*.

⁴⁶ Considerando O, Risoluzione Parlamento UE 10 marzo 2026: “il rischio di una graduale scomparsa della dimensione umana dell’opera creativa a favore di contenuti generati dall’IA, oltre a compromettere la vitalità economica del settore creativo, mette a rischio l’esistenza stessa della società e della democrazia europee, in quanto offusca i confini tra verità e falsità e la percezione del discorso e dei suoi autori e altera le facoltà cognitive e il pensiero critico”.

⁴⁷ Cfr. il parere dell’Autorità garante privacy sullo schema di decreto ministeriale del MIM concernente “l’implementazione di un servizio digitale in materia di Intelligenza Artificiale nell’ambito della Piattaforma Unica di cui all’articolo 21, commi 4-ter e seguenti, del decreto-legge del 22 giugno 2023, n. 75” e le “Linee guida per l’introduzione dell’Intelligenza Artificiale nelle Istituzioni scolastiche” 4 agosto 2025 [10162698]. www.garanteprivacy.it.

⁴⁸ Cfr. sul punto AMAGLIANI, *Intelligenza artificiale ed interesse superiore del minore*, cit, 1187 ss.

3.3.1. Intelligenza artificiale, diritto d'autore e interesse del minore

Tenuto conto che, come posto in evidenza, gli *output* dell'IA generativa sono creati mediante previsioni basate su modelli statistici avvalendosi di contenuti preesistenti, che possono includere materiali protetti dal diritto d'autore elaborati da terzi, l'analisi sinora svolta deve arricchirsi di ulteriori considerazioni, legate alla possibile, diffusa violazione delle norme sul diritto d'autore connessa alla raccolta non autorizzata di opere da Internet, all'utilizzo di fonti "usurpative" per accedere alle opere protette e al mancato ottenimento di licenze⁴⁹.

Muovendo dal richiamo alla natura di diritto fondamentale ex art. 17 della Carta del diritto di proprietà intellettuale, la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2026 sul diritto d'autore e l'intelligenza artificiale generativa – Opportunità e sfide (2025/2058(INI)) ha posto in evidenza (considerando M) la necessità di "definire lo status giuridico dei contenuti generati dall'IA" e di "garantire trasparenza, consenso e l'equa remunerazione dei creatori e dei titolari dei diritti quando le loro opere protette e altri materiali sono utilizzati nella generazione, diffusione e distribuzione degli output di IA"⁵⁰.

Un diverso aspetto del problema della possibile incidenza di sistemi di IA sugli interessi dei minori riguarda l'applicabilità di strumenti di intelligenza artificiale (algoritmi, software, metodi di calcolo) quando si tratti di tutelare le esigenze dei figli nella crisi della famiglia.⁵¹ Da questo punto di vista, la regola, contemplata nell'art. 22 GDPR – per cui «

⁴⁹ ROTOLO, in *Osservatorio*, in *Persona e mercato*, 2026, 287.

⁵⁰ Al principio di trasparenza fa riferimento anche la citata Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2026, sul diritto d'autore e l'intelligenza artificiale generativa, adottata sulla base del "Report on Copyright and Generative AI – opportunities and challenges". La Risoluzione pone in evidenza la necessità di "promuovere, anziché ostacolare, il progresso delle tecnologie e dei servizi di IA generativa nell'interesse pubblico all'interno dell'UE al fine di salvaguardare la sovranità tecnologica, la competitività, la cultura plurilinguistica e la capacità di innovazione dell'Europa pur restando fedele ai suoi valori e garantendo che lo sviluppo tecnologico sostenga una crescita economica, una competitività e un'innovazione sostenibili, facilitando contemporaneamente un ampio accesso alle tecnologie dell'IA in tutta l'UE". Sulla governance del diritto d'autore, un nuovo ruolo è attribuito all'*European Union Intellectual Property Office* (EUIPO); viene esclusa la protezione del diritto d'autore delle opere interamente generate dall'IA. Viene evidenziato che l'addestramento dell'IA e gli utilizzi successivi dei dati, quali l'inferenza e la *retrieval-augmented generation* ("generazione aumentata dal recupero"), debbano richiedere il consenso espresso dei titolari dei diritti. La Risoluzione ha inoltre evidenziato che "l'attuale legislazione in materia di diritto d'autore non sia sufficiente per affrontare la sfida della concessione in licenza di materiale protetto dal diritto d'autore per la GenAI; chiede un quadro giuridico supplementare per chiarire le norme in materia di concessione di licenze per la GenAI e per affrontare le potenziali violazioni dell'attuale legislazione in materia di diritto d'autore; insiste sul fatto che tale quadro dovrebbe includere disposizioni che garantiscano l'efficace cooperazione dei fornitori di GenAI con i creatori e altri titolari di diritti, compreso un mercato delle licenze funzionante che ripristini il potere contrattuale dei titolari di diritti e soluzioni di protezione praticabili".

⁵¹ In questo ambito, è stata esplorata l'utilità della c.d. giustizia predittiva, che consenta di prevedere l'esito di un giudizio tramite l'ausilio di algoritmi e di metodi di calcolo scientifici in grado «di conferire un più elevato livello di precisione, prevedibilità e obiettività alle disposizioni legi-

l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona» – è applicabile evidentemente anche ai provvedimenti giudiziali; essa è stata peraltro corredata da alcuni arresti della giurisprudenza amministrativa, che hanno in qualche modo collegato il principio di non esclusività algoritmica a quello di trasparenza algoritmica.

È stato, così, stabilito, che l'utilizzo di procedure «robotizzate» di decisione della A., con una «caratterizzazione multidisciplinare» (tecnica, informatica, statistica e giuridica) «non esime dalla necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile».

Ed in effetti, l'apparenza di oggettività del calcolo “può rendere meno visibili le scelte umane incorporate nella procedura” e le disparità o gli errori di tali decisioni – con le quali si affida all'IA “il compito di ridefinire i confini delle possibilità umane” – sono più difficili da contestare, in quanto per la natura delle decisioni dell'IA “lo scarto dei deboli viene ammantato di neutralità e oggettività, davanti alle quali diviene impossibile protestare”⁵².

A tali assunti può aggiungersi che secondo l'AI Act l'amministrazione giudiziaria rientra espressamente nei c.d. sistemi ad alto rischio (art. 6 AI Act e all. III, punto 8, dove sono indicati «i sistemi di IA destinati a essere usati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti, o a essere utilizzati in modo analogo nella risoluzione alternativa delle controversie»), per i quali vale il principio di non esclusività algoritmica e di supervisione umana (art. 14).

Anche in materia di IA si pongono dunque questioni che intersecano capacità di agire, trattamento dei dati personali e accesso ai servizi digitali; questioni incise anche da normative specifiche, come la legge 132 del 23 settembre 2025 contenente «disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale».

Nell'ambito di tale atto normativo – che richiama esplicitamente l'AI Act (art. 1 comma 2) – significativo è il riconoscimento dell'età di 14 anni come rilevante per prestare il consenso al trattamento dei dati connessi all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale; l'accesso alle tecnologie di intelligenza artificiale degli infraquattordicenni richiede invece il consenso di chi esercita la responsabilità genitoriale (art. 4 comma 4).

slative e alle loro interpretazioni consolidatesi negli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza di legittimità». Si tratta di una prospettiva interessante, peraltro inaugurata da alcune sentenze di giudici di merito che hanno utilizzato metodi di calcolo econometrico nel settore del diritto di famiglia: è evidente infatti che la prevedibilità della decisione del giudice può aprire la strada, con una giustizia preventiva e consensuale, alla deflazione del contenzioso.

⁵² LEONE XIV, *Magnifica Humanitas*, 103.

4. Alcune riflessioni finali

Di fronte al cambiamento, è stato scritto, “un ordinamento giuridico non ha molte *chances* diverse da quella di istituire una chiave di lettura che riporti il nuovo nelle sue strutture regolative e che comunque istituisca un qualche modello di controllo della nuova complessità prodotta dalla società o dalla tecnologia”⁵³.

Le categorie, così, costituiscono le “strutture” regolative con la mediazione delle quali è utile confrontarsi per comprendere le numerose questioni all’attenzione del giurista. Nel caso del tema che ci occupa, dall’interazione tra le tradizionali categorie in materia di diritto delle persone e dei beni ed alcune disposizioni apparentemente settoriali (come, appunto, quelle in materia di tutela dei dati personali, accesso ai servizi digitali o intelligenza artificiale) traiamo nuove prospettive di riflessione con riferimento alle coordinate fondamentali del fenomeno giuridico: il soggetto (il minore, ad esempio, non più del tutto escluso dalla trama delle relazioni personali e negoziali; più in generale l’utente non solo fruitore ma anche potenzialmente nuovo fornitore di contenuti; l’IA generativa possibile titolare di diritti, come quello d’autore), l’oggetto (il dato personale come bene giuridico, la più generale transizione dagli oggetti “statici” a quelli “*software-defined*”), il tempo (con la possibilità, offerta dalla Rete, di rendere presenti eventi anche risalenti e il conseguente emergere di nuove istanze come il diritto all’oblio⁵⁴), lo spazio (con dei concetti di confine e sovranità normativa ora da verificare alla luce della natura “ateritoriale” dei servizi erogati).

Con riferimento al soggetto, ad esempio, l’art. 8 del GDPR – poi seguito da analoghe previsioni nel DSA e nell’AI Act – «assente nel precedente contesto normativo, aggiunge un tassello definitivo al mosaico di previsioni costruito nel tempo intorno al tema del confinamento dell’incapacità di agire del minore sancita dall’art. 2 del codice civile all’ambito dei rapporti a contenuto patrimoniale, per lasciare ampio spazio invece alla sua libera autodeterminazione nel campo dei rapporti non patrimoniali e dell’esercizio dei diritti fondamentali, sull’unico, imprescindibile presupposto della sua “capacità di discernimento”, apprezzata in relazione alle circostanze del caso».

Si è posto in evidenza che, nella normativa in materia di tutela dei dati personali, servizi digitali e intelligenza artificiale in particolare, il minore risulta soggetto particolarmente protetto a causa della sua vulnerabilità, ma non escluso in ragione della minore età dall’esercizio dei diritti di cui è titolare e valorizzato nel suo potere di autodeterminazione.

Si tratta di un dato da tenere presente nell’analisi di questo processo, che è in qualche modo collegato anche ad un altro cambiamento di prospettiva, connesso al supera-

⁵³ CAMARDI, “Cose e beni” nel mondo digitale tra appartenenza e controllo. un (altro) promemoria per il civilista, in *Persona e mercato* 2026/1, 7.

⁵⁴ Su cui BONAVITA, PARDOLESI, *GDPR e diritto alla cancellazione (oblio)*, in *Danno resp.*, 3/2018, 270.

mento del dogma della potestà genitoriale ed alla sua sostituzione con il principio della responsabilità.

Al di là del dato formale dell'art. 2 c.c., infatti, la minore età era ed è (anche per il diritto) una fase «fluida», con una gradualità crescente, che fa sì che quando il minore diventa senz'altro più maturo e consapevole «il *discrimen* temporale rivela la tutta sua (pur necessaria) artificiosità».

Nel quadro di un concetto di maturità che è sì normativo (il conseguimento ai 18 anni) ma anche presuntivo, in questo ambito dell'accesso ai servizi digitali assistiamo al riconoscimento di nuove fattispecie di capacità di agire anticipata (o di riconoscimento normativo della capacità di discernimento), e questo confine che si rivela mobile è un dato interessante perché, come insegnavano i Maestri⁵⁵, spesso è proprio dalle periferie dell'ordinamento che arrivano le novità per il giurista.

Nella dinamica con il soggetto, è anche la teoria dell'oggetto del diritto che trova nuove sollecitazioni. Anzitutto, perché «il mondo delle risorse produttive si arricchisce ed anche enormemente di altri elementi fruttiferi che non sono beni giuridici, ma proiezioni del soggetto, i dati personali per l'appunto», il quali sono «pronti tuttavia a diventare beni una volta spersonalizzati, resi anonimi e riaggregati e compilati nelle banche dati, che invece sono beni»⁵⁶.

Se è vero che l'art. 810 cod. civ. attribuisce alla scelta normativa (« cose che possono formare oggetto di diritti») la prerogativa di stabilire la natura di beni⁵⁷, con *consistenza materiale o immateriale*, e le relazioni di appartenenza e utilizzazione, per i beni digitali è da rilevare inoltre come essi «non necessariamente riservano all'uomo quella posizione di dominio assoluto tradizionalmente postulata dalla forse più importante dicotomia della modernità⁵⁸: quella tra soggetto e oggetto»⁵⁹. Sicché si tratta di riflettere se l'utilizzazione dei beni digitali, di queste nuove risorse, si avvalga o meno di un modello basato sull'appartenenza di stampo dominicale⁶⁰, basata sullo schema soggetto-oggetto, o di modelli alternativi⁶¹.

⁵⁵ PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo.teoria-pratica*, Milano, 1951, *passim*.

⁵⁶ CAMARDI, «Cose e beni» nel mondo digitale, cit., 22.

⁵⁷ CAMARDI, *Cose e beni*, cit., *passim*; PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir.priv.*, 2012, 459 ss.; GENTILI, *Ricchezza digitale e responsabilità patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2023, 1020.

⁵⁸ Cfr. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 955. ORLANDO, *Nove certezze su decisioni algoritmiche, diritto alla spiegazione e tutela dei consumatori*, in *Persona, dati personali, algoritmi tra GDPR e AI Act*, a cura di Tosi, Milano, 2025, 141 ss.

⁵⁹ CAMARDI, *op. ult. cit.*, 7.

⁶⁰ Per una interessante riflessione in materia CATERINI, *Persona e appartenenze*, *Annali della Sisdic*, 12/2024, 1 ss.

⁶¹ BOCCHINI, *I beni digitali*, in *Le piattaforme digitali. E-Agorà*, a cura di Bocchini, Torino, 2025, 277; GIULIANO, *Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ. ai tempi della blockchain*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2021, 1214.

In questo quadro di questioni, pur nella valorizzazione della capacità di discernimento per il minore, si segnala il diverso ruolo del consenso: si è evidenziato che si pongono questioni che «esuberano» – pur attraversandolo – dal tema generale del consenso, che ha costituito il discrimine per consentire la liceità del trattamento dei dati personali nella normativa in materia di prima generazione; questioni che si spingono alla regolamentazione delle attività, con oneri aggiuntivi per i diversi attori di questi processi⁶². Eppure, è il consenso «consapevole» che, superata la sua valenza di unica discriminante per il trattamento dei dati degli adulti, esprime invece per i minori la loro autonomia decisionale ed allo stesso tempo diventa uno degli strumenti per garantire il *best interest of the child*.

Si apre fra l'altro, in questo quadro, il tema delle conseguenze del ritiro del consenso rispetto al trattamento dei dati personali concessi: dovendo decidersi, anzitutto, se da tale ritiro discenda un obbligo del professionista di interrompere il trattamento dei dati. Può aggiungersi che la possibilità di concessione del consenso in una fase in cui un soggetto è ancora incapace di agire ha fatto in qualche modo dilatare tempi di eventuale lesione del diritto e relativa tutela, anche se si considera il riconoscimento della possibilità, prevista dai Regolamenti UE 2018/1724 e 2018/1725, che l'utente che ha prestato il consenso al trattamento dei dati quando era ancora minorenne conservi il pieno diritto di revocare tale consenso e di richiedere la cancellazione totale dei propri dati una volta raggiunta la maggiore età.

È evidente, infine, che l'accesso ai servizi digitali impone un aggiornamento del catalogo e del contenuto dei diritti della personalità. Si pensi, per quello che si è posto in evidenza, quanto alla tutela dell'identità personale⁶³ e della riservatezza, al tema della condivisione delle immagini o dichiarazioni tramite *social* o del riconoscimento tramite informazioni biometriche⁶⁴ o ancora all'aumento della possibilità di creare e diffondere immagini digitali, conte-

⁶² Cfr. le Linee Guida del WP29 sul consenso ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679 adottate il 10 aprile 2018, ratificate dal Comitato europeo per la Protezione dei dati personali (EDPB) il 25 maggio 2018 e sostituite successivamente dalle *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679* adottate il 4 maggio 2020. Il Garante privacy, a seguito di queste, aveva adottato il provvedimento n. 229, dell'8 maggio 2014, relativo alla «Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie» (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 3 Giugno 2014, serie Generale, n. 126, del 3 giugno 2014. Cfr. inoltre BACHELET, *Il contratto di scambio di «servizi contro dati»(o contro prezzo)*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2024, 1031 ss. Cfr. Cass. civ., 2 luglio 2018, n. 17278, in *Giur. it.*, 2019, spec. 532; TAR Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, in *Jus civile*, 2020, 1355; Trib. Bologna, n. 5206/2021, cit.; Trib. Trieste, ord. 27 novembre 2020, n. 2032, in *Giur. it.*, 2021, spec. 2090, con nota di Martinelli, *La chiusura dell'account Facebook di un'associazione: quale tutela?*; Trib. Roma, 12 dicembre 2019, in *Danno res*, 2020, spec. 488, con nota di QUARTA, *Disattivazione della pagina Facebook. Il caso CasaPound tra diritto dei contratti e bilanciamento di diritti*.

⁶³ Su cui SENIGAGLIA, *L'identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parental control system*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1568 ss.; SCALISI, *L'identità della persona*, in *Id.*, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 89.

⁶⁴ Sull'utilizzo dei dati biometrici e alla crescente diffusione dei sistemi di riconoscimento fac-

nuti audio o video realistici manipolati, ma falsamente autentici o veritieri, con il rischio che l'identità sia trasformata "in classificazione e la persona in profilo"⁶⁵.

Si tratta, in tutti i casi ma particolarmente quando si ragiona di individui in formazione, di problematiche delicatissime, per cui c'è da chiedersi "se tutto quel che è tecnicamente possibile sia pure eticamente lecito, politicamente e socialmente accettabile, giuridicamente ammissibile"⁶⁶; problematiche con riferimento alle quali, nonostante i tanti richiami normativi ed un apprezzabile mutamento di sensibilità rispetto ai rischi prospettabili, una piena ed effettiva tutela interpella ancora, comunque, la responsabilità genitoriale ed educativa.

ABSTRACT

Il saggio analizza le diverse questioni giuridiche poste dall'accesso dei minori ai servizi digitali, guardando anzitutto al quadro normativo, caratterizzato da fonti eterogenee e in continua evoluzione.

La riflessione sul tema offre così l'occasione di un ripensamento delle coordinate fondamentali del fenomeno giuridico, in particolare del soggetto, anche tenendo presenti, parallelamente, gli apporti normativi in materia di filiazione e responsabilità genitoriale che, ponendo in primo piano capacità di discernimento e diritto di ascolto, hanno valorizzato l'interesse del minore e la sua autodeterminazione.

This essay analyzes the various legal issues arising from minors' access to digital services, examining first the regulatory framework, which is characterized by a diverse and constantly evolving set of sources.

Reflecting on this topic offers an opportunity to rethink the fundamental parameters of the legal phenomenon – specifically the concept of the legal subject – while also considering relevant legal developments regarding filiation and parental responsibility which have enhanced the value of the capacity for discernment and the right to be heard, underscoring the importance of the minor's best interests and self-determination.

ciale, l'Autorità Garante privacy ha disposto la sospensione del sistema di riconoscimento facciale FaceBoarding dell'aeroporto di Milano Linate, ritenendolo non conforme al GDPR. L'istruttoria ha infatti accertato che i dati biometrici di decine di migliaia di passeggeri venivano conservati in un archivio centralizzato, senza che fossero garantiti agli interessati un adeguato controllo sui propri dati personali e le necessarie garanzie previste dal GDPR. Relazione Garante Privacy per l'anno 2025, 2 luglio 2026, su www.Garanteprivacy.it.

⁶⁵ "L'IA – che non conosce il fallimento, la relazione, il valore del dubbio – non deve divenire "tirannia del quantificabile" (Rebecca Solnit) per non trasformare la previsione in destino, l'identità in classificazione, la persona in profilo, la tecnica in auctoritas": discorso del Presidente dell'Autorità garante privacy 2 luglio 2026, ivi.

⁶⁶ RODOTÀ, *Relazione*, in STANZIONE (cur.), *La privacy nell'era digitale*, cit., 7 ss.



Alea razionale, meritevolezza degli interessi e validità del contratto IRS



Giuliano Zanchi

Ricercatore dell'Università Ca' Foscari di Venezia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I contratti IRS, la loro qualificazione giuridica e il passo indietro della Corte di Cassazione. – 3. La clausola di meritevolezza degli interessi. – 4. Causa in concreto, illiceità della causa, immeritevolezza degli interessi nei contratti IRS.

1. Premessa

La Suprema Corte, con l'ordinanza del 3 febbraio 2026 n. 2262/2026 è tornata ad occuparsi di contratti IRS – Interest Rate Swap¹ ed in particolare delle conseguenze giuridiche dell'assenza di trasparenza del *mark to market* ovvero la mancata definizione di scenari probabilistici del regolamento pattizio. L'ordinanza ha suscitato molto interesse tra operatori pratici e studiosi del diritto sotto vari punti di vista²; in questo contributo si focalizzerà l'attenzione su un aspetto in particolare della decisione in commento, ossia la scelta di valorizzare le carenze strutturali del contratto oggetto di sindacato giudiziale nell'ambito (solo) del test di meritevolezza degli interessi ex art. 1322, comma secondo, c.c.

¹ Quasi identica all'ordinanza in commento è la coeva ordinanza del 4 febbraio 2026 n. 2358/2026.

² Tra i primi commenti all'ordinanza in commento cfr. ZAMAGNI, ACCIARI, *IRS e giurisprudenza di legittimità: osservazioni critiche su due recenti ordinanze*, in *DirittoBancario.it*, Febbraio 2026; PATRONI GRIFFI, MINENNA, *Dall'alea "razionale" alla causa concreta del derivato*, in *DirittoBancario.it*, Marzo 2026; FERRAGUTO, VARISCO, *L'evoluzione giurisprudenziale in materia di contratti derivati OTC*, in *DirittoBancario.it*, Marzo 2026.

Il tema della validità o meno dei contratti derivati di swap ha attratto in diverse occasioni l'attenzione della prima Sezione della Corte di Cassazione, in particolare negli ultimi anni. La prevalente giurisprudenza di legittimità riconduce la mancata esplicita indicazione del *mark to market* – vale a dire del valore di mercato del derivato al momento della sua stipulazione – e degli scenari probabilistici nella determinazione della misura dell'alea nei contratti IRS tra intermediario e investitore alla mancanza dell'oggetto contrattuale³ o alla carenza di causa (in concreto)⁴ con valutazione anche di immeritevolezza degli interessi perseguiti ex art. 1322 c.c.⁵ L'ordinanza in commento conferma la nullità quale conseguenza della mancanza di informazioni utili al dimensionamento dell'alea in questi contratti derivati, ma per via di un percorso motivazionale in parte originale che introduce un ragionamento sulla meritevolezza della tutela degli interessi perseguiti dalle parti non del tutto lineare che merita un'attenta disamina.

2. I contratti IRS, la loro qualificazione giuridica e il passo indietro della Corte di Cassazione

I contratti della finanza pongono sovente all'attenzione degli interpreti strutture contrattuali inedite⁶, rispetto alle quali la dottrina si è spesso interrogata circa il loro carattere commutativo o aleatorio, sulla coerenza con il sistema del diritto dei contratti italiano, e quindi sulla loro validità ed efficacia nel nostro ordinamento. I contratti di *Interest Rate Swap* (IRS) sono una particolare tipologia di contratti derivati⁷ che prevedono l'impegno reciproco di intermediario e investitore di corrispondere l'uno all'altro dei pagamenti a scadenze concordate il cui ammontare è determinato sulla base di parametri

³ Cass. civ., Sez. I, 23 luglio 2021, n. 21830; Cass. civ., Sez. I, 20 marzo 2024, n. 7368; Cass. civ., Sez. I, 20 marzo 2024, n. 7412.

⁴ Cass. civ., Sez. I, 14 febbraio 2025, n. 4076; Cass. civ., Sez. I, 8 novembre 2022, n. 32705.

⁵ Per tutti, Cass. SS. UU., 12 maggio 2020, n. 8770.

⁶ È divenuta oramai iconica l'espressione utilizzata a proposito dei contratti derivati da De NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2009, 3, 15 ss.

⁷ Sui contratti derivati in generale cfr. MEMMO, *Nuove strategie imprenditoriali di copertura del rischio di cambio: il contratto di domestic currency swap*, in De NOVA, INZITARI, TREMONTI, VISINTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991; INZITARI, *Il contratto di swap*, in GALGANO, *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995; GERETTO, *Strumenti e contratti derivati: mercati e caratteristiche*, Udine, 2001; GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2001; MAFFEIS, *I contratti derivati*, in *Dig. Disc. Priv. (sez. civ.)*, V, Torino, 2010, 353 ss.; PAGNONI, *I contratti di swap*, in GABRIELLI, LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, II, Torino, 2011; BARCELLONA, *Contratti derivati meramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, MAFFEIS (a cura di), *Swaps tra banche e clienti: le condotte e i contratti*, Milano, 2013; CAPUTO NASSETTI, *Strumenti finanziari derivati*, in *Enc. Dir.*, VI, 2013, 911 ss.; GALASSO, *La decisione delle Sezioni Unite in materia di contratti derivati*, in *Ricerche Giuridiche*, 2020, 247 ss.; PERRONE, *Swap, mark to market e causa concreta*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2021, 145 ss.; FORNASARI, *Causa, meritevolezza e razionalità del contratto*, Padova, 2022, 133 ss.

di riferimento determinati⁸, per lo più nella forma di interessi su una somma di denaro predefinita. La somma di denaro, in questi casi, non viene scambiata tra le parti e quindi non rientra nell'oggetto dell'accordo, bensì è utilizzata quale astratto riferimento di base (il capitale di riferimento o "nozionale") per il calcolo degli interessi. Perché dunque questo contratto possa dirsi completo in tutte le sue componenti essenziali esso deve, fra altro, individuare il nozionale, determinare durata e data a partire dalla quale iniziano a maturare gli interessi sul nozionale, le scadenze del pagamento degli interessi medesimi e i criteri di maturazione e calcolo degli stessi.

Secondo una giurisprudenza consolidata l'IRS costituisce "*una sorta di scommessa finanziaria differenziale*" nel contesto del quale risulta essenziale che venga definito *ex ante*, ossia in sede di accordo tra le parti, il criterio o i criteri di determinazione e misurazione dell'alea⁹ "*calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi*". Le regole del gioco devo dunque essere chiare all'investitore, di tal che la scommessa a cui tali contratti possono dare giuridica rilevanza può dirsi lecita, e il contratto valido, qualora essa sia "razionale", ossia in un certo grado misurabile. La misurabilità relativa dell'alea – e qui ci avviciniamo al punto cruciale – non può essere limitata al solo *mark-to-market*, ossia il valore attuale netto (*net present value*) del contratto derivato, calcolato sulla base delle condizioni di mercato vigenti in un dato momento, perché tale valore non è sufficiente *ex se* a comunicare all'investitore gli elementi in base ai quali questi possa comprendere "*la misura quantitativa e qualitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi pur se impliciti*"¹⁰. Le informazioni che debbono ulteriormente corroborare il contenuto del contratto IRS sono quelle relative agli scenari probabilistici connessi all'andamento dei flussi di interessi.

Alcune considerazioni immediate su questa ricostruzione giurisprudenziale sono necessarie per comprendere il contesto nel quale la Corte di Cassazione con l'ordinanza 2262/2026 ci consegna una ricostruzione parzialmente nuova della fattispecie.

Un primo chiarimento è importante. In base al ragionamento della Corte, la carenza di informazioni che viene valorizzata dall'ordinanza in commento non è rilevante quale mancato adempimento all'obbligo precontrattuale di chiarezza, completezza e trasparenza delle informazioni relative all'investimento che grava sull'intermediario finanziario, bensì fa riferimento ad un connotato strutturale dell'accordo, che è essenziale per trasformare il

⁸ CAPUTO NASSETTI, *Strumenti finanziari derivati*, cit., 921.

⁹ Sulla nozione di alea contrattuale in generale, sulla nozione correlata di rischio (contrattuale) e sul rapporto tra causa aleatoria e autonomia contrattuale cfr. in particolare, BOSELLI, *Alea*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, 469 ss.; NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, 1960; ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Noviss. Dig. It. App.*, VI, Torino, 1986, 863 ss.; DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987; GABRIELLI, *Il rischio contrattuale*, in *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997; GIAMPIERI, *Il rischio contrattuale*, in ALPA, BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, I, Torino, 1999; BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000; FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001; CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004; BELLÌ, *L'alea contrattuale: tra autonomia privata e speculazione economica*, Napoli, 2016.

¹⁰ Le citazioni sono tratte da Cass. SS. UU., 12 maggio 2020, n. 8770.

contratto IRS da mera scommessa a scommessa razionale¹¹. La “alea razionale” – espressione ormai consolidata nel lessico dei più recenti arresti giurisprudenziali in materia di contratti derivati – è un concetto che fa riferimento alla qualità del rischio assunto dall’investitore; tale rischio deve essere frutto di una scelta consapevole, fondata su una piena cognizione delle variabili economiche e probabilistiche che lo connotano e che possono intervenire nel corso della sua esecuzione. Ove tale consapevolezza manchi in ragione della reticenza informativa dell’intermediario, l’alea cessa di essere razionale e il contratto non può ricevere tutela¹².

Sulla base dell’assunto in base al quale l’IRS è un contratto col quale le parti scambiano tra loro un rischio finanziario consapevole in presenza di un’alea razionale, le Sezioni Unite della Cassazione hanno statuito che l’identificazione della causa di tale contratto risiede “nella negoziazione e nella monetizzazione di un rischio”¹³. È in ragione di tale qualificazione che discende l’essenzialità nella fattispecie negoziale dell’esplicitazione di tutte quelle informazioni e quei dati che nella prassi negoziale del mercato finanziario contribuiscono a definire questo rischio, ossia mark-to-market, il suo metodo di calcolo, l’identificazione dei costi dell’operazione e le probabilità d’esito del rapporto.

Ora: l’ordinanza in commento, che pure prende esplicitamente avvio dalla citazione della posizione interpretativa delle Sezioni Unite¹⁴, se ne distanzia poi in sede di motivazione delle ragioni giuridiche in base alle quali un contratto derivato non corredato delle necessarie informazioni sia nullo. L’assenza di una trasparente e condivisa rappresentazione degli elementi di comprensione e ricostruzione dell’alea contrattuale non è ricondotta ad una carenza di determinatezza o determinabilità dell’oggetto del contratto, e nemmeno sulla ricorrenza o liceità della causa in concreto, bensì ad un piano differente, quello del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti, riservato ai contratti atipici ai sensi dell’art. 1322, comma secondo, c.c. Un’alea contrattuale irrazionale non interferirebbe con la sussistenza dei requisiti essenziali del contratto ex art. 1325 c.c. perché il criterio dell’alea non determina tanto l’oggetto della scommessa (che prescinderebbe dall’alea) e non individua gli interessi che il contratto è concretamente diretto a realizzare. La Cassazione ritiene, con l’ordinanza in commento, che la valutazione sulla sussistenza di un’alea razionale, e quindi di una scommessa lecita, sia assorbito esclusi-

¹¹ Sul punto vi sono voci discordanti in dottrina. Cfr. CAPUTO NASSETTI, *Causa, alea, mark-to-market e upfront nei contratti di swap di pagamenti e opzioni sui tassi di interesse*, in *Giur. Comm.*, 2016, II, 321. La giurisprudenza di merito si è mostrata oscillante da principio, poi si è sostanzialmente canalizzata nella direzione di affermare la necessità della comunicazione del mark-to-market per la validità del contratto. Per una rassegna cfr. FORNASARI, *Causa, meritevolezza e razionalità del contratto*, cit., 141.

¹² Giova qui ricordare che l’art. 23, comma 5, T.U.F. stabilisce non applicabile ai contratti finanziari la disciplina del gioco e della scommessa di cui al codice civile, il cui apparato rimediare non è quindi invocabile.

¹³ Nuovamente Cass. SS. UU., 12 maggio 2020, n. 8770.

¹⁴ Va dato conto di voci critiche da parte della dottrina sull’impianto argomentativo della sentenza delle Sezioni Unite 8770/2020 circa una conduzione a volte confusa delle argomentazioni in materia di causa, meritevolezza e applicazione puntuale della disciplina del T.U.F. Cfr. FORNASARI, *Causa, meritevolezza e razionalità del contratto*, cit., 160.

vamente dalla valutazione di meritevolezza. Mentre dunque l'arresto delle Sezioni Unite qualificava l'IRS privo di alea razionale come incoerente con il nostro ordinamento in quanto non solo immeritevole ex art. 1322 c.c., ma anche perché viziato nell'oggetto e nella causa, l'ordinanza 2262/2026 limita il giudizio di non conformità alla sola clausola di meritevolezza degli interessi.

Questa riduzione, per così dire, delle ragioni di incoerenza tra contratto IRS "irrazionale" perché incompleto di elementi essenziali, non è privo di conseguenze. Il contratto che si limiti ad indicare il solo *mark-to-market* sarebbe così un contratto di per sé strutturalmente e funzionalmente valido in quanto presenta tutti i suoi elementi essenziali, mentre l'assenza di un'alea razionale non consente al contratto di perseguire un interesse accettabile per l'ordinamento. Ma se si sposta il sindacato giudiziale dalla presenza o meno di elementi essenziali del contratto alla sola valutazione, in termini di ragionevolezza e proporzionalità, dell'intensità dell'asimmetria informativa nella singola pattuizione contrattuale, si viene ad incidere in misura significativa sulla protezione dell'investitore.

La ragione di questo sostanziale passo indietro della Suprema Corte, inedito come si anticipava in esordio in quanto estraneo a tutta la giurisprudenza pregressa, non è facilmente intelligibile. Il nuovo approdo ermeneutico non viene spiegato a dovere nella motivazione dell'ordinanza, rendendo obiettivamente oscuro il percorso motivazionale; oscurità aggravata da citazioni copiose di giurisprudenza che non corrobora la nuova lettura della Prima Sezione della Corte, ed anzi la rende ancor più enigmatica.

Quel che si può evidenziare è che la sentenza non sembra far uso di una nozione di meritevolezza degli interessi del tutto coerente con gli approdi dottrinali e giurisprudenziali correnti, il che può spiegare, almeno in parte, la difficoltà di comprensione delle motivazioni che hanno condotto la Corte a prendere le distanze in modo così netto dalla giurisprudenza consolidata dopo la citata pronuncia delle Sezioni Unite del 2020. Può giovare allora una rilettura dell'ordinanza in commento che parta dalla configurazione del ruolo che il sindacato di meritevolezza degli interessi ex art. 1322 c.c. assume nel nostro diritto dei contratti per provare poi a trarre qualche conclusione sul punto.

3. La clausola di meritevolezza degli interessi

L'art. 1322 c.c. esprime iconicamente il principio di autonomia contrattuale nella doppia veste di libertà di determinazione del contenuto del contratto (comma primo) e di creazione di regolamenti contrattuali diversi da quelli regolati dal legislatore (comma secondo). Rilevo primario nella manifestazione dell'autonomia privata nel contratto è la possibilità di definire un assetto di interessi tra paciscenti nella maniera che meglio si adatta ai loro desiderata, ciò che nel multiforme e cangiante dinamismo del mercato con-

temporanea rappresenta un presidio fondamentale di elasticità del diritto dei contratti nel confronto con il mercato e le esigenze dei privati¹⁵.

L'esercizio della libertà di concludere contratti atipici si confronta con il limite, che è al contempo una condizione di esercizio di tale libertà e di attribuzione di "giuridicità" del contratto così realizzato, del perseguimento di interessi meritevoli di tutela. L'introduzione di questa clausola generale, così largamente discussa in sede di progettazione del testo del Codice Civile del 1942¹⁶, risponde all'avvertita necessità del legislatore di richiedere un positivo apprezzamento del fine intrinseco dell'accordo realizzato al di fuori di tipi legali perché possa essere, appunto, meritevole di riconoscimento e protezione giuridica come qualsiasi altro contratto (tipico).

Diverse sono state nel tempo le letture della clausola di meritevolezza degli interessi dell'art. 1322 c.c., che non ha riscontri in altri sistemi di diritto civile. Ad un primo orientamento dottrinale favorevole a ricondurre (e a ridurre) la meritevolezza ai limiti della legge, dell'ordine pubblico e del buon costume di cui all'art. 1343 c.c., sulla scorta di un più generale scetticismo sull'autonoma rilevanza normativa delle clausole generali rispetto al contenuto di fattispecie precettive determinate, si è poi succeduta un visione più aperta al riconoscimento della pluralità delle fonti di regolazione dei rapporti contrattuali, che ha conferito alla clausola di meritevolezza il ruolo di controllo, non di legalità in senso stretto del contratto, ma di rispondenza a finalità di carattere sociale, superindividuale, non egoistiche, espressione del principio di solidarietà economica e sociale¹⁷.

¹⁵ La dottrina sul punto è sterminata. Valgano qui, senza alcuna pretesa di completezza, alcuni riferimenti bibliografici fondamentali: PUGLIATTI, *Autonomia. C) Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 366 ss.; BETTI, *Negoziio giuridico*, in *Enc. It.*, XXIV, Roma, 1934, 506 ss.; RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, 422 ss.; Id., *I contratti in generale*, in LIPARI, RESCIGNO (dir.) *Diritto Civile*, III, *Obbligazioni*, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 1 ss.; BERENGHI, *Qualificazione, tipo e classificazione dei contratti*, in LIPARI, RESCIGNO (dir.), *Diritto civile*, III, *Obbligazioni*, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 295 ss.; DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993; BRECCIA, *Autonomia contrattuale*, in GABRIELLI (dir.), *Commentario del Codice Civile*, Torino, 2011, 59 ss.; NAVARRETTA, *La causa e le sue trasformazioni*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 509 ss.

¹⁶ Cfr. Sul punto GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. Disc. priv. (sez.civ.)*, Torino, 1994, 324-325.

¹⁷ Le declinazioni variano di accento a seconda dell'accoglimento o meno della teoria della funzionalizzazione di posizioni giuridiche individuali. Cfr. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, 21 ss.; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970; CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico e il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sulla autonomia privata*, Milano, 1971; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1943, rist. 1960. Per un richiamo ai principi costituzionali e rispetto alla connessione tra meritevolezza degli interessi e principio di solidarietà sociale cfr. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 1984; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; OPPO, *L'autonomia privata nel sistema delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 1 ss.; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975; SANTAGATA, *Condizioni generali del contratto e clau-*

Lungi dall'arrestarsi ad un tema di configurazione strutturale dell'assetto di interessi nel contratto, la meritevolezza esprime la sua rilevanza come strumento di esclusione dalla tutela giuridica di operazioni economiche che, pur volute dalle parti, siano lesive di interessi protetti dall'ordinamento, e come tali immeritevoli di tutela. Nell'attuale esperienza giuridica, l'art. 1322, comma secondo, c.c. ha assunto una rilevanza crescente laddove la complessità della relazione contrattuale pone il rischio che l'autonomia privata venga piegata a strumento di auto-normazione della parte forte di una relazione contrattuale a danno dell'altra. Ciò è particolarmente evidente nel settore dei contratti finanziari, ove la sofisticatezza tecnico-economica associata alla difficoltà di comprensione da parte dell'investitore medio dei contenuti e dei rischi connessi al contratto proposto dall'intermediario finanziario, richiedono forme di controllo sostanziale penetranti sulla meritevolezza dell'assetto degli interessi delle parti in simili contratti¹⁸.

Se si confronta questa nozione di meritevolezza e la tipologia di controlli che il relativo disposto normativo è deputato a svolgere nella logica complessiva del sistema dell'autonomia privata, se ne scorge l'essenziale diversità con gli elementi costitutivi del contratto di cui agli artt. 1325 ss. c.c.

La funzione svolta dall'art. 1325 c.c., in particolare, è quella di individuare il contenuto essenziale di ogni contratto nel suo schema legale minimo¹⁹. Sia esso tipico o atipico, ogni contratto non può chiamarsi tale se non presenta tutti i suoi elementi costitutivi minimi. La carenza di uno di questi elementi va considerata genetica, e conduce all'applicazione della conseguenza più severa tra quelle associate ai difetti ontologici del contratto, ossia la sua nullità (art. 1418, comma secondo, c.c.).

La giurisprudenza delle Sezioni Unite del 2020, nel confrontare le carenze informative dei contratti di *swap*, aveva ricondotto in modo convincente tali carenze nell'oggetto e nella causa del contratto. Se tali informazioni non consentono di misurare il rischio e se il rischio, in un contratto in cui l'oggetto consiste negli interessi che si generano sul nozionale e la causa viene associata all'assunzione consapevole ed informata di tale rischio (la scommessa razionale), si determina proprio in base all'adeguatezza delle informazio-

sole limitative della concorrenza nei rapporti tra imprenditori e distributori, in BUONOCORE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1970.

¹⁸ La giurisprudenza di legittimità conferma l'interpretazione dell'art. 1322, comma secondo, c.c. non come doppiopone dell'art. 1343 c.c., statuendo che la meritevolezza non si esaurisce nella conformità astratta alla legge, bensì esige una valutazione concreta degli interessi realizzati (Cass., SS.UU., 22 gennaio 1993, n. 395). Successivamente, la Suprema Corte si è spinta a stabilire che il controllo sulla meritevolezza deve estendersi alla verifica della sussistenza di una "causa concreta" del contratto, intesa come l'assetto effettivo degli interessi economici che le parti hanno inteso realizzare (cfr. per tutti Cass. 8 maggio 2006, n. 10490). Sul punto si tornerà *infra*. Anche con riferimento ai contratti tipici, è sempre necessario che la concreta articolazione del regolamento negoziale sia idonea a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento.

¹⁹ Sulla funzione sistemica dell'art. 1325 c.c. cfr. *ex multis* DEL PRATO, *Requisiti del contratto*. Art. 1325, Milano, 2013; BIANCA, *Diritto Civile*, Vol. 3, *Il Contratto*, Milano, 2019; GALGANO, *Il contratto*, Milano, Ed. 2020; OPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994.

ni che l'intermediario deve scambiare con l'investitore al momento della conclusione del contratto, giocoforza la carenza, inadeguatezza, lacunosità informativa che affligge la determinazione e comprensione del rischio reagisce sulla determinazione dell'oggetto e sulla causa del contratto.

Non vi è dubbio che la citata carenza informativa renda l'alea non razionale in quanto unilaterale, e consenta di rilevare che il contratto, oltre a non possedere i suoi requisiti costitutivi minimi, non determini un assetto di interessi che possa essere reputato meritevole di interessi. Ma, in un certo senso, questa valutazione viene logicamente, prima ancora che giuridicamente, dopo aver constatato la carenza strutturale del patto. È proprio alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza consolidata, che l'ordinanza 2263/2026 pure pone alla base del suo ragionamento, riletti nell'ordine logico e giuridico proposto, che appare incomprensibile la posizione interpretativa della Cassazione nel ritenere che lo scambio irrazionale di rischi finanziari tra le parti sia confinato al solo ambito della valutazione di (non) meritevolezza ex art. 1322 c.c.

L'incomprensione riguarda principalmente la dissociazione operata dalla Corte di Cassazione tra il giudizio di meritevolezza degli interessi e quello di liceità della causa.

4. Causa in concreto, illiceità della causa, immeritevolezza degli interessi nei contratti IRS

Giova qui svolgere una serie di osservazioni ulteriori in tema di causa, ed in particolare sulla "causa in concreto", nozione e relativo concetto che ricorre con una certa frequenza nelle argomentazioni della giurisprudenza in materia di contratti del mercato finanziario, anche se non sempre viene esplicitamente menzionato²⁰. È stato efficace-

²⁰ Una rassegna dottrinale su uno dei temi più controversi e gravidi di diverse letture e prospettazioni ricostruttive è impossibile in questa sede. Ci si limita qui di seguito ad individuare alcuni tra i contributi più significativi al dibattito dottrinale sulla natura e sulla funzione della causa, tra causa astratta e concreta, dai quali non si può prescindere: GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.; ID., *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 32 ss.; PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, in ID., *Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica*, Milano, 1951; SACCO, *Il contratto*, in ID. (dir.), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1951; DI MAJO, *Causa nel negozio giuridico*, in *Enc. Giur.*, 2; GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 548; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in GROSSO, SANTORO (dir.), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1961, 122; FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; BIANCA, *Autonomia privata e controllo giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 1 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in GROSSO, SANTORO-PASSARELLI (dir.), *Trattato di diritto civile*, V. IV, 2, Milano, 1970; PIRAINO LETO, *I contratti a tipici e innominati*, Torino, 1974; GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss.; BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1098 ss.; ALPA, BESSONE (a cura di), *Causa e consideration*, Padova, 1984; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1992; D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992; SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, 18 ss.; ALPA, *La causa e il tipo*, in GABRIELLI (a cura di), I

mente rilevato a tale proposito che “la giurisprudenza, quando deve definire en passant la causa, resta affezionata alla formula della funzione economico-sociale; ma quando deve operativamente risolvere qualche problema per cui rileva il concetto di causa, pur senza dirlo, assume il concetto di causa in concreto”²¹.

Come noto, con l'espressione di causa in concreto, pur nella varietà delle posizioni interpretative che si sono succedute in dottrina sin dall'epoca della redazione del codice civile, si suole riferire alla necessità di esaminare, nel sindacato giudiziale sulla esistenza e sulla liceità della causa di un contratto, il reale assetto di interessi che il contratto è destinato a realizzare. Più che la causa astrattamente desumibile da un modello legislativamente o socialmente predeterminato di contratto, rileva ciò che in concreto gli interessi delle parti hanno inteso perseguire con quello specifico contratto e in quelle specifiche circostanze. Se la causa astratta è la funzione economico-sociale che tipicamente un certo genere di contratto realizza sempre indistintamente, una funzione dunque sempre uguale a se stessa, essa non può tollerare alcun sindacato giudiziale nella misura in cui essa si identifica con il tipo legale o sociale; esiste ed è lecita per definizione. La causa in concreto supera questa rigida astrazione che risolve la causa nel tipo a cui il contratto appartiene, ed apre ad una concezione della causa del contratto che vive nella concretezza degli affari e delle dinamiche del mercato, che dà giuridica rilevanza agli specifici elementi che concorrono a formare la ragione giustificativa di ciascuno specifico contratto per come è stato definito dalle parti, e non dal legislatore o dalla prassi mercantile. La causa del contratto, così intesa in concreto, non giustifica *ex ante* tutti indistintamente i contratti del medesimo tipo, ma funge da strumento di valutazione della razionalità economica di ogni singolo contratto per gli specifici connotati che lo contraddistinguono. Gli interessi delle parti, il cui assetto è istituito dal contratto da essi stessi voluto, diventano un elemento oggettivo, essenziale per condurre il sindacato sull'esistenza e sulla liceità della causa di tale contratto²².

Questo passaggio dalla funzione economico-sociale a quella economico-individuale della causa²³ non risolve l'elemento della causa in una rappresentazione soggettiva degli interessi delle parti, ma li sintetizza in una loro rappresentazione oggettiva, pratica,

contratti in generale, V. I, Torino, 1999; PICARDI, *La causa e il tipo*, in LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, V. III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003; BRECCIA, *Causa*, in ALPA, BRECCIA, LISERRE (a cura di), *Il contratto in generale*, III, *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, 86 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in ROPPO, *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, Milano, 2006, 101 ss.; GALGANO, *Diritto privato dell'economia*, Bologna, 2010, 87 ss.; GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, 209 ss.; BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015. DI CIOMMO, *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative, indagini applicative e prospettive*, Milano, 2016.

²¹ ROPPO, *Il contratto*, cit., 364.

²² Nel senso del valore oggettivo dell'assetto di interessi delle parti BESSONE, *Causa tipica e motivi del contratto*, cit., 1098 ss. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 91 parla di ragione pratica del contratto come fondamento della sua rilevanza giuridica.

²³ Per tutti su questa dicotomia si rinvia a FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 371.

funzionalmente intelligibile. Sicché nella definizione sintetica di funzione economico-individuale, l'individualità della causa non è l'individualità dei singoli contraenti, né la loro somma o sintesi, ma è l'individualità del contratto. La sua singolarità è definita dalle parti, ma diviene elemento oggettivamente rilevabile dall'interprete, esprimendosi nella sua logica pratica²⁴.

È in questa dimensione che si è poi orientata la giurisprudenza, a partire da una ben nota pronuncia del 2006²⁵ a mezzo della quale la Suprema Corte ha condiviso gli approdi dottrinali sulla nozione di causa in concreto. La causa del contratto diviene così anche per la giurisprudenza di legittimità “[s]intesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, iscritta nell’orbita della dimensione funzionale dell’atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto”. Ciò che importa sapere del singolo contratto, rispetto alla sua causa, è la funzione pratica che le parti hanno assegnato al loro accordo, gli interessi reali che il patto è destinato a realizzare, non tanto e non solo il tipo a cui appartiene, che poco rivela in fin dei conti in un uso “pratico” del concetto di causa che ne faccia l'interprete, il giudice in particolare²⁶.

La diversa accezione di causa, tra posizione astratta e concreta, non deve tuttavia condurre a ritenere che tale diversità si risolva in una dicotomia ideologica irriducibile. È stato messo in luce che le due concezioni non sono contrapposte, bensì esprimono aspetti diversi di un medesimo percorso valutativo della sussistenza e liceità della causa, che richiede pur sempre un controllo effettivo e concreto sul profilo oggettivo del contratto. La causa in concreto sarebbe, in questa prospettiva, null'altro che l'attuazione della causa in astratto rispetto al singolo contratto. Il superamento della matrice ideologica della concezione della causa come strumento di controllo dell'utilità sociale del contratto e della sua riduzione al tipo consente di coordinare, anziché contrapporre, le due accezioni. Una causa apprezzata solo in astratto e in corrispondenza del modello legale o sociale tipico non consente, fra le altre cose, di valutare l'esistenza e liceità della causa nei contratti atipici; d'altro canto, la causa in concreto, che non può ridursi ad una rappresentazione soggettiva degli interessi delle parti, non è incoerente con l'idea tradizionale che vede nella causa l'elemento idoneo ad individuare il tipo²⁷, “*ancorché la sua effettività sia da controllare alla luce delle circostanze concrete*”²⁸.

²⁴ Per ulteriori riflessioni su questo specifico aspetto, oltre agli Autori citati nelle ultime note, cfr. anche CARUSI, *La disciplina della causa*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, I, II ed., Torino, 2006, 537-538; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, 71 ss.

²⁵ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490; nello stesso senso, più di recente, Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648; Cass., 25 settembre 2019, n. 23894.

²⁶ SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit., 177 ss.

²⁷ In tal senso esplicitamente GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in Id. (a cura di), *I contratti in generale*, cit., 42.

²⁸ ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 82.

Si può a questo punto rilevare che il controllo sull'esistenza della causa, anche in questa versione di sintesi tra portata astratta e concreta della sua concezione, non possa che avvenire all'interno della *ratio* stessa del contratto, ovverosia non in base a criteri e standard esterni ad esso, ma a valori che attingono alla specificità dell'assetto di interessi oggettivizzato nel regolamento contrattuale. L'accertamento dell'esistenza della causa del singolo contratto, in altre parole, opera sul piano della promozione degli interessi delle parti, non su quello della difesa di interessi generali. Il giudizio di liceità della causa (art. 1343 c.c.), invece, opera quale limite esterno alla libera configurazione dell'assetto concreto di interessi espresso dalle parti nel regolamento negoziale²⁹, giacché la liceità opera quale cornice esterna insuperabile posta dall'ordinamento proprio alla libertà delle parti di stabilire un assetto di interessi contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.

Ebbene: nella stessa direzione del giudizio di liceità della causa sembrerebbe doversi andare anche rispetto al giudizio di meritevolezza degli interessi nei contratti atipici di cui all'art. 1322, comma secondo, c.c. Anch'esso non fa capo ad una valutazione che si muove nell'alveo della dimensione individualistica del singolo contratto, tant'è che la norme in questione, come già l'art. 1343 c.c., individua quale parametro di riferimento del il giudizio di meritevolezza, l'ordinamento giuridico³⁰.

Questo approdo, se condiviso, introduce una distinzione importante. Mentre il giudizio sull'esistenza della causa, specie nei contratti atipici come il contratto IRS, va ricondotto alla logica interna al contratto, il giudizio di meritevolezza, come quello di liceità, risponde a criteri di valutazione necessariamente esterni al contratto medesimo. In questa prospettiva, potrebbe anche dubitarsi che il giudizio di liceità della causa, per come la nozione di causa è evoluta nel tempo, coincida in sostanza con quello di meritevolezza degli interessi³¹, salvo attribuire contenuti diversi al giudizio di meritevolezza rispetto, ad esempio, ai valori espressi dalla Costituzione e dall'ordinamento dell'UE³².

In effetti, la liceità e la meritevolezza degli interessi, non esprimono meccanismi di controllo del contratto tra loro incompatibili, giacché la tecnica che li contraddistingue è sostanzialmente la stessa; tuttavia attengono a standard non perfettamente coincidenti. Un contratto ben può essere lecito ma non perseguire al contempo interessi meritevoli di tutela, ovvero esprimere un assetto di interessi che non sia compatibile con il conferimento della giuridica rilevanza del relativo accordo. Un assetto non così incompatibile

²⁹ Cfr. in tal senso NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 238 ss.

³⁰ Nel senso diverso di ritenere che l'indagine sulla meritevolezza dell'interesse coincida con la verifica dell'esistenza della causa nel contratto atipico cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 229.

³¹ Espressamente in tal senso, FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit.; ID. *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in AA.VV., *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1993; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 29; CARUSI, *La disciplina della causa*, cit., 539.

³² BIANCA, *Diritto civile*, cit., 432; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi e equilibrio contrattuale*, in *Contr. e Impr.*, 1987, 423 ss.

con l'ordinamento da considerarsi illecito, ma comunque non adeguato ad un criterio di meritevolezza di tutela giuridica³³.

Quale che sia la posizione preferita, tra la varietà delle interpretazioni possibili, del rapporto tra controllo di meritevolezza e di liceità della causa³⁴, è innegabile che tanto l'art. 1343 c.c. quanto l'art. 1322, comma secondo, c.c. si muovano sul medesimo piano del confronto dell'assetto concreto degli interessi delle parti nel contratto con l'ordinamento giuridico inteso nel senso più lato, potendo svolgere una funzione di salvaguardia di interessi (questa volta sì, individuali) pregiudicati da un programma negoziale inaccettabile.

È ciò che accade proprio nel caso dei contratti IRS nei quali sia presente un'alea unilaterale. Un rischio che sia tale solo per una delle parti perché l'altra non è messa in condizione per apprezzarlo per carenza di informazioni che solo l'altra parte poteva trasmettere definisce un assetto di interessi irrazionale in ragione dello squilibrio ontologico che ne discende, e che determina uno spostamento unilaterale di ricchezza inaccettabile. Un contratto derivato di questo genere non è irrazionale perché eccessivamente rischioso o sconveniente giacché l'alea è un suo connotato specifico; esso è irrazionale perché cancella o minimizza in modo eccessivamente squilibrato il rischio in capo all'intermediario. Un simile assetto di interessi contrattualizzato, difettando di quella alea bilaterale razionale che sola può giustificare, anche a detta dell'ordinanza 2262/2006, un assetto di interessi meritevole di tutela tra intermediario e investitore, conduce correttamente alla conseguenza della nullità del contratto; ma non si vede per quale ragione ed in base a quale argomentazione giuridica la Suprema Corte abbia riconosciuto la nullità del contratto solo in base al sindacato di meritevolezza degli interessi perseguiti, escludendo apertamente che la medesima fattispecie contrattuale possa condurre a dichiarare illecita la causa. La prossimità concettuale tra queste due forme di controllo dell'autonomia negoziale, per quanto sopra rilevato, rende oltremodo complesso in concreto distinguere tra contratti a causa illecita e contratti immeritevoli di tutela.

La giurisprudenza precedente, segnatamente quella consolidata dalle sentenze delle Sezioni Unite del 2020, pur con tutti i suoi difetti, correttamente valorizzava nel percorso motivazionale sia il difetto causale, sia il giudizio negativo sulla meritevolezza degli interessi³⁵, sulla scorta di un utilizzo del concetto di causa in concreto che appare

³³ TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1991, 226; SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit., 213.

³⁴ Per una rassegna delle principali posizioni dottrinali cfr. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 90, nota 163. Evidenzia la promiscuità tra controllo di liceità della causa e di meritevolezza degli interessi CARUSI, *La disciplina della causa*, cit., 540.

³⁵ Si ricorda che la giurisprudenza antecedente l'ordinanza in commento ha altresì fondato la pronuncia di nullità di contratti swap con alea unilaterale/irrazionale sulla ritenuta difettosità dell'oggetto del contratto IRS. Una posizione, quest'ultima, a sua volta foriera di perplessità dottrinali rispetto alla corretta ricostruzione dell'oggetto del contratto di swap, ma che qui si menziona solamente per completezza ricognitiva di tutte le argomentazioni svolte dalla giurisprudenza prima dell'ordinanza 2262/2026 non essendo oggetto delle riflessioni contenute in questo lavoro.

per molti versi condivisibile rispetto all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale generale sull'incidenza dei meccanismi sanciti dagli artt. 1343 e 1322, comma secondo, c.c. sui contratti irragionevoli. Non si tratta naturalmente di confondere tra loro tali meccanismi o di sancirne la reciproca diluizione di valore normativo nell'evoluzione interpretativa del loro rilievo sistemico. Essi sono e restano meccanismi differenti; confonderne la dimensione normativa sarebbe un errore. È indubbio che la loro configurazione oggi risenta del tempo passato dall'epoca della loro elaborazione; l'abbandono della concezione formalistico-astrattizzante del controllo dell'utilità sociale e gli approdi della teoria della causa in concreto hanno smarcato il controllo causale nei contratti tipici dalla devozione alla standardizzazione tipologica legale ed hanno al contempo esteso il sindacato di meritevolezza a tutti i contratti, tipici e non. Questo processo di reciproca contaminazione dei perimetri concettuali e applicativi dei due meccanismi ha ridotto gli spazi differenziali tra i casi di applicazione dell'una e dell'altra norma, quasi facendoli sovrapporre, ma sulla base di una sovrapposizione "di fatto". Come a dire che, ragionando sulla base di criteri normativi diversi, si giunge a risultati spesso convergenti; ma ciò non autorizza a dare inesatta applicazione all'uno o all'altro meccanismo di controllo contrattuale.

L'ordinanza in commento elide con leggerezza l'argomento del difetto causale, senza darne motivazione adeguata, con conseguenze pratiche – e non solo teoriche – di non poco conto. Sfugge la ragione di questo cambio di rotta così plateale della Suprema Corte, che la motivazione dell'ordinanza sostanzialmente non spiega né consente anche solo di intuire. Resta la sensazione di un'inutile presa di distanza dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2020, difficilmente giustificabile sulla base dell'interpretazione consolidata degli apparati normativi considerati dalla Suprema Corte, che porta con sé una discontinuità dagli orientamenti precedenti, e comunica alle corti di merito e agli operatori un'incertezza interpretativa, di cui, francamente, non si sentiva il bisogno.

ABSTRACT

Il contributo analizza l'ordinanza della Corte di Cassazione 3 febbraio 2026, n. 2262, relativa alla validità dei contratti di Interest Rate Swap (IRS), soffermandosi sul mutamento di prospettiva rispetto al consolidato orientamento inaugurato dalle Sezioni Unite del 2020. La decisione conferma la nullità dei contratti IRS privi di un'adeguata rappresentazione dell'alea, in assenza di informazioni quali il mark to market e gli scenari probabilistici, ma riconduce tale vizio esclusivamente al giudizio di meritevolezza degli interessi ex art. 1322, comma 2, c.c., escludendone l'incidenza sulla causa del contratto. Attraverso un'analisi dei rapporti tra causa in concreto, liceità della causa e meritevolezza degli interessi, il lavoro propone una lettura critica della soluzione accolta dall'ordinanza in commento, la quale si discosta senza adeguata motivazione dagli approdi delle Sezioni Unite e dai risultati della più recente elaborazione dottrinale in materia.

This article examines the decision of the Italian Supreme Court on February 3rd 2026, No. 2262, concerning the validity of Interest Rate Swap (IRS) agreements. The essay focuses on

the shift in perspective from the consolidated approach established by the previous case law of the Supreme Court in 2020. The decision confirms the nullity of IRS contracts lacking an adequate representation of the underlying risk, where information such as the mark-to-market value and probabilistic scenarios has not been provided. However, it attributes this defect exclusively to the assessment of the merits of the interests pursued under Article 1322(2) of the Italian Civil Code, excluding any relevance of such deficiency under the contract's consideration. Through an analysis of the relationship between "causa in concreto", the lawfulness of the contractual consideration, and the assessment of the merits of the interests pursued by the parties, this paper advances a critical reading of the solution adopted in the order under review. It argues that the decision departs, without adequate justification, from both the principles laid down by the Joint Chambers and the conclusions reached by the most recent literature on the subject.



Contratti di pacchetto turistico e circostanze inevitabili e straordinarie: giurisprudenza della Corte di giustizia e riforma europea del 2026



Angelo Venchiarutti

Prof. ass. dell'Università di Trieste

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il recesso per circostanze inevitabili e straordinarie nella direttiva 2015/2302: la struttura originaria del rimedio e limiti applicativi. – 3. Le valutazioni *ex post* della direttiva e le criticità emerse nella prassi applicativa. – 4. Il recesso per circostanze inevitabili e straordinarie: il contributo della Corte di giustizia. – 5. Le coordinate interpretative della Corte di giustizia: avvisi ufficiali, valutazione prognostica e concreta incidenza sull'esecuzione del pacchetto. – 6. La direttiva (UE) 2026/1024 e la razionalizzazione del recesso per circostanze inevitabili e straordinarie. – 6.1. La nuova definizione di circostanze inevitabili e straordinarie. – 6.2. La valutazione prognostica e il criterio della ragionevole prevedibilità. – 6.3. L'ampliamento del riferimento all'ambito geografico. – 6.4. Dichiarazioni o raccomandazioni ufficiali. – 6.5. Ulteriori misure di rafforzamento della tutela del viaggiatore. – 7. Considerazioni conclusive: il recesso senza spese e il problema degli impedimenti personali del viaggiatore.

1. Introduzione

A seguito dell'entrata in vigore della direttiva (UE) 2015/2302, il tema delle circostanze inevitabili e straordinarie incidenti sul pacchetto turistico ha assunto particolare rilevanza¹. Già nella sua versione originaria, l'art. 12, per un verso, attribuiva al viaggiato-

¹ Sul tema, di recente, FINESSI, *Circostanze inevitabili e straordinarie, diritto di recesso e tutela del viaggiatore nella dir. (UE) 2015/2302*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 1094 ss. Quanto ai contributi pubbli-

re il diritto di recedere dal contratto prima dell'inizio del pacchetto, senza corrispondere spese di recesso², qualora nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze si verificassero circostanze inevitabili e straordinarie idonee a incidere in misura significativa sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto dei passeggeri verso la destinazione. In tale ipotesi, il viaggiatore aveva diritto al rimborso integrale dei pagamenti effettuati, ma non a un indennizzo supplementare.

La categoria assume, peraltro, una portata trasversale nella direttiva, poiché rileva non soltanto nella prospettiva del viaggiatore. L'art. 12, par. 3, lett. b), riconosce anche all'organizzatore la facoltà di recedere, con obbligo di restituire integralmente i pagamenti ricevuti ma senza dovere un indennizzo supplementare, qualora non sia in grado di eseguire il contratto a causa di circostanze inevitabili e straordinarie e comunichi il recesso senza indebito ritardo prima dell'inizio del pacchetto. La medesima categoria opera dunque su entrambi i versanti del rapporto, pur con presupposti funzionali e conseguenze non del tutto coincidenti: nel caso del viaggiatore, essa giustifica lo scioglimento quando la fruizione del pacchetto risulti significativamente compromessa; nel caso dell'organizzatore, rileva invece come ragione di recesso quando l'evento impedisca l'esecuzione del contratto.

La pandemia da COVID-19 ha mostrato la centralità del rimedio ora menzionato e, al tempo stesso, le difficoltà applicative della disciplina eurounitaria. In un contesto segnato da restrizioni alla mobilità, avvisi ufficiali di viaggio, chiusure di frontiere, rischi sanitari e improvvise cancellazioni di massa, il diritto di recesso senza spese è stato invocato da viaggiatori e operatori turistici in più di un'occasione³.

Ne sono derivate alcune delle principali questioni interpretative, concernenti, tra l'altro, l'individuazione delle circostanze qualificabili come inevitabili e straordinarie e la soglia oltre la quale la loro incidenza sulla realizzazione del viaggio organizzato, o sul

cati all'indomani dell'entrata in vigore della direttiva, v., senza pretese di completezza, PAGLIANTINI, *Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della direttiva 2015/2302/UE: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura*, in *Contr. impr./Europa*, 2017, 242 ss., e in FINESSI (a cura di), *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio*, Napoli, 2017, 85 ss.; PEPE, «Circostanze eccezionali» ed esonero da responsabilità del tour operator nella nuova direttiva viaggi, in *Contr. impr./Europa*, 2017, 255 ss.

² Per una precisazione di ordine terminologico, va rilevato che la versione italiana dell'art. 12, par 2, della direttiva 2015/2302 impiega l'espressione «diritto di risoluzione» del contratto di pacchetto turistico prima dell'inizio dell'esecuzione. Nella trasposizione interna, tuttavia, tale formula è stata opportunamente ricondotta alla categoria del «recesso», come risulta dall'art. 41, comma 2, cod. tur.: la scelta lessicale del legislatore nazionale appare coerente con la struttura del rimedio.

³ Non rientra nell'oggetto del presente contributo l'esame analitico della vasta e disomogenea normativa emergenziale adottata, nei diversi ordinamenti europei, per fronteggiare le criticità prodotte dalla pandemia sul terreno dei rapporti contrattuali e, in particolare, dei contratti di viaggio. Pur trattandosi di un quadro normativo di sicuro rilievo, anche per la varietà delle soluzioni predisposte dai legislatori nazionali, esso verrà richiamato soltanto nei limiti in cui risulti funzionale alla ricostruzione del rapporto tra disciplina europea dei pacchetti turistici, rimedi restitutori e misure eccezionali adottate nella fase pandemica.

trasporto verso la destinazione, possa dirsi sostanziale; la possibilità di ricomprensione in tale valutazione non solo la compromissione oggettiva delle prestazioni pattuite, ma anche alterazioni significative del contesto del viaggio, specie sotto il profilo della sicurezza, della salute del viaggiatore e del concreto conseguimento della finalità turistica; nonché il rilievo degli avvisi ufficiali, del momento della valutazione, delle condizioni personali del viaggiatore, degli eventi verificatisi al di fuori della destinazione e del rapporto tra rimborso monetario e voucher.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha offerto un contributo decisivo alla composizione di alcune delle principali incertezze interpretative emerse nel contesto esaminato, delineando una lettura dell'art. 12, paragrafi 2 e 3, della direttiva fondata sulla combinazione tra accertamento oggettivo delle circostanze rilevanti, ragionevole prevedibilità della loro incidenza sull'attuazione del pacchetto e valutazione prognostica da compiersi al momento dell'esercizio del diritto di recesso da parte del viaggiatore o, rispettivamente, dell'organizzatore.

Le criticità applicative acuitesi durante la crisi pandemica hanno inoltre indotto la Commissione europea ad avviare un percorso di revisione della direttiva (UE) 2015/2302. La proposta di modifica, presentata il 29 novembre 2023⁴, è confluita nella direttiva (UE) 2026/1024 del 29 aprile 2026, pubblicata l'8 maggio 2026, volta a rafforzare la tutela dei viaggiatori e a chiarire alcuni aspetti della normativa previgente⁵.

Nelle pagine che seguono, l'indagine si articola in più passaggi. Muovendo dalla ricostruzione della disciplina positiva, essa si sofferma dapprima sui principali problemi interpretativi posti dall'art. 12, paragrafi 2 e 3, della direttiva sui pacchetti turistici; procede quindi all'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia e delle soluzioni da essa elaborate; giunge infine alla recente riforma del 2026 e alle sue ricadute sistematiche. Su tali basi saranno poi formulate alcune considerazioni conclusive.

Anticipando un profilo che sarà sviluppato nel prosieguo, il lavoro intende evidenziare come la riforma del 2026 non si limiti a recepire gli orientamenti maturati nella giurisprudenza europea, ma ne precisi i presupposti applicativi e contribuisca a ridefinire la funzione del diritto di recesso senza spese. Il rimedio non appare più soltanto come uno strumento eccezionale di scioglimento del vincolo contrattuale in presenza di sopravvenienze qualificate, ma tende ad assumere la fisionomia di una tecnica di allocazione e gestione del rischio connesso all'esecuzione del pacchetto turistico. La configurazione emerge dal coordinamento di più elementi: l'oggettività dell'evento sopravvenuto, la ragionevole valutazione prognostica della sua incidenza, il collegamento funzionale

⁴ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2015/2302 per rendere più efficace la protezione dei viaggiatori e per semplificare e chiarire alcuni aspetti della direttiva, Bruxelles, 29 novembre 2023, COM(2023) 905 final.

⁵ Direttiva (UE) 2026/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2026, che modifica la direttiva (UE) 2015/2302 al fine di rendere più efficace la protezione dei viaggiatori e di semplificare e chiarire alcuni aspetti di tale direttiva.

con l'attuazione del pacchetto o con il trasporto verso la destinazione e l'effettività della tutela restitutoria conseguente all'esercizio del recesso.

Nella parte finale, l'analisi sarà completata da alcune considerazioni sul recesso in presenza di impedimenti personali del viaggiatore. Muovendo dagli orientamenti della giurisprudenza italiana che hanno attribuito rilievo alla causa concreta del contratto di viaggio e alla frustrazione della finalità turistica, si verificherà se e in quale misura tali elaborazioni possano ancora trovare spazio all'interno di una disciplina di armonizzazione massima, che subordina il recesso senza spese all'incidenza di circostanze esterne e oggettivamente verificabili sulla realizzazione del viaggio organizzato. Il problema non sarà dunque affrontato in termini generali, ma nella specifica prospettiva del coordinamento tra la tipizzazione europea del rischio e le categorie civilistiche nazionali poste a tutela degli interessi della persona.

2. Il recesso per circostanze inevitabili e straordinarie nella direttiva 2015/2302: la struttura originaria del rimedio e limiti applicativi

Per avviare l'analisi, conviene richiamare il testo dell'art. 12, par. 2, della direttiva (UE) 2015/2302, nella versione antecedente alla riforma del 2026. La disposizione, collocata nell'articolo rubricato «*Risoluzione del contratto di pacchetto turistico e diritto di recesso prima dell'inizio del pacchetto*», prevede, per quanto qui interessa, che «*gli Stati membri provvedono affinché il viaggiatore abbia il diritto di risolvere il contratto di pacchetto turistico prima dell'inizio del pacchetto senza corrispondere spese di risoluzione qualora si verifichino circostanze inevitabili e straordinarie nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze che incidano in misura significativa sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto dei passeggeri verso la destinazione*». Il secondo periodo dello stesso paragrafo precisa poi che, in caso di risoluzione in circostanze del genere, «*il viaggiatore ha diritto al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto*», restando escluso ogni indennizzo supplementare⁶.

Il quadro normativo così delineato presenta diversi profili di interesse.

Anzitutto, l'art. 12, par. 2, della direttiva (UE) 2015/2302 introduce una rilevante innovazione rispetto al regime della direttiva 90/314/CEE, che non riconosceva al con-

⁶ Benché la versione italiana della direttiva (UE) 2015/2302 impieghi il termine «risoluzione», nel presente contributo si utilizzerà il termine «recesso». La scelta risponde alla natura del potere attribuito al viaggiatore, esercitabile unilateralmente prima dell'inizio del pacchetto, e trova conferma nell'utilizzo del termine «recesso» nella rubrica e nel testo dell'art. 41 cod. tur., come sostituiti ad opera dell'art. 1, d. lgs. 21 maggio 2018, n. 62, in sede di recepimento della direttiva (UE) 2015/2302, in accoglimento dell'auspicio formulato dalla dottrina a commento del provvedimento europeo: DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (Dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2017, 1122 s.; nonché FINESSI (a cura di), *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio*, cit., 24.

sumatore una facoltà comparabile. La disciplina del 2015 rafforza dunque la posizione del consumatore-viaggiatore, consentendogli di recedere dal contratto senza sostenere spese quando eventi sopravvenuti, dotati di particolare gravità, compromettano significativamente il programma turistico o il trasporto verso la destinazione.

In secondo luogo, merita attenzione l'utilizzo dell'espressione di «*circostanze inevitabili e straordinarie*». Si tratta di un aspetto che sotto vari punti di vista è stato messo in luce da più di un commentatore e sul quale pare opportuno soffermarsi pure in questa sede quantomeno in forma sintetica.

Quanto alla scelta terminologica del legislatore dell'Unione, va evidenziato come la direttiva non ricorra alla nozione di forza maggiore, già impiegata dalla direttiva 90/314/CEE e largamente conosciuta nella tradizione giuridica degli ordinamenti nazionali per individuare situazioni in parte assimilabili a quelle considerate dalla disciplina europea. L'adozione dell'espressione «*circostanze inevitabili e straordinarie*» evita così il rinvio a categorie proprie dei singoli ordinamenti nazionali, non sempre perfettamente coincidenti tra loro, favorendo un'applicazione uniforme della direttiva nei diversi Stati membri⁷. A tal fine l'art. 3, n. 12, della direttiva precisa che per la *nuova* espressione s'intende: «*una situazione fuori dal controllo della parte*» che le invoca, «*le cui conseguenze non sarebbero state evitate nemmeno adottando tutte le ragionevoli misure*».

La definizione chiarisce soprattutto il profilo dell'inevitabilità: l'evento deve collocarsi al di fuori della sfera di controllo della parte e deve produrre conseguenze non evitabili mediante l'impiego di misure ragionevoli. Quanto al requisito della straordinarietà, indicazioni più specifiche si ricavano dal testo del considerando n. 31, che, a titolo esemplificativo, menziona conflitti armati, altri gravi problemi di sicurezza quali terrorismo, rischi significativi per la salute umana quali il focolaio di una grave malattia nel luogo di destinazione del viaggio o calamità naturali come inondazioni, terremoti o condizioni meteorologiche avverse che impediscono di viaggiare in modo sicuro verso la destinazione come stabilito nel contratto di pacchetto.

Il rimedio contemplato dall'art. 12, par. 2, presenta poi una fisionomia peculiare. Il viaggiatore può avvalersene anche quando i servizi inclusi nel pacchetto siano ancora materialmente eseguibili, ma la realizzazione del viaggio risulti sensibilmente condizionata dalle circostanze sopravvenute. L'individuazione delle ipotesi in cui tale situazione possa dirsi integrata richiede, dunque, un'attenta opera interpretativa. Un primo riferimento utile emerge, tuttavia, già dall'allegato I della direttiva, là dove, negli schemi dei moduli informativi di cui alle Parti A e B, si prevede che i viaggiatori siano informati della possibilità, in circostanze eccezionali, di recedere dal contratto senza corrispondere

⁷ Del resto, l'art. 1 della direttiva (UE) 2015/2302, nel definirne lo scopo, richiama espressamente l'esigenza di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e di assicurare un livello elevato, e il più possibile uniforme, di protezione dei consumatori; FINESSI, *Circostanze inevitabili e straordinarie, diritto di recesso e tutela del viaggiatore nella dir. (UE) 2015/2302*, cit., 1097 ss.

spese prima dell'inizio del pacchetto, «*ad esempio se sussistono seri problemi di sicurezza nel luogo di destinazione che possono pregiudicare il pacchetto*».

Proprio perché il recesso del viaggiatore non è imputabile all'organizzatore, esso non integra un'ipotesi idonea a fondarne la responsabilità. Il viaggiatore ha diritto al rimborso integrale delle somme versate, ma non a un risarcimento aggiuntivo. La restituzione opera, dunque, come conseguenza dello scioglimento del vincolo contrattuale, non già come rimedio risarcitorio.

Un ulteriore profilo di rilievo sistematico emerge dal confronto tra l'art. 12, par. 2, e l'art. 12, par. 3, lett. b). Nel primo caso, le «*circostanze inevitabili e straordinarie*» diventano pertinenti quando pregiudichino in modo rilevante l'esecuzione del pacchetto o il trasporto dei passeggeri verso la destinazione. Non è quindi necessario che l'esecuzione sia divenuta impossibile in senso assoluto; è sufficiente che la realizzazione del programma turistico risulti gravemente compromessa.

Nel secondo caso, invece, la medesima categoria opera in una prospettiva diversa. L'organizzatore può recedere dal contratto quando, a causa di circostanze inevitabili e straordinarie, non sia in grado di eseguirlo. Qui il baricentro della disciplina si sposta dalla significativa incidenza sull'interesse del viaggiatore alla concreta impossibilità, per l'organizzatore, di adempiere il programma contrattuale.

La nozione di «*circostanze inevitabili e straordinarie*» svolge, dunque, una funzione comune, ma non identica, nelle due ipotesi. In entrambi i casi essa individua un evento estraneo alla sfera di controllo delle parti, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate mediante l'adozione di misure ragionevoli. Diversa è, tuttavia, la soglia richiesta dalla disciplina nei due casi. Nel par. 2 assumono rilievo l'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto dei passeggeri verso la destinazione e, quindi, la compromissione dell'interesse del viaggiatore alla fruizione del viaggio secondo il programma pattuito. Nel par. 3, lett. b), viene in considerazione l'impossibilità, per l'organizzatore, di dare esecuzione al contratto.

In sede di prima valutazione complessiva, il confronto tra par. 2 e par. 3, lett. b), dell'art. 12, mostra come la direttiva costruisca un equilibrio tra protezione del viaggiatore e salvaguardia dell'organizzatore rispetto a eventi inevitabili e straordinari che, secondo prospettive diverse, rendano non ragionevolmente esigibile la conservazione del rapporto contrattuale⁸. Da un lato, il par. 2 rafforza la posizione del viaggiatore, riconoscendogli un diritto di recesso senza spese non previsto in termini analoghi dalla direttiva 90/314/CEE, ma evita che ogni sopravvenienza sfavorevole possa legittimare lo scioglimento gratuito del contratto. Dall'altro, il par. 3, lett. b), tutela l'organizzatore quando, a causa delle medesime circostanze, non sia in grado di eseguire il pacchetto.

⁸ Nel considerando 5 della direttiva viene evidenziata la necessità di armonizzare i diritti e gli obblighi derivanti dai contratti relativi a pacchetti turistici e a servizi turistici collegati, al fine di promuovere in tale settore un effettivo mercato interno dei consumatori che realizzi il «*giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela per questi ultimi e la competitività delle imprese*».

Proprio su questo terreno sono emersi, tuttavia, nel corso del tempo, i principali profili problematici della disciplina. La nozione comune di «*circostanze inevitabili e straordinarie*» non si è infatti rivelata, da sola, sufficiente a risolvere le difficoltà applicative poste dalle due disposizioni. Nel caso del recesso del viaggiatore, il problema consiste nello stabilire quando l'evento sopravvenuto, pur non impedendo in assoluto l'attuazione del programma contrattuale, incida su di essa in misura tale da giustificare lo scioglimento senza spese. Nel caso del recesso da parte dell'organizzatore, la questione riguarda invece l'individuazione della soglia oltre la quale le medesime circostanze rendano effettivamente ineseguibile il pacchetto, e non soltanto più onerosa, meno conveniente o organizzativamente più complessa la sua prestazione.

3. Le valutazioni *ex post* della direttiva e le criticità emerse nella prassi applicativa

A seguito del recepimento della direttiva (UE) 2015/2302 negli ordinamenti nazionali, la disciplina europea sui pacchetti turistici ha conosciuto le prime applicazioni nella prassi degli Stati membri. In attuazione di quanto previsto dalla stessa direttiva, la Commissione europea ha avviato un'attività di valutazione *ex post*, volta a verificarne il funzionamento e a individuare le principali difficoltà emerse nella sua applicazione.

Da tali valutazioni è emerso un quadro articolato. L'intervento europeo ha confermato il proprio valore sistematico, in quanto diretto a rafforzare la tutela del viaggiatore e a garantire un più ordinato funzionamento del mercato interno dei pacchetti turistici. Al tempo stesso, l'evoluzione del mercato, la crescente digitalizzazione dei servizi turistici e, soprattutto, l'esperienza applicativa maturata durante la pandemia da COVID-19 hanno posto in evidenza alcuni limiti della disciplina.

Le valutazioni della Commissione hanno individuato tre principali ordini di criticità: le difficoltà relative ai rimborsi in caso di cancellazione dei pacchetti; l'insufficiente protezione degli acconti versati dai viaggiatori in caso di insolvenza dell'organizzatore; la presenza di disposizioni poco chiare, lacunose o eccessivamente complesse. È soprattutto quest'ultimo profilo ad assumere rilievo nell'ambito dell'indagine che si sta conducendo, poiché investe direttamente le regole sul recesso dal contratto di pacchetto turistico in presenza di circostanze inevitabili e straordinarie⁹.

Le difficoltà interpretative sono emerse con particolare evidenza nella fase pandemica. In numerosi casi, i viaggiatori hanno invocato le norme nazionali di attuazione dell'art. 12, par. 2, della direttiva per ottenere il recesso senza spese del contratto e

⁹ Per l'individuazione delle tre principali criticità emerse nell'applicazione della direttiva – rimborsi in caso di cancellazione, protezione degli acconti in caso di insolvenza dell'organizzatore e difficoltà interpretative di alcune disposizioni – v., in particolare, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici*, COM(2021) 90 final.

il rimborso integrale delle somme versate. Gli organizzatori, per contro, si sono trovati esposti a domande restitutorie di massa, in un contesto caratterizzato da gravi tensioni di liquidità e da incertezze circa la qualificazione giuridica degli eventi rilevanti. Il ricorso ai voucher, talora utilizzati come strumenti sostitutivi del rimborso monetario, ha ulteriormente accentuato la distanza tra il riconoscimento formale del diritto al rimborso e la sua effettiva soddisfazione. Ulteriori incertezze hanno riguardato l'applicazione dell'art. 12, par. 3, lett. b), là dove gli organizzatori hanno invocato le norme interne di trasposizione per recedere dai contratti di pacchetto turistico quando le circostanze connesse alla pandemia rendevano impossibile, o comunque estremamente problematica, l'esecuzione delle prestazioni turistiche.

In tal modo, le prime applicazioni nazionali della direttiva hanno reso evidente come la comune nozione di «*circostanze inevitabili e straordinarie*» richiedesse ulteriori precisazioni, tanto con riguardo al diritto di recesso del viaggiatore, quanto con riferimento alla facoltà dell'organizzatore di recedere dal contratto.

Nel percorso che ha condotto alla revisione della disciplina, la Commissione ha quindi preso in considerazione tali criticità, anche alla luce delle consultazioni svolte con le parti interessate, degli studi preparatori e dei chiarimenti progressivamente offerti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Ai fini del presente contributo, l'attenzione si concentra sulle soluzioni dirette a precisare le condizioni di operatività dell'art. 12, parr. 2 e 3, lett. b).

4. Il recesso per circostanze inevitabili e straordinarie: il contributo della Corte di giustizia

Le incertezze applicative emerse nei primi anni di attuazione della direttiva (UE) 2015/2302 hanno trovato un significativo momento di chiarificazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Particolare rilievo assumono, ai fini dell'indagine, le sentenze *M.D. c. Tez Tour*¹⁰ e *GF c. Schauinsland-Reisen GmbH*¹¹, entrambe originate da controver-

¹⁰ Corte giust., 29 febbraio 2024, causa C-299/22: nel caso *Tez Tour*, relativo al recesso da un pacchetto turistico per gli Emirati Arabi Uniti programmato nei primi giorni di marzo 2020, il viaggiatore aveva invocato i rischi sanitari connessi alla diffusione del COVID-19 per ottenere dall'agenzia di viaggio il rimborso integrale del prezzo già versato. Respinte le sue domande nei precedenti gradi di giudizio, la Corte suprema lituana ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni sull'interpretazione dell'art. 12, par. 2, della direttiva 2015/2302. In particolare, il rinvio riguardava: la necessità, o meno, di una raccomandazione ufficiale che sconsigliasse il viaggio o qualificasse la destinazione come area a rischio; i criteri per valutare l'incidenza significativa delle circostanze sull'esecuzione del pacchetto, anche con riguardo alla sicurezza, alla salute dei viaggiatori e alla possibilità di realizzare lo scopo della vacanza; l'estensione geografica del riferimento al luogo di destinazione o alle sue immediate vicinanze.

¹¹ Corte giust., 4 ottobre 2024, causa C-546/22: nel caso *GF c. Schauinsland-Reisen GmbH*, relativo a un pacchetto turistico per le Maldive previsto tra il 26 dicembre 2020 e il 2 gennaio 2021,

sie sorte nel contesto della pandemia da COVID-19 e relative all'interpretazione dell'art. 12 della direttiva, a seguito di rinvii pregiudiziali proposti dai giudici nazionali ai sensi dell'art. 267 TFUE. La prima riguardava il diritto del viaggiatore di recedere dal contratto senza spese, ex art. 12, par. 2, in presenza di rischi sanitari sopravvenuti prima dell'inizio del pacchetto; la seconda concerneva, invece, la facoltà dell'organizzatore di recedere dal contratto, ex art. 12, par. 3, lett. b), in presenza di un avviso ufficiale di viaggio emanato dalle autorità competenti. In entrambi i casi, la questione centrale riguardava i criteri in base ai quali valutare gli effetti delle circostanze inevitabili e straordinarie sull'esecuzione del pacchetto di viaggio: sotto il profilo della loro incidenza sostanziale, nel recesso del viaggiatore, e dell'impedimento all'esecuzione, nel recesso dell'organizzatore.

5. Le coordinate interpretative della Corte di giustizia: avvisi ufficiali, valutazione prognostica e concreta incidenza sull'esecuzione del pacchetto

Le due decisioni della Corte di giustizia consentono di individuare alcune linee interpretative di particolare rilievo. Esse non si limitano a chiarire il significato dell'art. 12 della direttiva 2015/2302, ma offrono un modello di valutazione non formalistico, fondato su criteri oggettivi e prognostici e riferito alla concreta incidenza delle circostanze sopravvenute sull'esecuzione del pacchetto turistico.

Un primo profilo concerne il rilievo degli avvisi ufficiali di viaggio emanati dalle autorità competenti. Nella causa *Tez Tour*, la Corte chiarisce che l'accertamento delle circostanze inevitabili e straordinarie non è subordinato alla previa adozione di una raccomandazione ufficiale che sconsigli i viaggi verso l'area interessata, né a una decisione formale che qualifichi la destinazione come zona a rischio. Gli avvisi ufficiali possono certo assumere valore probatorio, ma la loro mancanza non impedisce, di per sé, di accertare la ricorrenza delle circostanze rilevanti ai fini del recesso senza spese.

La medesima impostazione viene confermata, con gli adattamenti richiesti dalla diversa fattispecie, nella causa *Schauinsland-Reisen*, riguardante l'art. 12, par. 3, lett. b), e dunque la facoltà dell'organizzatore di recedere dal contratto senza essere tenuto al pagamento di un indennizzo supplementare. Anche in questo caso, la raccomandazione

l'organizzatore aveva esercitato il recesso dal contratto in ragione dell'avviso di viaggio di massimo livello emanato dal Ministero degli affari esteri austriaco, rimborsando l'acconto versato. Il viaggiatore agiva quindi per il risarcimento del danno da vacanza rovinata e della perdita di guadagno, sostenendo che l'avviso ufficiale non integrasse, di per sé, una circostanza inevitabile e straordinaria idonea a impedire l'esecuzione del pacchetto. Investito della controversia, l'*Oberster Gerichtshof* disponeva il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendo, in sintesi, se l'art. 12, par. 3, lett. b), della direttiva 2015/2302 consenta all'organizzatore di risolvere il contratto sulla base di un avviso ufficiale di viaggio, anche quando il viaggiatore sia disposto a partire e l'esecuzione del pacchetto non risulti oggettivamente impossibile.

ufficiale che sconsiglia il viaggio verso il Paese di destinazione assume un importante valore probatorio, ma non produce un effetto automaticamente decisivo. Essa deve essere valutata insieme agli altri elementi disponibili e può essere contrastata da circostanze idonee a ridimensionarne la portata nel caso concreto. Ne risulta confermata una logica probatoria e relazionale: l'avviso ufficiale è un indice qualificato, non una condizione necessaria né una presunzione assoluta.

Restano così sullo sfondo, quali soluzioni più rigide e non accolte dalla Corte, tanto l'impostazione formalistica, secondo cui l'avviso ufficiale costituirebbe una condizione imprescindibile per il recesso, quanto quella automatica, che gli attribuirebbe efficacia di per sé risolutiva. La Corte esclude entrambe le prospettive: da un lato, evita di far dipendere la tutela del viaggiatore, o la posizione dell'organizzatore, dalla previa adozione di un atto formale dell'autorità; dall'altro, impedisce che l'atto amministrativo sostituisca integralmente la verifica concreta dell'impatto delle circostanze sopravvenute sull'esecuzione del contratto.

Un secondo profilo sul quale si pronuncia la Corte di Giustizia riguarda l'ambito geografico entro il quale le circostanze di cui all'art. 12, par. 2 devono manifestarsi. Sebbene nella versione originale l'articolo ora menzionato facesse riferimento alle circostanze verificatesi nel luogo di destinazione o nelle immediate vicinanze, per i giudici di Lussemburgo possono essere presi in considerazione anche gli effetti che si producono nel luogo di partenza, nei luoghi di rientro o nei punti intermedi connessi al viaggio, purché incidano sull'attuazione del programma contrattuale o sul trasporto dei passeggeri verso la destinazione. Nella causa *Tez Tour*, la Corte adotta dunque una lettura funzionale della disposizione. La delimitazione spaziale della norma non viene intesa in senso meramente topografico, ma alla luce della struttura complessiva del pacchetto turistico e dell'interdipendenza tra le diverse prestazioni che lo compongono.

Della nozione di «*circostanze inevitabili e straordinarie che incidono in misura significativa sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto dei passeggeri verso la destinazione*», la Corte propone poi un'interpretazione ampia e a carattere sostanziale. La significativa incidenza non coincide necessariamente con l'impossibilità materiale o giuridica della prestazione. Il pacchetto può risultare, in astratto, ancora eseguibile e tuttavia non ragionevolmente realizzabile in concreto, quando la sua esecuzione esponga i viaggiatori a rischi rilevanti per la salute o la sicurezza. La Corte valorizza pertanto una nozione sostanziale di eseguibilità, non riducibile alla mera possibilità materiale di effettuare il viaggio.

Una precisazione di tal sorta emerge in particolare nella causa *Schauinsland-Reisen*, pur con riferimento all'art. 12, par. 3, lett. b). Il fatto che la disposizione richieda che l'organizzatore sia «impedito» nell'esecuzione del contratto non implica necessariamente una impossibilità assoluta. L'impedimento può ricorrere anche quando le circostanze inevitabili e straordinarie incidano in modo rilevante sulle condizioni di realizzazione del viaggio organizzato, rendendone l'attuazione non ragionevolmente praticabile secondo un accertamento riferito al caso. In questo modo, la Corte tende ad avvicinare, sul piano funzionale, il criterio della significativa incidenza previsto per il viaggiatore e quello dell'impedimento invocabile dall'organizzatore, pur mantenendo distinta la struttura

dei due rimedi. L'accostamento non elimina, tuttavia, la diversità strutturale delle due fattispecie, poiché soltanto il recesso dell'organizzatore presuppone che le circostanze gli impediscano di eseguire il pacchetto.

Nella causa *Tez Tour*, la Corte ammette inoltre che, nella valutazione dell'incidenza significativa, possano essere considerate anche condizioni personali oggettivamente verificabili. Esse non costituiscono un autonomo presupposto del recesso, ma possono aggravare l'impatto di un evento esterno sull'esecuzione del pacchetto. Si pensi al viaggiatore affetto da patologie pregresse o alla famiglia con figli minori esposti, nella destinazione, a una grave emergenza sanitaria o di sicurezza. In tali ipotesi, la situazione individuale contribuisce a misurare la portata del rischio esterno; non può invece trasformare una percezione soggettiva del pericolo in causa di recesso senza spese.

Decisivo è, poi, il momento della valutazione. La Corte chiarisce che l'accertamento deve essere condotto alla data in cui il diritto di recesso viene esercitato, secondo la prospettiva di un viaggiatore medio, normalmente informato, ragionevolmente attento e avveduto. Non rileva, dunque, stabilire *ex post* se il viaggio avrebbe potuto svolgersi senza conseguenze pregiudizievoli; occorre invece verificare se, quando il viaggiatore esercita il diritto di recesso, fosse ragionevole prevedere che le circostanze inevitabili e straordinarie avrebbero inciso in misura significativa sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto verso la destinazione.

La Corte precisa, inoltre, che il viaggiatore non può invocare, a fondamento del recesso senza spese, una situazione già nota o ragionevolmente prevedibile al momento della conclusione del contratto. Tuttavia, questa affermazione non preclude la possibilità di valorizzare l'evoluzione successiva della situazione, quando essa abbia subito mutamenti significativi tali da configurare un nuovo quadro di circostanze inevitabili e straordinarie. Anche sotto questo profilo, la valutazione resta ancorata a un criterio dinamico e concreto, che tiene conto della natura mutevole delle crisi sanitarie, politiche o di sicurezza.

Nel complesso, la Corte delinea un modello fondato sull'oggettività delle circostanze, sulla ragionevole prevedibilità dei loro effetti e sulla valutazione riferita al momento del recesso. Né il viaggiatore né l'organizzatore possono fondarsi su automatismi: occorre sempre verificare la concreta incidenza dell'evento sull'esecuzione del pacchetto, secondo i differenti presupposti previsti dai parr. 2 e 3 dell'art. 12.

6. La direttiva (UE) 2026/1024 e la razionalizzazione del recesso per circostanze inevitabili e straordinarie

La direttiva (UE) 2026/1024 interviene su molteplici aspetti della disciplina dei pacchetti turistici. L'esame sarà qui limitato alle modifiche che riguardano il recesso per cir-

costanze inevitabili e straordinarie¹². La revisione si colloca su un terreno già ampiamente segnato dalla prassi applicativa e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: il nuovo testo non altera la struttura del recesso di cui all'art. 12, ma ne precisa le condizioni di esercizio e rende più articolati i criteri destinati a orientare l'interprete.

Le nuove previsioni perseguono una pluralità di obiettivi tra loro connessi; tra essi, assume rilievo, ai fini dell'indagine, l'esigenza di chiarire l'ambito di operatività del recesso senza spese del contratto di pacchetto turistico quando sopravvengano circostanze inevitabili e straordinarie¹³.

6.1. La nuova definizione di circostanze inevitabili e straordinarie

Nella prospettiva di razionalizzazione del rimedio si colloca, anzitutto, la modifica della stessa definizione di «*circostanze inevitabili e straordinarie*». Il nuovo testo dell'art. 3, n. 12 le identifica come «*circostanze oggettive*» estranee al controllo della parte che le invoca, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate neppure adottando tutte le ragionevoli misure¹⁴.

L'inserimento dell'aggettivo «*oggettive*» non ha portata meramente stilistica. Esso sembra rispondere all'esigenza di precisare che il diritto di recesso non può fondarsi su una percezione meramente individuale del pericolo, del disagio o dell'inopportunità del viaggio. Il presupposto del recesso senza spese deve dunque essere ricondotto a circostanze verificabili secondo un criterio esterno alla sola rappresentazione soggettiva del viaggiatore.

Al tempo stesso, le indicazioni contenute nel considerando della direttiva confermano che l'oggettività dell'evento non coincide con l'impossibilità dell'esecuzione in senso stretto. Le circostanze rilevanti possono consistere non solo in eventi che rendano materialmente o giuridicamente impossibile l'attuazione del programma contrattuale, ma anche in situazioni nelle quali la prestazione, pur astrattamente eseguibile, esporrebbe i viaggiatori a rischi significativi per la salute o la sicurezza¹⁵. Si tratta di un profilo rile-

¹² Direttiva (UE) 2026/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2026, che modifica la direttiva (UE) 2015/2302 al fine di rendere più effettiva la protezione dei viaggiatori e di semplificare e chiarire taluni aspetti di tale direttiva, in GUUE L, 2026/1024, 8 maggio 2026.

¹³ L'incipit del considerando n. 17 della direttiva 2026/1024 recita in particolare: «È opportuno chiarire che la risoluzione del contratto di pacchetto turistico è possibile qualora ci si possa ragionevolmente attendere che le circostanze inevitabili e straordinarie avranno un'incidenza sostanziale sulla sua esecuzione».

¹⁴ Ecco la nuova definizione di «*circostanze inevitabili e straordinarie*» dell'art. 3 n. 12 della direttiva 2026/1024: «*circostanze oggettive che sono fuori dal controllo della parte che invoca tali circostanze e le cui conseguenze non sarebbero state evitate nemmeno adottando tutte le ragionevoli misure*».

¹⁵ Nel considerando n. 18 si legge, tra l'altro: «Tra le circostanze inevitabili e straordinarie non dovrebbero rientrare solo le circostanze che rendono oggettivamente impossibile l'esecuzione di un pacchetto, bensì anche quelle che, pur non impedendo tale esecuzione, fanno sì che il pacchetto non possa

vante, poiché consente di allineare il dato normativo agli orientamenti già emersi nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Quest'ultima nella sua attività di interpretazione uniforme ha chiarito che l'incidenza delle circostanze inevitabili e straordinarie non può essere ridotta alla sola impossibilità fisica o giuridica dell'esecuzione, ma può riguardare anche la sicurezza, la salute e la concreta praticabilità dell'esperienza turistica.

La precisazione introdotta dalla direttiva riformata assume, pertanto, una funzione selettiva, ma non restrittiva in senso proprio. Essa non comprime l'ambito del recesso alle sole ipotesi di impossibilità assoluta della prestazione, bensì richiede che il giudizio sulla ricorrenza delle circostanze rilevanti sia fondato su elementi obiettivamente riscontrabili e idonei a incidere in modo significativo sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto dei passeggeri verso la destinazione.

Rimane tuttavia aperta la questione del ruolo da attribuire alle circostanze individuali del viaggiatore. Il riferimento alle «*circostanze oggettive*» ora espressamente contenuto nell'art. 3, n. 12 individua nella verificabilità esterna della situazione il necessario punto di partenza della valutazione, senza tuttavia implicare che, nell'accertamento dell'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto, debba attribuirsi rilievo esclusivamente a fattori personali e astrattamente considerati.

Del resto, già un'interpretazione sistematica della disciplina previgente induceva a tenere conto anche di eventuali condizioni individuali di particolare vulnerabilità, purché esse si innestassero su rischi oggettivamente verificabili¹⁶. In questa direzione deponevano tanto il considerando 31, il cui riferimento ai «problemi di sicurezza» e ai «rischi significativi per la salute» consentiva di ricomprendere anche le ipotesi nelle quali l'esecuzione del pacchetto, benché giuridicamente e materialmente possibile, avrebbe esposto il viaggiatore a un rischio significativo per la salute o la sicurezza, quanto il considerando 25, che imponeva al professionista, nell'adempimento degli obblighi informativi precontrattuali, di considerare le esigenze specifiche dei viaggiatori particolarmente vulnerabili in ragione dell'età o di un'infermità fisica¹⁷.

La soluzione più coerente con tale quadro sistematico e con la giurisprudenza della Corte di giustizia è, pertanto, quella secondo cui le condizioni personali, sanitarie o familiari del viaggiatore non costituiscono un autonomo presupposto del recesso, ma possono concorrere a determinare la significatività dell'impatto prodotto da una circostanza oggettiva sull'esecuzione del pacchetto, in particolare quando riguardino viaggiatori o gruppi di viaggiatori caratterizzati da una specifica vulnerabilità¹⁸. Resta distinta

essere eseguito senza esporre i viaggiatori interessati a rischi per la loro salute e la loro sicurezza».

¹⁶ Il tema è sviluppato già da FINESSI, *Circostanze inevitabili e straordinarie, diritto di recesso e tutela del viaggiatore nella dir. (UE) 2015/2302*, cit., 1107 ss.

¹⁷ Tra le altre v. Corte giust., 29 febbraio 2024, causa C-299/22, cit., punto 62.

¹⁸ Un'indicazione in tal senso si rinviene anche nella direttiva (UE) 2026/1024, il cui considerando 18 menziona, tra le circostanze inevitabili e straordinarie, i rischi per la salute e la sicurezza che «possono incidere su determinati gruppi di viaggiatori in modo particolarmente grave a causa della loro vulnerabilità».

l'ipotesi nella quale l'impedimento sia interamente circoscritto alla sfera personale del viaggiatore e non si colleghi ad alcuna circostanza esterna incidente sull'esecuzione del pacchetto: questione sulla quale si tornerà nelle considerazioni conclusive.

6.2. La valutazione prognostica e il criterio della ragionevole prevedibilità.

Una seconda innovazione di rilievo concerne la revisione dell'art. 12, par. 2, della direttiva (UE) 2015/2302. Le modifiche introdotte investono più profili della fattispecie; il primo attiene all'esplicitazione della prospettiva temporale e prognostica nella quale deve essere valutata l'incidenza delle circostanze inevitabili e straordinarie sull'esecuzione del pacchetto. In base alla nuova disposizione, il viaggiatore può recedere dal contratto prima dell'inizio del pacchetto, senza corrispondere spese, qualora «*si possa ragionevolmente attendere*» che circostanze inevitabili e straordinarie abbiano un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del contratto di pacchetto turistico.

Il nuovo testo si distingue da quello previgente dell'art. 12, par. 2, il quale riconosce il diritto di recedere senza spese quando nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze si verifichino circostanze inevitabili e straordinarie che «*hanno un'incidenza sostanziale*» sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto dei passeggeri verso la destinazione. Già nella versione del 2015, la disposizione, pur riferendosi a circostanze che «*hanno un'incidenza sostanziale*», è stata interpretata dalla stessa Corte di giustizia, nel senso di richiedere una valutazione prognostica degli effetti prevedibili sull'esecuzione del pacchetto al momento dell'esercizio del recesso prima dell'inizio del pacchetto¹⁹.

La novità della direttiva 2026/1024 non consiste, dunque, nell'introduzione *ex novo* di un giudizio prognostico, quanto piuttosto nella sua esplicitazione normativa. Attraverso la formula «*si possa ragionevolmente attendere*», il legislatore europeo chiarisce che, ai fini del recesso, non è richiesta la certezza che l'incidenza sostanziale si produrrà, né che essa si sia già integralmente manifestata. Occorre, invece, che tale esito appaia ragionevolmente prevedibile sulla base delle circostanze e delle informazioni disponibili nel momento in cui il viaggiatore esercita il diritto. La precisazione è coerente con la funzione preventiva del rimedio. Prima dell'inizio del pacchetto, il viaggiatore è chiamato a decidere se mantenere fermo il contratto e affrontare il viaggio, assumendo i rischi connessi alle circostanze sopravvenute, oppure sciogliersi dal vincolo senza sostenere spese di recesso. Può accadere che una decisione del genere venga assunta mentre l'evoluzione degli eventi è ancora incerta e prima che sia possibile accertare con sicurezza se, e in quale misura, le prestazioni comprese nel pacchetto potranno essere regolarmente eseguite.

Alla luce della nuova previsione, l'indagine rilevante consiste, pertanto, non già nel ricostruire, sulla base degli sviluppi successivi, quale sia stata l'effettiva evoluzione della

¹⁹ Tra le altre, v. Corte giust., 29 febbraio 2024, causa C-584/22, QM c. Kiwi Tours GmbH, spec. punti 27-31 e 49; nonché Corte giust., 29 febbraio 2024, causa C-299/22, M.D. c. Tez Tour UAB, spec. punti 65-67.

situazione o se il viaggio, alla fine, avrebbe potuto svolgersi senza sostanziali incidenze. Occorre piuttosto verificare se, al momento dell'esercizio del recesso da parte del viaggiatore e alla luce del patrimonio informativo allora disponibile, un'incidenza sostanziale delle circostanze inevitabili e straordinarie sull'esecuzione del pacchetto potesse essere ragionevolmente prevista²⁰.

La prima parte del considerando 17 della direttiva (UE) 2026/1024 conferma l'impostazione ora sinteticamente illustrata, precisando che la valutazione deve essere compiuta caso per caso, tenendo conto delle circostanze esistenti e delle informazioni disponibili nel momento in cui il viaggiatore recede dal contratto. Il considerando opera, sotto questo profilo, in una duplice direzione: individua il momento al quale riferire l'accertamento e delimita il patrimonio conoscitivo utilizzabile, escludendo che la fondatezza del recesso possa dipendere da elementi emersi soltanto in una fase successiva. La rilevanza delle circostanze deve essere apprezzata, cioè, alla luce delle informazioni ragionevolmente disponibili al momento del recesso e in rapporto alla loro prevedibile incidenza sull'esecuzione del pacchetto.

Ciò significa che non possono giustificare il recesso senza spese circostanze già conosciute o ragionevolmente prevedibili al momento della conclusione del contratto, poiché il viaggiatore assume il rischio connesso alla destinazione nella sua dimensione ordinaria: così, chi acquista un pacchetto turistico per una località nella quale epidemie o tifoni costituiscono evenienze ricorrenti si accolla il rischio nella misura usuale²¹. Il recesso può tuttavia fondarsi su un aggravamento significativo, tale da oltrepassare la soglia del rischio ordinariamente prevedibile²². Tale evoluzione non può però giustificare retroattivamente una decisione originariamente basata su timori generici; allo stesso modo, un miglioramento posteriore non rende infondato un recesso che, al momento del suo esercizio, poggiava su una previsione ragionevole. Gli sviluppi posteriori possono eventualmente assumere valore indiziario nella ricostruzione della situazione precedente, ma non possono sostituirsi alla valutazione richiesta con riferimento alla data del recesso²³.

²⁰ Per certi versi, in questa direzione si era già orientata la Corte di giustizia nell'interpretazione dell'art. 12, par. 2, nel testo allora vigente. Nella sentenza del 29 febbraio 2024 resa nella causa C-584/22 (*DocLX Travel Events e Kiwi Tours*) la Corte di Lussemburgo ha chiarito che l'esistenza del diritto al recesso senza spese deve essere valutata con riferimento alla situazione presente alla data in cui il viaggiatore comunica lo scioglimento del contratto. Gli eventi sopravvenuti dopo tale momento, anche se anteriori alla data prevista per la partenza, non possono essere utilizzati per fondare retroattivamente il diritto al recesso, né per escluderlo quando esso risultasse giustificato sulla base delle circostanze allora esistenti o ragionevolmente prevedibili.

²¹ Così ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 969.

²² FINESSI, *Circostanze inevitabili e straordinarie, diritto di recesso e tutela del viaggiatore nella dir. (UE) 2015/2302*, cit., 1109.

²³ Cfr. ancora Corte giust., 29 febbraio 2024, causa C-584/22, cit., §§ 45 ss.

Il giudizio resta, infatti, delimitato da due parametri concorrenti: la ragionevole prevedibilità degli effetti e la loro idoneità a incidere in modo sostanziale sull'esecuzione del pacchetto. Non è sufficiente la mera possibilità astratta che sopravvengano difficoltà, né qualsiasi alterazione delle modalità di svolgimento del viaggio. Occorre che, secondo una valutazione obiettiva e contestualizzata, le circostanze considerate siano tali da far ragionevolmente prevedere una compromissione qualitativamente rilevante dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

In coerenza con tale impostazione, il considerando 17 assume come riferimento la prospettiva del «*viaggiatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto*»²⁴, recependo così il parametro elaborato dalla Corte di giustizia nell'interpretazione della direttiva 2015/2302, sulla scia del criterio utilizzato in altri settori del diritto relativi alla tutela dei consumatori²⁵. Il criterio consente di sottrarre l'accertamento alla mera percezione soggettiva del singolo viaggiatore, senza tuttavia ridurlo a una valutazione astratta, avulsa dalle caratteristiche del pacchetto e dalle concrete condizioni nelle quali il viaggio era destinato a svolgersi. Ne risulta un modello valutativo che combina le circostanze specifiche del caso, le informazioni disponibili al momento del recesso e uno standard normativo di ragionevolezza, volto a temperare la tutela anticipata del viaggiatore con l'esigenza di escludere recessi fondati su rischi meramente congetturali.

6.3. L'ampliamento del riferimento all'ambito geografico.

La terza innovazione, particolarmente evidente sul piano testuale, concerne l'ambito geografico delle circostanze suscettibili di giustificare il recesso dal contratto senza spese. Nella versione originaria dell'art. 12, par. 2, assumevano rilievo le circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi «*nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze*», purché idonee a incidere in misura significativa sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto dei passeggeri. Il nuovo testo supera tale delimitazione, includendo espressa-

²⁴ Il testo del considerando n. 17 recita in particolare: «*In caso di risoluzione del contratto di pacchetto turistico da parte del viaggiatore, tale valutazione dovrebbe essere effettuata dal punto di vista di un viaggiatore medio, normalmente informato e ragionevolmente coscienzioso e avveduto, sulla base delle informazioni disponibili alla data di risoluzione del contratto di pacchetto turistico in questione*».

²⁵ In particolare, Corte giust., 29 febbraio 2024, causa C-299/22, cit., § 71, ove si legge «*Dall'altro lato, affinché tale viaggiatore possa utilmente avvalersi del suo diritto di risoluzione, previsto dall'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2015/2302, e affinché tale disposizione possa quindi raggiungere il suo obiettivo specifico, letto alla luce dell'obiettivo più generale di tutela dei consumatori di tale direttiva ricordato al punto 61 della presente sentenza, occorre considerare che, per valutare la probabilità e la rilevanza dell'incidenza, ai sensi di tale disposizione, è necessario porsi nella prospettiva di un viaggiatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, seguendo l'esempio del criterio utilizzato in altri settori del diritto dell'Unione relativi alla tutela dei consumatori (v., in tal senso, sentenza del 3 marzo 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, punto 51)*». Il passaggio sembra recepire l'impostazione già prospettata nelle conclusioni dell'avvocata generale Medina, presentate il 21 settembre 2023, causa C-299/22, punti 55-56.

mente le circostanze che si verificano nel luogo di partenza, oltre a quelle presenti nella destinazione o nelle sue immediate vicinanze, nonché quelle che incidono sul viaggio del viaggiatore verso la destinazione o sul percorso di ritorno.

L'ampliamento non determina, tuttavia, un'indistinta estensione del rimedio a qualsiasi evento che renda più difficile o meno conveniente il viaggio. La rilevanza della circostanza continua a dipendere dalla sua prevedibile incidenza sostanziale sull'esecuzione del contratto di pacchetto turistico. Il criterio geografico risulta, pertanto, subordinato a un criterio funzionale: non è decisivo il luogo nel quale l'evento materialmente si verifica, quanto il collegamento tra i suoi effetti e le prestazioni che l'organizzatore si è obbligato a procurare. Il legislatore europeo prende così atto che l'esecuzione del pacchetto costituisce un'operazione complessa, il cui svolgimento può essere compromesso anche da eventi estranei alla destinazione in senso stretto.

L'espresso riferimento a tale luogo risponde nella prassi alle difficoltà emerse nella prassi, quando provvedimenti sanitari, restrizioni alla circolazione, chiusure di frontiere o sospensioni dei collegamenti erano suscettibili di impedire l'avvio del viaggio pur in assenza di analoghe misure nella destinazione. La medesima esigenza può presentarsi in presenza di calamità naturali, conflitti, gravi problemi di sicurezza, chiusure di aeroporti o infrastrutture essenziali e, più in generale, di circostanze che rendano impossibile o gravemente compromesso l'inizio delle prestazioni comprese nel pacchetto.

Il considerando 17 della direttiva precisa, a questo riguardo, che per luogo di partenza deve intendersi il luogo nel quale, secondo il contratto, ha inizio l'esecuzione dei servizi turistici. La nozione non coincide, dunque, necessariamente con il domicilio o con la residenza del viaggiatore, né con il luogo dal quale questi deve materialmente muoversi per raggiungere il punto di incontro, la stazione o l'aeroporto convenuti. Essa assume un significato contrattuale: individua il punto a partire dal quale le operazioni di viaggio rientrano nel programma organizzato e, conseguentemente, nella sfera di responsabilità dell'organizzatore.

Analoga funzione chiarificatrice svolge il riferimento al viaggio «verso» o «da» la destinazione. Il nuovo art. 12, par. 2, riconosce che la perturbazione rilevante può investire non soltanto il soggiorno, ma anche gli spostamenti inclusi nel pacchetto, compreso il viaggio di ritorno. La modifica consente di ricondurre espressamente alla fattispecie, ad esempio, la chiusura dell'aeroporto di partenza o di arrivo, l'interruzione della tratta ferroviaria o marittima compresa nel contratto, l'impossibilità di attraversare un luogo di transito necessario oppure l'introduzione di restrizioni che incidano in modo sostanziale sul trasporto organizzato.

L'estensione incontra, però, un limite altrettanto esplicito. Secondo il considerando 17, le circostanze che incidono esclusivamente sul percorso verso la destinazione o sul viaggio di ritorno non devono essere considerate quando il relativo trasporto non forma parte del contratto di pacchetto turistico. Il limite comprende, in particolare, lo spostamento autonomamente organizzato dal viaggiatore per raggiungere il luogo di partenza convenuto. La regola impedisce che l'organizzatore sia chiamato a sopportare le conseguenze di impedimenti relativi a segmenti del viaggio estranei alle obbligazioni assunte e

conferma che l'ampliamento geografico non equivale a una garanzia generale contro ogni difficoltà incontrata dal viaggiatore.

Da questo punto di vista, la riforma rafforza la centralità del contenuto del contratto. La stessa circostanza può risultare rilevante o irrilevante a seconda della composizione del pacchetto. La cancellazione di un volo, ad esempio, può giustificare il recesso senza spese quando il trasporto aereo è compreso nel pacchetto e non possa essere ragionevolmente sostituito; non produce necessariamente lo stesso effetto quando il viaggiatore abbia acquistato autonomamente il volo per raggiungere il luogo dal quale iniziano le prestazioni contrattuali. La distinzione non dipende dalla gravità dell'evento considerato in astratto, ma dalla sua capacità di compromettere la concreta operazione economica dedotta nel contratto.

Sotto il profilo sistematico, la modifica codifica e precisa un orientamento già delineato dalla Corte di Lussemburgo. Nella sentenza *Tez Tour*, relativa all'interpretazione dell'art. 12, par. 2, della direttiva 2015/2302, la Corte ha escluso che l'accertamento dovesse essere circoscritto rigidamente alla situazione esistente nella destinazione o nelle sue immediate vicinanze. Essa ha ritenuto che potessero essere considerate anche le conseguenze manifestatesi nel luogo di partenza, nel luogo di ritorno o in altri luoghi, qualora fossero idonee a incidere in modo significativo sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto dei passeggeri verso la destinazione. La pronuncia aveva, quindi, già ridimensionato una lettura strettamente topografica della disposizione. Il riferimento alla destinazione non valeva a escludere la considerazione di elementi esterni, quando i loro effetti si propagassero sulla realizzazione delle prestazioni contrattuali²⁶.

La direttiva del 2026 consolida tale approccio, trasformandolo in una regola più analitica: da un lato, individua espressamente il luogo di partenza e il viaggio di andata e ritorno; dall'altro, subordina la loro rilevanza all'inclusione dei relativi servizi nel pacchetto. In tal modo, la riforma dovrebbe ridurre il margine per interpretazioni nazionali divergenti, senza tuttavia eliminare la necessità di un accertamento concreto del nesso funzionale tra la circostanza invocata e l'esecuzione del contratto.

Il testo definitivo si mostra, peraltro, più prudente rispetto alla proposta della Commissione del 29 novembre 2023. Quest'ultima includeva espressamente, accanto alla destinazione e al luogo di partenza, anche il luogo di residenza del viaggiatore. Il riferimento non è stato mantenuto nella disposizione operativa approvata, che menziona soltanto il luogo di partenza, la destinazione e il viaggio da o verso quest'ultima²⁷. La soppressione appare coerente con l'intento di evitare che vicende attinenti esclusivamente alla sfera personale o territoriale del viaggiatore, e prive di un collegamento diretto con le presta-

²⁶ *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2015/2302 per rendere più efficace la protezione dei viaggiatori e per semplificare e chiarire alcuni aspetti della direttiva*, Bruxelles, 29.11.2023, COM(2023) 905 final, 26.

²⁷ *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2015/2302 per rendere più efficace la protezione dei viaggiatori e per semplificare e chiarire alcuni aspetti della direttiva*, cit., 26 ss.

zioni comprese nel pacchetto, siano automaticamente trasferite sul rischio contrattuale dell'organizzatore.

Il luogo di residenza non è tuttavia del tutto irrilevante. Il considerando 19 include, tra gli elementi valutabili, le gravi restrizioni alle quali il viaggiatore sarebbe sottoposto dopo il rientro nello Stato membro di residenza o di partenza, come un significativo periodo di quarantena. Ciò non equipara la residenza agli ambiti geografici espressamente richiamati dall'art. 12, par. 2, ma consente di considerare le conseguenze che vi si producono nell'accertamento complessivo dell'incidenza sul viaggio.

Una restrizione applicabile dopo il rientro non impedisce, di per sé, la realizzazione materiale delle prestazioni comprese nel pacchetto. Non può tuttavia escludersi che, per la sua particolare gravità, essa incida in modo apprezzabile sulle condizioni del viaggio. Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, in presenza di un prolungato obbligo di quarantena o di altri vincoli analogamente gravosi. Il considerando 19 sembra dunque consentire che anche effetti destinati a manifestarsi al termine del viaggio siano presi in considerazione, purché concorrano, unitamente agli altri dati disponibili, a far ragionevolmente prevedere un'incidenza sostanziale sull'operazione di viaggio nell'insieme considerata.

Permane, nondimeno, un margine di incertezza quando il luogo di residenza non coincida con quello di partenza. L'impedimento che non consenta al viaggiatore di raggiungere il punto dal quale, secondo il contratto, hanno inizio i servizi turistici dovrebbe restare, in linea di principio, estraneo alla fattispecie, qualora il relativo trasferimento non sia compreso nel pacchetto. Più problematica appare l'ipotesi in cui le misure adottate nello Stato di residenza producano effetti più ampi, ad esempio vietando la partenza, compromettendo gravemente il rientro o imponendo, al termine del viaggio, restrizioni di eccezionale intensità. In casi del genere, la soluzione non sembra poter dipendere dal solo dato geografico, ma richiede di considerare la natura e la portata della misura, la sua prevedibilità al momento del recesso, l'intensità dei suoi effetti e il nesso con le prestazioni comprese nel pacchetto. L'accertamento deve quindi essere condotto alla luce dell'operazione contrattuale complessivamente considerata.

6.4. Dichiarazioni o raccomandazioni ufficiali.

Un ulteriore profilo di novità concerne il rilievo delle dichiarazioni o raccomandazioni con le quali le autorità competenti sconsigliano ai viaggiatori di recarsi in una determinata destinazione. Il testo riformato non contiene, nell'articolato, un espresso riferimento agli avvisi ufficiali di viaggio, diversamente da quanto previsto nella proposta presentata dalla Commissione. Il tema è tuttavia affrontato nel considerando 19, che attribuisce a tali atti un potenziale «notevole valore probatorio» ai fini dell'accertamento tanto delle circostanze inevitabili e straordinarie quanto delle loro conseguenze sull'esecuzione del pacchetto²⁸.

²⁸ Il testo del considerando 19 della direttiva recita: «Le dichiarazioni o le raccomandazioni uff-

La collocazione dell'indicazione nel considerando 19 ne conferma la funzione interpretativa e probatoria. In continuità con le sentenze *Tez Tour* e *Schauinsland-Reisen*²⁹, gli avvisi ufficiali non costituiscono né una condizione necessaria per il recesso del viaggiatore né, da soli, un presupposto sufficiente per quello dell'organizzatore. Essi rappresentano tuttavia elementi qualificati, la cui rilevanza va apprezzata in rapporto alla natura delle circostanze, alla loro estensione territoriale e temporale e all'intervallo tra il recesso e l'inizio previsto del viaggio.

La soluzione appare equilibrata. La subordinazione del recesso all'esistenza di dichiarazioni o raccomandazioni ufficiali risulterebbe, anzitutto, difficilmente conciliabile con l'obiettivo di armonizzazione perseguito dalla direttiva, poiché i presupposti e le modalità di adozione di tali atti non sono disciplinati uniformemente a livello europeo, ma dipendono dalle scelte dei singoli Stati. Una simile impostazione rischierebbe, inoltre, di rendere eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto del viaggiatore, dal momento che la sussistenza delle circostanze inevitabili e straordinarie può essere accertata anche in assenza di un avviso ufficiale³⁰.

Per altro verso, va considerato che anche il viaggiatore medio si trova tendenzialmente in una situazione di asimmetria informativa rispetto all'evoluzione dei rischi presenti nella destinazione e alle loro possibili conseguenze sull'esecuzione del pacchetto. Se, da un lato, il parametro della ragionevole attenzione e avvedutezza esclude che possano assumere rilievo timori meramente soggettivi, non sorretti da una corrispondente situazione di rischio, dall'altro richiede una condotta improntata a prudenza e induce, pertanto, a tenere conto delle informazioni ufficiali e delle raccomandazioni formulate dalle autorità competenti. Appare dunque giustificato che il viaggiatore faccia

ciali emesse dalle autorità competenti di uno Stato membro che sconsigliano ai viaggiatori di recarsi in una determinata zona possono avere, per loro natura, un notevole valore probatorio per quanto riguarda il verificarsi, nei paesi a cui si riferiscono, di circostanze inevitabili e straordinarie e delle relative conseguenze per l'esecuzione del pacchetto in questione. Tali dichiarazioni o raccomandazioni, o il fatto che i viaggiatori saranno soggetti a gravi restrizioni nel luogo di destinazione del viaggio o nello Stato membro di residenza o di partenza dopo il ritorno dal viaggio o dalla vacanza, come l'obbligo di quarantena per un periodo significativo, possono pertanto, unitamente ad altri fattori, costituire elementi importanti di cui tenere conto nel valutare se sia giustificata la risoluzione del contratto di pacchetto turistico a causa di circostanze inevitabili e straordinarie. La pertinenza di dichiarazioni o raccomandazioni ufficiali specifiche ai fini della risoluzione del contratto di pacchetto turistico in questione dovrebbe essere valutata caso per caso, tenendo conto, tra gli altri fattori, della natura delle circostanze in questione e del tempo che intercorre tra la risoluzione di tale contratto e l'inizio previsto del pacchetto e, di conseguenza, della probabilità di un cambiamento sostanziale di tali circostanze. Tuttavia, l'esistenza di tali dichiarazioni o raccomandazioni non dovrebbe essere una condizione per stabilire l'esistenza di circostanze inevitabili e straordinarie o le conseguenze di tali circostanze sull'esecuzione del pacchetto».

²⁹ Corte giust., 29 febbraio 2024, causa C-299/22, cit., punto 44; Corte giust., 4 ottobre 2024, causa C-546/22, cit., punto 57.

³⁰ FINESSI, *Circostanze inevitabili e straordinarie, diritto di recesso e tutela del viaggiatore nella dir. (UE) 2015/2302*, cit., 1104.

affidamento sulle raccomandazioni ufficiali contrarie al viaggio e che queste, pur non assumendo valore automaticamente decisivo, rivestano un peso particolarmente significativo nell'accertamento della fondatezza del recesso³¹.

Considerazioni in parte analoghe sono suscettibili di valere per l'organizzatore, per il quale gli avvisi ufficiali costituiscono parimenti un elemento probatorio qualificato, ma non di per sé decisivo. La loro rilevanza ai fini del recesso deve essere valutata alla luce delle caratteristiche del pacchetto, della concreta incidenza delle circostanze sulla sua esecuzione e delle ragionevoli misure che l'organizzatore avrebbe potuto adottare per consentire lo svolgimento del viaggio senza esporre i viaggiatori ai rischi in questione, fermo restando che non può essergli imposto di sostenere costi sproporzionati rispetto al valore dei servizi di viaggio³².

Le dichiarazioni e raccomandazioni ufficiali operano, pertanto, come elementi probatori qualificati, suscettibili di assumere, secondo le circostanze, un rilievo anche determinante. Esse non esauriscono tuttavia l'accertamento, che deve estendersi agli altri elementi disponibili, quali l'evoluzione della situazione sanitaria o di sicurezza, le restrizioni alla mobilità e alla fruizione dei servizi, le difficoltà di ingresso o di rientro e le gravi limitazioni alle quali il viaggiatore potrebbe essere sottoposto nella destinazione o, dopo il ritorno, nello Stato di residenza o di partenza. Resta in ogni caso necessario verificare se il complesso di tali circostanze sia idoneo a incidere in modo sostanziale sull'esecuzione del pacchetto.

Il rilievo così riconosciuto agli avvisi ufficiali presuppone, naturalmente, che essi siano stati emanati dopo la conclusione del contratto o che, successivamente alla prenotazione, abbiano registrato un significativo aggravamento della situazione. Gli avvisi già esistenti e conoscibili al momento della stipulazione concorrono invece a definire l'originario assetto del rischio e non possono, di regola, essere invocati come fondamento del recesso senza spese. Resta ferma, secondo quanto già osservato, la possibilità che la successiva evoluzione delle circostanze trasformi un rischio inizialmente noto o prevedibile in una situazione idonea a compromettere in modo sostanziale l'esecuzione del pacchetto.

6.5. Ulteriori misure di rafforzamento della tutela del viaggiatore.

Accanto agli interventi direttamente rivolti a precisare i presupposti del recesso per circostanze inevitabili e straordinarie, la direttiva (UE) 2026/1024 introduce ulteriori misure volte a rafforzare la posizione del viaggiatore. Sebbene si collochino ai margini dell'oggetto principale dell'indagine, tali profili concorrono a definire la portata effettiva della tutela e meritano pertanto di essere considerati, sia pure sinteticamente. Essi riguardano, in particolare, gli obblighi informativi, le modalità e i tempi del rimborso,

³¹ Sul tema v. ancora le *Conclusioni* dell'Avv. Gen. Medina, causa C-299-22, cit., punto 56.

³² Corte giust., 4 ottobre 2024, causa C-546/22, cit., punto 51.

l'utilizzo dei voucher e la possibilità per gli Stati membri di predisporre meccanismi diretti a garantire l'adempimento degli obblighi restitutori in situazioni di crisi. Si tratta, per larga parte, di soluzioni già delineate nella proposta della Commissione del 29 novembre 2023, maturate soprattutto alla luce delle difficoltà applicative emerse durante la pandemia e degli orientamenti elaborati dalla Corte di giustizia.

Sotto il primo profilo, l'art. 5, par. 1, lett. g), come modificato, include ora espressamente tra le informazioni precontrattuali che devono essere fornite al viaggiatore tanto il diritto di recedere dal contratto in qualsiasi momento prima dell'inizio del pacchetto, dietro pagamento di spese di recesso adeguate e giustificabili, quanto il diritto di recedere senza spese qualora ricorrano le condizioni previste dall'art. 12, par. 2.

La novità consiste nell'esplicitazione, nell'art. 5, di un'informazione che nella disciplina previgente era già ricavabile dai moduli standard contenuti nell'allegato I. La riforma conferisce ora maggiore immediatezza e visibilità a una tale informazione, rendendo più chiaramente percepibile, già nella fase precontrattuale, la distinzione tra il recesso ordinario, soggetto al pagamento di spese, e quello esercitabile senza spese ai sensi dell'art. 12, par. 2³³. Alla medesima finalità risponde la modifica dei moduli informativi standard contenuti nell'allegato I. Essi devono ora indicare espressamente, tra l'altro, che il viaggiatore può recedere dal contratto senza corrispondere spese qualora circostanze inevitabili e straordinarie incidano in misura significativa sul viaggio o sulla vacanza, come nel caso di calamità naturali, gravi problemi di sicurezza o rischi per la salute pubblica. La tecnica normativa mira, pertanto, a tradurre il riconoscimento astratto del diritto in un'informazione maggiormente accessibile, agevolando la comprensione delle situazioni nelle quali il rimedio può assumere concreta rilevanza.

La riforma interviene altresì sulle conseguenze del recesso. Quando il viaggiatore esercita il recesso previsto dall'art. 12, par. 2, ha diritto al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, ma non a un indennizzo supplementare. La disciplina conferma così la peculiare funzione del rimedio: lo scioglimento del contratto e la conseguente restituzione delle somme versate non presuppongono un inadempimento imputabile all'organizzatore, né perseguono una finalità risarcitoria, ma regolano le con-

³³ Nella versione originaria della direttiva (UE) 2015/2302, l'elenco delle informazioni contenuto nell'art. 5, par. 1, non menzionava espressamente il diritto del viaggiatore di recedere senza spese in presenza di circostanze inevitabili e straordinarie. La normativa europea imponeva, tuttavia, all'organizzatore di fornire le informazioni standard mediante il pertinente modulo di cui all'allegato I. Nel settimo trattino delle parti A e B dell'allegato figurava, tra i diritti fondamentali del viaggiatore, quello di «risolvere il contratto senza corrispondere spese di risoluzione prima dell'inizio del pacchetto in caso di circostanze eccezionali, per esempio se sussistono seri problemi di sicurezza nel luogo di destinazione che possono pregiudicare il pacchetto». Proprio sulla base di una lettura coordinata di tali disposizioni, la Corte di giustizia ha affermato che l'art. 5, par. 1, doveva essere interpretato nel senso che già imponeva all'organizzatore di informare il viaggiatore del diritto previsto dall'art. 12, par. 2. La Corte ha quindi ritenuto che non si ponesse la questione della validità dell'art. 5 per l'asserita omissione di tale informazione: Corte giust., 14 settembre 2023, C-83/22, RTG c. *Tuk Tuk Travel SL*, punti 35-38 e dispositivo.

sequenze economiche di una sopravvenienza estranea alla sfera di controllo delle parti. In tale prospettiva si colloca anche la modifica dell'art. 12, par. 4, secondo cui il rimborso deve essere effettuato dall'organizzatore senza indebito ritardo e, in ogni caso, entro quattordici giorni dal recesso, senza che sia necessaria una previa richiesta del viaggiatore. La precisazione rafforza il carattere automatico dell'obbligo restitutorio: una volta intervenuto il recesso, l'effettuazione del rimborso non è subordinata a un ulteriore atto di esercizio o di sollecitazione da parte dell'avente diritto. Qualora i dati utilizzati per il pagamento non siano più validi, il termine decorre dal momento in cui il viaggiatore fornisce le informazioni necessarie per effettuare la restituzione³⁴.

L'intervento risponde alle difficoltà emerse con particolare intensità durante la pandemia da COVID-19, quando l'obbligo di rimborso entro quattordici giorni, già previsto dalla direttiva 2015/2302, è stato in più ordinamenti differito o sostituito mediante misure nazionali che consentivano l'emissione di voucher. La Corte di giustizia ha chiarito, in più di una decisione, che la nozione di rimborso di cui all'art. 12 deve essere intesa come restituzione in denaro e che gli Stati membri non possono sospendere temporaneamente tale obbligo né sostituirlo unilateralmente con buoni di viaggio, neppure per far fronte alle eccezionali difficoltà di liquidità determinate dalla crisi pandemica³⁵.

La direttiva riformata recepisce e sviluppa l'impostazione delineata dalla Corte, introducendo nel nuovo art. 12-*bis* una disciplina espressa dei voucher.

In caso di recesso dal contratto in base agli artt. 10, 11 o 12, l'organizzatore può offrire al viaggiatore la possibilità di accettare, in luogo del rimborso, un buono di valore almeno corrispondente, eventualmente anche superiore. L'accettazione resta rimessa alla libera scelta del viaggiatore, che deve essere previamente informato del diritto al rimborso e della facoltà di rifiutare il voucher³⁶.

La soluzione, già contenuta nella proposta della Commissione pur se in termini meno articolati rispetto al testo definitivo, mira a contemperare l'interesse degli operatori a disporre di strumenti flessibili di gestione delle cancellazioni con la necessità di preservare la libertà di scelta del viaggiatore. Il voucher non è dunque escluso, ma viene ricondotto entro una logica consensuale: la sua utilizzazione non può dipendere da una

³⁴ Il testo del primo periodo paragrafo 4 dell'art. 12 è sostituito dal seguente: «L'organizzatore procede a tutti i rimborsi prescritti a norma dei paragrafi 2 e 3 oppure, con riguardo al paragrafo 1, rimborsa qualunque pagamento effettuato da o per conto del viaggiatore per il pacchetto dopo aver detratto spese di risoluzione adeguate e giustificabili. L'organizzatore effettua tali rimborsi al viaggiatore senza indebito ritardo e in ogni caso entro 14 giorni dalla risoluzione del contratto di pacchetto turistico, senza che sia necessaria alcuna previa richiesta del viaggiatore. Se gli estremi del pagamento del viaggiatore non sono più validi, tale periodo di 14 giorni per il rimborso inizia a decorrere dal momento in cui il viaggiatore ha fornito all'organizzatore gli estremi per il pagamento corretti».

³⁵ Fra le altre v. Corte giust., 8 giugno 2023, causa C-407/21, UFC – Que choisir e CLCV c. Premier ministre e Ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance, spec. punti 25-26 e 35.

³⁶ Per ulteriori dettagli v. il testo del nuovo articolo 12-*bis* della direttiva.

determinazione unilaterale dell'organizzatore, né tradursi in una compressione del diritto alla restituzione delle somme versate.

La riforma contempla, infine, che gli Stati membri possano introdurre o mantenere meccanismi volti a garantire che, in caso di recesso a norma dell'art. 12, parr. 2 e 3, i rimborsi dovuti ai viaggiatori siano effettuati entro il termine di quattordici giorni previsto. Gli Stati membri che introducano o mantengano tali meccanismi sono tenuti a informarne la Commissione e i punti di contatto centrali degli altri Stati membri³⁷. La disposizione non istituisce un sistema europeo uniforme di garanzia dei rimborsi, ma prende atto del fatto che cancellazioni di massa possono determinare tensioni di liquidità di carattere sistemico, difficilmente governabili attraverso la sola azione individuale nei confronti dell'organizzatore. La direttiva lascia pertanto agli Stati membri la possibilità di predisporre meccanismi nazionali di garanzia, definendone alcuni criteri generali di finanziamento e circoscrivendo l'eventuale intervento pubblico. Anche sotto questo profilo, la riforma mira ad assicurare la tempestività e l'effettiva corresponsione dei rimborsi.

Pur nella sinteticità dell'analisi, emerge come le innovazioni considerate completino la disciplina del recesso sotto il profilo della sua concreta operatività. La maggiore trasparenza delle informazioni, l'automaticità e la tempestività del rimborso, la volontarietà dei voucher e la possibile predisposizione di meccanismi di garanzia concorrono, sotto profili diversi, a ridurre la distanza tra il riconoscimento del diritto e la sua effettiva soddisfazione.

7. Considerazioni conclusive: il recesso senza spese e il problema degli impedimenti personali del viaggiatore

La valutazione complessiva della riforma per gli aspetti esaminati in questa sede appare positiva. Senza modificare la struttura essenziale del rimedio, il nuovo testo coordina e rende espliciti criteri in larga parte elaborati dalla Corte di giustizia, precisando

³⁷ Al riguardo, l'ultimo comma dell'art. 12, par. 4, dispone che «Qualora introducano o mantengano meccanismi volti a garantire che i rimborsi ai viaggiatori siano effettuati a seguito della risoluzione del contratto di pacchetto turistico conformemente ai paragrafi 2 e 3 del presente articolo entro il termine di cui al primo comma del presente paragrafo, gli Stati membri ne informano la Commissione e i punti di contatto centrali degli altri Stati membri di cui all'articolo 18, paragrafo 2». Il considerando 16 precisa inoltre la funzione e le modalità di finanziamento di tali meccanismi, prevedendo che: «Gli Stati membri possono prevedere meccanismi che garantiscano il rimborso ai viaggiatori conformemente ai requisiti di legge nei casi in cui i pacchetti siano annullati a causa di circostanze inevitabili e straordinarie e gli organizzatori non siano in grado di adempiere l'obbligo di rimborso. Al fine di aumentare la trasparenza, gli Stati membri che introducono o mantengono tali meccanismi dovrebbero essere tenuti a informarne la Commissione e i punti di contatto centrali degli altri Stati membri. Tali meccanismi sono di norma finanziati esclusivamente dai contributi degli organizzatori. Solo in circostanze eccezionali e debitamente giustificate possono essere cofinanziati dagli Stati membri, e la loro introduzione lascia impregiudicate le norme dell'Unione in materia di aiuti di Stato».

la natura oggettiva delle circostanze, il carattere prognostico dell'accertamento, l'ambito geografico rilevante e il valore degli avvisi ufficiali.

La maggiore analiticità del testo non elimina, tuttavia, ogni margine di apprezzamento. Formule quali *«incidenza sostanziale»*, *«si possa ragionevolmente attendere»* e *«misure ragionevoli»* richiedono necessariamente una valutazione riferita alle caratteristiche del pacchetto e alle circostanze del caso concreto. Tale elasticità non costituisce, di per sé, un limite della riforma, ma risponde alla necessità di adattare il rimedio alla varietà e alla mutevolezza dei rischi che possono interessare l'attività turistica. La coerenza della sua applicazione dipenderà, nondimeno, dalla capacità degli interpreti nazionali, una volta recepita la direttiva, di utilizzare tali clausole secondo parametri conformi alla funzione e agli obiettivi della disciplina europea.

Anche il contemperamento degli interessi sembra equilibrato. La posizione del viaggiatore risulta rafforzata, poiché il recesso senza spese può operare prima che l'incidenza negativa sull'esecuzione del pacchetto si sia definitivamente prodotta ed è accompagnato da garanzie più puntuali sotto il profilo informativo e restitutorio. Il rimedio non viene però trasformato in una facoltà di scioglimento rimessa alla sola percezione individuale del contraente: le circostanze devono essere oggettivamente verificabili e deve potersi ragionevolmente prevedere che esse incidano in modo sostanziale sull'esecuzione del pacchetto. Le condizioni personali del viaggiatore possono concorrere a tale valutazione, soprattutto in presenza di situazioni di particolare vulnerabilità, ma soltanto quando si innestino su rischi esterni e oggettivamente riscontrabili.

La disciplina preserva, per altro verso, anche la posizione dell'organizzatore. Gli avvisi ufficiali non producono effetti automaticamente decisivi e, nel valutare il suo recesso, occorre considerare le misure ragionevoli che avrebbero consentito l'esecuzione del pacchetto o la limitazione dei rischi, purché non comportassero costi sproporzionati. La riforma conferma così che il rischio derivante dalle circostanze inevitabili e straordinarie non è posto integralmente a carico di una sola parte, ma viene distribuito secondo la diversa struttura delle due ipotesi di recesso.

Nel suo insieme, la direttiva (UE) 2026/1024 realizza dunque, almeno per gli aspetti oggetto della presente analisi, una significativa opera di razionalizzazione. Essa consolida gli orientamenti elaborati dalla Corte di giustizia, accresce la prevedibilità delle decisioni e rafforza l'effettività della tutela del viaggiatore, senza rinunciare a criteri selettivi diretti a salvaguardare l'equilibrio contrattuale. Il diritto di recesso senza spese ne esce più chiaramente configurato come strumento di governo anticipato del rischio turistico: un rimedio fondato non sulla certezza dell'impossibilità futura, né sulla mera percezione soggettiva del contraente, ma sulla ragionevole previsione che circostanze esterne e oggettivamente verificabili incidano in modo sostanziale sull'esecuzione del pacchetto.

Rimane, tuttavia, sullo sfondo un'ulteriore questione, alla quale è possibile dedicare in questa sede soltanto alcune brevi considerazioni: quella del recesso senza spese in presenza di impedimenti personali del viaggiatore. Con specifico riguardo all'esperienza italiana, assume importanza il ricorso, da parte della giurisprudenza, alla causa concreta del contratto di viaggio e alla frustrazione della finalità turistica quali possibili fondamenti dello scioglimento senza costi del rapporto. Pur in relazione a fattispecie anche

sensibilmente diverse, alcune ben note pronunce della Suprema Corte di Cassazione hanno considerato non soltanto gli eventi capaci di incidere oggettivamente sull'esecuzione delle prestazioni turistiche, ma anche gli impedimenti personali e incolpevoli che rendano irrealizzabile lo scopo di vacanza concretamente perseguito³⁸. In tale prospettiva, il venir meno dell'interesse alla prestazione è stato talvolta ritenuto idoneo a determinare lo scioglimento del contratto e la liberazione di entrambe le parti dalle rispettive obbligazioni.

L'orientamento ha suscitato in dottrina reazioni di diverso segno³⁹ e si è sviluppato attraverso percorsi argomentativi non sempre coincidenti. Da più parti è stato, in ogni caso, rilevato come esso si discosti dalle coordinate ricavabili dall'art. 12 della direttiva del 2015⁴⁰. La nuova formulazione del par. 2 rende ancor più evidente che il recesso senza spese presuppone la sopravvenienza di circostanze inevitabili e straordinarie suscettibili di incidere in modo sostanziale sull'esecuzione del pacchetto. Non riconosce, invece, autonomia rilevanza agli impedimenti che riguardino esclusivamente la persona del viaggiatore e che, pur rendendo per lui inutile o impossibile la fruizione del viaggio, non compromettano l'eseguitività delle prestazioni contemplate nel contratto. La divergenza assume particolare importanza in considerazione del carattere di armonizzazione massima della direttiva, già sancito dall'art. 4 del testo del 2015 e confermato dalla riforma⁴¹.

³⁸ V. Cass. civ., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, 845 ss. e in *Nuova giur. civ.*, 2008, 531 ss., con nota adesiva di NARDI, *Contratto di viaggio «tutto compreso» e irrealizzabilità della sua funzione concreta*; nonché Cass. civ., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 921 ss.; in *Contratti*, 2008, 786 ss., con nota (critica) di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*. È opportuno ribadire che le due pronunce riguardano fattispecie assai diverse: nella prima, l'impossibilità di fruire del viaggio era determinata da un'epidemia di dengue emorragica nel luogo di destinazione; nella seconda, dall'improvvisa morte di uno dei coniugi. Esse, inoltre, seguono percorsi argomentativi differenti: Cass. n. 26958/2007 riconduce la vicenda alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, ai sensi dell'art. 1463 c.c., muovendo dal presupposto che il sopravvenuto venir meno dell'elemento funzionale del contratto determini l'estinzione del rapporto relativo al pacchetto turistico; in Cass. n. 16315/2007, invece, il venir meno dell'interesse del turista — nella specie identificato con la finalità di vacanza — è assunto come dato pacifico e ricondotto all'art. 1174 c.c., applicato direttamente quale autonoma e atipica modalità di estinzione dell'obbligazione pecuniaria. Per un'analisi congiunta delle pronunce, v. PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. not.*, 2010, 1211 ss.; FERRANTE, *Causa concreta e impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, 151 ss.

³⁹ In senso critico ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, *Riv. dir. civ.*, 2013, 969; cui ha prontamente replicato, in avvallo all'indirizzo giurisprudenziale, BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 251 ss., spec. 267.

⁴⁰ Con formula suggestiva PAGLIANTINI, *Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della direttiva 2015/2302/UE*, cit., 223 ss., osserva che l'art. 12 contiene una regolamentazione che «deraglia apertamente» dalla maniera in cui la Cassazione ha inteso, fin dal 2007, disciplinare i casi che vanno sotto l'etichetta di un'impossibilità subiettiva di fruire della prestazione.

⁴¹ Al riguardo è stato sostenuto che laddove la giurisprudenza causalista delle Corti italiane

Resta, nondimeno, da chiedersi se la disciplina europea, nell'escludere il recesso senza spese per gli impedimenti personali del viaggiatore, precluda necessariamente ogni possibile rilievo a situazioni nelle quali la pretesa dell'organizzatore al pagamento delle relative spese possa apparire difficilmente giustificabile. La questione potrebbe porsi, ad esempio, quando il viaggiatore rinunci alla partenza per assistere un familiare colpito, nell'imminenza del viaggio, da una grave e improvvisa malattia, oppure in presenza di un lutto o di un grave evento traumatico. In simili ipotesi, non verrebbe in considerazione soltanto un impedimento appartenente alla sfera personale del viaggiatore, ma anche il possibile contrasto tra la pretesa economica dell'organizzatore e un interesse della persona di preminente rilievo costituzionale.

Una simile prospettiva, valorizzata anche dalla giurisprudenza italiana, potrebbe consentire di distinguere gli impedimenti meramente occasionali dalle situazioni nelle quali la pretesa al pagamento delle spese di recesso rischierebbe di risultare contraria a correttezza. La possibilità di integrare in tal modo la disciplina di settore incontra, però, un ostacolo significativo nel carattere armonizzato e tendenzialmente completo del regime europeo. L'art. 12 distingue, infatti, il recesso ordinario, soggetto al pagamento di spese adeguate e giustificabili, dal recesso senza spese per circostanze inevitabili e straordinarie incidenti sull'esecuzione del pacchetto. Non è quindi agevole desumere dal testo uno spazio per un'ulteriore categoria generale di recesso gratuito fondata sulla particolare meritevolezza del motivo personale.

L'interrogativo era stato segnalato già nei primi commenti alla direttiva del 2015 e permane tuttora, poiché la riforma del 2026 non vi ha apportato una soluzione specifica. Una parte della dottrina aveva prospettato l'opportunità di distinguere la rinuncia dettata da motivi futili o puramente opportunistici da quella resa necessaria dall'assistenza a un familiare gravemente malato. Nell'assetto della direttiva, entrambe sembrano tuttavia ricadere nel recesso oneroso previsto dall'art. 12, par. 1. La qualità del motivo non incide dunque sul titolo dello scioglimento, benché il legislatore europeo avrebbe potuto tenerne conto sul piano della copertura assicurativa o dei criteri per la determinazione delle spese di recesso.

ABSTRACT

Il contributo esamina la disciplina del recesso dal contratto di pacchetto turistico in presenza di circostanze inevitabili e straordinarie, muovendo dall'art. 12 della direttiva (UE) 2015/2302 e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia maturata soprattutto nel contesto della pandemia da COVID-19. Particolare attenzione è dedicata al valore

dovesse persistere scaduto il termine per il recepimento della direttiva, si sarebbe profilato il rischio dell'apertura di una procedura di infrazione nei confronti del nostro Paese, ex art. 258 TUE: PEPE, «Circostanze eccezionali» ed esonero da responsabilità del tour operator nella nuova direttiva viaggi, cit., 271.

degli avvisi ufficiali, alla natura prognostica della valutazione, all'incidenza sostanziale delle circostanze sull'esecuzione del pacchetto e al rilievo delle condizioni personali del viaggiatore. Il lavoro analizza quindi le innovazioni introdotte dalla direttiva (UE) 2026/1024, che rendono più espliciti i criteri elaborati dalla Corte, ampliano l'ambito geografico rilevante e rafforzano gli obblighi informativi e restitutori. La riforma contribuisce così a configurare il recesso senza spese come strumento di governo del rischio contrattuale connesso ai pacchetti turistici. Rimane tuttavia aperto il problema degli impedimenti esclusivamente personali del viaggiatore e del possibile coordinamento tra la disciplina europea di armonizzazione massima e le categorie civilistiche nazionali elaborate dalla giurisprudenza italiana.

This article examines the rules governing withdrawal from package travel contracts in the event of unavoidable and extraordinary circumstances, starting from Article 12 of Directive (EU) 2015/2302 and the case law of the Court of Justice developed mainly in the context of the COVID-19 pandemic. Particular attention is paid to the evidentiary value of official travel warnings, the prospective nature of the assessment, the substantial impact of the relevant circumstances on the performance of the package, and the role of the traveller's personal conditions. The article then analyses the amendments introduced by Directive (EU) 2026/1024, which clarify the criteria developed by the Court, broaden the relevant geographical scope, and strengthen information and reimbursement obligations. The reform thus contributes to defining withdrawal without fees as a mechanism for the allocation of contractual risk connected with tourism packages. The issue of impediments affecting only the traveller's personal sphere nevertheless remains unresolved, as does the possible coordination between the fully harmonised European regime and the domestic private-law concepts developed by Italian courts.



Il destino della clausola risolutiva espressa indeterminata*



Francesca Bartolini

Prof. ass. dell'Università Link di Roma

SOMMARIO: 1. La clausola risolutiva espressa indeterminata: Italia (Cass., n. 23843/2025) vs Francia (Cass., n. 24-19.612/2026). – 2. Ragioni e tensioni della clausola risolutiva espressa. – 3. La vicenda della «*clause résolutoire*» in Francia. – 4. La determinatezza dell'oggetto della clausola. – 5. La rilevabilità d'ufficio della nullità.

1. La clausola risolutiva espressa indeterminata: Italia (Cass., n. 23843/2025) vs Francia (Cass., n. 24-19.612/2026)

Sull'indeterminatezza della clausola risolutiva espressa (e sui modi per il suo accertamento), l'ordinamento italiano e quello francese percorrono, sul piano dell'interpretazione giudiziale, due vie apparentemente opposte, pur muovendo da premesse (normative) sostanzialmente identiche.

Partiamo dall'Italia.

Con una recente ordinanza¹ la Corte di cassazione definisce una controversia sorta in relazione a un contratto di appalto di servizi di igienizzazione ospedaliera, nel quale era stata inserita una clausola risolutiva espressa posta in discussione. L'occasione del conflitto consente alla Suprema Corte di esprimersi su un aspetto centrale di questo strumento dell'autonomia privata rimediale: la determinatezza del suo tenore nell'iden-

* Il contributo muove dalla Relazione tenuta al seminario *Il diritto vivente tra legge e giurisprudenza*, tenutosi presso l'Università di Pavia il 15 e il 16 maggio 2026.

¹ È la n. 23843 del 25 agosto 2025.

tificare l'obbligazione che, se inadempita, genera la risoluzione automatica del contratto.

Questa la vicenda: un'azienda sanitaria affida a un consorzio di imprese, e in particolare a una società del medesimo, i servizi di pulizia e sanificazione dei locali ospedalieri; nel corso del rapporto, l'azienda sanitaria contesta all'appaltatore gravi inadempimenti, fondati in particolare su un accertamento del proprio Servizio Igiene e comunica la risoluzione del contratto avvalendosi di una clausola risolutiva espressa contenuta nel contratto². Il consorzio appaltatore impugna la risoluzione davanti al Tribunale, sostenendo, da un lato, l'invalidità per indeterminatezza della clausola risolutiva, dall'altro, l'illegittimità per violazione della buona fede contrattuale di chi quella clausola aveva invocato; chiede quindi di accertare l'inefficacia della risoluzione, di condannare l'azienda sanitaria a proseguire il rapporto e a risarcire il danno. Il Tribunale accoglie la domanda e condanna l'azienda sanitaria al pagamento di 1,38 milioni di euro a titolo risarcitorio.

La Corte d'Appello conferma la decisione, pur riducendo l'ammontare del risarcimento: la clausola formulata in modo da rimettere sostanzialmente alla sola azienda sanitaria committente la valutazione discrezionale della gravità dell'inadempimento, è incompatibile con l'art. 1456 c.c., che richiede invece la precisa individuazione delle obbligazioni la cui violazione determini la risoluzione di diritto.

Ricorre in Cassazione l'azienda sanitaria, con tre motivi: la nullità della clausola risolutiva non avrebbe potuto essere rilevata d'ufficio, trattandosi di una nullità di protezione, deducibile solo dalla parte interessata. Inoltre, la ricorrente sostiene che la clausola fosse sufficientemente determinata, perché il riferimento ai «motivi di inadempienza previsti dalla normativa vigente» consentirebbe comunque di individuare le condotte rilevanti.

La Cassazione respinge integralmente il ricorso e conferma l'impostazione della Corte territoriale. Il cuore dell'argomentazione della Suprema Corte riguarda proprio la natura della clausola risolutiva espressa e i requisiti di determinatezza prescritti dall'art. 1456 c.c.

La Corte richiama anzitutto il proprio consolidato orientamento secondo cui la clausola risolutiva espressa è valida solo se individua specificamente gli obblighi il cui inadempimento comporta la risoluzione automatica del contratto. Una clausola che si limiti a un riferimento generico, a "gravi inadempimenti" o alla "normativa vigente" è invece nulla per indeterminatezza dell'oggetto, ai sensi degli artt. 1346 e 1418 c.c., perché non aggiunge nulla rispetto alla disciplina ordinaria dell'inadempimento, lasciando a una delle parti la valutazione discrezionale sulla gravità della condotta.

La Corte sottolinea quindi che la nullità non è "di protezione", ma assoluta, attenendo agli elementi essenziali della pattuizione contrattuale, carente di un oggetto sufficientemente determinato. Proprio per questa ragione, la nullità può essere rilevata an-

² Questo il tenore della clausola: «[i]l presente contratto potrà essere risolto *ipso iure* a giudizio dell'A. ove ricorrano speciali motivi di inadempienza dell'ATI previsti dalla normativa vigente».

che d'ufficio dal giudice ai sensi dell'art. 1421 c.c. Peraltro, aggiunge la Cassazione, anche qualora si volesse qualificare la nullità come di protezione, sarebbe comunque rilevabile officiosamente alla luce dell'orientamento delle Sezioni Unite del 2014 sulla rilevanza dell'ufficio delle nullità negoziali.

Quanto all'indagine sulla determinatezza della clausola, la Cassazione non lascia spazio alle difese della ASL: il richiamo ai «motivi di inadempienza previsti dalla normativa vigente» non soddisfa il requisito di determinatezza richiesto dall'art. 1456 c.c.; d'altronde, la stessa ricorrente non era stata neppure in grado di indicare con precisione quali norme avrebbero tipizzato le condotte contestate all'appaltatore. La censura viene quindi considerata in parte infondata e in parte inammissibile perché diretta, sostanzialmente, a ottenere una nuova valutazione del merito.

Spostandoci in Francia, la Cour de Cassation, in una decisione recentissima³, ha percorso una direzione diversa, partendo dalle stesse premesse: anche in Francia, naturalmente, la clausola risolutiva deve essere espressa, dovendo le parti in essa indicare in modo non equivoco le obbligazioni il cui inadempimento determina la risoluzione del contratto mediante dichiarazione del creditore. La determinatezza della clausola – dal 2016 regolata dall'art. 1225, comma 1, *Code civil*⁴ – era già riconosciuta dalla giurisprudenza precedente, rispetto alla quale la nuova disposizione codicistica assume un ruolo di mera recezione (salva l'aggiunta, al comma 2, della messa in mora del debitore prima del prodursi dell'effetto risolutorio, procedimento peraltro ritenuto pattiziamente derogabile⁵); la Cour de Cassation, diversamente dal giudice di legittimità italiano, ha però ritenuto che la determinatezza della clausola risolutoria possa riconoscersi anche quando essa prevede, genericamente, l'inadempimento a una qualunque delle obbligazioni contrattuali, anche non espressamente elencate o richiamate nella clausola stessa.

L'impressione è che dietro il diverso trattamento della clausola risolutiva espressa si collochino due diverse concezioni del ruolo dell'autonomia privata nella gestione della patologia contrattuale: una, quella italiana, ancora fortemente affidata al controllo giudiziale; l'altra, quella francese, maggiormente orientata a riconoscere alle parti un autenti-

³ Cass., ch. com., 3 giugno 2026, n. 24-19.612, in *Recueil Dalloz*, 2026, n. 22, 1001.

⁴ Art. 1225 *code civil* (introdotto dall'*Ordonnance* n. 2016-131): «La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire».

⁵ Vale la pena di riportare, in questo senso, quanto si legge nel *Rapport au Président de la République* che accompagna l'*Ordonnance* n. 2016-131: «L'article 1225 définit en son premier alinéa la notion de clause résolutoire, bien connue en doctrine et surtout de la pratique, comme la clause désignant les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat, tandis que l'alinéa 2 en soumet l'application à une mise en demeure préalable du débiteur mentionnant expressément la clause résolutoire en cause. Le texte étant supplétif, il précise que cette exigence n'est requise que si les parties n'ont pas convenu que la clause résolutoire jouerait du seul fait de l'inexécution».

co potere di governo della crisi del contratto. Le pagine che seguono cercano di verificare questa ipotesi.

2. Ragioni e tensioni della clausola risolutiva espressa

Volendo ragionare sulle rationes dell'apparente maggior rigore del giudice di legittimità italiano rispetto a quello francese, è bene muovere da una ricostruzione dei lineamenti della clausola risolutiva, enucleando, in particolare, le ragioni del suo carattere "espresso" richiesto all'art. 1456 c.c.

La clausola risolutiva è uno fra gli strumenti più significativi per l'autonomia privata rimediale⁶: nei contratti fra parti assistite da professionisti è comunemente impiegata come mezzo di gestione privata del rapporto, fungendo da barriera contro l'intrusione di valutazioni eteronome per la fase, eventuale, dell'inadempimento, e consentendo alle parti di selezionare preventivamente obbligazioni il cui inadempimento pregiudicherebbe, secondo una determinazione soggettiva, e però condivisa, il programma negoziale. Oltre all'incertezza sull'esito dell'indagine in ordine alla «non scarsa importanza» dell'inadempimento, le parti risparmiano i tempi e i relativi costi di quell'indagine spesso in parte delegata, per aspetti tecnici, a professionisti volta a volta coinvolti dal giudicante per saggiare la gravità. Il senso della clausola, ben compreso dagli operatori contrattuali professionali, è dunque sia "politico", con la manifestazione dell'intenzione di governare autonomamente il contratto anche per le sue eventuali fasi patologiche, alla maniera del *contract* completo anglosassone, sia più squisitamente pratico, mirando le parti a un significativo, almeno sulla carta, risparmio in termini di fastidi processuali. A questo si aggiunge un'indubbia funzione deterrente⁷, perché il debitore sa che quell'inadempimento, sebbene non grave, potrà dar luogo a un'immediata risoluzione (con perdita del diritto alla controprestazione) sicché proprio questo meccanismo risolutorio più "fluidico" dovrebbe indurlo all'adempimento; contestualmente, il creditore dà rilevanza a un interesse all'adempimento di una prestazione che, diversamente, rischierebbe di non trovare protezione, per difetto di gravità, con la risoluzione giudiziale⁸.

In questo contesto, la posizione del creditore risulta particolarmente rafforzata, con un «diritto potestativo» di determinare la risoluzione del contratto⁹, rispetto al quale

⁶ V., in una prospettiva generale sul ruolo e sulle caratteristiche della clausola risolutiva, Roppo, *Il contratto*, III ed., Milano, 2025, 840-842 e C.M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, 5, Milano, 1994, 312-318.

⁷ Su cui v. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, nel *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, *I rimedi*, V, 2, II ed., Milano, spec. 395.

⁸ Così CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, I tematici, *, *Contratto*, Milano, 2019, in partic. 1088-1089.

⁹ In questi termini Cass., 5 luglio 2018, n. 17603: «[l]a clausola risolutiva espressa attribuisce

l'eventuale fase processuale sarà definita da una pronuncia del giudice meramente dichiarativa e non costitutiva¹⁰; il potere risolutorio non è certo illimitato, giacché l'esercizio del diritto potestativo (di attivare la clausola risolutiva) può/deve essere sindacato alla luce del canone di buona fede¹¹: se il fatto del debitore – astrattamente configurabile come inadempimento – risultasse conforme a buona fede, non darebbe luogo all'effetto risolutorio conseguenza della clausola, salva la valutazione, che la clausola non disinnesci, dell'imputabilità dell'inadempimento ex art. 1218 c.c. al dolo o alla colpa del debitore, restando impedito l'effetto risolutorio se l'inadempimento, appunto, non gli è imputabile¹². Può peraltro ben rilevarsi che il controllo di buona fede quale limite all'esercizio di un potere di risolvere il contratto rischia, se troppo ampio, di tradire il senso della clausola come espressione di una scelta autonoma sui presupposti della risoluzione¹³, ciò che

al contraente il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del contratto per un determinato inadempimento della controparte, dispensandola dall'onere di provarne l'importanza. Essa non ha carattere vessatorio, atteso che non è riconducibile ad alcuna delle ipotesi previste dall'articolo 1341, co. 2, c.c., neanche in relazione all'eventuale aggravamento delle condizioni di uno dei contraenti derivante dalla limitazione della facoltà di proporre eccezioni, in quanto la possibilità di chiedere la risoluzione è connessa alla stessa posizione di parte del contratto e la clausola risolutiva si limita soltanto a rafforzarla».

¹⁰ In tal senso Cass., 26 novembre 2021, n. 36918: «la pronuncia di risoluzione del contratto può avere natura costitutiva o meramente dichiarativa, in conseguenza della causa di scioglimento del rapporto prospettata ed accolta; in particolare, l'azione di risoluzione del contratto per inadempimento ex articolo 1453 c.c., è volta ad ottenere una pronuncia costitutiva diretta a sciogliere il vincolo contrattuale, previo accertamento da parte del giudice della gravità dell'inadempimento, e differisce perciò sostanzialmente dall'azione di risoluzione di cui agli articoli 1454, 1456 e 1457 c.c., poiché in tali ipotesi l'azione intende conseguire una pronuncia dichiarativa dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto, a seguito del verificarsi di un fatto obiettivo previsto dalle parti come determinante lo scioglimento del rapporto».

¹¹ Cass., 23 novembre 2015, n. 23868, in *Contratti*, 2016, 659 ss.: «l'agire dei contraenti va valutato, anche in presenza di una clausola risolutiva espressa, secondo il criterio generale della buona fede, sia quanto alla ricorrenza dell'inadempimento che del conseguente legittimo esercizio del potere unilaterale di risoluzione, sicché, qualora il comportamento del debitore, pur integrando il fatto contemplato dalla suddetta clausola, appaia comunque conforme a quel criterio, non sussiste l'inadempimento, né i presupposti per invocare la risoluzione, dovendosi ricondurre tale verifica non al requisito soggettivo della colpa, ma a quello, oggettivo, della condotta inadempiente».

¹² Sul punto si registra un consenso generale in giurisprudenza: può vedersi, fra le molte, Cass., 17 gennaio 2007, n. 987: «la circostanza che in tema di risoluzione di un contratto sia invocato l'effetto di una clausola risolutiva espressa, a norma dell'art. 1456 c.c., esclude solo che il giudice possa valutare la gravità dell'inadempimento, ma non lo esonera dall'obbligo di accertare l'esistenza stessa dell'inadempimento e la sua imputabilità, quantomeno a titolo di colpa, al soggetto obbligato». In dottrina la posizione maggioritaria (v., per tutti, ROPPO, *Il contratto*, cit., 840; TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato dei contratti*, a cura di Gabrielli, Milano, 2006, spec. 1760-1761), viene oggi sottoposta a vaglio critico da chi reputa, invece, che l'imputabilità sia necessaria solo quando, oltre che per l'effetto risolutorio, il creditore agisca per il risarcimento del danno: v., in questo senso, DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., 405-406.

¹³ V., in tal senso, F.P. PATTI, *Due questioni in tema di clausola risolutiva espressa*, in *Contratti*,

accadrebbe, ad es., se si ritenesse la «lieve entità» dell'inadempimento come indice di un abuso nell'avvalersi della clausola risolutiva.

Il dettato dell'art. 1456 c.c. è piuttosto chiaro, peraltro, sui modi attraverso i quali è possibile innescare l'effetto risolutivo tipico della clausola, con particolare riferimento alla determinatezza richiesta nella sua formulazione.

A tal proposito in dottrina si rileva che è proprio la determinatezza dell'obbligazione il cui inadempimento si evoca nella clausola a segnarne la distinzione, importante sul piano dell'interpretazione per la diversa intensità degli effetti giuridici dell'una o dell'altra qualificazione, rispetto a una mera clausola di stile: senza determinatezza la (presunta) risolutiva si rivela del tutto priva di valore risolutorio e, più in generale, quasi integralmente priva di rilievo giuridico¹⁴. Proprio sulla necessaria specificità della clausola si ripetono, dagli anni ottanta, massime che qualificano inesorabilmente le clausole redatte con riferimento alla violazione di «tutte le obbligazioni contenute nel contratto»¹⁵ come mere clausole di stile, inadatte a produrre l'effetto risolutivo¹⁶; un atteggiamento piuttosto rigoroso le cui ragioni sono, probabilmente, di diverso ordine: da una parte, se la clausola è formulata adeguatamente, si riduce il rischio di possibili conflitti (successivi) sull'effettivo verificarsi dell'effetto risolutivo; dall'altra la regola che affida alle parti la scelta preventiva sulla gravità dell'inadempimento è comunque eccezionale rispetto a una valutazione che è rimessa, in genere, al giudice, il quale si determina in virtù di criteri senz'altro più oggettivi.

2016, 695 ss., spec. 707, ove «[l]'esame compiuto consente di affermare che la buona fede svolge un ruolo significativo in presenza di una clausola risolutiva espressa. Ove il contraente si avvalga abusivamente del diritto di risolvere il contratto, gli effetti risolutivi devono considerarsi preclusi. La valutazione secondo buona fede, in termini generali, non riguarda la non scarsa importanza dell'inadempimento, ma non è escluso che possa essere considerata contraria a buona fede la condotta di chi invoca la clausola risolutiva in seguito a un inadempimento di lievissima entità».

¹⁴ Nel senso che la «determinatezza» distingue una clausola di stile da una clausola risolutiva espressa vera e propria v., per tutti, ROPPO, *Il contratto*, cit., spec. 340.

¹⁵ Una clausola così formulata è stata ritenuta indeterminata, dunque priva di effetti, in Cass., 11 marzo 2016, n. 4796; si legge in motivazione: «[v]a d'altro canto ribadita la nullità, per indeterminatezza dell'oggetto, di una clausola risolutiva espressa che attribuisca ad uno dei contraenti la facoltà di dichiarare risolto il contratto per "gravi e reiterate violazioni" dell'altro contraente "a tutti gli obblighi" da esso discendenti: la locuzione "gravi e reiterate", infatti, non solo nulla aggiunge ai fini della determinazione delle specifiche obbligazioni il cui inadempimento può dar luogo alla risoluzione, ma rimette in via esclusiva ad una delle parti la valutazione dell'importanza dell'inadempimento dell'altra parte».

¹⁶ V., in giurisprudenza, Cass., 12 novembre 1981, n. 5990: «[è] priva di efficacia in quanto "di stile" la clausola risolutiva espressa redatta in termini generici, ossia non già con riferimento a specifiche inadempienze, ma alla violazione di uno qualsiasi dei patti contrattuali, poiché simile clausola nulla aggiunge alle norme degli art. 1453 e 1455 c.c., onde, per pronunciare la risoluzione, il giudice deve accertare la non scarsa importanza dell'inadempimento» e, più recentemente sulla medesima linea, Cass., 6 aprile 2001, n. 5147.

Non sono mancate, in dottrina, opinioni più caute (almeno rispetto a certi eccessi giurisprudenziali) in ordine alla determinatezza dell'inadempimento; l'idea è che non si possa affermare sempre e comunque che l'indeterminatezza dell'inadempimento dedotto nella clausola risolutiva ne riduca l'effetto a quello di una clausola di stile¹⁷, ma sia necessaria un'interpretazione che misuri la singola clausola risolutiva (indeterminata o generica) nel contesto contenutistico del contratto nel quale è inserita e delle sue caratteristiche, contesto che può, comunque, assegnarle a pieno titolo il ruolo e l'effetto proprio di una valida clausola risolutiva¹⁸, anche quando l'inadempimento dedotto appaia più o meno indeterminato.

Un quadro che evidenzia, in altri termini, una tensione tra autonomia e controlli, prevalendo una certa diffidenza dei giudici verso l'aspirazione delle parti – cui il tipo clausola risolutiva offre soddisfazione – a controllare i presupposti, i tempi, i modi della risoluzione. Nonostante sia ormai chiaro, almeno per la migliore dottrina, che il governo dei rimedi risolutivi è rimesso a valutazioni complesse in cui i «fatti»¹⁹ (scelte delle parti, tipi di inadempimento, natura delle obbligazioni inadempite etc.) sembrano sfuggire alle rigide classificazioni codicistiche, frutto di una sistemazione formale dei rimedi che, forse, ha fatto il suo tempo.

E l'ordinanza della Cassazione, da cui hanno preso le mosse queste ultime riflessioni, sembra confermare la prevalenza di un «sentimento avverso» all'autonomia privata, cui si richiede, per il governo dell'effetto risolutorio, una precisione esplicativa talvolta eccessiva, alla cui assenza i giudici, prima di ricorrere alla nullità, potrebbero rimediare interpretando.

Si può allora cercare di capire perché, invece, tra i giudici francesi la «determinatezza» – oggi codificata dall'art. 1225 *code civil* – desse (e dia) luogo a letture meno restrittive e, quindi, più aperte al ruolo dell'autonomia privata rispetto alla risoluzione del contratto.

3. La vicenda della «*clause résolutoire*» in Francia

Sebbene in Francia il punto di partenza codicistico (l'art. 1225 *code civil*) sia del tutto simile a quello italiano (art. 1456 c.c.), almeno in relazione al requisito della determina-

¹⁷ Fermo restando che la qualificazione in termini di «clausola di stile» (cui consegue l'inefficacia o l'irrilevanza) richiede un «rigoroso accertamento da condurre in concreto» e non, come spesso capita di osservare in giurisprudenza, una valutazione sbrigativa motivata sulla mera lettera della clausola: v., in tal senso, ROPPO, *Il contratto*, cit., 391.

¹⁸ In tal senso si esprime SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Commentario al Codice civile* Schlesinger-Busnelli, Milano, 2007, spec. 609 ss.: l'A. dimostra che la giurisprudenza sull'indeterminatezza nasce, probabilmente, dal silenzio del codice previgente in tema di clausola risolutiva espressa.

¹⁹ V., in tal senso, ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in *Contratti*, 2017, 441 ss.

tezza della clausola, la lettura giurisprudenziale ha percorso in passato e percorre oggi, a riforma pienamente operativa, vie parzialmente diverse da quelle italiane; da una parte, emerge l'idea²⁰ che la necessità di precisione (dell'obbligazione il cui inadempimento conduce a risoluzione) derivi dalla natura sanzionatoria della clausola risolutiva, muovendo dalla constatazione che, a differenza di quanto accade per la risoluzione giudiziale, l'inadempimento del debitore può anche essere non grave, bastando semplicemente la realizzazione di un inadempimento previsto nella clausola stessa, anche in relazione a obbligazioni secondarie o accessorie. In altri termini, il debitore, privato della valutazione giudiziale sulla gravità del suo inadempimento, trova nella chiarezza e nella determinatezza l'unica garanzia rispetto all'esercizio indiscriminato di un potere risolutorio assegnato al creditore, con l'effetto – che, però, tradisce la natura stessa della risoluzione convenzionale – che, secondo un'opinione minoritaria²¹, il giudice dovrebbe poter valutare la proporzionalità tra la sanzione (risolutoria) e l'inadempimento. La questione, tuttavia, è ampiamente ridimensionata nel contesto del nuovo art. 1225, comma 2, *Code civil*, in cui il creditore è tenuto alla messa in mora che costituisce, sostanzialmente, l'ultimo avviso al debitore: in costanza di inadempimento, la clausola risolutiva troverà applicazione.

Precisato questo, nel nuovo assetto della risoluzione contrattuale risultato dalla riforma del diritto dei contratti, la gerarchia dei rimedi – risoluzione giudiziale, risoluzione convenzionale – ha subito un significativo stravolgimento: se, nel *Code civil* del 1804, la risoluzione era solo giudiziale, oggi al primo posto si colloca proprio la risoluzione che consegue all'applicazione di una clausola risolutiva: «La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice» (art. 1224 *code civil*). Dunque non si è operata una mera recezione della giurisprudenza precedente, ma si è voluto dare un nuovo assetto al rimedio risolutorio, relegando all'ultimo posto la risoluzione giudiziale e, sostanzialmente, rimettendo all'autonomia dei privati il governo (quasi) esclusivo della crisi del rapporto contrattuale²². Allora, la risoluzione convenzionale – di cui la clausola è strumento tipico – diventa la regola; quella giudiziale, in un certo senso, l'eccezione, con nel mezzo una risoluzione unilaterale per notificazione (art. 1226 *code civil*).

Questo cambiamento, del resto, rende visibile sul piano normativo ciò che, in Italia, è avvertito da tempo dalla migliore dottrina²³: l'inefficienza del rimedio risolutorio e la sua inadeguatezza a soddisfare gli interessi delle parti laddove insorga un fattore di crisi del rapporto negoziale, anche per ragioni legate ai tempi della giustizia.

²⁰ V., nel senso indicato nel testo, GHESTIN - JAMIN - BILLIAU, *Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil*, dir. Ghestin, Paris, 2001, 638-639.

²¹ In tal senso v., ancora, GHESTIN - JAMIN - BILLIAU, *Les effets du contrat*, cit., in partic. 642-643.

²² Come rileva FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 1, Paris, 2022, 800.

²³ V., ancora, ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, cit.

Del resto, un'analisi della giurisprudenza francese, anche precedente l'entrata in vigore del nuovo art. 1225 *code civil*, rivela una maggiore attenzione dei giudici all'applicazione della «*clause résolutoire*», di cui raramente si pronuncia la nullità per non sufficiente determinatezza dell'inadempimento oggetto della clausola, salvi casi-limite in cui non è possibile nemmeno ravvisare, nella clausola, l'intento di regolare una risoluzione convenzionale²⁴. In buona sostanza, se appare chiaro l'intento di porre fine al contratto (senza ricorso al giudice²⁵) in caso di inadempimento, i giudici cercano di valutare l'individuazione dell'obbligazione inadempita con minore rigore, esercitando a pieno il loro potere di interpretazione del contratto in cui la clausola è stata disciplinata, valorizzando così la scelta delle parti (se, almeno, ne sussistono i requisiti minimi sopra indicati) di non passare dalla risoluzione giudiziale per la determinazione dell'effetto risolutorio. La decisione, già ricordata, del 3 giugno 2026 si inquadra in un contesto nel quale non solo la clausola risolutiva è divenuta il primo strumento per la risoluzione del contratto, ma anche, in continuità con la giurisprudenza del pre-riforma, reputa sufficiente un generico richiamo a una delle obbligazioni disciplinate dal contratto per ritenere operativa la clausola risolutoria. Non che, in Francia, il potere generato dalla previsione di una clausola siffatta sia illimitato, come, si è visto, accade in Italia: anche oltralpe, infatti, la buona fede costituisce un sicuro limite che, se superato, può produrre l'inefficacia della clausola, sebbene in casi particolarmente significativi (come, ad es., quando il creditore si avvale della clausola trascorsi anni dall'inadempimento²⁶), restando ferma l'irrilevanza dell'eventuale buona fede del debitore²⁷ ai fini della (non) applicazione della clausola risolutiva. E, d'altronde, è chiaro anche in Francia che la clausola risolutiva può operare solo se l'inadempimento sia imputabile al debitore, circostanza da escludere, ad es., quando sussiste una causa di forza maggiore²⁸.

4. La determinatezza dell'oggetto della clausola

Tornando al contesto italiano, la decisione in commento si colloca nella scia della spinta verso un'affermazione di potere del "giudice" a contenere l'autonomia dei privati, desiderosa di appropriarsi anche della risoluzione del contratto; nel caso specifico lo fa

²⁴ Come, ad es., in Cass., 25 novembre 1986, in *Rev.trim. dr. civ.*, 1987, 313, obs. Mestre. (in cui si nega validità a una clausola risolutoria apposta a una donazione, proprio in ragione del carattere peculiare di quest'ultima). V. anche Cass., 16 luglio 1992, n. 90.17.760, in *Défrenois*, 1993, 733, obs. Aubert (in cui la clausola risolutiva si reputa non operativa perché le parti non hanno fatto riferimento all'effetto risolutorio conseguente al descritto inadempimento).

²⁵ Difetta di chiarezza la clausola che consente al creditore di «far risolvere» il contratto in caso di inadempimento (perché non esprime il carattere necessariamente automatico della risoluzione convenzionale): Cass. civ., 7 dicembre 1988, n. 87-11.892.

²⁶ Cass., 31 gennaio 1995, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, 623, obs. Mestre.

²⁷ Cass., 24 settembre 2003, n. 02-12.474, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, 623, obs. Mestre.

²⁸ Cass., 21 novembre 1990, in *Bull. civ.*, 1990, III, n. 238, 135.

in un modo piuttosto lineare in relazione a entrambi i punti sui quali è chiamata a esprimersi. L'effetto risolutivo è destinato a innescarsi, nella configurazione manifestata dalle parti, al verificarsi di «speciali motivi di inadempienza dell'Ati previsti dalla normativa vigente»²⁹ e, allora, la clausola potrebbe ritenersi determinabile *per relationem*, dove la relazione è alla disciplina di settore che individui specifici protocolli per l'esecuzione di determinate attività (che, in quanto specifiche, si presume siano costellate di indicazioni anche sulla modalità di esecuzione delle singole attività). Una linea difensiva che, a quanto consta, non è stata percorsa adeguatamente e che, forse, avrebbe potuto salvare la validità della clausola, proprio ricorrendo allo strumentario concettuale della determinazione *per relationem* dell'oggetto del contratto, qui declinato, ovviamente, con riferimento al contenuto della clausola risolutiva espressa.

In un caso interessante, ma rimasto isolato, la Cassazione ha in effetti preso in prestito il criterio interpretativo dal sistema di regole dettato per l'interpretazione del contratto di cui all'art. 1363 c.c., interpretazione complessiva o sistematica delle clausole, da leggersi le une per mezzo delle altre, con un significato globalmente raccolto dall'insieme, come, d'altra parte, suggerito da un'opinione dottrinale³⁰ più prudente rispetto al requisito della «determinatezza» dell'inadempimento dedotto nella clausola; e, fatta applicazione del principio di conservazione, ha ritenuto di qualificare come clausola risolutiva una pattuizione in cui l'inadempimento non era identificato in modo puntuale, ma, più semplicemente, con una prevalutazione di "gravità", letta, comunque, come implicita volontà di porre una clausola sussumibile entro la fattispecie dell'art. 1456 c.c.³¹.

Nel nostro caso, invece, la Cassazione non riqualifica, ma colpisce seccamente la clausola indeterminata sebbene, a meglio vedere, l'atteggiamento appaia forse troppo rigoroso: emerge in qualche modo, anche dal fraseggio della motivazione, come la difesa della ASL si sia dimostrata carente nell'identificare quali comportamenti, quali attività, integrassero gli evocati inadempimenti, e in che senso fossero «speciali» e connessi alle specifiche disposizioni volta a volta violate; se avesse meglio assolto alla propria difesa processuale, forse la clausola si sarebbe potuta salvare.

²⁹ La clausola risolutiva contestata è espressa nei termini di cui alla nota 1, *supra*.

³⁰ Il riferimento è ancora a SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 609 ss.

³¹ Cass., 27 agosto 2013, n. 19602, in questi termini: «[q]ualora una clausola di un contratto di locazione preveda che il mancato puntuale pagamento, in tutto o in parte e per qualunque causa, anche di una sola rata del canone determini la risoluzione di diritto del contratto, specificando che tale risoluzione si verificherebbe per grave inadempimento ex art. 1455 c.c., non sussistono dubbi esegetici circa il fatto che la stessa, pur non menzionando l'art. 1456 c.c., vada intesa nel senso che le parti hanno voluto stabilire una clausola risolutiva espressa (e, d'altro canto, ove tale dubbio sussistesse andrebbe sciolto nel senso indicato in virtù del principio di conservazione del contratto), individuando ex ante un inadempimento grave»).

5. La rilevabilità d'ufficio della nullità

Il trend restrittivo di cui dicevo passa anche attraverso la qualificazione della sanzione destinata alla clausola indeterminata, collocata senza indugio nell'area delle nullità strutturali, nello specifico per indeterminatezza dell'oggetto, ovvero per violazione dei parametri di determinatezza (ma anche determinabilità) di cui all'art. 1346 c.c.

Il primo motivo di ricorso nel caso in commento è proprio l'ultrapetizione, e la violazione dell'art. 112 c.p.c. sulla corrispondenza fra chiesto e pronunciato: secondo la ASL ricorrente la nullità della clausola risolutiva espressa generica è posta a salvaguardia di un interesse particolare, riferibile alla sola parte ritenuta inadempiente da chi della clausola si avvale; sicché, non avendo il consorzio espressamente evocato la nullità, né avendo contestato la validità della clausola, ma essendosi piuttosto limitato a negare l'effetto risolutorio della clausola così generica, il giudice avrebbe errato rilevando d'ufficio la nullità non richiesta.

La Corte qui non fa molta fatica inquadrando immediatamente la clausola risolutiva generica nella nullità strutturale a rilevabilità officiosa, perché l'interesse protetto è quello del sistema a non consentire a pattuizioni irrazionali di produrre effetti giuridici. Distruggendo la clausola si conserva il contratto, sebbene, in effetti, conservando la clausola il contratto ne esca distrutto: nel caso già evocato sopra³², applicando proprio il principio di conservazione (della clausola, allora) il contratto finiva con l'essere travolto proprio dall'effetto risolutorio della clausola salvata.

La Cassazione poteva ben fermarsi a quel punto, ma non ha perso l'occasione per ammonire di scarso aggiornamento la difesa del consorzio, perché è da tempo chiaro che la nullità è sempre sul tavolo del giudice, anche quella di protezione costruita nell'interesse di una parte, così come, nel 2014, ha definitivamente chiarito una nota pronuncia delle Sezioni unite³³. Quindi, a prescindere dal presupposto logico giuridico che caratterizzi la domanda di parte, il giudice non solo può, ma deve accertare la nullità (anche se) relativa: le ragioni sono forti e chiare anche sul fronte europeo, dove, già da *Pannon*³⁴,

³² Cass., 27 agosto 2013, n. 19602, cit.

³³ Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, ove si legge che «[l]a rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una “species” del più ampio “genus” rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali – quali il corretto funzionamento del mercato (articolo 41 cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (articolo 3 cost.) – che trascendono quelli del singolo».

³⁴ CGUE, sez. IV, sentenza 4 giugno 2009 n. C-243/08, in questi termini: «[i]l giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga. Tale obbligo incombe al giudice nazionale anche in sede di verifica della propria competenza territoriale». V., su questi profili, PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009 e, in una prospettiva generale, GIROLAMI, *Nullità di protezione*, in *Enc. dir., I tematici, Contratto*, Milano, 2021, 701 ss., spec. 717-719:

nel 2009, si è plasticamente affermato quanto poi detto dalle Sezioni unite nel 2014, e oggi confermato dalla decisione qui commentata, in relazione a una nullità di protezione posta a favor di consumatore, prototipo delle nullità relative.

Certo, trattandosi di nullità di protezione, la sua rilevabilità d'ufficio deve conciliarsi con l'interesse del consumatore che concorre a perseguire (insieme a ulteriori interessi, riferibili all'ordinamento in generale); e infatti in *Pannon* si è precisato che il consumatore può ben opporsi alla nullità e far valere, anzi, la clausola, con ciò «rinunciando» alla protezione offerta dall'ordinamento attraverso la nullità. Ed è proprio qui, in uno spazio pur molto ridotto, che risiede una (sorta di) asimmetria processuale protettiva a favore del consumatore; del resto, il dato non deve sorprendere, nemmeno nella prospettiva del diritto comune. Basti pensare al meccanismo del mancato rifiuto nei contratti gratuiti, alla remissione del debito che può bloccarsi davanti al rifiuto del debitore: a un effetto positivo (anche attributivo e, perché no, processuale) si può (anzi: si ha diritto di) rinunciare³⁵, e così anche all'effetto invalidante protettivo di un rimedio. Un alleggerimento, ma mai una compromissione dell'autodeterminazione della persona per gli effetti giuridici intrusivi, anche se benefici. Il giudice deve tener ben conto del comportamento processuale della parte, dunque, per verificare se esso non manifesti una «rinuncia» all'effetto vantaggioso del rimedio.

Per la Cassazione in commento l'indeterminatezza della clausola risolutiva – la cui incapacità di produrre l'effetto risolutivo era stata contestata fin dal primo grado del giudizio – genera una nullità assoluta per mancanza, nella clausola, di un suo requisito essenziale; non c'entra il controllo di buona fede, che, evidentemente, non ha interessato *funditus* alcun grado di giudizio. Sebbene, in un caso del 2015³⁶, la Cassazione avesse utilizzato il vaglio di buona fede per sindacare il contenuto della clausola, tirandosi giustamente dietro somme e fondatissime critiche³⁷: la gravità dell'inadempimento è proprio lo spazio di cui può appropriarsi l'autonomia privata, attraverso la clausola risolutiva, e non ha senso consentire al giudice di sindacarlo, ciò che, poi, significherebbe anestetiz-

«[i]n definitiva, la rilevabilità officiosa va letta come connotato portante della nullità di protezione, in quanto strumento di realizzazione della *ratio legis* protettiva» (ma v. anche ROPPO, *Il contratto*, cit., 738-739).

³⁵ La ragione risiede nella «sovranità formale» dei soggetti sulla propria sfera giuridica, rispetto alla quale è irrilevante il carattere vantaggioso o svantaggioso dell'intrusione: in questi termini ROPPO, *Il contratto*, cit., 28.

³⁶ Cass., 23 novembre 2015, n. 23868, cit.

³⁷ In particolare v. PIRAINO, *Il controllo giudiziale di buona fede sulla clausola risolutiva espressa*, in *Contratti*, 2016, p. 659 ss., spec. 675, ove si legge: «[l]'errore compiuto dalla Cassazione si appunta, invece, proprio sull'uso della buona fede, adoperata per negare rilevanza a un inadempimento che, sebbene di modico importo, si è comunque verificato e che integra la fattispecie prevista nella clausola risolutiva espressa. Pur con tutte le possibili cautele linguistiche, in un'applicazione del genere la buona fede dà luogo a una valutazione sull'importanza dell'inadempimento, attuando una forma di controllo del contenuto della clausola risolutiva espressa».

zare il senso stesso dell'istituto. Né la buona fede può utilizzarsi per un controllo che, sostanzialmente, attiene al contenuto della pattuizione, non già ai modi del suo esercizio³⁸.

La Cassazione ha voluto, in questo caso, troncare di netto la clausola servendosi della nullità, con ciò esprimendo un atteggiamento rigoroso e certamente limitante gli spazi dell'autonomia privata; lo fa, certamente, in ragione delle caratteristiche del caso concreto e dei temi posti alla sua attenzione nel processo del merito, evitando di servirsi di un controllo di buona fede che, come detto, avrebbe finito con l'aprire a pericoli (in termini di lesione dell'autonomia privata) giudizi sul concreto esercizio del rimedio. Ma, comunque, mostra di guardare alla «determinatezza» come a un elemento posto dalla legge a presidio di interessi ultra-individuali la cui identificazione appare, oggettivamente, molto dubbia, perché la clausola risolutiva espressa, nella sua natura essenziale, rimane uno strumento orientato alla protezione della parte fedele, potendosi, semmai, riconoscere che la sua «determinatezza» protegge anche l'interesse del debitore, esposto all'effetto risolutorio solo se e quando l'inadempimento oggetto della clausola sia sufficientemente individuato.

Ci si potrebbe domandare se, in luogo dell'applicazione della nullità, la Cassazione avrebbe potuto semplicemente constatare l'inefficacia della clausola risolutiva non sufficientemente determinata per assenza di un elemento essenziale della fattispecie descritta all'art. 1456 c.c. e riqualificarla, ad esempio e come spesso ha fatto in passato, come mera clausola di stile³⁹ o, se invece, ricorrendone i presupposti, come clausola di recesso *ad nutum*⁴⁰; se avesse seguito quella strada, l'autonomia privata – che nella clausola risolutiva trova un proprio riconosciuto potere rimediale – ne sarebbe uscita decisamente meglio.

ABSTRACT

Muovendo da una recente pronuncia della Corte di cassazione, il contributo propone una riflessione sul ruolo della clausola risolutiva espressa nel sistema dei rimedi contrattuali, mettendo a confronto l'esperienza italiana e quella francese. La decisione è posta a confronto con la recentissima giurisprudenza della *Cour de cassation* francese, la quale, pur operando nel quadro dell'art. 1225 del Code civil, adotta un criterio inter-

³⁸ Forse si sarebbe potuto lasciare uno spazio alla valutazione della buona fede nell'invocare la risolutiva, quindi nel valutare il comportamento della parte che si avvale della clausola, in un contesto di evidente e macroscopica scarsa importanza dell'inadempimento, magari quando l'invocazione della clausola è finalizzata a prorogare di fatto il termine dell'adempimento di chi se ne avvale; ma si tratta, comunque, di ipotesi molto circoscritte in cui si possa individuare una sorta di abuso del potere di risolvere generato dalla clausola risolutiva a favore della parte fedele.

³⁹ In tal senso DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., 393: «[s]e invece la risoluzione è collegata all'inadempimento di una qualsiasi delle obbligazioni contrattuali, la pattuizione non può essere qualificata come clausola risolutiva espressa».

⁴⁰ Come ammesso in Cass., 1° agosto 2007, n. 16993.

pretativo significativamente più favorevole alla conservazione della clausola e all'autonomia negoziale. Attraverso un'analisi comparata, il contributo ricostruisce le ragioni sistematiche della clausola risolutiva espressa, soffermandosi sul significato del requisito della determinatezza e sul rapporto tra autonomia privata e controllo giudiziale. Si sostiene che la giurisprudenza italiana abbia progressivamente accentuato un orientamento restrittivo, privilegiando la sanzione della nullità rispetto a strumenti interpretativi idonei a conservare l'efficacia della clausola. Il contributo propone una diversa lettura, valorizzando la determinabilità *per relationem* e l'interpretazione sistematica del contratto, in linea con il principio di conservazione dell'autonomia negoziale.

Starting from analysis of the Italian Supreme Court's decision n. 23843/2025, which declared an express termination clause void as it referred only generally to the breaches "provided for by the applicable legislation", the Author analyses the rationale of express termination clauses, the meaning of the requirement of certainty, and the relationship between private autonomy and judicial control, also by way of comparison with a recent case law by the French Cour de cassation. The Cour adopts a more flexible approach to contractual certainty and gives greater weight to party autonomy. The Author argues that Italian case law has progressively favoured a restrictive approach, relying on invalidity where interpretative techniques capable of preserving the parties' agreement could instead be employed. The article suggests a broader use of interpretation per relationem and of the principle of contractual conservation.



La responsabilità civile dei *blogger*

Roberto Bocchini

Prof. ord. dell'Università di Napoli Parthenope



SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dai soggetti alle attività. – 3. Lo stato attuale e la rilevanza del diritto vivente rispetto all'evoluzione normativa. – 4. Le nuove responsabilità del *provider*. – 5. L'illecito telematico come illecito permanente: implicazioni normative.

1. Premessa

Il tema della responsabilità del *provider* costituisce da tempo oggetto di privilegiata attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, tanto nazionale quanto sovranazionale. L'interesse che esso suscita non è casuale: la ricostruzione dell'evoluzione storica della responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico, dalla Direttiva 2000/31/CE al Regolamento UE 2022/2065 (*Digital Services Act*), definitivamente entrato in vigore nel 2024, consente di tracciare l'itinerario percorso dal legislatore europeo nella complessa disciplina della materia.

Tale itinerario si lascia apprezzare quale progressiva transizione da un regime di sostanziale irresponsabilità a un rinnovato modello di "responsabilizzazione" dei principali attori dell'ecosistema digitale, ai quali è oggi richiesto un contegno attivo di cooperazione con le Autorità preposte al controllo della rete, funzionale all'individuazione e alla neutralizzazione degli autori degli illeciti. Si tratta, peraltro, di un percorso che il legislatore non ha compiuto isolatamente, bensì con il costante apporto del diritto vivente, quale plasmato dall'elaborazione giurisprudenziale dei diversi ordinamenti europei.

In tale prospettiva, la responsabilità civile si configura come strumento di regolazione dei rapporti sociali ed economici, volto non solo a compensare il danneggiato, ma anche a orientare i comportamenti dei consociati, imponendo, ai prestatori di servizi intermediari, standard di diligenza e di correttezza adeguati alla complessità dei mercati digitali. La sua funzione si estende, così, alla tutela dell'affidamento collettivo e alla salva-

guardia della stabilità del sistema, assumendo un ruolo di deterrenza rispetto a condotte potenzialmente lesive e contribuendo alla costruzione di un ordine giuridico coerente con le esigenze della società dell'informazione¹.

Nel corso del tempo si sono affermati due principi fondamentali. Da un lato, il principio della prevenzione del danno, fondato sull'idea che il risarcimento non sempre riesce a ristabilire integralmente la posizione della vittima ed è, quindi, necessaria una tutela *ex ante*, capace di evitare il verificarsi stesso del pregiudizio². Dall'altro lato, il principio secondo cui i prestatori di servizi digitali, in qualità di intermediari, devono collaborare attivamente alla tutela dei soggetti della rete.

Questa collaborazione si traduce in un comportamento responsabile e diligente, volto a creare un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile. Tale contesto è altresì essenziale per favorire l'espansione dei servizi digitali innovativi e per evitare la frammentazione del mercato in una visione globale del sistema della responsabilità civile applicabile in questo contesto.

In questo quadro sembra consolidarsi sempre più il principio di *accountability*, già noto nell'ambito del Reg. UE 679/2018 (GDPR)³ e che rappresenta una nuova e diversa tecnica normativa⁴. Esso impone ai prestatori di servizi intermediari un meccanismo di responsabilizzazione e di rendicontazione, volto a dimostrare l'adozione di tutte le misure necessarie per prevenire contenuti illegali. In caso di ordini da parte dell'Autorità, questi ultimi devono essere in grado di fornire, senza indebito ritardo, tutte le informazioni e contrastare i contenuti illegali come richiesto dall'Autorità competente⁵.

Di questo impianto normativo la giurisprudenza di legittimità offre oggi una significativa verifica applicativa.

Invero con un recente ordinanza la Suprema Corte⁶ è tornata su un tema di grande rilievo nell'ambito della responsabilità degli *internet service provider* per contenuti diffu-

¹ CAMARDI, *Verso un modello europeo di responsabilità civile?*, in *Accademia*, 2025, spec. 35 ss.

² MICKLITZ, *Risk, Tort, and Liability*, in GRUNDMANN – MICKLITZ – RENNER, *New Private Law Theory. A Pluralist Approach*, Cambridge, 2021, 272 ss.; SALVI, *Responsabilità civile (funzioni della)*, in *Enc. Dir., I tematici. Responsabilità civile*, VII, diretto da SCOGNAMIGLIO, 2024, Milano, 685 ss.; tra tutti TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, *passim*.

³ Sul punto per tutti v. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento Europeo sulla protezione dei dati personali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, a cura di Finocchiaro, Bologna, 2017, 15, sottolinea che l'*accountability* "può essere considerata un modo di formalizzare e proceduralizzare l'autonomia nei limiti [...] riconosciuti dalla Direttiva e dalle normative nazionali"; Ead., *Il principio di accountability*, in *Giur. it.*, 2019, 2778 ss. Nella letteratura straniera, Husovec, *Accountable, not liable: injunctions against intermediaries*, in *TILEC discussion papers*, 2016, 1 ss.

⁴ CARLEO, *Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola all'autoregolazione*, in *Nuovo Dir. Civ.*, 2021, 359 ss.

⁵ HUSOVEC, *Rising Above Liability: The Digital Services Act as a Blueprint for the Second Generation of Global Internet Rules*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2023, 101 ss.

⁶ Cass., ord., 27 giugno 2025, n. 17360, consultabile in *Dejure*.

matori pubblicati da utenti terzi confermando un orientamento, ormai consolidato, in merito all'obbligo di rimozione dei commenti illeciti per il gestore di un *blog*⁷.

La fattispecie trae origine dall'azione promossa da un soggetto per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da commenti diffamatori pubblicati da utenti terzi sul blog gestito dal convenuto e non tempestivamente rimossi. Il nodo interpretativo attiene all'esatta portata dell'obbligo di rimozione gravante sull'*hosting provider* ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 70/2003.

La Corte territoriale aveva accolto una lettura restrittiva della disposizione, riconducendo l'insorgere dell'obbligo di rimozione alla sola comunicazione proveniente dalle autorità competenti – la cosiddetta «conoscenza qualificata» – e negando, per l'effetto, che la mera segnalazione della parte lesa potesse assumere efficacia idonea a radicare in capo al prestatore il dovere di attivarsi.

Di contrario avviso la Corte di cassazione. Muovendo dalla disciplina dell'art. 16 del d.lgs. n. 70/2003 – a mente del quale il prestatore che memorizza informazioni fornite dal destinatario del servizio non è responsabile a condizione che (a) non sia effettivamente al corrente del carattere illecito dell'attività o dell'informazione né, ai fini risarcitori, di fatti o circostanze che ne rendano manifesta l'illiceità, e che, (b) non appena a conoscenza di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso – il Supremo Collegio ha ritenuto che la consapevolezza dell'illiceità rilevante ai fini dell'obbligo di rimozione possa essere acquisita *in qualunque modo*, e non necessariamente per il tramite di una comunicazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa.

Ne discende che anche la segnalazione proveniente dal soggetto leso, ove idonea a rendere manifesta la natura diffamatoria o comunque illecita del contenuto ospitato, è sufficiente a far sorgere in capo all'*hosting provider* il dovere di intervenire tempestivamente; sicché la persistente inerzia serbata a fronte di una simile segnalazione vale a fondarne la responsabilità civile.

La Suprema Corte, quindi, cassa la sentenza d'appello sul punto dell'omessa rimozione, affermando il seguente principio di diritto di estrema importanza per tutti gli operatori della rete: “il prestatore di servizi informatici che assuma il ruolo di *hosting provider* non attivo va, di regola, esente dalla responsabilità per la pubblicazione delle eventuali informazioni illecite che provengano dai terzi - e, più specificamente, in relazione alla problematica oggetto della presente controversia - per tutti gli eventuali commenti diffamatori inviati dai terzi, ma, una volta che egli acquisisca la consapevolezza della manifesta illiceità degli stessi (in qualunque modo, anche non necessariamente a seguito di una comunicazione delle autorità competenti, sebbene, in tale ultimo caso, possa essere più agevole percepire il carattere “manifesto” dell' illiceità), è tenuto ad atti-

⁷ Il *blogger* è la persona che mantiene e aggiorna un *blog*; ossia una “*bacheca virtuale*”, sulla quale pubblica testi, foto e video e riporta sulla bacheca contenuti personali ed informativi; discutono temi specifici e di attualità; oppure espongono la propria attività commerciale o imprenditoriale.

varsi per rimuoverli tempestivamente, per continuare a godere dell'esenzione dalla indicata responsabilità" e ciò indipendentemente dall'ordine dell'autorità. In particolare, la Cassazione chiarisce che:

Il prestatore di servizi, che assume il ruolo di *hosting provider* non attivo, va esente dalla responsabilità per la pubblicazione di informazioni illecite provenienti da terzi (regola generale di cui all'art. 17 D.Lgs. 70/2003: nessun obbligo generale di sorveglianza).

Una volta acquisita la consapevolezza della manifesta illiceità dei contenuti (in qualunque modo, anche solo tramite segnalazione del danneggiato), il *provider* è tenuto ad attivarsi per rimuoverli tempestivamente, pena la perdita dell'esenzione dalla responsabilità.

La comunicazione delle autorità competenti rappresenta solo una delle possibili fonti di acquisizione della conoscenza dell'illiceità, non l'unica.

La Cassazione, infine, conferma che il gestore di un *blog* (o qualsiasi *hosting provider*) è responsabile civilmente per i contenuti diffamatori pubblicati da terzi quando venutone a conoscenza (in qualsiasi modo: segnalazione della vittima, propria lettura, comunicazione di terzi) non provveda tempestivamente alla rimozione e tale condotta equivale alla consapevole condivisione del contenuto lesivo e consente l'ulteriore diffusione.

La pronuncia in questione allinea, quindi, definitivamente la giurisprudenza civile a quella penale⁸ che aveva già affermato la responsabilità penale del *blogger* per diffamazione aggravata in caso di mancata rimozione tempestiva dopo la conoscenza dell'illecito in quanto il gestore di un *blog* o di una piattaforma *online* che ospita contenuti di terzi non può più trincerarsi dietro la mancanza di una comunicazione ufficiale per giustificare l'inerzia nella rimozione di commenti manifestamente diffamatori di cui abbia acquisito conoscenza.

2. Dai soggetti alle attività

Il nodo centrale che emerge nell'evoluzione delle responsabilità rinvenibili nell'e-cosistema digitale riguarda la scelta del criterio più efficace per imputare l'illecito: se sia preferibile concentrare l'attenzione sulle condotte, sanzionandole indipendentemente dal soggetto che le pone in essere, oppure se sia più opportuno partire dall'individuazione dei soggetti coinvolti e valutare, in relazione a ciascuno di essi, le azioni compiute e le conseguenti responsabilità. Questa alternativa metodologica non è meramente teorica, ma incide profondamente sulla costruzione del sistema di responsabilità degli intermediari e sulla capacità dell'ordinamento di governare fenomeni digitali sempre più complessi. In tale prospettiva, e con particolare riferimento alla decisione oggetto di commento, occorre considerare che il quadro normativo ha conosciuto una trasforma-

⁸ Cass. pen., 8 novembre 2018, n. 12546 in *Guida al diritto* 2019, 20, 84.

zione significativa con l'adozione del Regolamento (UE) 2022/2065, il *Digital Services Act*, divenuto pienamente applicabile nel 2024. Il DSA ha ridisegnato l'intero impianto della responsabilità civile degli intermediari, introducendo un modello più articolato, fondato su obblighi di diligenza graduati e su un approccio orientato alla gestione del rischio, che oggi costituisce il riferimento imprescindibile per valutare le condotte degli operatori digitali.

È particolarmente rilevante osservare come, in questo settore, l'evoluzione giurisprudenziale sia stata recepita in modo quasi diretto dal legislatore europeo. Ciò è avvenuto soprattutto con riguardo alla figura dell'*host provider* attivo, rispetto alla quale la giurisprudenza aveva progressivamente superato la rigida distinzione tradizionale tra attività meramente tecnica e attività connotata da un ruolo di intervento o controllo⁹. Il DSA ha fatto propri questi approdi, riconoscendo che la responsabilità dell'intermediario non può più essere valutata sulla base di categorie statiche, ma deve essere ricostruita alla luce del concreto grado di incidenza del prestatore sui contenuti e sulle dinamiche della piattaforma.

Appare opportuno individuare le attività concretamente svolte in quanto le qualificazioni soggettive sono mutevoli e difficilmente cristallizzabili poiché inevitabilmente condizionate dalla continua evoluzione tecnologica e dall'emergere di nuove figure operative, come ad esempio gli *influencer* o i *content creator*¹⁰. Ne consegue che la corretta imputazione delle responsabilità non può fondarsi esclusivamente sulla categoria formale di appartenenza del soggetto, ma deve essere ricondotta alla natura e alle modalità dell'attività esercitata, indipendentemente da chi la compie.

La non piena sovrapponibilità tra piattaforme digitali, ISP e motori di ricerca appare ormai pacifica, soprattutto se si considerano le attività illecite che vengono normalmente poste in essere dagli utenti attraverso tali intermediari. Tale distinzione comporta, anche alla luce dell'evoluzione normativa, l'emersione di un obbligo specifico in capo al soggetto che svolge l'attività di moderazione dei contenuti -come definito dall'art. 3, lett. t), DSA- ossia le attività, automatizzate o meno, svolte dai prestatori di servizi intermediari con il fine, in particolare, di individuare, identificare e contrastare contenuti illegali e informazioni incompatibili con le condizioni generali, forniti dai destinatari del servizio, comprese le misure adottate che incidono sulla disponibilità, sulla visibilità e sull'accessibilità di tali contenuti illegali o informazioni, quali la loro retrocessione, demonetizzazione o rimozione o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, o che incidono sulla capacità dei destinatari del servizio di fornire tali informazioni, quali la cessazione o la sospensione dell'*account* di un destinatario del servizio.

⁹ Sul punto, tra gli altri, v. Tescaro, *La responsabilità civile dell'hosting provider e il dialogo fra le Corti*, in *Studium iuris*, 2020, 1475.

¹⁰ In argomento v. Trubiani, *Influencer marketing: libertà della scelta di consumo nel mondo digitale*, in *Dir. inf.*, 2024, 385 ss.

Per una corretta imputazione della responsabilità, occorre in primo luogo individuare l'attività concretamente svolta, al fine di stabilirne o meno la natura illecita, e solo successivamente identificare il soggetto responsabile tenuto al risarcimento del danno.

In tal modo, la responsabilità civile nel contesto digitale si configura come un meccanismo non meramente riparatorio, ma anche di regolazione preventiva, capace di orientare i comportamenti degli intermediari e degli utenti in funzione della tutela dell'ordine giuridico e della protezione dei diritti fondamentali.

Invero, nell'evoluzione della responsabilità civile telematica, assume rilievo centrale la funzione preventiva¹¹, volta a impedire il verificarsi del danno, in considerazione dell'incertezza circa l'effettiva possibilità di ottenere un risarcimento successivo. Risulta, pertanto, maggiormente funzionale, ai fini della tutela dei soggetti potenzialmente lesi, individuare con precisione l'attività che deve essere interrotta o inibita per evitare la produzione del danno, e solo in un secondo momento procedere alla definizione dei criteri di imputazione in capo al soggetto responsabile.

Nella nostra analisi, è, allora, necessario chiarire le attività dei prestatori dei servizi intermediari per, poi, individuare gli illeciti con le relative responsabilità dei soggetti in quanto il legislatore ha disciplinato cinque ipotesi di responsabilità extracontrattuale, ciascuna strettamente collegata a una specifica tipologia di prestazione di servizi resi sul mercato digitale: a) *mere conduit*, b) *caching*, c) la memorizzazione permanente di informazioni (*hosting*), già prevista dall'art. 14 della Direttiva e dall'art. 16 del d.lgs., oggi disciplinata dall'art. 6 del Regolamento. Il prestatore intermediario non è responsabile se si limita a fornire agli utenti, destinatari dei servizi, uno spazio sul proprio *server*, destinato all'immissione e alla conservazione di dati accessibili da altri utenti della rete. In tale contesto, le informazioni illecite possono essere memorizzate in modo duraturo e l'intermediario, diversamente dalle ipotesi precedenti, potrebbe avere la possibilità di conoscerne il contenuto; d) La quarta ipotesi, introdotta dal Regolamento, concerne l'obbligo di contrastare i contenuti illegali (art. 9). Il prestatore di servizi, ricevuto un ordine da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa, deve darvi seguito «senza indebito ritardo» e comunica all'Autorità le modalità con cui l'ordine è stato eseguito. Sorge la responsabilità dell'intermediario se, una volta ricevuto l'ordine di contrastare uno o più specifici contenuti illegali da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa, questi non abbia, senza indebito ritardo, dato seguito all'ordine, specificando in che modo. Inoltre, il coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro deve trasmettere senza indebito ritardo una copia dell'ordine a tutti gli altri coordinatori dei servizi digitali tramite il sistema istituito a norma dell'art. 85; e) La quinta ipotesi, anch'essa introdotta dal Regolamento, riguarda l'obbligo di fornire informazioni (art. 10). In questo caso, il prestatore intermediario, ricevuto un ordine da parte dell'autorità competente, deve trasmettere senza ritardo le informazioni richieste e specificare le modalità con cui ha adempiuto.

¹¹ Cfr. per tutti TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021, 8.

Tali cinque ipotesi delineano un sistema di responsabilità extracontrattuale che si modella in funzione delle diverse tipologie di servizi digitali, segnando il passaggio da una concezione tradizionale, incentrata sulla neutralità degli intermediari, a una visione più articolata e funzionale, coerente con la logica del *Digital Services Act*, che mira a bilanciare la libertà di impresa con la tutela degli utenti e la prevenzione degli illeciti¹².

3. Lo stato attuale e la rilevanza del diritto vivente rispetto all'evoluzione normativa

Il fondamento sistematico dell'intera disciplina va rinvenuto nel Considerando 12 del DSA, il quale enuncia il principio secondo cui ciò che è illegale *offline* è parimenti illegale *online*. Da tale equiparazione discende una precisa opzione definitoria: nell'ecosistema digitale la nozione di contenuto illegale deve essere intesa in senso ampio, così da ricomprendere le informazioni relative a contenuti, prodotti, servizi e attività di carattere illecito¹³.

Sotto questo profilo, il Considerando distingue due ordini di ipotesi. Vi rientrano, per un verso, quei contenuti che, a prescindere dalla forma assunta, risultano di per sé illegali alla stregua del diritto applicabile, quali l'illecito incitamento all'odio, i contenuti terroristici illegali e i contenuti discriminatori illegali; per altro verso, quei contenuti che le norme applicabili rendono illeciti in ragione del loro riferimento ad attività a propria volta illegali.

Ne risulta una nozione di illiceità volutamente elastica, funzionale ad abbracciare l'intera gamma delle manifestazioni dell'illecito nel contesto digitale e a garantire la continuità di tutela tra dimensione fisica e dimensione virtuale.

In tal senso, fermo il principio dell'assenza di un obbligo di sorveglianza da parte del prestatore di servizi, è evidente che il prestatore di servizi intermediari diventa centrale nella creazione di un corretto ecosistema digitale e, quindi, nell'intercettare le contestazioni e valutare la legalità delle informazioni da diffondere o diffuse tenendo conto dei diversi interessi in gioco. Dovrà porre in essere quegli obblighi in materia di dovere di diligenza per creare un ambiente *online* trasparente e sicuro indicati dal DSA. Infatti il primo obiettivo del legislatore europeo, con l'emanazione di questa nuova normativa, non è quello di individuare soltanto chi debba risarcire i danni, ma chi possa garantire un realistico equilibrio tra i diversi interessi in gioco¹⁴.

¹² GUFFANTI PESENTI, *La responsabilità extracontrattuale dell'internet service provider*, in *Trattato Le piattaforme digitali e-Agorà*, a cura di BOCCHINI, Torino, 2025, 463 ss.

¹³ NOTANO ERCOLANI e LA ROSA, *Violazione dei diritti e regime speciale di responsabilità per i prestatori dei servizi di condivisione*, in BIXIO (a cura di), *Crisi e resilienza del diritto d'autore. Il recepimento italiano della direttiva 2019/790*, Torino, 2024, 188 che il DSA non definisce esattamente cosa si intenda per contenuto illegale.

¹⁴ SOLINAS, *Responsabilità civile e piattaforme digitali*, in *Enc. Dir., I tematici. Responsabilità civile*,

Invero l'evoluzione normativa del DSA, pur avendo tenuto fermi i principi per i quali i prestatori di servizi intermediari non sono responsabili "a condizione che", ha subito una netta evoluzione rispetto alla direttiva sul commercio elettronico, al fine di contribuire a creare un ambiente *online* trasparente e sicuro¹⁵.

Tale obiettivo vuole essere perseguito attraverso un comportamento responsabile e diligente da parte dei prestatori di servizi intermediari, che diventa essenziale per un ambiente *online* prevedibile e affidabile, e per consentire ai cittadini dell'Unione e non solo di esercitare i loro diritti fondamentali, garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare la libertà di espressione e di informazione, la libertà di impresa, il diritto alla non discriminazione e il conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori (Considerando 3).

In tal senso quindi, si sono imposti, per la prima volta, ai prestatori di servizi intermediari una serie di obblighi, in materia di trasparenza, attraverso dei meccanismi volti a consentire la notifica di informazioni specifiche, di motivazioni chiare, di notifiche in caso di sospetti di reato¹⁶. Vengono, quindi, richieste delle condotte diligenti ai prestatori di servizi intermediari e ciò indipendentemente dal fatto che l'utente in Internet abbia provocato un danno risarcibile o compiuto un fatto illecito¹⁷. Tali condotte diligenti sono, quindi, richieste al prestatore intermediario indipendentemente da una possibile attività illecita che potrebbe essere fonte di responsabilità.

Per la prima volta viene definito all'art. 3 lett. h), DSA il contenuto illegale come qualsiasi informazione che, di per sé in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell'Unione o di qualunque Stato membro, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto di tale attività¹⁸. Il contenuto illegale non rimosso determina, allora, la responsabilità del prestatore di servizi della

vol.VII, diretto da SCOGNAMIGLIO, 2024, Milano, 978; GUFFANTI PESENTI, *La responsabilità*, cit., 478 ss. La dottrina statunitense ha descritto tale fenomeno come una "New School Speech Regulation" (BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in UC Davis, 2018, 1149 ss.). Ai soggetti privati viene attribuito il compito di effettuare bilanciamenti di diritti che tradizionalmente sarebbe invece assegnati a soggetti pubblici (come avviene con il *Digital Millennium Copyright Act* e il meccanismo del *notice and action*).

¹⁵ Vedi Capo III del DSA, *Obblighi in materia di dovere di diligenza per un ambiente online trasparente e sicuro*.

¹⁶ Sul punto v. ASTONE, *Digital services act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in *Contr. impr.*, 2022, 1054 ss.

¹⁷ SOLINAS, *La responsabilità*, cit., 978.

¹⁸ Sul concetto di conformità un'originale ricostruzione è fornita da V. PESCATORE, *Conformità e rimedi nella fornitura dei servizi digitali*, relazione tenuta al convegno 'La disciplina di parte generale dei contratti per l'impresa', Milano - Brescia, 23-24 ottobre 2025 (i cui atti sono in corso di pubblicazione), nota come, nel *Digital Market Act* (art. 28) e nel DSA (artt. 40 e 41), il quale afferma che il predicato nominale della conformità viene attribuito rispettivamente alle imprese che forniscono i servizi di piattaforma di base e ai fornitori di piattaforme e di motori di ricerca *on line* di dimensioni molto grandi: nel senso che la conformità diviene elemento di fattispecie da riferire non al bene o al servizio digitale, ma a soggetti che svolgono, nel mercato digitale, ruoli significativi o delicati.

società dell'informazione in quanto gli artt. 9 e 10 indicano l'obbligo del prestatore di contrastare tale contenuto illegale avviando, poi, con il meccanismo del *notice and take down*, la responsabilità dell'intermediario. L'aver definito per la prima volta il contenuto illegale determina, quindi, l'individuazione dell'illecito¹⁹.

Si introduce il concetto di moderazione di contenuti, che viene individuato dai Considerando 45 e 49 e, poi, dall'art. 14. I prestatori di servizi intermediari dovrebbero indicare in modo chiaro e mantenere aggiornate nelle loro condizioni generali le informazioni relative ai motivi per cui potrebbero limitare la prestazione dei servizi. In particolare, dovrebbero includere informazioni su politiche, procedure, misure e strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti²⁰, tra cui il processo decisionale algoritmico e la revisione umana, nonché le regole procedurali del loro sistema interno di gestione dei reclami²¹. Si introduce, per la prima volta, un principio secondo il quale i prestatori di servizi non devono soltanto adottare una condotta diligente, ma anche svolgere attività di moderazione dei contenuti, in relazione alla definizione di "contenuti illegali" sancita dal DSA²².

4. Le nuove responsabilità del provider

La responsabilità dell'intermediario per il mancato rispetto degli ordini e, più in generale, per il mancato rispetto dei doveri di *accountability*, rappresenta uno dei punti più innovativi e delicati del DSA. Il legislatore europeo ha profondamente ridisegnato il

¹⁹ Per le ipotesi che, invece, riguardano violazioni del diritto d'autore compiute dai destinatari dei servizi digitali che utilizzano la piattaforma, il regime di responsabilità presenta alcune peculiarità. Il DSA va infatti interpretato tenendo conto di quanto stabilito nelle Dir. 2001/29/CE e Dir. UE/2019/790, nonché nella l. n. 633 del 1941. In argomento, v. PIRAINO, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 146 ss.; QUARTA, *Piattaforme digitali e controllo dei contenuti illeciti: problemi e prospettive*, in CUOCCHI – LOPS – MOTTI (a cura di), *La responsabilità civile nell'era digitale. Atti della summer school 2021*, Bari, Cacucci, 2022, 293 ss.; RICCIO, *Diritto d'autore, Digital Services Act e la fragilità teorica dietro i diritti fondamentali*, in *Dir. Umani e Dir. Int.*, 2023, 95 ss.

²⁰ ANDREOTTI, *Account Suspension and Deactivation Clauses*, in ANDREOTTI – BARELA, *Developments in the Contractual Relationship*, in *Aa. Vv., Digital Platforms – From Technical Foundations to Legal and Economic Implications* a cura di BOCCHINI, I ed, Switzerland, 2026, 268.

²¹ SOLINAS, *La responsabilità*, cit., 979.

²² DEL FORNO, *La cancellazione non motivata dell'account da parte di una piattaforma e le lesioni subite dall'utente: conseguenze giuridiche*, in *giustiziacivile.com.*, 2024 il quale osserva che la cancellazione immotivata di un *account* da parte di una piattaforma può produrre conseguenze giuridiche rilevanti per l'utente, perché l'*account* è ormai uno spazio essenziale di identità, relazione e attività economica. La piattaforma, esercitando poteri privati incisivi, deve motivare le proprie decisioni e rispettare obblighi di trasparenza e correttezza. Una rimozione arbitraria può quindi integrare una violazione contrattuale o regolatoria e dare luogo a responsabilità risarcitoria, anche per danni non patrimoniali.

regime di responsabilità degli intermediari *online-social network, marketplace*, motori di ricerca e, più in generale, tutti i prestatori di servizi della società dell'informazione introducendo un sistema che non si limita a riproporre il modello della Direttiva *E-commerce* del 2000, ma lo aggiorna in modo radicale, inaugurando una nuova stagione del diritto digitale.

Il DSA conferma formalmente il principio del “*safe harbor*”, secondo cui gli intermediari non sono responsabili dei contenuti illeciti caricati dagli utenti, a meno che non ne abbiano conoscenza effettiva²³ e non intervengano tempestivamente per rimuoverli²⁴ e, quindi, una responsabilità da concorso plurisoggettivo eventuale²⁵.

Rimane fermo anche il divieto di imporre un obbligo generale di sorveglianza, che continua a rappresentare un pilastro della disciplina europea. Tuttavia, questa continuità è solo apparente. Il DSA, infatti, introduce una serie di obblighi di diligenza che trasformano profondamente il ruolo dell'intermediario, il quale non può più limitarsi a svolgere un'attività meramente tecnica, automatica e passiva, ma deve dimostrare di aver organizzato il proprio servizio in modo da prevenire e mitigare i rischi connessi alla circolazione delle informazioni *online*.

La responsabilità dell'intermediario non deriva più soltanto dalla natura del contenuto dell'illecito, ma dal rispetto di procedure rigorose, dalla capacità di gestire le segnalazioni, dalla trasparenza delle decisioni di moderazione e dalla predisposizione di sistemi efficaci di “*notice and action*”²⁶. Il DSA, infatti, richiede che gli intermediari implementino meccanismi chiari e accessibili attraverso i quali gli utenti possano segnalare contenuti illeciti, e impone loro di intervenire senza indugio quando ricevono una segnalazione qualificata. L'esenzione da responsabilità, dunque, non è più automatica: essa è subordinata al rispetto di obblighi procedurali che diventano essi stessi parametro di responsabilità.

²³ Posto che l'espressione “effettiva conoscenza” sembra valere già di per sé ad escludere la rilevanza della conoscibilità astratta dell'illecito da parte del *provider*, sul punto v. SERVIDA, *La responsabilità degli internet service provider dal safe harbour al principio di accountability*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 147.

²⁴ Questo principio, già affermato dalla Direttiva 2000/31/CE, è stato interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in una serie di sentenze fondamentali. Nel caso *Google France e Google Inc.* (CGUE, 5 febbraio 2010, cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08,), la Corte ha chiarito che l'intermediario può beneficiare dell'esenzione da responsabilità solo se svolge un ruolo “puramente tecnico, automatico e passivo”, senza avere conoscenza o controllo sui dati memorizzati. Tale orientamento è stato ribadito nel caso *L'Oréal/eBay* (CGUE, 25 agosto 2011, C-324/09), in cui la Corte ha affermato che l'intermediario perde l'immunità quando svolge un ruolo attivo che gli consente di avere conoscenza o controllo dei contenuti.

²⁵ BOCCHINI (a cura di), *Manuale di diritto privato dell'informatica*, Napoli, 2023, 551 ss.

²⁶ Il meccanismo di *notice and action*, già delineato dalla CGUE nel caso *YouTube e Cyando* (CGUE, 23 luglio 2021, cause riunite C-682/18 e C-683/18), diventa ora un obbligo normativo: l'intermediario deve intervenire senza indugio quando riceve una segnalazione qualificata, pena la perdita dell'esenzione.

È proprio questa la logica della responsabilità dinamica introdotta dal DSA: non si guarda più solo al contenuto illecito, ma alla capacità dell'intermediario di prevenire e gestire i rischi.

Il divieto di imporre un obbligo generale di sorveglianza resta fermo ma viene affiancato dal concetto di "sorveglianza mirata"²⁷, che impone agli intermediari di adottare misure proporzionate alla natura e alla dimensione del servizio. In tale quadro, la moderazione dei contenuti assume un ruolo centrale: non come obbligo generalizzato, ma come attività che deve essere svolta secondo criteri di trasparenza e correttezza procedurale²⁸.

Gli artt. 14 e 15 DSA, pur non imponendo un controllo sistematico, richiedono che ogni decisione di moderazione sia motivata e che gli utenti dispongano di strumenti efficaci per contestarla. La moderazione diventa, così, un indice della diligenza dell'intermediario, un elemento che contribuisce a definire la sua responsabilità complessiva.

Storicamente, gli intermediari evitavano di monitorare attivamente i contenuti per timore che tale attività potesse essere interpretata come un ruolo attivo, con conseguente perdita dell'immunità²⁹. Il DSA supera questo paradosso, stabilendo che le attività di moderazione volontaria e in buona fede non comportano automaticamente la perdita dell'esenzione da responsabilità. Si crea così un "privilegio di controllo" che incentiva la moderazione proattiva e protegge l'intermediario diligente³⁰.

Il sistema così delineato dal DSA non è più basato sull'archetipo di una responsabilità da illecito "puro", ma su una responsabilità da organizzazione. L'intermediario è

²⁷ La giurisprudenza della Corte aveva già anticipato questo approccio. Nel caso *Glawisch-nig-Piesczek c. Facebook* (CGUE, 3 ottobre 2019, C-18/18), la CGUE ha riconosciuto che un intermediario può essere obbligato a rimuovere non solo contenuti specifici, ma anche contenuti "equivalenti", aprendo la strada a forme di controllo più ampie, pur senza configurare un obbligo generale di sorveglianza.

²⁸ Questo principio trova un precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che nella sentenza *Delfi AS c. Estonia* (CEDU, Grande Camera, 16 giugno 2015) ha riconosciuto che, in alcuni casi, gli intermediari possono essere ritenuti responsabili per non aver adottato misure adeguate a prevenire la diffusione di contenuti manifestamente illeciti. Sebbene il contesto sia diverso, il DSA recepisce l'idea che la responsabilità dell'intermediario non può essere valutata solo *ex post*, ma deve tener conto della qualità delle procedure adottate.

²⁹ La giurisprudenza della CGUE aveva contribuito a creare questo timore, come nel caso *L'Oréal/eBay*, cit., in cui la Corte aveva sottolineato che l'intermediario che svolge un ruolo attivo non può beneficiare dell'esenzione.

³⁰ Recente anche, e fondamentale per quanto riguarda l'esonero dalla responsabilità, la pronuncia della CGUE nel caso C-492/23, *X c. Russmedia Digital SRL, Inform Media Press SRL*. La Corte si è pronunciata sui rapporti tra GDPR e Direttiva CE/2000/31 (e oggi, DSA), stabilendo che il gestore di un mercato *online*, e quindi l'intermediario ai sensi del DSA, non può invocare l'esonero da responsabilità della Direttiva *e-commerce*, qualora questi sia anche titolare del trattamento, a fronte di una violazione degli obblighi previsti dal Regolamento GDPR con riferimento ai dati forniti dai suoi inserzionisti negli annunci, sussistendo un obbligo di controllare gli annunci che contengono categorie particolari di dati e la sussistenza del consenso al trattamento.

responsabile non perché ha generato il contenuto, ma in tal modo non ha predisposto un'organizzazione del servizio idonea a minimizzare la circolazione di contenuti illeciti. La responsabilità evolve così da un regime di immunità condizionata a un regime di prevenzione attiva del danno sistemico³¹.

La proceduralizzazione diventa una nuova forma di tutela dell'utente: la piattaforma, difatti, deve dimostrare di aver agito secondo procedure corrette, trasparenti e verificabili e, in tal senso, gli obblighi di comportamento diventano il parametro della responsabilità, fino a configurare, nei casi più complessi, forme di illecito plurisoggettivo permanente in cui la responsabilità dell'intermediario si intreccia con quella dei singoli utenti autori dell'illecito.

La sfida per il futuro sarà trovare un equilibrio tra la necessità di prevenire la diffusione di contenuti illeciti e la tutela della libertà di manifestazione del pensiero. Il DSA tenta di bilanciare questi interessi, ma il confine tra diligenza dovuta e censura privata rimane sottile e richiederà un costante lavoro interpretativo da parte della dottrina³² e della giurisprudenza.

La responsabilità dei prestatori di servizi intermediari diventa, dunque, una responsabilità multiforme, articolata su più livelli, in quanto il DSA introduce una pluralità di attività e, conseguentemente, una serie di obblighi che incidono in modo diretto sulla loro posizione giuridica:

- la “classica” responsabilità da intermediazione nel senso che il prestatore di servizi intermediari non è responsabile, rispetto ai contenuti immessi da terzi nella rete, ma diventa responsabile quando, una volta conosciuto l'illecito, non agisce per rimuoverlo. Si tratta delle ipotesi già enucleate dalla direttiva sul commercio elettronico ed ora riproposte con il DSA artt. 4, 5, 6 in tema di *mere conduit*, *caching* e *hosting*;
- la responsabilità da mancato rispetto dell'ordine dell'autorità al fine di rimuovere i contenuti illegali ex art. 9 DSA con connesso obbligo di dar seguito all'ordine comunicando in che modo tale ordine è stato rispettato;
- la responsabilità da mancato rispetto dell'ordine dell'autorità al fine di fornire informazioni ex art. 10 DSA con il connesso obbligo di dar seguito all'ordine comunicando in che modo tale ordine è stato rispettato;
- la responsabilità diretta del prestatore di servizi intermediari da condotta non diligente ossia una responsabilità per omissione qualificata, ossia da un comportamento che, pur non essendo direttamente collegato alla produzione o alla diffusione del contenuto illecito, rivela una carenza organizzativa, procedurale o gestionale da parte dell'intermediario. Lo stesso avviene quando l'intermediario non consenta

³¹ ALBANESE, *La responsabilità extracontrattuale per l'utilizzo di sistemi di I.A.*, in *Trattato*, cit., 511 ss.

³² SCROFANI, *Il ruolo e la responsabilità degli Internet Service Provider nella “Post-Truth Era”*, in *Danno e responsabilità*, 2024, 560.

agli utenti di accedere ai c.d. ODS *bodies*, organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie certificati (ex art. 21), cui i destinatari di servizi hanno diritto di potersi rivolgere per impugnare le decisioni adottate mediante i sistemi interni di gestione di reclami delle piattaforme ai sensi dell'art. 20.

- la responsabilità per mancata moderazione dei contenuti, ex art. 14 DSA, Considerando 45 e 49, che si colloca a metà strada tra la responsabilità da organizzazione e la responsabilità da condotta non diligente. La responsabilità per mancata moderazione si configura quando l'intermediario, pur non essendo tenuto a un monitoraggio generalizzato, omette di intervenire nei casi in cui avrebbe dovuto farlo, secondo i parametri di diligenza stabiliti dal DSA.
- la responsabilità quale "polizia della rete". Questa espressione non indica un potere autoritativo, ma descrive la trasformazione dell'intermediario³³ in un custode diligente dello spazio digitale, responsabile non solo di rimuovere contenuti illeciti quando segnalati, ma anche di prevenire la reiterazione degli illeciti e di garantire procedure trasparenti e corrette. La giurisprudenza europea³⁴ aveva già anticipato questa evoluzione, riconoscendo che l'intermediario può essere chiamato a intervenire in modo più incisivo. Il rischio, tuttavia, è che questa funzione si traduca in una privatizzazione della giustizia e in un eccesso di prudenza (*over-blocking*), con possibili compressioni della libertà di espressione. Per questo il DSA affianca agli obblighi di intervento anche obblighi di trasparenza, motivazione e ricorso, nel tentativo di bilanciare la tutela dell'ordine pubblico digitale con il rispetto dei diritti fondamentali.
- la responsabilità da rischio sistemico ex artt. 34 ss. DSA. Si tratta di una forma di responsabilità completamente nuova nel panorama europeo, che segna il passaggio definitivo da un modello di responsabilità reattiva – fondato sulla rimozione dei contenuti illeciti dopo una segnalazione – a un modello proattivo, in cui l'intermediario è chiamato a prevenire e mitigare i rischi che il suo stesso servizio può generare per la società. La responsabilità dipende dalla capacità della piattaforma – in particolare delle VLOP e VLOSE – di prevenire e gestire i rischi sistemici generati dal proprio funzionamento. Il legislatore europeo riconosce che le piattaforme di grandi dimensioni possono incidere profondamente sullo spazio informativo, amplificando fenomeni come disinformazione, manipolazione del discorso pubblico,

³³ BOCCHINI – MONTANARI, *Le nuove disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo* (l. 29 maggio, n. 71), in *NLCC*, 2018, 340 ss.

³⁴ Il percorso giurisprudenziale della CGUE, da *L'Oréal/eBay* a *Glawischign-Piesczek*, cit., ha segnato il passaggio da un'applicazione più ampia dell'esenzione dalla responsabilità, a un'interpretazione più restrittiva. In *L'Oréal/eBay* la Corte ha ammesso la legittimità di un ordine volto a impedire la futura violazione, da parte di un determinato soggetto, del diritto d'autore, per un identico contenuto; in *Glawischign-Piesczek* ha affermato la legittimità dell'ordine volto a impedire la futura violazione, anche da parte di un soggetto non identificato, del diritto d'autore, tramite contenuti identici nonché, più in generale, violazioni equivalenti.

rischi per i minori, discriminazioni algoritmiche e diffusione di prodotti pericolosi. Per questo, l'art. 34 impone un obbligo di valutazione periodica dei rischi, che non è un adempimento formale, ma un vero dovere di analisi strutturale del servizio. La piattaforma deve comprendere come i propri sistemi -algoritmi, meccanismi di raccomandazione, architettura informativa- possano essere manipolati o generare effetti dannosi. La responsabilità nasce quando l'intermediario non effettua questa valutazione o non adotta misure adeguate per mitigare i rischi individuati. In tal caso, la piattaforma non risponde per il singolo contenuto, ma per la mancata *governance* del proprio ecosistema digitale, secondo una logica di responsabilità da organizzazione³⁵. Questa responsabilità deve, comunque, essere bilanciata con la libertà di espressione, poiché le misure di mitigazione non possono tradursi in un filtraggio generalizzato o in un controllo eccessivamente invasivo. Il DSA richiede, quindi, interventi proporzionati e trasparenti, per evitare che la tutela dell'ordine pubblico digitale si trasformi in una forma di censura privata.

- la responsabilità da mancata esecuzione del *notice and take down*. Si tratta di una delle forme più rilevanti di responsabilità dell'intermediario ossia dall'omesso intervento a seguito di una segnalazione qualificata di contenuto illecito. Questo meccanismo, già presente nella Direttiva *E-commerce* e sviluppato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁶, diventa nel DSA un obbligo procedurale vero e proprio, la cui violazione comporta responsabilità autonoma. L'intermediario, infatti, non è tenuto a un controllo generalizzato dei contenuti, ma è obbligato a intervenire quando viene messo a conoscenza, attraverso una segnalazione chiara e circostanziata, dell'esistenza di un contenuto manifestamente illecito. In questo caso, l'inerzia della piattaforma non è più giustificabile: la mancata rimozione o disabilitazione dell'accesso integra una condotta non diligente, che fa venir meno l'esenzione da responsabilità prevista dal regime del *safe harbor*. La responsabilità da mancata esecuzione del *notice and take down* non riguarda solo l'atto materiale della rimozione, ma l'intero processo di gestione della segnalazione. Il DSA richiede che gli intermediari dispongano di sistemi facilmente accessibili, trasparenti e tempestivi per ricevere e trattare le notifiche. Se tali sistemi non sono adeguati, se la segnalazione non viene presa in carico, se la risposta è tardiva o se la piattaforma non motiva la propria decisione, l'intermediario può essere ritenuto responsabile per la permanenza del contenuto illecito. Questa forma di responsabilità si collega anche alla nozione di illecito plurisoggettivo permanente: la permanenza *online* del contenuto non è un fatto statico, ma un illecito che si rinnova nel tempo. L'utente che ha pubblicato il contenuto è il primo autore dell'illecito, ma la piattaforma che, pur av-

³⁵ La giurisprudenza della Corte di Giustizia, da *L'Oréal/eBay* a *YouTube/Cyando*, cit., aveva già anticipato questa evoluzione, affermando che l'intermediario può essere responsabile quando non adotta misure idonee a prevenire la reiterazione degli illeciti. Il DSA recepisce e amplia questo principio, trasformando la prevenzione del rischio in un obbligo normativo.

³⁶ Si pensi ancora ai casi *L'Oréal/eBay* e *YouTube/Cyando*, cit.

visata, non interviene, contribuisce alla sua protrazione e diventa corresponsabile del danno³⁷.

In definitiva, la responsabilità da mancata esecuzione del *notice and take down* rappresenta uno dei cardini del nuovo sistema: essa segna il passaggio da una responsabilità fondata sulla conoscenza effettiva del contenuto illecito a una responsabilità fondata sulla qualità delle procedure interne, sulla tempestività dell'intervento e sulla capacità dell'intermediario di garantire un ambiente digitale sicuro e conforme ai diritti fondamentali³⁸. Dall'individuazione delle attività che l'intermediario svolge ormai in modo chiaro che egli assuma una responsabilità diretta in relazione al funzionamento del sistema attraverso la predisposizione di strumenti di segnalazione, di reclamo ed, in generale, di organizzazione.

5. L'illecito telematico come illecito permanente: implicazioni normative

La responsabilità dell'intermediario che svolge attività di memorizzazione si configura come un concorso successivo, di natura sostanzialmente dolosa, nell'illecito commesso dall'utente destinatario del servizio: essa si perfeziona ogni qual volta l'intermediario, acquisita conoscenza del contenuto illecito, ometta di adempiere ai doveri di rimozione imposti dalla legge. Tale costruzione – radicata tanto nel diritto positivo quanto nella teoria della responsabilità civile – conduce all'applicazione dell'art. 2055 c.c.³⁹ e, dunque, a una responsabilità solidale dell'intermediario con l'utente finale.

³⁷ La giurisprudenza europea ha più volte sottolineato questo principio. Nel caso *Glawisch-nig-Piesczek*, la Corte di Giustizia ha affermato che l'intermediario deve rimuovere non solo il contenuto specifico segnalato, ma anche quelli equivalenti, proprio per evitare la reiterazione dell'illecito. La mancata esecuzione del *notice and take down*, dunque, non è solo un'omissione tecnica, ma una violazione degli obblighi di diligenza e di prevenzione che il DSA pone a carico dell'intermediario.

³⁸ Tale responsabilità è diversa dal modello statunitense del DMCA e dalla *red flag knowledge* (sez. 512) che attribuisce alle piattaforme una forma di conoscenza presunta dell'illecito: esse possono perdere il *safe harbor* anche senza una segnalazione formale, quando l'illiceità è oggettivamente evidente e non interviene, si tratta quindi di una logica preventiva e presunta. Il DSA, al contrario, rifiuta questa logica e mantiene un sistema fondato sul *notice-and-action*: la piattaforma è considerata a conoscenza dell'illecito solo quando riceve una segnalazione qualificata o un ordine dell'autorità. La differenza riflette due filosofie opposte: il DMCA tende a responsabilizzare la piattaforma attraverso presunzioni di conoscenza, mentre il DSA privilegia la certezza procedurale e la tutela della libertà di espressione, evitando che la piattaforma sia indotta a un monitoraggio generalizzato o a rimozioni eccessivamente prudenziali.

³⁹ In via generale vedi l'analisi di ORLANDI, *Il problema della solidarietà*, Torino, 2026, 226 ss., spec. 23 ss., secondo cui “*al diritto non interessa la statica classificazione di danni e diminuzioni. Al diritto interessa erigere il titolo della responsabilità, ossia l'effetto della prestazione risarcitoria. Donde la necessità del fatto, quale costruzione causale che conduce l'osservatore dal comportamento all'evento*”.

Si tratta, tuttavia, di una solidarietà atipica, che non riproduce integralmente il modello codicistico.

In tale prospettiva la responsabilità civile costituisce un luogo privilegiato di osservazione di tale differenza⁴⁰.

Estendere la responsabilità dell'intermediario ai danni prodottisi in un momento in cui egli non era ancora a conoscenza dell'illecito, difatti, risulterebbe problematico: escluso ogni decorso retroattivo, il destinatario del servizio risponde delle conseguenze dannose sin dal giorno di commissione del proprio fatto illecito, mentre l'intermediario concorrente risponde esclusivamente dei danni che si collocano *a valle* della violazione dell'obbligo di rimozione. Ciò è espressione del principio generale per cui ciascuno deve rispondere del «proprio illecito», in forza del quale la giurisprudenza afferma che la presunzione di personalità della responsabilità precede quella di solidarietà⁴¹, ammettendo una responsabilità indiretta o vicaria per l'operato altrui solo in presenza di un'espressa previsione di legge.

La diversità di trattamento, che l'art. 2055 c.c. non contempla letteralmente, trova ulteriore giustificazione nella *ratio* della normativa eurounitaria, la quale non addossa all'*host* intermediario una responsabilità oggettiva per fatto altrui: a tale esito, del resto, si perverrebbe ove si pretendesse che egli rispondesse anche dei danni anteriori alla propria condotta illecita. Ogni ricostruzione della responsabilità dell'intermediario dipende, peraltro, dalla posizione giuridica ch'egli assume nei confronti del destinatario del servizio e dei terzi, in ragione del tipo di prestazione resa; ed è proprio in questa fase della fattispecie a formazione successiva che si colloca l'obbligo di identificazione, la cui violazione costituisce di per sé autonoma fonte di responsabilità aquiliana, per avere l'intermediario impedito, con la propria omissione, l'individuazione dell'autore principale dell'illecito.

La configurazione del concorso presuppone, infine, l'effettiva lesione aquiliana di beni giuridici tutelati, cagionata dal destinatario del servizio: in difetto degli elementi costitutivi del fatto illecito, a monte dei quali si pongono la conoscenza dell'illecito altrui e l'inerzia dell'intermediario, viene meno la stessa responsabilità di quest'ultimo. Ne discende che l'art. 2055 c.c., dettato per l'ipotesi di un unico fatto dannoso imputabile a

⁴⁰ Interessanti riflessioni si colgono in BENEDETTI, voce *Danno ingiusto*. A) *Profili ricostruttivi generali*, in Scognamiglio (a cura di), *Enc. dir.*, I, *I tematici*, VII, *La responsabilità civile*, Milano, 2024, 368 ss.

⁴¹ Così Cass., n. 2204 del 13 maggio 1989, per cui: «quando le azioni potenzialmente dannose sono plurime, ma distinte, ancorché contemporanee, non può essere affermata una responsabilità congiunta e solidale, poiché la responsabilità, trattandosi di fatto illecito, deve di regola presumersi individuale». Si vedano altresì Cass., n. 17475 del 9 agosto 2007 (una pluralità di condotte che cagiona un danno unico dà vita a responsabilità solidale se è provato che le condotte abbiano tutte concorso a cagionare il danno); da ultimo, Cass., ord. n. 26736 del 15 ottobre 2024 («si esula dalla solidarietà in presenza di una pluralità di condotte causative di danni autonomamente identificabili»).

più persone⁴², non è meccanicamente applicabile all'illecito a formazione successiva, nel quale l'illecito originariamente unisoggettivo si trasforma in plurisoggettivo per effetto del concorso del terzo.

In conclusione, la responsabilità solidale dell'intermediario e del destinatario del servizio verso i terzi decorre da momenti distinti: per l'utente, dalla commissione del «suo» fatto illecito; per l'intermediario, dal successivo perfezionamento della fattispecie a formazione successiva, ossia dalla violazione del precetto di rimozione del contenuto illecito portato a sua conoscenza. Sul piano dei rapporti interni, infine, il regresso è governato dall'art. 2055, comma 2, c.c., commisurato alla gravità delle rispettive colpe e all'entità delle conseguenze derivatene⁴³.

ABSTRACT

Il contributo esamina l'evoluzione della responsabilità civile telematica, con particolare riguardo alla posizione dei *blogger* e, più in generale, dei prestatori di servizi intermediari per i contenuti illeciti pubblicati dagli utenti. L'indagine ricostruisce il superamento del modello fondato sulla sostanziale neutralità dell'intermediario e il progressivo affermarsi di obblighi di diligenza, cooperazione e moderazione, alla luce del DSA, del principio di *accountability* e dei meccanismi di *notice and action*. L'autore propone, infine, di qualificare la mancata rimozione del contenuto illecito come concorso successivo in un illecito permanente, con conseguente delimitazione temporale della responsabilità solidale dell'intermediario rispetto a quella dell'autore originario.

The article examines the evolution of civil liability in the online environment, with particular regard to the position of bloggers and, more broadly, of intermediary service providers for unlawful content posted by users. The analysis traces the shift away from a model based on the substantial neutrality of the intermediary towards the progressive emergence of duties of diligence, cooperation and moderation, in light of the Digital Services Act, the principle of accountability and notice-and-action mechanisms. The author ultimately proposes to qualify the failure to remove unlawful content should be characterised as subsequent participation in a continuing tort, an approach that circumscribes in time the joint and several liability of the intermediary as distinct from that of the original author.

⁴² ALBANESE, *La responsabilità extracontrattuale*, cit., 538. Con riferimento al concorso tra provider e autore dell'illecito, GUFFANTI PESENTI, *La responsabilità*, cit., 482; PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in AIDA, 2017, 498.

⁴³ Si rinvia a ALBANESE, *La responsabilità extracontrattuale*, cit., 535 ss.



Oltre l'ordine pubblico: l'interpretazione secondo senso di umanità e nati da maternità surrogata



Marina Giandoriggio

Dottoranda dell'Università di Trento

SOMMARIO: 1. Brevi premesse. – 2. L'evoluzione giurisprudenziale in materia di GPA. – 3. Nuove prospettive interpretative: l'ordinanza n. 5656/2026. – 4. L'argomentazione secondo umanità. – 5. Interpretazione secondo umanità e trascrizione dell'atto di nascita.

1. Brevi premesse

Lo *status filiationis* del nato da tecniche di procreazione medicalmente assistita nell'ambito della genitorialità omoaffettiva permane al centro di un sostenuto dibattito dottrinale e giurisprudenziale, alimentato dalla complessa trama degli interessi coinvolti e da persistenti difficoltà interpretative. Se si guardasse alla sola istanza del minore, la soluzione apparirebbe giuridicamente lineare: essa risiede nella piana applicazione dell'art. 315 c.c., che sancisce il principio dell'unicità dello stato di figlio, a prescindere dal modo in cui lo *status* viene attribuito. Di fatto, il minore, una volta nato, non è altro che l'esito di un progetto genitoriale attuato dalla coppia di genitori e, per acquisire pienamente tutti i diritti e i doveri derivanti dalla legge, il figlio potrebbe acquisire lo *status* attraverso il riconoscimento e le azioni a tutela della sua situazione giuridica soggettiva, tutele già apprestate dall'ordinamento, ovvero automaticamente e mediante presunzioni ai sensi degli artt. 8 e 9, Legge 19 febbraio 2004, n. 40¹. È noto come il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per le coppie dello stesso sesso,

¹ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Gazz. Uff.* 24 febbraio 2004, n. 45.

sancito dall'art. 5, L. n. 40/2004, induca queste ultime a perseguire il progetto genitoriale oltrepassando i confini nazionali, ove il ricorso alla gestazione per altri è lecito. Al rientro in Italia, a fanciullo nato, la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita lecitamente formato all'estero si infrange contro la barriera dell'ordine pubblico internazionale. L'ostacolo risiede nell'apparentemente necessario bilanciamento, confermato da ultimo in Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 38162/2022², tra il diritto del nato allo *status* e la tutela della dignità della gestante. L'interpretazione siffatta di quest'ultima, declinata in un'accezione oggettiva, preclude a priori qualsiasi indagine giudiziale volta a verificare se, nel caso concreto, vi sia stata effettiva lesione dei diritti della donna e, in ultima istanza, l'eventualità che la gestazione per altri concretamente eseguita non abbia effettivamente violato la dignità della gestante.

In questo scenario, l'unico strumento per il riconoscimento del legame parentale con il genitore d'intenzione rimane l'adozione in casi particolari. Si tratta, tuttavia, di un istituto mutuato da esigenze distanti dalla fattispecie in esame e attivabile esclusivamente su iniziativa del genitore d'intenzione, con esclusione di ogni autonomia del figlio. L'inidoneità dello strumento adottivo a soddisfare i parametri europei, nonché il principio di cui all'art. 315 c.c., è stata colta da diversi arresti della Corte costituzionale, la quale, pur rilevando il *vulnus*, ha demandato alla discrezionalità legislativa il compito di individuare le modalità più adatte per garantire l'effettività della tutela del minore. Da ultimo, in questo senso si è espressa anche Cass. civ., Sez. I, ord. n. 5656/2026. Tuttavia, tale operazione di adeguamento normativo non ha ancora avuto luogo.

Muovendo da dette premesse, il contributo si propone di saggiare la tenuta di un'interpretazione evolutiva fondata sul metro dell'umanità, in linea con le aperture della Corte di cassazione. Sarà essenziale enucleare la portata giuridica di tale argomento ermeneutico, leggendolo in combinato disposto con il principio di dignità. Tale operazione risulterebbe funzionale a rinviare la tutela dei diritti in gioco, tra cui il diritto del nato a ottenere uno *status* giuridico certo. Risulta, infatti, complesso ipotizzare come possa contrastare con il superiore interesse del minore la stabilizzazione a tutto tondo

² Cass. civ., Sez. Un., sent. 30 dicembre 2022, n. 38162. Con commento di: Sesta, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 2, 387 ss.; Patti, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 3, 613 ss.; Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, in *NGCC*, 2023, 2, 377 ss.; Dogliotti, *Protezione dei minori, diritto interno, giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo*, in *NGCC*, 2023, 2, 420 ss.; Lamarque, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del miglior interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2023, 4, 365 ss.; Calderai, *La dignità umana, legal irritant del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, in *NGCC*, 2023, 3, 668 ss.; Dogliotti, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230*, in *Fam. dir.*, 2023, 5, 408 ss.; Pistelli, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal*, 2023, 1, 221 ss.; Pasquino, *Famiglie, genitorialità e interesse del minore: recenti orientamenti in materia di maternità surrogata*, in *Persona e mercato*, 2024, 3, 793 ss.

del rapporto di cura con il genitore d'intenzione, ossia colui che ha dato impulso alla vita prestando il proprio consenso al progetto procreativo. A tale scopo, sarà necessario ripercorrere brevemente l'evoluzione giurisprudenziale in materia, nonché analizzare il modo in cui la Corte di cassazione ha utilizzato il parametro dell'umanità nelle recenti pronunzie.

2. L'evoluzione giurisprudenziale in materia di GPA

Il vaglio di compatibilità di tali atti con l'ordine pubblico è tuttora al centro di un'articolata evoluzione giurisprudenziale, segnata da un costante dialogo tra la Corte di cassazione e la Corte costituzionale, che ci si appresta a ricostruire brevemente. Dopo una fase di parziale apertura nei confronti della trascrivibilità dell'atto estero, seppur in una specifica fattispecie di fecondazione eterologa³, con la Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 12193/2019 è stata sancita l'incompatibilità della trascrizione automatica con l'ordine pubblico internazionale⁴. La Corte ha riconosciuto nel divieto di maternità surrogata il frutto di un bilanciamento di interessi operato a monte dal legislatore, nel quale si inverte l'ordine pubblico stesso.

Tale orientamento ha consolidato il ricorso all'adozione in casi particolari *ex art. 44*, comma 1, lett. d, Legge 4 maggio 1983, n. 184⁵ come forma di tutela del *best interest of*

³ Cass. civ., sez. I, sent. 30 settembre 2016, n. 19599. Per un'analisi della pronuncia: FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*. Cassazione civile, sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.* 2017, 193 ss.; STEFANELLI, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. dir.*, 2017, 1, 83 ss.; BARUFFI, *Co-genitorialità same sex e minori nati con maternità surrogata*, in *Fam. dir.*, 2017, 1, 669 ss.; FOSSÀ, *Filiazione - Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno*, in *Giur. it.*, 2017, 10, 2075 ss.; PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *NGCC*, 2016, 1, 362; IRTI, *L'adozione del figlio del convivente (omosessuale): la Cassazione accoglie l'interpretazione evolutiva dell'art. 44 lett. d), l. n. 184 del 1983*, in *Famiglia*, 3-4, 295 ss. Sentenze di merito di segno opposto: Trib. Minorenni Milano, 17 ottobre 2016; Trib. Minorenni Milano, 20 ottobre 2016, con un commento di FERRANDO, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in *NGCC*, 2017, 2, 171 ss.

⁴ Cass. civ., Sez. Un., sent. 8 maggio 2019, n. 12193. Per un commento: SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *NGCC*, 2019, 4, 737 ss.; FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *NGCC*, 2019, 4, 815 ss.; MORACE PINELLI, *La filiazione da p.m.a. e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione "post mortem"*, in *Foro it.*, 2019, 2, 3346 ss.; DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Fam. dir.*, 2019, 7, 667 ss.; BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2019, 2, 1 ss.; SASSI - STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, 377 ss.; VALONGO, *Gestazione per altri e ordine pubblico internazionale - La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2020, 3, 543 ss.; DAL PRATO, *Status di figlio: autoreponsabilità e verità*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 4, 742 ss.

⁵ Legge 4 maggio 1983, n. 184, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, in *Gazz. Uff.* 17 maggio 1983, n. 133.

the child, sebbene non pienamente aderente ai principi costituzionali e sovranazionali. A tale ultimo riguardo, la Corte cost., n. 33/2021 ha riconosciuto che il ricorso all'adozione in casi particolari costituisce per certo forma di tutela degli interessi del minore, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali, fermo restando il margine di apprezzamento dei singoli Stati nella disciplina della filiazione⁶. La Corte cost., sent. n. 32/2021⁷ ha riconosciuto che i minori «vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi» e ha lasciato un monito al legislatore affinché ponesse fine a questa perdurante lacuna. Nell'attesa di un intervento legislativo, con Corte cost., sent. n. 79/2022⁸, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della mancata costituzione di legami parentali tra adottando e parenti dell'adottante. Le Sezioni Unite con sent. n. 38162/2022, chiamate a pronunciarsi nuovamente sulla gestazione per altri e sull'adozione in casi particolari, hanno ritenuto che «allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello status di figlio, al legame di fatto con il partner del ge-

⁶ Corte dei diritti dell'Uomo, Parere del 10/04/2019, Parere consultivo in materia di maternità surrogata in applicazione del Prot. 16 CEDU; POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Dir. um. e dir. inter.*, 2019, 2, 418 ss. La Corte Edu, sez. I, 22 giugno 2023, *Nuti e Dalladebora e altri c. Italia*, si è da ultimo pronunciata in merito a diversi ricorsi proposti da coppie italiane che lamentavano l'impossibilità di trascrivere l'atto di nascita del minore così nato. La Corte, confermando l'orientamento maggioritario, ha respinto per manifesta infondatezza detti ricorsi, dal momento che il legislatore «non ha superato l'ampio margine di apprezzamento a sua disposizione in termini di attuazione dei mezzi per stabilire o riconoscere la parentela». PASQUINO, *Unioni affettive e genitorialità nell'«interesse del minore»: recenti orientamenti in materia di maternità surrogata*, in Troiano, Omodei Salè, Faccioli, Tescaro, (a cura di), *Tradizione e innovazione nel diritto privato europeo: liber amicorum per Alessio Zaccaria*, 2025, 1, soprattutto p. 281.

⁷ Corte cost., sent. 9 marzo 2021, n. 32 e Corte cost., sent. 9 marzo 2021, n. 33. Per un approfondimento: BILOTTI, *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *NLCC*, 2021, 3, 644 ss.; GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione? (Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33)*, in *NLCC*, 2021, 3, 700 ss.; VENUTI, *Diritti dei figli vs. Genitorialità same-sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, in *NGCC*, 2021, 4, 949 ss.; SALANITRO, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, in *NGCC*, 2021, 4, 944 ss.; FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Fam. dir.*, 2021, 7, 704 ss.; CORSO, *Sfumature applicative dell'adozione mite, tra conferma di una soluzione e attesa di un ripensamento*, in *Fam. dir.*, 2022, 3, 241 ss.; CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 3, 478 ss.

⁸ Corte cost., sent. 28 marzo 2022, n. 79. Sui rilievi applicativi: CINQUE, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, in *NGCC*, 2022, 5, 1013 ss.; SENIGAGLIA, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *NLCC*, 2022, 1333 ss.; SESTA, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *NGCC*, 2022, 5, 1013 ss.; STEFANELLI, *Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.*, in *GenIus*, 2022, 2, 146 ss.; MOROTTI, *La successione dell'adottato in casi particolari: profili di diritto intertemporale*, in *Dir. fam. pers.*, 2024, 4, 1720 ss.

nitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita», nonostante le restanti lacune dell'istituto. Quanto detto è confermato anche dalla recente Corte cost., sent. n. 68/2025⁹, che ha ritenuto costituzionalmente illegittimo «l'art. 8 della L. 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui non prevede che il nato in Italia da donna che ha fatto ricorso all'estero, in osservanza delle norme ivi vigenti, a tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), abbia lo stato di figlio riconosciuto anche della donna che ha espresso il preventivo consenso al ricorso alle tecniche medesime e alla correlata assunzione di responsabilità genitoriale». In più «l'avvio del procedimento è rimesso all'esclusiva iniziativa dell'adottante e la volontà di adottare deve permanere fino alla sua conclusione, con la conseguenza che si lascia completamente alla volontà proprio di chi ha condiviso il ricorso alla PMA di decidere se assumersi o meno gli obblighi genitoriali conseguenti alla sua scelta. Di contro, non è previsto (...) nessuno strumento di tutela è accordato agli stessi per l'eventualità in cui la madre intenzionale decida di non procedere all'adozione, sicché proprio a lei viene a essere consentito di sottrarsi ai doveri assunti al momento della decisione di intraprendere con la partner il percorso genitoriale». Distinguendosi dal ricorso alla gestazione per altri, ancora una volta ritenuta lesiva della dignità della donna, la fattispecie sottoposta allo scrutinio della Corte potrebbe permettere di individuare gli artt. 8 e 9 L. n. 40/2004 come uno strumento di instaurazione del legame genitoriale autonomo rispetto ai requisiti di accesso previsti dall'art. 5 della stessa legge. In questo modo, sarebbe possibile confermare che l'interesse del minore risulta slegato dalla modalità in cui questi è venuto alla luce, divenendo determinante la sola volontà di due soggetti di portare avanti un progetto procreativo, anche senza essere a loro volta genitori biologici. In assenza di un legame biologico, infatti, il minore non potrebbe pretendere l'adempimento degli obblighi genitoriali da chi, pur avendo prestato il consenso al progetto procreativo, decida poi di sottrarsi ovvero non riesca a suggellare tale rapporto prima della morte¹⁰. Si delineerebbe così una differenza di trattamento ri-

⁹ Corte cost., sent. 22 maggio 2025, n. 68, da leggersi insieme alla pedissequa Corte cost., sent. 22 maggio 2025, n. 69. Per un commento: FERRANDO, *Requisiti per adottare. Dalla "coppia di coniugi" alla persona sola*, in NGCC, 2025, 4, 987 ss.; VIGLIONE, *Una stagione costituente per il nuovo diritto delle adozioni: il tassello della monoparentalità*, in NGCC, 2025, 4, 1007 ss.; GORGONI, *Procreazione eterologa all'estero e stato di figlio nei confronti della madre «intenzionale»: diritto del nato ad avere due genitori*, in www.personaemercato.it, 2025, 3, 687 ss.; D'AVACK, *Le due madri: l'interesse del minore e la responsabilità genitoriale*, in *Dir. fam. pers.*, 2025, 3, 920 ss.; CHECCHINI, *Lo status del nato in Italia da PMA di coppia femminile e l'«autodeterminazione procreativa» della donna singola*, in NGCC, 2025, 5, 1271 ss.; PARENZO, *Riconoscibilità del minore nato in Italia dalla madre intenzionale: il sì della Consulta*, in NGCC, 2025, 5, 1223 ss.; PICCININI, *La Consulta conferma il divieto per la donna single di accedere alla pma*, in NGCC, 2025, 5, 1208 ss.; DOGLIOTTI, *Differenti modi di valutare l'interesse del minore tra p.m.a. e adozione di minori: cinque sentenze della Corte costituzionale di cui quattro pronunciate ed una immaginaria*, in *Fam. dir.*, 2025, 10, 933 ss.; VERCELLONE, *Pma omoaffettiva, gestazione per altri, genitorialità funzionale. L'omogenitorialità dopo C. Cost. n. 68/2025*, in *Riv. dir. civ.*, 2026, 2, 363 ss.

¹⁰ Trib. Milano, 24 aprile 2023, n. 562 con commento di: MESSINEO, *Gestazione per altri e integrazione dell'ordinamento*, in *Persona e Mercato*, 2024, 1, 195 ss.; CARBONE, *Gestazione per altri e indicazio-*

spetto alla filiazione naturale e alle coppie eterosessuali che accedono alla fecondazione eterologa, per le quali lo *status* è automatico e il consenso irrevocabile.

Il percorso giurisprudenziale fin qui delineato mette in luce le criticità di una posizione giuridica che si dimostrerebbe precaria e tutto sommato non in linea con il principio cardine in materia: l'unicità dello stato di figlio. Infatti, giova precisare che il controllo preventivo di idoneità genitoriale, assente nella filiazione naturale (ove il controllo è solo eventuale ed *ex post* attraverso l'istituto della decadenza genitoriale), creerebbe una ulteriore discriminazione rispetto alle coppie eterosessuali che ricorrono alla fecondazione eterologa: mentre per queste ultime il consenso è irrevocabile e lo *status* è attribuito in modo automatico e immediato, il genitore d'intenzione omosessuale che ricorra all'estero alla gestazione per altri è costretto a un oneroso *iter* processuale per vedersi riconosciuto quel ruolo che ha assunto sin dalla genesi del progetto parentale. Per di più, ciò potrebbe provocare una condizione di apolidia per il minore così nato, qualora le leggi attributive della cittadinanza non lo permettano¹¹.

In ultima analisi, seppur brevemente, è doveroso soffermarsi sul *vulnus* rappresentato dalla precarietà dell'attribuzione dello *status*. Tra l'evento nascita e la sentenza che attribuisce lo *status* (seppur adottivo) si apre infatti uno iato temporale spesso considerevole, durante il quale il bambino vive in un limbo: figlio *de facto*, ma estraneo *de iure* al genitore intenzionale.

Sul territorio nazionale, come evidenziato dalle pronunce giurisprudenziali, si assiste a una significativa eterogeneità di comportamenti tenuti dagli ufficiali di stato civile in ordine alla decisione di iscrivere o meno il nome della madre intenzionale del nato da PMA, oltre che dai pubblici ministeri in ordine alla decisione, in caso di iscrizione, di chiedere la rettificazione dell'atto. Tale precarietà non può essere sanata in via amministrativa tramite trascrizione provvisoria, poiché l'ufficiale di stato civile è vincolato al rispetto del D.P.R. n. 396/2000; una sua condotta difforme lo esporrebbe a responsabilità penale per alterazione (art. 567 c.p.) o soppressione/supposizione di stato (art. 566 c.p.). Come rilevato dalla Corte costituzionale, ciò genera una tutela a macchia di leopardo: anche laddove la trascrizione avvenisse, essa resterebbe *sub iudice*, esposta *sine die* all'azione di rettificazione del pubblico ministero (*ex art. 95, D.P.R. n. 396/2000*)¹².

ne nell'atto di nascita italiano del genitore intenzionale. Una (obbligata) ridefinizione dei confini del best interest del minore da parte del Tribunale di Milano, in *Famiglia*, 2023, online; Pisu, *La gestazione per altri: problemi e prospettive tra pregiudizi e complessità*, in *Dir. fam. pers.*, 2024, 1, 374 ss.

¹¹ SENIGAGLIA, *La circolazione dello status filiationis discendente da pratica di maternità surrogata costituito in Paesi extra UE e in Paesi intra UE. Le ragioni di una soluzione differenziata*, in *Dir. fam. pers.*, 2024, 3, 1285 ss.; CAMPIGLIO, *Cittadinanza iure sanguinis e nazionalità: riflessioni internazionali-privatistiche*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2025, 3, 563 ss.

¹² D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*, in *Gazz. Uff.* 30 dicembre 2000, n. 303.

3. Nuove prospettive interpretative: l'ordinanza n. 5656/2026

L'impianto argomentativo delineato dalla Corte cost., sent. n. 494/2002¹³, relativo alla costituzione dello *status filiationis* per i nati da genitori incestuosi, è stato assunto a fondamento da Cass. civ., Sez. I, ord. n. 5656/2026. Tale provvedimento, nel rimettere la questione alle Sezioni Unite, pone un interrogativo di indubbio rilievo circa l'idoneità dell'adozione in casi particolari ad assicurare una tutela che possa dirsi pienamente effettiva per il minore nel vigente quadro normativo. La Prima Sezione non ravvisa nell'eventuale accertamento dell'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari l'automatica attribuzione dello *status*, bensì un ricorso per analogia alla disciplina del riconoscimento dei figli nati da genitori incestuosi, così come definita dal citato arresto della Corte costituzionale del 2002.

In tale occasione, la Consulta ravvisò una violazione del diritto del figlio allo *status*, rigettando l'argomento della discrezionalità legislativa prevista ex art. 30 Cost. qualora essa si ponga in contrasto con i diritti fondamentali della persona. La Corte affermò chiaramente che «*non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto*».

Nel sistema previgente alla declaratoria di incostituzionalità, non era possibile per i genitori incestuosi riconoscere il figlio, bensì era questi a dover «*proclamare egli stesso la propria condizione di discriminato*» per ottenere l'adempimento dei doveri di educazione, mantenimento, e istruzione, pena la rinuncia ai diritti di figlio. Questo provocava differenziazione di trattamento all'interno della categoria dei figli nati fuori dal matrimonio, giustificata all'epoca da diverse ragioni. Da un lato, si invocava l'ordine pubblico familiare, secondo cui l'adozione di misure sanzionatorie è legittima nei confronti degli autori di condotte che compromettano l'identità della famiglia. Nel caso dei genitori incestuosi,

¹³ Corte cost., sent. 20 novembre 2002, n. 494. La riprovevolezza dell'unione incestuosa e le preoccupazioni eugenetiche fortemente sentite dalle civiltà nel corso del tempo sono state assorbite dai diversi ordinamenti giuridici delle varie epoche. Proprio per questo, la categoria dei figli nati da incesto è stata oggetto di continue discriminazioni a causa del disvalore sociale attribuito al comportamento dei genitori, tanto che venivano considerati illegittimi, non dichiarabili e non riconoscibili poiché turbavano l'ordine sociale. In Italia, i divieti erano imposti in senso assoluto, ma nel tempo tale assolutezza è stata smussata. La dichiarazione giudiziale di paternità o maternità era inizialmente ammessa solo nei casi tassativi di «*ratto e stupro*», successivamente estesa anche alle ipotesi di notoria convivenza dei genitori *uti* coniugi all'epoca del concepimento e poi alla dichiarazione giudiziale di paternità tramite sentenza civile o penale o attraverso dichiarazione scritta del presunto padre e al possesso di stato di figlio naturale (ai sensi dell'art. 269 c.c. del 1942). Nel 2012 la riforma ha appianato queste discrasie di trattamento, ma rimane non riconoscibile e non dichiarabile il minore nato da fecondazione eterologa con l'uso di materiale genetico proveniente da soggetti qualificati affini o parenti ai sensi dell'art. 251 c.c. Per maggiori approfondimenti: MENGONI, *La filiazione naturale*, in *Jus*, 1974, 1-2, 117 ss.; MIRAGLIA, *Riconoscibilità dei figli incestuosi e tutela della persona umana*, in PERLINGIERI, *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 206 ss.; SESTA, *La condizione giuridica del figlio incestuoso*, in *Famiglia*, 2002, 2, 1127.

tuttavia, le sanzioni coinvolgevano anche i figli, soggetti totalmente privi di responsabilità, e non poteva essere giustificata se non in base a una concezione totalitaria della famiglia: «*la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse*». In secondo luogo, il divieto di agire per la dichiarazione dello status si basava sulla necessità di preservare la tranquillità della vita familiare da eventuali turbamenti derivanti dall'ingresso formale di figli nati da incesto. La Corte chiarì, però, che la protezione di condizioni di serenità psicologica non poteva spingersi fino alla negazione totale del riconoscimento giuridico, dato il compito dell'ordinamento di assicurare una tutela a tutti i figli nati fuori dal matrimonio. Infine, la disciplina dell'epoca veniva giustificata come protezione del minore da eventuali nocimenti morali o sociali derivanti dall'accertamento del concepimento incestuoso; ciononostante, tale preoccupazione appariva già mitigata dal fatto che il diritto di azione fosse riservato esclusivamente al figlio ai sensi dell'art. 270 c.c.¹⁴.

Per quanto qui concerne, a seguito della rimozione del divieto di fecondazione eterologa con Corte cost., sent. n. 162/2014¹⁵, la giurisprudenza ha frequentemente richiamato la disciplina del riconoscimento dei figli nati da genitori incestuosi, ravvisandovi profili di affinità funzionali nel bilanciamento tra profili sanzionatori e tutela del nato¹⁶.

¹⁴ In dottrina, la pronuncia è stata accolta con favore, pur rilevandosi come, nel decennio precedente la riforma del 2012, la sua efficacia innovatrice fosse rimasta condizionata dalla disponibilità del diritto in capo al figlio. Sebbene la Corte cost., sent. n. 494/2002 avesse giudicato irragionevole che il nato fosse costretto a «*proclamare egli stesso la propria condizione di discriminato*» per ottenere ciò che gli è dovuto, evitando così che i genitori – «essi, sì, “incestuosi”» – andassero esenti dalla responsabilità sancita dall'art. 30, comma 1, Cost., la decisione rimetteva comunque alla discrezionalità del figlio l'iniziativa di adire l'autorità giudiziaria. È stato inoltre osservato che tale arresto avesse configurato una categoria intermedia di figli, dichiarabili ma non riconoscibili, mantenendo di fatto inalterata l'impossibilità di riconoscimento da parte dei genitori. Il percorso di unificazione dello stato di figlio si è compiuto con la L. 10 dicembre 2012, n. 219, che ha rimosso il divieto di riconoscimento dei figli nati da persone tra loro parenti, subordinandolo tuttavia a un vaglio del giudice volto a bilanciare i vantaggi derivanti dall'acquisto dello status con il potenziale pregiudizio derivante dalla conoscenza del vincolo. Per ulteriori approfondimenti cfr.: C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, co. 1, c.c. (ma i figli irrecognoscibili rimangono)*, in *Giur. Cost.*, 2002, 6, 4068 ss.; FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, in *Famiglia*, 2003, 3, 855; DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso*, in *Giur. cost.*, 2003, 1, 446 ss.

¹⁵ Corte cost., sent. 10 giugno 2014, n. 162. Per un'analisi: FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Fam. e dir.*, 2014, 8-9, 753 ss.; CASABURI, «*Requiem*» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. n. 40/04, in *For. It.*, 2014 1, 262 ss.; CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in *Fam. dir.*, 2014, 171 ss.; CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Torino, 2015, 76 ss.; GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, 211.

¹⁶ Tra le più recenti: Cort. Cost., sent. 33/2021 già cit.: «Ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure ex post e in esito a una verifica in

Sotto il profilo penalistico, il reato di incesto ex art. 564 c.p. punisce le condotte tra soggetti legati da specifici vincoli di parentela o affinità, subordinando la punibilità alla sussistenza del pubblico scandalo, con una pena detentiva da uno a cinque anni. Sul piano civilistico, i minori nati non erano né riconoscibili né dichiarabili, fatte salve le ipotesi in cui i genitori, al momento del concepimento, ignorassero il vincolo di parentela o in cui fosse stato dichiarato nullo il matrimonio da cui derivava l'affinità. Con la L. 10 dicembre 2012, n. 219¹⁷ è stato rimosso tale divieto assoluto di riconoscimento, operando la definitiva unificazione dello *status* di figlio subordinandola al vaglio preventivo dell'autorità giudiziaria. Il giudice è chiamato a valutare se il potenziale pregiudizio derivante dalla consapevolezza del tipo di unione intercorsa tra i genitori possa essere considerato un danno minore per il figlio rispetto ai benefici derivanti dal conseguimento del riconoscimento formale e della relativa tutela giuridica.

La Prima Sezione Civile, nell'ordinanza del 2026, sembra scorgere nella pronuncia del 2002 l'emergere di un paradigma primigenio per la costituzione dello *status filiationis*

concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata. Proprio questo rischio, d'altronde, questa Corte ha inteso evitare allorché ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che vietava il riconoscimento dei figli nati da incesto, precludendo loro l'acquisizione di un pieno *status filiationis* in ragione soltanto della condotta penalmente illecita dei loro genitori»; Corte cost., sent. 68/2025, già cit.: «In parallelo alla considerazione della centralità dell'interesse del minore, si è venuta delineando, strettamente correlata allo stesso, l'affermazione dell'unicità dello stato di figlio, quale principio ispiratore della riforma della filiazione, introdotta nel biennio 2012-2013, compendiato dal nuovo art. 315 cod. civ. per cui «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico». In forza di tale principio tutte le forme di filiazione riconosciute dal nostro ordinamento (all' interno del matrimonio, fuori del matrimonio, adottiva nelle sue varie forme) godono della medesima considerazione, con riferimento sia alle situazioni giuridiche soggettive imputate al figlio (art. 315-bis c.c.), sia alla sua posizione nella rete formale dei rapporti familiari (art. 74 cod. civ.). E all'unicità dello stato di figlio si ricollega anche la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma che vietava il riconoscimento dei figli nati da incesto (sentenza n. 494 del 2002), in quanto tale disposizione precludeva «loro l'acquisizione di un pieno *status filiationis* in ragione soltanto della condotta penalmente illecita dei loro genitori» (sentenza n. 33 del 2021); preclusione al riconoscimento ritenuta giustificata solo se e nella misura in cui il riconoscimento medesimo fosse contrario all'interesse in concreto del minore. La preclusione non poteva legittimamente fondarsi, per converso, sulla mera illiceità penale della condotta dei genitori, la quale, peraltro, finirebbe col coinvolgere ingiustificatamente soggetti totalmente privi di responsabilità, come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare (così, sentenza n. 494 del 2002)».

¹⁷ Legge 10 dicembre 2012, n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, in Gazz. Uff. 17 dicembre 2012, n. 293. Senza pretese di esaustività: BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in Riv. dir. civ., 2013, 1 ss.; PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in Riv. dir. civ., 2013, 245 ss.; Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in NGCC, 2013, 2, 207 ss.; FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *www.juscivile.it*, 2013, 2, 145 ss.; RESCIGNO, *La filiazione "riformata": l'unicità dello status*, in Giur. it., 2014, 1261 ss.; PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in Riv. dir. civ., 2016, 1306-1307.

ancorato alla verifica giudiziale del *best interest of the child*, qualora la nascita sia riconducibile a una pratica generativa sanzionata penalmente. Le analogie tra la fattispecie in esame e quella relativa ai minori nati da genitori incestuosi sono state oggetto di attenzione in dottrina e in giurisprudenza, dal momento che in entrambi i casi si tratterebbe di fattispecie penalmente perseguite che richiedono un rigoroso bilanciamento di interessi nella definizione del parametro dei diritti del nato in relazione alla contrarietà all'ordine pubblico internazionale. Inoltre, in entrambi i casi i minori rimangono del tutto estranei alla condotta offensiva (gestazione per altri e incesto), subendo gli effetti giuridici di scelte compiute da terzi.

Orbene, la Prima Sezione sollecita un'indagine sull'applicabilità di tale modello alla fattispecie de qua, al fine di verificare se esso «*garantisca l'ineludibile bilanciamento che la contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale impone e possa, al contempo, assicurare al figlio la tutela del proprio diritto alla bigenitorialità, all'identità, ad uno sviluppo della personalità coerenti con le relazioni primarie che ha stabilito e con la relazione fondante il progetto di genitorialità che ha determinato la sua nascita, tenuto conto della consolidata relazione genitoriale del minore con entrambi i ricorrenti*».

Il Collegio pone in discussione l'idea che il sistema elaborato dal diritto vivente possa ancora ritenersi pienamente adeguato a tutelare le pretese dei figli nati da gestazione per altri, interrogandosi sulla persistenza dell'esclusività e della necessità del modello adottivo. Secondo la Corte, l'eventuale superamento dell'esclusività dell'istituto adottivo non implicherebbe una neutralizzazione del disvalore verso la gestazione per altri, la cui sanzione è stata peraltro inasprita a seguito della Legge 16 ottobre 2024, n. 169 («*Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*»)¹⁸, mediante l'estensione della applicazione anche a chi sia ricorso alla gestazione per altri rivolgendosi a paesi esteri ove questa tipologia di procreazione medicalmente assistita è lecita. Tuttavia, emerge l'esigenza di distinguere la posizione di chi realizza la condotta da quella di chi ne è, di fatto, il destinatario: «*difatti, chi con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto, quest'ultimo lecito o illecito, determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere la piena responsabilità e deve assicurargli tutti i diritti che spettano ai bambini nati "lecitamente"* (Cass. Sez. Un. 38162/2022 par. 12)». A sostegno di questa ipotesi interpretativa, la Prima Sezione richiama strumenti giuridici che non presuppongono un automatismo nel riconoscimento della filiazione¹⁹.

¹⁸ Legge 4 novembre 2024, n. 169, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*, in *Gazz. Uff.* 18 novembre 2024, n. 270.

¹⁹ Cass. civ., Sez. I, ord. n. 5656/2026, par. 15.1: «Del resto il modello normativo relativo ai figli incestuosi non è l'unico all'interno del sistema del riconoscimento della filiazione che non avvenga in forma automatica (artt. 231 e 232 c.c. per i figli nati all'interno dell'unione coniugale; art. 254 c.c. per i figli nati fuori dal matrimonio); come attestato dagli artt. 250 c.c. (riconoscimento successivo del figlio nato fuori del matrimonio, in mancanza del consenso dell'altro genitore); art. 269

Si attende, pertanto, la decisione delle Sezioni Unite, mantenendo una doverosa apertura rispetto alla configurabilità di eventuali soluzioni interpretative alternative che tutelino il minore.

La Prima Sezione, dunque, sottopone alle Sezioni Unite la necessità di un intervento interpretativo volto a una tutela più completa del figlio. Nei paragrafi successivi si valuterà se il parametro di umanità possa offrire una prospettiva utile a superare le attuali aporie della materia.

4. L'argomentazione secondo umanità

Nel respingere l'ipotesi interpretativa della Cass. civ., Sez. I, ord. n. 1842/2022²⁰, le già citate Sezioni Unite nel 2022 hanno invocato la necessità di approcciare il riconoscimento della genitorialità intenzionale con un «senso di umanità» (par. 2). Di fronte al silenzio legislativo sulla sorte del nato e alla cogenza del divieto penale (art. 12, c. 6, L. n. 40/2004), l'interprete è chiamato al compito di tutelare la dignità umana, garantita dal divieto in esame, nonché il *best interest of the child*, in un complesso bilanciamento. La Corte ricorda, infatti, che il diritto non opera su valori astratti, ma incide su «persone concrete (...), donne usate come strumento per funzioni riproduttive, con i loro diritti inalienabili annullati o sospesi dentro procedure contrattuali, (...) bambini esposti a una pratica che determina incertezze sul loro status e, quindi, sulla loro identità nella società».

Uno snodo importante nel ragionamento della Corte attiene alla tutela del minore e al suo diritto alla continuità degli affetti. Sebbene in astratto il figlio vanti un diritto verso la madre partorienti, la prassi evidenzia che quest'ultima «non ha alcuna reale intenzione di svolgere la funzione materna», rendendo privo di utilità giuridica l'instaurazione e il riconoscimento di tale legame. Di converso, l'interesse preminente del nato si concretizza nel riconoscimento del rapporto con chi lo accudisce quotidianamente e sin dall'inizio. Tale tutela presuppone la «concretezza e l'attualità dell'accudimento del minore e (che il

c.c. (dichiarazione giudiziale di paternità). Del pari la rimozione degli *status* richiede un rigoroso bilanciamento tra *favor veritatis* e ragioni della stabilizzazione e conservazione dell'identità relazionale acquisita».

²⁰ Cass. civ., Sez. I, ord. 22 giugno 2022, n. 1842. M. BIANCA, *Il travagliato percorso della tutela del bambino nato da maternità surrogata. Brevi note a margine dell'ordinanza di rinvio alle Sezioni unite n. 1842 del 2022*, in *Giust. insieme*, 27 ottobre 2022 (online: www.giustiziainsieme.it/en/news/74-main/129-minori-e-famiglia/2501-il-travagliato-percorso-della-tutela-del-bambino-nato-da-maternita-surrogata-brevi-note-a-margine-dell-ordinanza-di-rinvio-alle-sezioni-unite-n-1842-del-2022); FEDERICO, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite*, in *NGCC*, 2022, 5, 1047 ss.; TREZZA, *Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figlio nato da maternità surrogata*, in *Famiglia*, 2022, 2, 253 ss.; GORGONI, *Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore*, in *Persona e mercato*, 2022, 4, 540 ss.; ACIERNO, *Gestazione per altri. Una concreta possibilità di dialogo tra Corti*, in *Questione giustizia*, 2022, (online: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/gestazione-per-altri-una-concreta-possibilita-di-dialogo-tra-corti>).

progetto creativo) sia caratterizzato dall'esercizio in via di fatto della responsabilità genitoriale attraverso la cura costante del bambino». La Corte afferma che non vi è «spazio per piegare la tutela del bambino alla finalità dissuasiva di una pratica penalmente sanzionata», sancendo la necessità di «separare la fattispecie illecita dagli effetti che possono derivarne sul rapporto di filiazione e in particolare su chi ne sia stato in qualche modo vittima». È qui che si innesta l'esigenza di un'interpretazione umana, che non imbrigli con automatismi la condizione giuridica del figlio in ragione di un disvalore attribuito alla condotta dei genitori. L'argomento *secundum humanitatem* è utilizzato per non privare il minore di un legame di portata identitaria, sia a livello personale che sociale.

Occorre concentrarsi adesso sul significato dell'interpretazione secondo *senso di umanità* e sulla definizione di dignità cui fa riferimento. Il *senso di umanità* non si tradurrebbe nel mero *comune buon senso* che impedisce di rendere giuridicamente orfano un minore nato malgrado un divieto penale, ma si aggredirebbe a cosa intendiamo per umano vulnerabile a cui garantire ogni diritto fondamentale. Ed infatti, come anche richiamano le stesse Sezioni Unite, un seme di questa interpretazione secondo *senso di umanità* è presente nell'*iter* argomentativo della Corte costituzionale, sentenza n. 494/2002, in merito allo *status* dei figli nati da genitori incestuosi, richiamato anche nell'ordinanza n. 5656/2026. Come già esposto, in tale pronuncia, la Corte ha riconosciuto che il minore nato da incesto incorreva in una «*capitis deminutio perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti*», per scelte legislative che tutelavano l'ordine pubblico e i diritti dei membri della famiglia *legittima*, e che l'attribuzione dello *status filiationis*, elemento costitutivo dell'identità personale, non poteva essere impedito da una «*concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti*» che provocasse una disparità di trattamento tra figli nati fuori dal matrimonio. Tale espressione, utilizzata dalla Corte, si potrebbe ricondurre a quel *senso di umanità* a cui rimandano le Sezioni Unite del 2022, che utilizzano questo argomento per riconoscere quel legame identitario e personalissimo che permette alla persona di essere nella comunità e, dunque, nella società, ivi promuovendo la sua personalità. In questa prospettiva, lo *status*²¹ potrebbe esse-

²¹ Il concetto di *status* riguarda la posizione giuridica fondamentale e meritevole di tutela (elemento c.d. formale) che un soggetto assume all'interno di una collettività organizzata (elemento c.d. materiale). Venuta meno la funzione di regolazione quantitativa della capacità d'agire in capo ad un soggetto, grazie alla codificazione definitiva della capacità giuridica e d'agire, lo *status* nell'odierna dottrina italiana è stato inteso in modi differenti. La prima concezione considera gli *status* relativi alla posizione giuridica di ogni persona e come situazioni giuridiche soggettive indisponibili, come la libertà (oramai non più attuale, data l'inattualità della differenza di *status* di libero e di schiavo), la cittadinanza e la famiglia (*status* di figlio di uno o due genitori legalmente riconosciuti); la seconda intende gli *status* come l'insieme di norme la difesa e il potenziamento dei diritti del debole e perciò alcuni sarebbero disponibili, altri indisponibili. Ai fini della presente indagine, lo *status* di figlio «*se nato secondo regole solo legali, essendo sotto questo aspetto attratto nella sfera pubblicistica, genera diritti ed obblighi di natura privatistica ed a carattere essenzialmente patrimoniale, anche se non può sottovalutarsi (...) che gli aspetti personali del rapporto (...) rilevano anch'essi sotto il profilo (...) della decadenza dalla responsabilità genitoriale, qualora l'obbligo imposto ai genitori (...) non*

re inteso non come una concessione pubblicistica che permette al soggetto di far parte di una comunità, bensì sembrerebbe acquisire il valore di diritto soggettivo inalienabile e la sua negazione si configurerebbe come una violazione di principi costituzionali.

Tale approdo giurisprudenziale suggerirebbe che l'argomento *secundum humanitatem* non sia circoscritto alla sola materia della filiazione, ma agisca come un principio trasversale volto a ricondurre la rigidità della norma al servizio della dignità della persona. Esso diverrebbe un canone ermeneutico funzionale alla protezione dei soggetti in stato di fragilità, troverebbe un significativo parallelismo in altri ambiti del diritto vivente caratterizzati dal medesimo conflitto tra limiti di ordine pubblico e istanze di tutela dei diritti fondamentali.

A conferma della natura polisemica e trasversale di tale canone, la Sezione Prima ha recentemente sottolineato la necessità di procedere ad un'interpretazione non solo con rigore ma anche con umanità in materia di applicazione degli istituti di protezione internazionale²². Nel caso di specie, la Corte ha osservato che, essendo presente un limite di ordine pubblico, «il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla effettività e alla massimizzazione delle garanzie, in un quadro sistemico e attento ai bisogni reali della persona, fermo il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, in considerazione dei problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi (...)». In questo senso, l'ordine pubblico «impone una valutazione di proporzionalità nel caso concreto, nel cui ambito siano soppesati i legami effettivi dello straniero con il territorio, da un lato, e le legittime esigenze dello Stato, come ad esempio il mantenimento dell'ordine pubblico, la tutela della sicurezza nazionale e la prevenzione dei reati». Eppure, la Corte conferma che «tra i due aspetti non c'è antinomia. Un obbligo di protezione della vita privata e familiare dello straniero nei luoghi e nelle formazioni sociali di svolgimento e di sviluppo della sua personalità, scaturente dalla Costituzione e dalle convenzioni internazionali, in tanto può configurarsi in quanto, secondo una valutazione da effettuarsi caso per caso (...) l'allontanamento dal territorio nazionale sia suscettibile di costituire fonte di vulnerabilità». Per quanto rilevante ai fini della presente trattazione, l'argomento *secundum humanitatem* è stato utilizzato al fine di valorizzare «la persona umana in condizioni talora di estrema fragilità con la sua fondamentale esigenza di solidarietà»: «il giudice – procede la Corte – nell'interpretare e nel dare applicazione alle disposizioni poste dal legislatore, concorre, nel doveroso rispetto dell'equilibrio tra la forza orientativa della fonte sovraordinata e il vincolo del testo, alla elaborazione di una norma giusta».

Ne deriva che, nell'architettura logica della Corte, lo stato di vulnerabilità del soggetto richiederebbe all'interprete, pur al cospetto dei limiti di ordine pubblico, il compito di rintracciare la *norma giusta* del caso concreto coniugando rigore giuridico e umanità.

venga adempiuto». Per ulteriori approfondimenti cfr.: LENTI, voce "Status", in *Digesto*, 1999; PROSPERI, Rilevanza della persona e nozione di status, in *Rass. Dir. civ.*, 1997, 4, 810 ss.; GAZZONI, *Manuale di Diritto privato*, Roma, 2022.

²² Cass. civ., Sez. I, sent. n. 29593/2025.

In tale prospettiva, l'umanità fungerebbe da clausola di salvaguardia: essa consentirebbe di estendere il perimetro della tutela oltre le restrizioni imposte dall'ordine pubblico e dalla sicurezza nazionale, i quali costituiscono, di norma, le uniche eccezioni ammissibili alla piena esplicazione del diritto alla vita privata e familiare garantito dall'art. 8 CEDU. Estensione che, si precisa, dovrebbe avvenire tenendo in considerazione i parametri giuridici dell'autodeterminazione della persona.

Il concetto di umanità sembrerebbe funzionale ad ampliare il raggio raggiunto dalle tutele offerte dall'ordinamento, contribuendo all'effettività del diritto e alla custodia del nucleo fondante del principio di dignità umana. Il canone interpretativo dell'umanità potrebbe divenire essenziale nel definire la sostanza effettiva del precetto costituzionale, il quale, se considerato solo nel suo testo letterale, apparirebbe incapace a manifestare immediatamente il suo precipitato applicativo²³. Laddove la dignità della persona si configuri quale supremo parametro orientatore del percorso ermeneutico, il principio di umanità diverrebbe il criterio dirimente atto a privilegiare, in presenza di pluralità di opzioni esegetiche, la soluzione che assicuri il più elevato standard di tutela e che tenga conto dello sviluppo e dell'espressione della persona, centro e fine ultimo dell'ordinamento.

La dignità umana, in quanto valore supremo e categoria giuridica ordinante, rappresenta il fulcro assiologico dell'intero ordinamento. Essa è stata più volte oggetto di tentativi di traduzione applicativa da parte delle Corti, dapprima descritta come «valore costituzionale»²⁴ ovvero come «principio generatore di intelligibilità di tutti i diritti fondamentali»²⁵; definizioni che finirebbero per risolversi in un afflato declamatorio di lieve effettività²⁶. Se da un lato esse confermano la forza fondante dell'istanza persona-

²³ PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003, 1, 49; RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà - Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, Torino, 2010, 1, 213; LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 776.; BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *www.rivistaAIC.it*, 2013, 2, online; VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 2, 317 ss.; FLICK, *Elogio alla dignità (se non ora quando?)*, in *Pol. dir.*, 2014, 4, 515 ss.; RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, 2018, 2, 392 ss.; PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in *Annali della SISDiC*, 2020, 5, 3; PASQUINO, *La dignità tra ethos e nomos nel "diritto gentile" di Paolo Zatti*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, Napoli, II, 2023, 1261 ss.

²⁴ Corte cost., sent., 17 luglio 2000, n. 293.

²⁵ Cass. pen., sez. IV, sent., 4 aprile 2002, n. 26636.

²⁶ MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 45 ss.; SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *www.rivistaAIC.it*, 2008, 3; CALDERAI, *La dignità umana, legal irritant del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, già cit.; BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019, 5, 1071 ss.; MELI, *Dignità della persona e diritto all'autodeterminazione: l'incidenza del diritto sovranazionale sul diritto privato*, in *NLCC*, 2019, 1, 10 ss.; PANCALLO, *Oi βέλαιοι: uguaglianza, dignità e tutela della persona?*, in *NGCC*, 2017, 10, 1416 ss.

lista, dall'altro potrebbero risultare carenti di pregnante concretezza: la difficoltà nel tradurne il valore in uno standard decisionale preciso accrescerebbe l'ambiguità sul suo peso applicativo²⁷. Verosimilmente, è proprio a fronte di tali rilievi che si è consolidata la visione della dignità quale pietra angolare dell'odierno statuto della persona: un soggetto definito dalla propria autonomia, la cui effettività e legittimità, però, dipendono strettamente dal grado di tutela della dignità assicurato. Secondo questa concezione, laddove manchi il minimo vitale per individuare l'umano, allora ad essere assente sarebbe anche la dignità, divenendo il disumano, in questo modo, anche sinonimo di indegno. La Costituzione italiana elegge la dignità a valore c.d. relativo, in quanto concepita come cartina tornasole del rispetto del valore di persona umana²⁸. Essa si determina in relazione alla persona concreta e in modo diretto, producendo, questo, un fondamento teorico ben radicato e operativo²⁹.

In tale prospettiva, il principio di umanità potrebbe agire quale moltiplicatore della tutela offerta dalla dignità, estendendone il raggio d'azione. Esso riuscirebbe a conferire una maggiore effettività a quei diritti soggettivi che sostanziano l'autodeterminazione dell'individuo, garantendone la pienezza sia nella loro dimensione dinamica (l'esercizio concreto) sia in quella statica (la mera titolarità o quiescenza). In questo modo, si riuscirebbe a ricostruire l'identità di una persona a seconda della concreta condizione esistenziale in cui essa si trova³⁰. Tale operazione non pregiudicherebbe la stabilità dell'ordinamento; al contrario, renderebbe la dignità uno strumento adattabile ed efficace, idoneo a penetrare nelle pieghe più complesse della realtà sociale per offrire protezione anche laddove gli strumenti tradizionali faticano ad arrivare.

5. Interpretazione secondo umanità e trascrizione dell'atto di nascita

In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite, sollecitata dall'ordinanza n. 5656/2026, la riflessione conclusiva del presente contributo mira a ricomporre i fili di un percorso ermeneutico che vede nel senso di umanità non un'eccezione al rigore giuridico, ma un suo completamento.

Il quadro attuale, caratterizzato dall'insufficienza dell'adozione in casi particolari, sembrerebbe evidenziare un *vulnus* non più sostenibile nel principio dell'unicità dello stato di figlio, il quale è volto a superare ogni frammentazione dello *status* basata sulle modalità di procreazione. Se lo *status filiationis* può essere inteso come un diritto sog-

²⁷ BALDINI, *ibidem*.

²⁸ BECCHI, *Il principio di dignità umana*, 2009, 37.

²⁹ RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 190.

³⁰ SCHILLACI, *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in *BioLaw Journal*, n. 2022, 1, 9 ss.; PALMERI, *Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n. 835/2013 del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012)*, in *Genlus*, 2015, 1, 199 ss.

gettivo, la sua negazione o la sua attribuzione precaria parrebbero contrastare con l'esigenza di garantire al minore un'identità giuridica certa e uniforme. In questo contesto, l'argomento *secundum humanitatem* potrebbe configurarsi come lo strumento idoneo a superare difficoltà interpretative di importante rilievo. Il richiamo al paradigma dell'incesto suggerisce la possibilità di un'operazione interpretativa volta a scindere il disvalore verso la condotta procreativa dei genitori dalla tutela della posizione soggettiva del nato. L'orientamento che parrebbe emergere non mirerebbe a legittimare pratiche vietate dal legislatore nazionale, bensì a rintracciare, attraverso il canone della proporzionalità e dell'umanità, una norma giusta per il caso concreto. Una norma che, pur nel doveroso rispetto dell'ordine pubblico, sia capace di riconoscere nel nato un'umanità vulnerabile che non può restare intrappolata in un limbo giuridico in ragione di scelte compiute da terzi. L'umanità diverrebbe così la chiave per la concretizzazione della tutela della dignità, capace di penetrare nelle aporie della realtà sociale per offrire al figlio quello *status* unico e certo.

Inoltre, come già esposto, il recente inasprimento sanzionatorio introdotto dalla L. n. 169/2024 ha esteso la punibilità della surrogazione di maternità anche alle condotte realizzate all'estero, rendendola reato c.d. universale. Tale scelta legislativa è improntata a una logica di potenziamento della deterrenza senza, tuttavia, legiferare in merito al figlio nato nonostante l'aggiramento del divieto. In questo scenario, il canone dell'umanità potrebbe configurarsi come un argine necessario per evitare che il minore subisca le conseguenze del reato. Se, infatti, il legislatore ha inteso colpire con rigore chi realizza la condotta, l'interprete parrebbe chiamato a non ignorare la posizione di chi tale condotta subisce nei suoi effetti. L'interpretazione *secundum humanitatem* permetterebbe così di rintracciare una norma giusta che separi la responsabilità penale dei genitori dall'esigenza di garantire al figlio una tutela effettiva e non discriminatoria. In tale prospettiva, l'umanità non agirebbe come una negazione del precetto penale, ma come una clausola di salvaguardia volta a preservare la dignità del nato.

Parallelamente, il principio dell'unicità dello stato di figlio ex art. 315 c.c. troverebbe nel senso di umanità il suo moltiplicatore di efficacia. La solennità del precetto dell'unicità dello stato di figlio si conferma un pilastro portante dell'architettura civilistica, capace di resistere a letture frammentarie o atomistiche della condizione del minore. Mentre il limite dell'ordine pubblico opera prevalentemente in funzione di sbarramento negativo rispetto a pratiche procreative non consentite, l'art. 315 c.c. offrirebbe una direttrice di segno positivo e costante. In questa prospettiva, la tutela dei valori fondamentali del sistema non parrebbe esaurirsi nel mero rispetto dei divieti, ma troverebbe una sua espressione altrettanto vitale nella garanzia di uno *status* unico e certo, inteso come presidio essenziale della dignità e dello sviluppo della personalità del minore. Il canone di umanità permetterebbe di attivare concretamente la tutela dell'art. 315 c.c.: l'interprete, guidato dal senso di umanità, sarebbe spronato a rimuovere quegli ostacoli che rendono tale uguaglianza non effettiva per i nati da gestazione per altri. In questo modo, l'art. 315 c.c. cesserebbe di essere una norma di principio per divenire, attraverso il canone dell'umanità, lo strumento di protezione dell'identità relazionale e sociale del minore anche

in questo caso, garantendogli quello *status* certo e uniforme che costituisce il fulcro del sistema personalista.

Alla luce di quanto esposto, l'applicazione dell'argomento *secundum humanitatem* al tema della maternità surrogata e all'attribuzione dello *status filiationis* al minore così nato, potrebbe servire a rendere effettiva la tutela del minore, quand'anche nato in questo modo. Analogamente, in questo modo, il limite dell'ordine pubblico potrebbe dover essere vagliato senza automatismi laddove la negazione alla circolazione degli *status* «sia suscettibile di costituire fonte di vulnerabilità»³¹ per il minore stesso.

ABSTRACT

Il contributo analizza il crescente uso del canone di umanità da parte della Corte di cassazione nell'interpretare fattispecie che coinvolgono persone vulnerabili. In commento all'ordinanza n. 5656/2026, si ipotizza che tale parametro consenta l'estensione del pieno status di figlio ai nati da gestazione per altri, prescindendo dall'adozione in casi particolari, rivelatasi inadeguata. Si mira così a una tutela che scinda l'illecito dei terzi dai diritti fondamentali del minore, superando l'ostacolo dell'ordine pubblico.

This paper examines the Supreme Court's increasing use of the canon of humanity in interpreting cases involving vulnerable persons. In light of Ruling no. 5656/2026, it explores how this parameter enables the extension of full status filiationis to children born via surrogacy, bypassing adoption in special cases, now deemed unsuitable. The aim is to find a protective approach that separates third parties' unlawful conduct from the minor's fundamental rights, overcoming the limits of public policy.

³¹ Cass. civ., Sez. I, sent. n. 29593/2025.



Su verità e diritto. Un libro di Roberto Conti e Antonio Ruggeri



Giuseppe Vettori

Prof. emerito dell'Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Il diritto alla verità fra categorie e negazioni. La lezione di Leonardo Sciascia.
– 2. Costituzione e verità. – 3. Il pensiero dei civilisti e dei processualisti.

1. Il diritto alla verità fra categorie e negazioni. La lezione di Leonardo Sciascia

Un bel libro recente¹ torna su di un tema senza tempo caro a tutti coloro che sono chiamati, ogni giorno, a cercare la verità.

I due autori ci conducono per mano, ciascuno con la propria esperienza e cultura attraverso una pluralità di temi, visioni e suggestioni. Sino ad un affresco a cui bisogna avvicinarsi da distanze diverse per cogliere la bellezza dei dettagli e la profondità del contesto. Che aiuta a confrontarsi con una parola che tiene unite le generazioni, richiama il legislatore al suo dovere, impone all'interprete un peso grande. Un diritto quello alla verità, che va rispettato e adempiuto da chi governa, giudica, insegna, indaga il pensiero e illumina la vita. Il libro ha il merito di tener vivo, con straordinaria profondità, questo compito.

L'impianto del giurista non poteva che muovere dall'obbligo positivo dello Stato di garantire la verità e dalle sentenze delle Corti anche sovranazionali che attuano quel diritto come parte di un processo di conoscenza e di una cultura diffusa da incrementare e promuovere sulla traccia di grandi Maestri. Da qui l'analisi attenta delle opere di Leonar-

¹ CONTI e RUGGERI, *Verità e diritto. Dialoghi su Costituzione, giustizia e umanità*, con Prefazione di M. Serio, Napoli, 2026.

do Sciascia con interventi molto belli dei due autori² nel sottolineare la necessità, cara a Sciascia, di dar voce agli ultimi in uno sforzo secolare riassunto da chi ha dedicato a quel tema riflessioni acutissime. Sino a ricordare l'epitaffio che il grande autore aveva scelto per sé. “‘Ha contraddetto e si è contraddetto’ come a dire che sono stato vivo in mezzo a tante ‘anime morte’ a tanti che non contraddicevano e non si contraddicevano”. Dunque, un grande letterato, in perenne dialogo con chi si è posto la domanda secolare sulla funzione e “sul ruolo che la verità riveste nell’ambito della politica e dei rapporti di potere³, ma anche con chi nega ogni rilievo giuridico a quel termine⁴. E in piena sintonia invece con qui si confronta con la parola. Essenziale per il diritto. Per una ragione evidente.

Il diritto cerca la verità e allo stesso tempo crea verità, senza assoluti ma con strumenti precisi. Il sillogismo critico che muove da idee condivise nella società, nella teoria e nella prassi. Il precedente che si consolida ed è tramandato. La Retorica delle buone ragioni che sa convincere e persuadere. L'equilibrio connaturato ad ogni manifestazione o immagine della Giustizia. Il convincimento e la capacità di persuasione⁵. Tutto ciò non isola il pensiero in un’astratta contemplazione perché i valori non esistono in un cielo lontano⁶, non prescindono dal nostro impegno nel mondo, ma devono confrontarsi con l'esistenza e con la particolarità della vita⁷.

² RUGGERI, *In tema di diritto verità e giustizia nell'opera di Leonardo Sciascia*, Presentazione al volume di Cavallaro e Conti, Bari, 2021 e ora in CONTI e RUGGERI, *Verità e diritto*, cit., 55 ss.

³ FOUCAULT, *Il coraggio della verità* che va alla ricerca “nell’ambito della democrazia, un certo numero di condizioni etiche che sono irriducibili alle regole formali del consenso ma che fanno appello alla dimensione morale individuale: il coraggio di fronte al pericolo e la coerenza”.

⁴ N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011; ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 2008, 165.

⁵ Traggo queste osservazioni dal mio testo VETTORI, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 4, 1203 ss., in part. 1219 ss., ove ricordo un grande Maestro di verità e Giustizia e alcune sue opere fondamentali sul nostro tema: BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di Scalisi, Milano, 2004, 1229 ss.; Id., *Oggettività esistenziale dell'interpretazione: studi di ermeneutica e diritto*, Torino, 2014; Id., *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Pers. merc.*, 2015, 67 ss.; Id., *Ritorno al diritto ed ermeneutica dell'effettività*, in *Pers. merc.* 2017, 513 ss.; *Sull'incertezza del diritto. Dal dogma della certezza a un'ermeneutica critica*, Bologna, 2020, 137 ss.

⁶ Fondamentale lo scritto di un altro grande Maestro: SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica “veritativa” orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1259 ss.

⁷ BALDUCCI, *La verità e le occasioni*, Alba, 1960, 101-102: “abbiamo perso la verità perché abbiamo disgiunto le belle idee dai fatti umili. Volete sapere che cosa è l'illuminismo, il risorgimento, il materialismo storico, il liberalismo? Venite e vedete, toccate i fatti con mani sicure, senza timore di sporcarvele, fissate nei fatti vivi il tortuoso bacillo dell'errore”.

2. Costituzione e verità

Il tema è affrontato con grande lucidità. Se ne parla con riferimento alla verità⁸ e con riguardo alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo e con la Corte europea dei diritti dell'uomo⁹ e il tema si intreccia con la diversità delle opinioni sul tema nel dibattito attuale. Ove si afferma che le categorie e i principi millenari del diritto privato non possono essere sostituiti da pochi principi costituzionali a cui affidare la soluzione di ogni problema¹⁰, si avverte la necessità di rimettere ogni cosa al suo posto fra legalità dei codici e legalità costituzionale tramite i principi di causalità e consequenzialità¹¹, si torna a ipotizzare una dogmatica capace di dare unità e metodo al sistema privatistico¹². Si parla "di una complessità dei due livelli di legalità ove legislazione e giurisdizione si affiancano e cooperano all'attuazione della Costituzione"¹³. Con un fine preciso eliminare "zone franche" nella tutela dei diritti fondamentali¹⁴, e l'utilizzo di un approccio di natura sistematica che richiama l'insegnamento di Luigi Mengoni¹⁵. Questa diversità non può oscurare un monito fortissimo.

"Il disinteresse per la verità porta lentamente ma inesorabilmente a scivolare verso il totalitarismo, per il quale, come ha scritto Hannah Arendt, i sudditi ideali non sono tanto quelli ideologicamente convinti, ma 'la gente per la quale la distinzione tra fatto e finzione (cioè, la realtà dell'esperienza) e la distinzione tra vero e falso (cioè, i canoni del pensiero) non esistono più'"¹⁶.

⁸ RUGGERI, *Costituzione e verità (prime notazioni)*, in *Verità e diritto*, cit., 121 ss.

⁹ RUGGERI, *Appunti su alcuni aspetti della verità nel diritto*, in *Verità e diritto*, cit., 161 ss.; ID., *Tornando a riflettere sulla verità. dal punto di vista del diritto costituzionale*, ivi, 209 ss.; ID., *Verità religiose e verità costituzionali a confronto: il profondo significato per la teoria giuridica di talune sostanziali convergenze*, ivi, 255 ss.

¹⁰ D'AMICO, *Diritto privato e Costituzione. Un dialogo necessario, ma problematico*, in V. Roppo, C. Scognamiglio, Simoncini, Vettori (a cura di), *Costituzione e diritto privato, Dialoghi*, Torino, 2026, 1 ss.

¹¹ LUCIANI, *La Corte costituzionale e il diritto civile*, ivi, 49 ss.

¹² CASTRONOVO, *Dogmatica del diritto*, Milano, 2024.

¹³ NAVARRETTA, *Corte costituzionale e diritto privato: la funzione del metodo sistematico e i limiti della Drittwirkung*, in *Costituzione e diritto privato*, cit., 59 ss.

¹⁴ SILVESTRI, *Drittwirkung*, in *Costituzione e diritto privato*, cit., 119 ss.

¹⁵ NAVARRETTA, *Corte costituzionale e diritto privato: la funzione del metodo sistematico e i limiti della Drittwirkung*, ivi, 59 ss.

¹⁶ ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, III, New York, 1962, 474, lo scritto è citato ora da LEONE XIV, *Magnifica humanitas. Lettera enciclica sulla custodia della Persona umana nel tempo dell'intelligenza artificiale*, Roma, 2026, 137.

3. Il pensiero dei civilisti e dei processualisti

Un lucido pensiero ruota attorno a una premessa. Le leggi non sono né buone né cattive né vere né false, ma solo un atto umano che segue certe procedure e deve essere ordinato in un sistema coerente di concetti che lo riassumono e coordinano¹⁷. Gli stessi diritti fondamentali sono sottratti alle leggi ordinarie, ma esistono solo se esiste una volontà umana a sorreggerli. In mancanza cadrebbero del tutto con un tratto di penna. Sicché non ci sarebbe un senso unitario dell'agire umano e la volontà dovrebbe aggrapparsi al salvagente di forme e procedure che permangono nel tempo e compensano la carenza di affidabili contenuti. Da qui l'idea di un *nichilismo* e di un *formalismo*¹⁸ legati da una visione comune e una premessa: "la verità nel diritto è la verità stessa dell'azione nel suo farsi, nel concreto dispiegarsi dei suoi valori". Mentre il diritto del nostro tempo è "*diritto senza verità*, dominato da ideologie politiche"¹⁹ che identificano legittimità e legalità²⁰.

Contro questa visione c'è un ampio spazio per una verità umana affidata agli uomini, e alla loro ricerca, senza assoluti, attraverso il processo²¹ o un percorso che muove dalla dignità di ogni uomo, dai diritti e dai doveri fondamentali, dalla buona gestione della cosa pubblica²². Sentieri illuminati da figure straordinarie²³, da costruttori di verità e dal valore delle parole²⁴.

Solo qualche esempio.

Si parla di Verità nell'ambito della politica e dei rapporti di potere e della necessità di isolare "nella democrazia un certo numero di condizioni etiche che sono irriducibili alle regole formali del consenso ma che fanno appello alla dimensione morale individuale, al coraggio della verità, la coerenza, la fedeltà "alla propria missione essenziale. In tal modo la verità è al tempo stesso provocazione pubblica e pratica filosofica che comporta di dire le cose come stanno, di non ignorare la gravità delle ingiustizie, secondo, senza o contro il diritto".²⁵ Senza "timori di sorta in merito alla radicalità inaudita delle conclusioni e delle lotte per difenderle, tanto sul versante della Verità quanto sul versante della Giustizia nei loro controversi rapporti con il diritto. Perché "Diritto, Verità e Giustizia

¹⁷ N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 211, XI-XIII.

¹⁸ DAL LAGO, *Il politeismo moderno*, Milano, 1995, 25.

¹⁹ OPOCHER, *il diritto senza verità*, in *Studi Carnelutti*, I, Padova, 1950, pp. 179-191; Id., *Lo Stato e il problema della verità*, in *Riv. fil.*, 1948, pp. 11-30 cit. da N. IRTI, *Diritto senza verità*, cit., XI-XIII.

²⁰ N. IRTI, *Destino di Nomos*, cit., 115 ss.

²¹ CONTI, *Appunti su alcuni aspetti della verità nel diritto*, in *Verità e diritto*, cit., 161 ss.

²² Id., *Verità religiose e verità costituzionali a confronto: il profondo significato per la teoria giuridica di talune sostanziali convergenze*, in *Diritto e verità*, cit., 255-279.

²³ Id., *Prometeo, il potere, l'uomo e la giustizia fra l'umano e il divino*, in *Diritto e verità*, cit., 305 ss.; Id., *Aiace e la ricerca della verità*, ivi, 309.

²⁴ Id., *L'albero della verità*, in *Diritto e verità*, cit., 327 ss., 332 ss.

²⁵ BRECCIA, *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, 285-293; Id., *Diritto, Verità, Giustizia*, in *Scritti in onore di Angelo Luminoso*, I, Milano, 2013, 11-26, ora in *Immagini del diritto*, cit., 295-307.

sono un momento (imperfetto, pieno di difetti, un punto mai pienamente raggiunto) di una ricerca comune, da farsi qui sulla terra senza che sia dato proclamare, nella molteplicità dei fini, la fine”²⁶.

Il metodo è chiaro anche in presenza di dubbi²⁷.

La ricerca di un senso nel diritto va coniugato con la storia, l'ontologia e con la stessa missione del giurista²⁸ per sua natura diretta alla ricerca della regola più appropriata”²⁹ capace di soddisfare ogni problema di vita la cui soluzione esige un'attività “orientata a giustizia e portatrice di verità”³⁰. Ma è necessario andare ancora più a fondo sul modo di operare dell'interprete.

La ricerca di una regola congrua e appropriata è alla base della stessa teoria dell'efficacia giuridica che esprime il principio generale della *convenienza* e *adattabilità* dell'effetto al fatto, come espressione più forte del modo del dovere essere³¹, il quale impone la ricerca “dello specifico interesse che con il fatto prende vita” ed esprime la normatività del fatto, “ove non c'è soltanto l'essere, ma fuso insieme ad esso e inscindibile da esso c'è anche il *dover-essere*”³². Sicché l'interprete deve “isolare e catturare la carica di valore contenuta nel fatto e alla luce di essa interrogare il testo e ricostruirne il senso” secondo un'esplorazione della vasta giuridicità “resa manifesta e fatta palese dal tipo e dallo stile di vita della comunità ... che scorre nella esperienza di vita dei consociati e da cui trae origine la prescrittiva normatività del fatto”. La quale, insomma, va ricercata attraverso la lettura della vita sociale che riflette il dovere etico di verità ossia il dover-essere portato dai fatti che scorrono nella legalità³³ fondata sulle Carte costituzionali nazionali ed europee.

Con una precisazione ulteriore: “non si può possedere la verità se non nella forma di doverla cercare ancora”³⁴ in base a precisi criteri selettivi.

In primo luogo, il sofferto ripensamento di Grandi Maestri che già negli anni Ottanta del Novecento hanno abbandonato “l'adorazione della legge positiva” per riconoscere che “il fatto accompagnato dal consenso sociale fa diritto” aprendosi così ad un diverso ruolo della giurisprudenza chiamata a “saggiare il fatto” anche alla luce del consenso dei

²⁶ BRECCIA, *Diritto, Verità, Giustizia*, cit., 300 ss.

²⁷ ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 2008, 165.

²⁸ HABERLE, *Diritto e verità*, trad. it. di F. Fiore, Torino, 2000, 105; CORSETTI, *Verità, decisione razionale e teoria della complessità*, in *Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 2005, 39; PAREYSON, *Verità e interpretazione*, Milano, 1971, 57 ss.

²⁹ VASSALLI, *Esame di coscienza di un giurista europeo*, in *Scritti giuridici*, cit., 777.

³⁰ SCALISI, *op. cit.*, 1268.

³¹ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, cit., 62 ss.

³² PUGLIATTI, *Per un convegno di diritto cosmico*, in *Scritti giuridici*, cit., 252.

³³ SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica “veritativa” orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1269.

³⁴ PAREYSON, *Verità interpretazione*, cit., 90, e v. NANCY, *Il giusto e l'ingiusto*, Milano, 2007.

consociati e “della effettiva validità sociale e giuridica della regola extralegale”. Sicché si dovrà indagare “una situazione di fatto già esistente, che si dà come regola e si fa diritto”³⁵.

In secondo luogo, l'interprete dovrà esaminare il caso che può assumere autorità di “fatto” non come puro fatto storico, ma come valutazione giuridica fondata sulla sua persuasività nell'argomentazione giuridica per effetto della sua *tramandabilità* che lo trasforma in precedente.

Infine, la ragionevolezza³⁶ come “principio alla cui stregua saggiare il fatto che ambisce a diventare diritto” secondo un procedimento che conduce all'ermeneutica dell'effettività. Se la prima parola contiene il comprendere colorato dall'esistenza dell'interprete, la seconda esprime l'oggetto di tale conoscenza ossia la vita fattuale nella sua esistenza nel tempo, nel suo esserci qui e ora. L'interprete guarda il fatto dal tempo in cui è immerso. E ciò implica un ultimo passaggio.

Resta da precisare che ne è della certezza del diritto.

Anzitutto sono utili le sollecitazioni di Paolo Grossi. La certezza basata sull'assolutismo della legge “è sostanzialmente immotivata”, “un mito ossia una proposizione”, da ripensare in base ad un atteggiamento di conoscenza critica che capovolga il dogma, “per recuperare una dimensione che sia veramente diritto”. Più vicina al modello giudiziale della Corte costituzionale, e ad una legislazione che si basi su principi³⁷ alla ricerca, in concreto di “una decisione ... frutto nei campi del diritto che lo consentono (non nel diritto penale) di un corretto ingresso dell'interprete nel circolo ermeneutico che vincola all'uso di un sillogismo non più apodittico ma critico.

Insomma, l'ingresso dell'interprete nel circolo ermeneutico assume un chiaro senso se si precisa che “interpretazione non è riproduzione d'un significato oggettivamente preesistente già compiutamente prefissato: non è il pensare il già pensato è *inventio* prima che *demonstratio*”³⁸, ossia ricerca della risposta più adeguata alla soluzione di un problema di vita. Da qui l'ineliminabile “impasto ermeneutico” fra precomprensione soggettiva dell'interprete ed oggettività e la difficoltà di tematizzare il “sommo principio della certezza”. Che può coniugarsi con diverse esigenze. Da un lato l'esigenza di prevedibilità e stabilità di un risultato che il diritto fissa, ad esempio, con la confessione “della verità di fatti” sfavorevoli alla parte dichiarante e il giudicato che pone fine alla lite. Un modo, perciò, di creare una verità che si risolve in “verità-fermezza-incontestabilità”. Dall'altro “un'incessante ricostruzione concettuale, secondo un'ermeneutica aperta alla ricerca, in ogni tempo, di una certezza come evidenza, prevedibilità, calcolabilità che si atteggia

³⁵ BENEDETTI, “Ritorno” al diritto ed ermeneutica dell'effettività, ora in Id., *Oltre l'incertezza*, cit., 109 ss.

³⁶ V. ora il bel saggio di P. PERLINGIERI, *La ragionevolezza nel sistema giuridico italo-europeo*, Napoli, 2926, 17 ss., 26 ss., 37 ss., 55 ss., 89 ss., 127 ss.

³⁷ P. GROSSI, *op. cit.*, 54, 66, 73, 74.

³⁸ BENEDETTI, *Ritorno al diritto ed ermeneutica dell'effettività*, cit. 12.

diversamente nella storia del pensiero (da Aristotele a San Tommaso, da Cartesio a Vico a Kant) sino al presente³⁹.

Questa ermeneutica esige oggi una cosa su tutte.

Un mutamento di mentalità che è stato sollecitato in ogni Carta fondamentale dal 1948 in poi e deve continuare con forza a orientare il futuro. Una svolta motivata dalle tragedie della prima metà del Novecento, capace di porre e mantenere limiti alla legge e di richiamare il civilista al suo compito di garante dell'effettività dei diritti e dei principi fondamentali propri di una convivenza civile.

Il discorso del diritto, perciò, torna ancora all'ermeneutica in una sua accezione critica. Che rifiuta la radicalità nihilistica e si fonda sul dialogo. Utilizza una buona dogmatica attraverso la corretta argomentazione e il controllo dell'esito ermeneutico⁴⁰. Non rinuncia alla certezza giuridica che il diritto cerca e crea secondo una sua peculiare misura che coincide a volte con la stabilità di un accertamento, come nella confessione o nel giudicato, altre volte in una fattispecie legale efficace, altre ancora in "una rigorosa argomentazione" che sorregga la decisione più adeguata. Alla ricerca di una verità che esige sempre un fare, una decostruzione orientata a cogliere "le possibilità costruttive" e "la misura necessaria a formulare una massima di decisione adeguata al caso"⁴¹. Tutto ciò in base ad una visione che si completa nella ricerca dei rimedi più adeguati al caso da decidere. Da ricercare con rigore sulla base di due considerazioni⁴².

Il rimedio come dispositivo tecnico di tutela è un effetto giuridico e in particolare un diritto che segue l'effetto primario di riconoscimento della rilevanza dell'interesse sostanziale.

Resta da chiarire l'essenza che rende necessaria, a volte indispensabile, la dimensione rimediale e il *proprium* sta nella situazione d'interesse a cui si rivolge il rimedio e nella sua autonomia strutturale e funzionale. Anzitutto il rimedio si rivolge ad un fatto dovuto che necessita di un'adeguata realizzazione e differisce perciò dall'effetto primario che si occupa di un'azione oggettivamente esigibile prevista da una fattispecie astratta. La funzione rimediale è poi volta non alla attribuzione di rilevanza dell'interesse ma al rafforzamento della tutela dell'interesse protetto. Tutto ciò pone in luce lo "stretto e diretto rapporto con l'interesse giuridico"⁴³ e le diverse potenzialità esplicative" del rimedio che non è "sempre determinabile a priori", "ma individuabile soltanto a posteriori, "avuto riguardo alla natura dell'interesse da soddisfare valutato in concreto nei suoi elementi" specifici. Insomma "una tecnica di tutela adatta ai tempi della complessità che "dialoga

³⁹ Si vedano i saggi raccolti nei due volumi curati da CARLEO, *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 217; ID., *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018.

⁴⁰ BENEDETTI, *Sull'incertezza del diritto*, cit.

⁴¹ BENEDETTI, *op. cit.*

⁴² Per queste notazioni testualmente v. VETTORI, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2019, in part. 1219 ss., ID., *Verità e dignità nel pensiero di Vincenzo Scalisi, in juscivile*, 2023, 3, 577 ss.

⁴³ V. P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 4.

con i fatti. Che opera secondo “meccanismi di diritto orizzontale favorendo il recupero della complessa e plurale essenza della giuridicità” in un mondo globale. Governato da un diritto “a forma di rete più che di piramide” che trova “nella effettività della tutela il criterio fondante della propria riconoscibilità e validità”⁴⁴.

Da qui il ruolo dei principi su cui sono illuminanti le parole di un Grande Magistrato.

“La rilevanza dei principi costituzionali nella pratica giurisdizionale dei nostri tribunali e delle nostre corti è andata crescendo col tempo ed appare oggi indiscutibile. L'ingresso della Costituzione (e poi dei Trattati europei e della Cedu) in un ordinamento da principio ancora formalmente caratterizzato da un sistema delle fonti che rispecchiava una concezione di sovranità assoluta del legislatore ordinario nazionale ha comportato la necessità di rileggere il testo delle leggi in senso conforme ai principi costituzionali (ed europei). Sempre più di frequente, nella motivazione di provvedimenti giudiziari, si parla oggi di interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione di legge che il giudice è chiamato ad applicare. È stata la stessa Corte costituzionale, d'altronde, ad incoraggiare il diffondersi di questa pratica interpretativa, chiarendo che una legge è incostituzionale non quando la si potrebbe interpretare in modo incompatibile con la Costituzione, bensì soltanto quando non vi sia alcuna possibilità di interpretarla conformemente a Costituzione. Al giudice ordinario resta perciò affidato il compito preliminare di vagliare ogni possibile interpretazione della legge, privilegiando quella meglio compatibile col dettato costituzionale ed investendo la Corte costituzionale solo se nessuna interpretazione conforme a Costituzione risulti possibile”⁴⁵.

Il pensiero dei processualisti è articolato⁴⁶.

Per alcuno l'interpretazione condotta per principi finisce per essere solo fonte di soggettivismo e incertezza che vanifica la decisione, per altri il processo è giusto quando ha rispettato la legge e i principi del processo, anche se sarebbe auspicabile una disciplina meno formalistica dei poteri officiosi del giudice (ispezioni, ordini di esibizione, interrogatorio libero delle parti, il ruolo del CTU) spesso però incompatibili con la ragionevole durata del processo

La stessa evoluzione del sistema nazionale e sovra nazionale è controversa. Da alcuni nettamente rifiutata da altri affrontata con cautela, precisando che è difficile trovare una casella in cui inquadrare la verità, ma ciò “non significa abbandonare la ricerca, per-

⁴⁴ V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1058 ed ivi il richiamo a PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova 2014, 27 ss.; OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in VOGLIOTTI, *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, 29 ss. e VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 279 ss.

⁴⁵ COSÌ RORDOFF, in CONTI, *Il civilista e la verità*, in questa rivista, 2023 pp. 1029 ss.

⁴⁶ CONTI, *Verità e processo civile*, in questa Rivista, 10, 2026 347 ss.

ché la dimensione europea riserva sorprese e “compito dell’interprete è quello di tenersi pronto ad affrontare sfide sempre nuove” in particolare quella dei principi di effettività, di proporzionalità e di equivalenza.

Altri ancora sottolineano la diversità fra il giudice e lo storico. Il primo deve valutare solo ciò che gli è presentato in modo legittimo, ciò che conta per lui è il rispetto delle regole del gioco, mentre la selezione vero-falso spetta al secondo. Non ci sarebbe spazio peraltro per un dovere di verità delle parti oltre ai richiami alla lealtà e probità. Dunque, la verità come scopo del processo è estranea alla concezione pubblicistica o privatistica. Tratto comune è l’esistenza di una verità processuale formata sulle domande dei fatti e delle prove fornite dalle parti nel rispetto delle preclusioni e dei ruoli.

Su ciò esiste un corale appagamento dell’attuale assetto. Con alcune aperture, caute sui poteri officiosi del giudice in materie sensibili (art. 473-bis, 18 c.p.c., 116 2 comma) e sulle influenze europee in ordine ai principi di effettività in particolare⁴⁷.

Di fronte a tutto ciò è forse utile ricordare il pensiero di Giuseppe Capograssi e la sua precisa idea sul ruolo della scienza giuridica. Che deve concentrare la sua attenzione, più che sul giudicare, sul processo come rapporto giuridico autonomo. Con un grandissimo progresso rispetto al passato. Perché la procedura, “da cosa empirica o accessoria che non si sapeva come qualificare”, è divenuta altro. Un “insieme di forme e di riti frutto dell’esperienza giuridica”⁴⁸. Sintesi della vecchia e della nuova scienza del giudicare e del processo racchiusa in un’unica realtà⁴⁹.

Con un compito nuovo che “riacquista il dono della fantasia speculativa” e la forza di ordinare l’esperienza giuridica⁵⁰. Sulla base di un’idea precisa. La vita concreta al di fuori delle imposizioni della forza e della fede “si fonda sull’ ingenua credenza nella verità”. Sicché la scienza deve assumere questa ingenua certezza⁵¹, riferita non ad un giudizio soggettivo ma ad ordine oggettivo da ricercare e attuare con azioni concrete.

⁴⁷ Mastroianni (a cura di), *Il diritto processuale dell’Unione europea*, Torino, 2025, 71 ss.

⁴⁸ CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Rivista di diritto processuale*, ora in *Opere cit.*, V, 51 ss.

⁴⁹ *Id.*, *op. cit.*, 71-73 “Un lavoro che appariva al nostro autore appena agli inizi perché occorre unire insieme l’intuizione degli antichi e la capacità sistematica dei moderni che richiede un “riabituarti alla vita” dopo che si sono studiati concetti e costruzioni. Occorre ora una “esegesi della realtà” ove gli “uomini bene o male vivono e compiono il loro destino”. Perché “la scienza del diritto alla fine fa parte integrante dell’esperienza giuridica, aiuta l’esperienza giuridica a formarsi e deve ripensare il nuovo per riportarlo a quelle che sono le certezze essenziali e le permanenti strutture dell’esperienza.

⁵⁰ *Id.*, *op. cit.*, 72.

⁵¹ *Id.*, *op. cit.*, 76.



La Giustizia al femminile nel Melodramma

Geo Magri

Prof. ass. dell'Università dell'Insubria



SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Le nozze di Figaro*. – 3. *La Gazza ladra*. – 4. *Norma*. – 5. *La Traviata*. – 6. *Carmen*. – 7. Le eroine del melodramma pucciniano. – 8. Diritto e giustizia attraverso le protagoniste del melodramma.

1. Premessa

Nel corso della sua evoluzione storica, dal melodramma settecentesco sino alla piena maturità ottocentesca, il teatro musicale europeo si configura come uno spazio privilegiato di elaborazione simbolica delle categorie giuridiche, e in particolare dell'idea di giustizia. In tale contesto, la rappresentazione della donna assume un rilievo tutt'altro che marginale, rivelando una sorprendente pluralità di funzioni che attraversano e ridefiniscono i modelli normativi tradizionali¹. Se nel melodramma del Settecento – e segnatamente in opere quali *Le nozze di Figaro* – la figura femminile appare ancora inscritta entro una trama di relazioni di potere che la vedono, di volta in volta, oggetto di diritti, vittima di abusi o raffinata mediatrice capace di orientare l'esito del conflitto, già si intravedono spazi di azione in cui la donna interviene attivamente contribuendo alla costruzione di un ordine giusto, piegando la regola giuridica alla logica della relazione e della riconciliazione.

Con il passaggio all'Ottocento, tali dinamiche si accentuano e si radicalizzano: il melodramma romantico e verista affida sempre più frequentemente alle protagoniste femminili il compito di incarnare la tensione tra legge e giustizia, tra norma e coscienza.

¹ Più in generale sul ruolo della donna nel melodramma si veda ROULAND, *La représentation des femmes dans les opéras et leur minoration dans le monde de la musique*, in I. Ferrero, M. Riberi, M. Traverso (a cura di), *Diritto e Opera Itinerari di ricerca*, Roma, 2012, 115 ss.

In opere come *Norma* di Bellini, la donna non è soltanto destinataria della norma, ma ne diviene interprete e, al contempo, giudice e parte, concentrando in sé la funzione di decidere, di perdonare e di espiare. In *Carmen*, la figura femminile si colloca invece in aperta frizione con l'ordine giuridico e sociale, opponendo una radicale affermazione di libertà individuale a ogni tentativo di normazione del desiderio. Nel teatro pucciniano – da *Madama Butterfly* a *Suor Angelica* – la dimensione giuridica si intreccia, invece, con le asimmetrie di potere, i vincoli familiari e le strutture patriarcali, facendo emergere una giustizia tanto più drammatica quanto più incapace di tradursi in tutela effettiva. Ne deriva un quadro complesso, nel quale la donna, lungi dall'essere relegata a ruolo passivo, assume di volta in volta le vesti di vittima, mediatrice, trasgressora e giudice, contribuendo a delineare una concezione della giustizia che eccede la dimensione puramente normativa per configurarsi come esperienza vissuta e relazionale. L'indagine seguirà una progressiva articolazione di differenti paradigmi giuridici affidati alle figure femminili del melodramma che passeranno, progressivamente, da oggetto del diritto e della pretesa altrui, a soggetto capace di correggere le iniquità, quindi a figura che mette in crisi il rapporto tra regola (giuridica o morale) e giustizia e, infine, a punto di emersione dei limiti strutturali delle regole, sino a configurarsi come spazio critico nel quale il rapporto tra diritto e giustizia viene radicalmente rimesso in discussione.

Muovendo da tali premesse, il presente contributo si propone di indagare, attraverso l'analisi di alcune opere paradigmatiche, le modalità attraverso cui il teatro d'opera costruisce e problematizza il rapporto tra donna e giustizia, mostrando come proprio nella dimensione femminile si apra uno spazio critico in grado di mettere in discussione i presupposti stessi del discorso giuridico. In tale prospettiva si tenterà un approccio tra analisi giuridica e riflessione filosofica, muovendo dall'assunto secondo cui la distinzione tra legalità e giustizia, lungi dal costituire un dato eccezionale, rappresenta un tratto strutturale dell'esperienza giuridica moderna, come evidenziato, in forme diverse, tanto dalla teoria del diritto positivo quanto dalle sue critiche sostanzialistiche².

2. Le nozze di Figaro

Nel melodramma settecentesco, e segnatamente ne *Le Nozze di Figaro* di Mozart, si delinea già con notevole chiarezza quella tensione tra diritto e giustizia che costituisce uno dei tratti più fecondi per una lettura giuridica dell'opera lirica.

La trama dell'opera è nota: alla vigilia delle nozze tra Figaro e Susanna, servitori del Conte d'Almaviva, emergono le tensioni legate al tentativo del Conte di sedurre Susanna, approfittando della propria posizione di potere e della residua ombra del privilegio signorile. Attorno a questo nucleo si sviluppa un intreccio complesso di inganni, travesti-

² Cfr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, 15 ss.; Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, 105 ss.; Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 45 ss.

menti e scambi di identità, nel quale si inseriscono, tra gli altri, le pretese di Marcellina su Figaro, le macchinazioni di Bartolo e le gelosie della Contessa, sino a un progressivo smascheramento delle condotte del Conte. L'opera si conclude con una scena corale in cui, rivelata la verità, il Conte è costretto a chiedere perdono alla Contessa, che, accogliendo la richiesta, ristabilisce un equilibrio solo apparentemente coincidente con l'ordine iniziale.

La vicenda si iscrive formalmente entro un ordine sociale e normativo definito, nel quale il Conte Almaviva incarna, secondo le regole proprie di un sistema feudale, il titolare del potere giuridico e sociale, vale a dire il custode di un diritto positivo fondato sul privilegio aristocratico e sulla gerarchia dei ruoli³. Tale posizione emerge con particolare evidenza nella pretesa di disporre della persona di Susanna secondo la logica dello *ius primae noctis*: una pretesa che, pur rivestita dei panni della legalità e della tradizione, rivela la sua natura profondamente proprietaria e oggettivante, trasformando la donna in bene disponibile e segnando il punto di contatto tra diritto e dominio. In questa prospettiva, Susanna si presenta inizialmente come oggetto del diritto altrui, esposta a una forma di appropriazione che svela la fragilità del paradigma normativo quando esso si risolve in strumento di potere⁴.

Tuttavia, la costruzione drammaturgica mozartiana si articola su un livello più profondo, nel quale alla dimensione del diritto positivo si affianca – e progressivamente si contrappone – una diversa forma di regolazione del conflitto, che trova nella Contessa il proprio fulcro. Se il Conte esercita un potere formalmente legittimo ma sostanzialmente arbitrario, la Contessa si configura come autentica dispensatrice di giustizia sostanziale, operando non già in forza di una investitura giuridica, bensì attraverso una capacità di lettura delle relazioni e dei torti che eccede la rigidità della norma. Il suo intervento non si limita a neutralizzare l'abuso, ma riconduce il conflitto entro una dimensione etica e

³ Sul rapporto tra le Nozze di Figaro, *ancien régime* e ideali rivoluzionari cfr. PENNINI, *Opera in musica e la società dei Lumi. Suggestioni storico-giuridico istituzionali ripercorrendo le Nozze di Figaro*, in Gigliotti, Riberi, Traverso (a cura di), *La sentenza è pronunziata. Rappresentazioni della giustizia nell'opera lirica*, Catanzaro, 2019, 67 ss. Nel suo saggio Pennini ricostruisce il rapporto tra l'opera mozartiana, l'*ancien régime* e le tensioni pre-rivoluzionarie, mostrando come il melodramma diventi un osservatorio privilegiato per cogliere gli ultimi bagliori della giurisdizione feudale. L'autore evidenzia come il potere del Conte Almaviva, pur formalmente legittimo, riveli una struttura normativa fondata sul privilegio e sulla disegualianza, mentre la dinamica scenica mette progressivamente in crisi tale assetto attraverso l'azione dei personaggi subalterni. Le Nozze di Figaro emergono così come un testo liminare, capace di rappresentare la frattura tra un ordine giuridico in declino e nuove istanze di giustizia sociale, anticipando simbolicamente i processi di trasformazione politico-istituzionale che condurranno al superamento dell'*ancien régime*. In senso affine si veda già FALETTI, *Le Nozze di Figaro and the Sunset of Ancien Régime Legacy on Modern Legal Culture*, in Annunziata, Colombo (a cura di) *Law and Opera*, Cham, 2018, 93 ss.

⁴ Sul tema del rapporto tra diritto e rappresentazione lirica, cfr. ANNUNZIATA, *Prendi, l'anel ti dono... Divagazioni tra opera e diritto privato*, Cinisello Balsamo, 2016, spec. 45 ss.; nonché Annunziata, Colombo (a cura di), *Law and Opera*, Cham, 2018, *passim*.

relazionale, nella quale la giustizia si realizza non tanto mediante la sanzione, quanto attraverso la ricomposizione. È in questo senso che la scena finale – con il gesto del perdono concesso al Conte – assume un significato paradigmatico: essa non rappresenta la semplice chiusura di una vicenda, ma la messa in scena di una decisione che supera il diritto positivo, introducendo una logica di equità e misericordia che ne mette in discussione i presupposti⁵.

Il raffronto tra Conte e Contessa assume, allora, una valenza che trascende il piano meramente drammatico per assumere un significato teorico più ampio. Il Conte rappresenta una concezione del diritto come sistema chiuso e autoritativo, fondato sulla posizione di potere e sulla legittimazione formale: egli è custode di un ordine giuridico che non si interroga sulla propria giustizia, ma si limita ad affermare la propria validità. La Contessa, per contro, incarna una forma di giustizia che si colloca al di là e, in certo senso, al di sopra della norma, fondandosi su criteri di ragionevolezza, proporzione e responsabilità relazionale. In tale prospettiva, si potrebbe dire che, mentre il Conte è espressione del diritto positivo, la Contessa rappresenta una giustizia sostanziale che si alimenta della capacità di comprendere e di perdonare, e che proprio per questo si sottrae alla logica della mera legalità. Questo scarto tra diritto e giustizia, tra norma e equità, costituisce uno dei nuclei più fecondi della riflessione giusfilosofica contemporanea⁶.

In tale quadro, anche la figura di Susanna si sottrae progressivamente alla condizione di oggetto passivo del diritto per assumere un ruolo attivo all'interno della dinamica conflittuale. Pur iscritta entro una struttura che la configura inizialmente come “bene” conteso, ella si rivela infatti capace di agire strategicamente, contribuendo in modo decisivo alla costruzione dell'esito finale. Si assiste così a una trasformazione della posizione femminile: da oggetto di diritto a soggetto che, pur privo di potere formale, partecipa alla produzione di giustizia attraverso l'intelligenza delle relazioni. In questo senso, *Le nozze di Figaro* anticipano una delle linee di sviluppo più rilevanti del melodramma ottocentesco: l'emergere della donna come luogo privilegiato di una giustizia altra, non codificata, ma nondimeno capace di incidere profondamente sull'ordine dei rapporti.

Ne risulta, complessivamente, una rappresentazione stratificata nella quale convivono e si confrontano due modelli: da un lato, un diritto positivo fondato sul privilegio e sulla titolarità del potere, che tende a oggettivare la donna e a ridurla a elemento disponibile; dall'altro, una giustizia sostanziale ed equitativa, incarnata dalla Contessa e, in misura diversa, da Susanna stessa, che opera sul piano della relazione e della responsabilità. È proprio in questa tensione che si apre uno spazio critico in grado di mettere in discussione la coincidenza tra diritto e giustizia, mostrando come il melodramma, già

⁵ Sul rapporto tra giustizia e dimensione simbolico-narrativa, v. RESTA, *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema: diritto e musica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 435 ss.

⁶ Cfr. MITTICA, *Diritto e musica. Ricerca e tendenze*, in *ISLL Papers*, 2024, 1 ss. RADBRUCH, *op. loc. cit.*; L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1964, 33 ss.; ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 45 ss.

nel Settecento, costituisca un laboratorio privilegiato per interrogare i limiti del paradigma normativo tradizionale.

A questa prima rappresentazione della giustizia come correttivo relazionale si affianca, nel primo Ottocento, un modello profondamente diverso, nel quale la donna non è più mediatrice del conflitto, ma vittima di un sistema giudiziario incapace di distinguere tra verità e apparenza. È il caso emblematico della *Gazza ladra* di Rossini.

3. La Gazza ladra

Collocata nel 1817, in un momento di transizione tra l'eredità illuministica e le tensioni sociali del primo Ottocento, *La Gazza ladra* di Gioachino Rossini rappresenta uno dei casi più significativi di riflessione melodrammatica sul tema della giustizia.

A differenza delle *Nozze di Figaro*, dove la donna interviene come mediatrice capace di correggere dall'interno gli eccessi del potere, qui la protagonista femminile non dispone di alcuno spazio di azione: Ninetta non interpreta la norma, non la piega, non la sovverte, ma ne subisce gli effetti distorti⁷. L'opera mette così in scena un modello di giustizia radicalmente diverso, nel quale la legalità non è strumento di tutela, bensì dispositivo che produce vittime, rivelando la fragilità strutturale dell'ordine giudiziario quando esso si affida a procedure rigide, a presunzioni di colpevolezza e a meccanismi inquisitori privi di autentica capacità di accertamento.

Ninetta, giovane serva al servizio della famiglia Vingradito, viene accusata del furto di un cucchiaino d'argento. La scomparsa dell'oggetto, in realtà sottratto da una gazza, diventa il pretesto per un processo sommario che si nutre di indizi fallaci, interrogatori incalzanti e pregiudizi sociali. La giovane, già vulnerabile per la sua condizione di donna e di domestica, si trova intrappolata in un sistema giudiziario che presume la sua colpevolezza e che interpreta ogni gesto come conferma dell'accusa. La pressione dell'autorità, la rigidità della procedura penale e la totale assenza di garanzie effettive conducono a una condanna a morte che appare tanto più ingiusta in quanto formalmente corretta. La verità emerge solo grazie a un evento esterno e fortuito – la scoperta della gazza colpevole del furto – che rivela l'arbitrarietà dell'intero impianto giudiziario e la distanza abissale tra legalità e giustizia.

In questo quadro, la figura di Ninetta assume un rilievo paradigmatico per comprendere la rappresentazione della donna nel melodramma ottocentesco. Ella non è più oggetto di un diritto arbitrario, come Susanna, né soggetto capace di correggere la norma attraverso la relazione, come la Contessa; non è giudice e trasgressore insieme, come avverrà in *Norma*, né vittima che interiorizza il giudizio sociale, come accadrà a Violetta. Ninetta è, piuttosto, la vittima perfetta di un sistema giudiziario che fallisce, la figura

⁷ Cfr. PALICI DI SUNI, *Processi e condanne nelle opere di Rossini*, in Ferrero, Riberi, Traverso (a cura di), *Diritto e opera. Itinerari di ricerca*, Roma, 2022, 163 ss., spec. 167.

attraverso cui l'opera mette in scena la possibilità che la giustizia istituzionale, quando non è temperata da criteri di equità e da un'effettiva capacità di ascolto, si trasformi in violenza legittimata. La sua condizione di donna, giovane e povera, accentua la vulnerabilità strutturale che la espone alla presunzione di colpevolezza e alla marginalizzazione processuale: la sua voce non è ascoltata, la sua innocenza non è creduta, la sua parola non ha peso.

La *Gazza ladra* introduce così un tema destinato a diventare centrale nel melodramma successivo: la sproporzione tra la vulnerabilità femminile e la rigidità dell'ordine giuridico, la possibilità che l'innocenza venga sacrificata sull'altare della norma, la consapevolezza che la giustizia, quando si riduce a procedura, può perdere il contatto con la verità e con la responsabilità. Nella *Gazza ladra* possiamo avvertire una sorta di avvisaglia della trasformazione che si compirà in *Norma*: dalla giustizia come errore istituzionale alla giustizia come esperienza interiore, dalla vittima inconsapevole alla protagonista che assume su di sé la colpa e la pena, dalla legalità fallita alla responsabilità relazionale. In questo senso, l'opera rossiniana rappresenta un momento di snodo fondamentale, nel quale la donna non è più correttivo del diritto, ma specchio delle sue contraddizioni, luogo in cui la distanza tra norma e giustizia si manifesta nella sua forma più drammatica.

4. *Norma*

Passando al melodramma ottocentesco, *Norma* di Vincenzo Bellini consente di cogliere in forma pienamente dispiegata quella trasformazione del ruolo femminile che, nelle *Nozze di Figaro*, si manifestava ancora in termini embrionali e mediati. Qui, infatti, la figura della donna non si limita più a operare all'interno del conflitto come mediatrice o correttivo esterno del diritto positivo, ma viene posta direttamente al centro del dispositivo giuridico, assumendo su di sé, in forma insieme piena e contraddittoria, le funzioni di giudice, legislatore e, infine, di imputata.

La vicenda si svolge nella Gallia occupata dai Romani, dove Norma, somma sacerdotessa dei Druidi, esercita un'autorità che è insieme religiosa, politica e normativa. Segretamente legata al proconsole romano Pollione, da cui ha avuto due figli, Norma vive in una condizione di radicale scissione tra il proprio ruolo pubblico e la propria identità privata. Quando Pollione si innamora della giovane sacerdotessa Adalgisa, infrangendo non solo il vincolo affettivo ma anche quello simbolico che lo univa a Norma, il conflitto esplode, intrecciandosi con la tensione tra il popolo dei Druidi, che invoca la guerra e il sacrificio, e l'autorità della sacerdotessa, chiamata a interpretare la volontà divina⁸. L'opera conduce progressivamente verso lo smascheramento della colpa di Norma e culmi-

⁸ Sul tema si vedano KRZYWOSZYNSKI, J. WOLENSKI, *Law and Fate in Norma, I Puritani, Aida and Tosca*, in F. Annunziata, G.F. Colombo (a cura di), *Law and Opera*, Cham, 2018, 173 ss., spec. 183 ss.

na nella celebre scena finale, in cui ella si autoaccusa pubblicamente, assumendo su di sé la pena del sacrificio e trascinando con sé Pollione in un gesto che trasforma la punizione in espiatione condivisa.

È proprio a partire da questa struttura narrativa che emerge con particolare evidenza il primo e più rilevante profilo della figura di Norma, vale a dire quello della donna quale titolare della funzione giudicante. Diversamente da quanto accade nelle *Nozze di Figaro*, dove il diritto positivo resta formalmente appannaggio del Conte, pur venendo sostanzialmente corretto dall'intervento della Contessa che incarna la giustizia, in *Norma* il potere di decidere e di interpretare la legge appartiene direttamente alla protagonista: è lei a determinare se e quando il popolo debba insorgere, è lei a stabilire la sorte dei colpevoli, è lei, infine, a modulare l'applicazione della norma in funzione di una valutazione che non è mai puramente formale, ma intrinsecamente legata alla propria esperienza.

Tuttavia, proprio questa concentrazione della funzione giudicante nella figura di Norma determina una torsione interna al paradigma giuridico che ne mette in crisi i presupposti. A differenza del giudice "astratto" del modello moderno, Norma non è esterna alla vicenda che è chiamata a giudicare, ma ne è parte integrante: ella è, al contempo, interprete della norma e soggetto che la infrange. In tal senso, la sua posizione consente di portare alla luce una tensione fondamentale tra diritto e giustizia: il diritto esige distanza, imparzialità, estraneità; la giustizia, invece, si radica nella concretezza dell'esperienza e nella consapevolezza della colpa. La figura della sacerdotessa rende così visibile l'impossibilità di una piena neutralità del giudizio, mostrando come ogni decisione sia inevitabilmente attraversata da elementi soggettivi e relazionali.

In questo senso, la figura di Norma consente di mettere in discussione l'ideale della neutralità del giudice, postulato dal positivismo giuridico, mostrando come il giudizio sia inevitabilmente situato e condizionato dall'appartenenza del soggetto al conflitto che è chiamato a decidere⁹.

Il secondo profilo, strettamente connesso al primo, è quello della donna come trasgressore della regola. Norma non è soltanto colei che amministra la giustizia, ma è, allo stesso tempo, colei che ha infranto le regole fondamentali della comunità: il voto sacerdotale, il divieto di relazione con il nemico, il dovere di purezza che fonda la sua stessa autorità. Questa coincidenza tra giudice e trasgressore produce una situazione di radicale instabilità del sistema normativo: colui che dovrebbe garantire il rispetto della legge è anche colui che ne incarna la violazione. Ne deriva una crisi che non può essere risolta attraverso gli strumenti ordinari del diritto, ma che richiede una trasformazione del concetto stesso di giustizia.

È in questo contesto che assume rilievo il terzo profilo, quello della progressiva trasformazione della giustizia da modello punitivo a modello espiativo. Nel mondo dei Druidi, la giustizia si manifesta originariamente come sacrificio rituale, vale a dire co-

⁹ Cfr. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 123 ss.; LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt, 1969, 67 ss.

me necessità di individuare una vittima esemplare per ristabilire l'ordine violato. Tale modello, che richiama forme arcaiche di giustizia collettiva, appare tuttavia sempre più problematico nel corso dell'opera: esso rischia di tradursi in una violenza cieca, incapace di distinguere tra responsabilità individuale ed esigenze simboliche della comunità. Norma, pur essendo perfettamente inserita in questo sistema, finisce per sovvertirlo dall'interno: invece di indirizzare la punizione verso altri, assume su di sé la colpa, trasformando il sacrificio in atto consapevole di espiazione. In tal modo, la giustizia non è più esercizio di un potere su un terzo, ma diviene esperienza interiore, riconoscimento della responsabilità e accettazione della pena¹⁰.

Un ulteriore elemento di particolare interesse è rappresentato dalla relazione tra Norma e Adalgisa, nella quale si delinea una forma di giustizia alternativa, fondata non sulla competizione o sulla vendetta, ma su una inedita solidarietà femminile. Di fronte alla scoperta del tradimento, Norma potrebbe facilmente esercitare il proprio potere per condannare la giovane sacerdotessa; tuttavia, il riconoscimento di una comune fragilità – entrambe colpevoli di aver infranto le regole per amore – conduce a una scelta diversa, che privilegia la comprensione e la protezione reciproca. In tal senso, la giustizia che emerge da questo rapporto si configura come profondamente relazionale, fondata sul riconoscimento dell'altro e sulla volontà di ricomporre la frattura piuttosto che di sancirla¹¹.

La figura di Norma consente, dunque, di portare a compimento il percorso già avviato nel melodramma settecentesco: la donna non è più soltanto mediatrice di giustizia o correttivo del diritto positivo, ma diviene il luogo stesso in cui il diritto viene interrogato, messo in crisi e, in ultima istanza, trasformato. Se nelle *Nozze di Figaro* la Contessa si collocava accanto al diritto, correggendone gli eccessi attraverso il perdono, in *Norma* la protagonista si pone al centro del sistema normativo, rivelandone le contraddizioni e mostrando come la giustizia, lungi dall'essere un dato oggettivo e neutrale, sia il risultato di un processo complesso che coinvolge responsabilità, colpa e possibilità di redenzione.

5. La Traviata

Se nelle opere precedentemente considerate la tensione tra diritto e giustizia si articolava attorno alla contrapposizione tra norma formale ed equità relazionale, o cul-

¹⁰ Sul passaggio dalla giustizia punitiva a quella relazionale, cfr. MITTICA, *Diritto e musica. Ricerca e tendenze*, in ISLL Papers, 2024, 10 ss.

¹¹ Questa forma di giustizia relazionale, fondata sul riconoscimento della fragilità dell'altro e sulla sospensione del potere punitivo, anticipa in modo significativo la logica drammaturgica di *Madama Butterfly*, dove la responsabilità e il sacrificio si configurano come esiti interiorizzati di un conflitto non più risolvibile sul piano istituzionale. cfr. G.F. COLOMBO, *L'esotismo nel diritto e nella musica: il caso della Madama Butterfly*, in Resta (a cura di), *L'armonia nel diritto: contributi ad una riflessione su diritto e musica*, Roma, 2020, 203 ss.

minava nella crisi interna del giudizio incarnato nella figura di Norma, *La Traviata* di Giuseppe Verdi consente di isolare un ulteriore e decisivo profilo, nel quale la giustizia si emancipa dalla dimensione istituzionale per assumere la forma, più sottile ma non meno incisiva, di un giudizio sociale diffuso. In tale opera, infatti, la dimensione giuridica propriamente intesa tende a scomparire, lasciando il posto a un sistema di normatività implicita, fondato su convenzioni morali e aspettative collettive che operano con una forza regolativa analoga, se non superiore, a quella del diritto positivo.

La trama dell'opera può così riassumersi: Violetta Valéry, cortigiana parigina, vive una relazione con Alfredo Germont, giovane appartenente alla buona borghesia, con il quale intraprende una vita ritirata lontana dalla mondanità. L'intervento del padre di Alfredo, Giorgio Germont, introduce tuttavia un elemento di rottura: in nome dell'onore familiare e della reputazione sociale, egli induce Violetta a rinunciare al proprio amore, sacrificandosi affinché Alfredo possa reintegrarsi nell'ordine borghese e consentire il matrimonio della sorella. L'allontanamento forzato di Violetta provoca una serie di incomprensioni che culminano nella sua umiliazione pubblica, per poi sfociare nella scena finale, in cui, ormai malata e prossima alla morte, ella si ricongiunge brevemente con Alfredo, ottenendo un riconoscimento tardivo che non riesce tuttavia a impedirne la fine tragica.

All'interno di questa trama, la figura di Violetta si configura, in primo luogo, come oggetto di un giudizio normativo che non si esprime attraverso istituzioni o procedure giuridiche, ma si diffonde capillarmente nella società. A differenza di Susanna, la cui esposizione alla pretesa del Conte trovava pur sempre un fondamento, per quanto distorto, in un ordine giuridico formalizzato, Violetta è sottoposta a una forma di valutazione che opera al di fuori del diritto positivo, ma che produce effetti altrettanto incisivi sulla sua esistenza. La sua condizione di cortigiana la colloca infatti in una posizione di marginalità sociale, rendendola incompatibile con i valori della famiglia borghese e dell'onorabilità che regolano la comunità cui Alfredo appartiene. La sua esclusione non è il risultato dell'applicazione di una norma giuridica formale, bensì dell'azione di un complesso sistema di aspettative collettive che definisce ciò che è socialmente accettabile e ciò che non lo è. In questa prospettiva, la vicenda può essere letta alla luce della teoria istituzionalistica di Santi Romano, secondo il quale l'esperienza giuridica non si esaurisce nell'ordinamento statale, ma si articola in una pluralità di ordinamenti sociali dotati di una propria capacità normativa. La morale borghese e il codice dell'onore operano così come un sistema regolativo effettivo, capace di imporre comportamenti e di produrre conseguenze concrete indipendentemente dall'intervento del diritto statale¹².

¹² Si vedano cfr. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München, 1913, 493 ss. e S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, 87 ss. La condanna che colpisce Violetta può essere interpretata attraverso le categorie sociologiche di Pierre Bourdieu, per il quale il riconoscimento sociale e il capitale simbolico costituiscono risorse decisive nella definizione delle gerarchie e delle appartenenze collettive. La protagonista è esclusa non per una colpa giuridicamente rilevante, ma perché la sua identità sociale la priva di quella rispettabilità che la società borghese considera con-

È proprio in tale contesto che acquista rilievo la figura di Giorgio Germont, il quale, pur non rivestendo alcuna funzione giuridica in senso tecnico, si presenta come portatore di una legalità sostanziale che trae la propria forza dal riconoscimento sociale. Germont agisce come custode di un ordine normativo non scritto, ma profondamente interiorizzato, fondato sui valori della famiglia, dell'onore e della rispettabilità borghese. La sua richiesta di sacrificio nei confronti di Violetta non si fonda su un diritto soggettivo in senso stretto, ma su un'istanza normativa che egli percepisce come inderogabile: tutelare la reputazione della propria famiglia e garantire l'inserimento sociale della figlia. In tal modo, la sua posizione mostra come la giustizia possa operare anche al di fuori del diritto positivo, attraverso forme di pressione che, pur prive di sanzione formale, risultano non meno cogenti per i soggetti coinvolti.

Il secondo profilo che emerge con particolare evidenza è quello della progressiva interiorizzazione del giudizio da parte della protagonista. Violetta non si limita a subire una decisione altrui, ma finisce per far propria la logica del sacrificio che le viene richiesta, trasformando un'imposizione esterna in scelta personale. In questo senso, si assiste a una dinamica che richiama, pur in una forma diversa, quella già osservata in *Norma*: la giustizia non è semplicemente inflitta, ma viene assunta come esperienza interiore, come riconoscimento della necessità di una rinuncia che non trova giustificazione in una norma esplicita, ma nella pressione di un ordine sociale che si impone come inevitabile e che trova nella protagonista femminile la vittima sacrificale. Tuttavia, mentre nel caso di *Norma* tale dinamica conduce a una forma di espiazione consapevole e in certo senso reintegratrice, in *La Traviata* essa si risolve in una tragica impossibilità di ricomposizione, segnata dal venir meno di qualsiasi effettiva tutela.

Un ulteriore elemento di riflessione è rappresentato dal confronto implicito tra Violetta e Germont, che riproduce, su un piano diverso, il rapporto già osservato tra Conte e Contessa nelle *Nozze di Figaro*. Se il Conte era portatore di un diritto positivo fondato sul privilegio e la Contessa di una giustizia sostanziale capace di correggerne gli eccessi, in *La Traviata* Germont incarna una forma di normatività sociale che pretende di imporsi come giusta, mentre Violetta rappresenta la vittima di tale ordine, ma al contempo anche il soggetto che ne rivela le contraddizioni attraverso la propria sofferenza. La differenza fondamentale risiede nel fatto che qui non vi è una figura in grado di riequilibrare il sistema dall'interno: nessuna Contessa interviene a restituire giustizia, nessuna Norma assume su di sé il compito di ridefinire i criteri del giusto. La giustizia resta frammentata, incompiuta, affidata a un riconoscimento tardivo che giunge solo quando ogni possibilità di riparazione è ormai venuta meno.

dizione imprescindibile per l'inclusione. Si configura così una forma di sanzione sociale che, pur priva di giudici e tribunali, esercita una forza coercitiva capace di determinare il destino degli individui. Cfr. BOURDIEU, *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris, 1979; trad. it. *La distinzione. Critica sociale del gusto*, Bologna, 1983.

In questa prospettiva, *La Traviata* segna un passaggio decisivo nella rappresentazione del rapporto tra donna e giustizia nel melodramma: la figura femminile non è più soltanto mediatrice o giudice, ma diviene il luogo in cui si manifesta, in modo particolarmente acuto, la violenza di un sistema normativo che opera senza dichiararsi come tale. La giustizia non è qui né istituzione né decisione consapevole, ma pressione diffusa, giudizio implicito, esclusione sociale: una forma di normatività che agisce attraverso i corpi e le relazioni, rivelando con particolare evidenza come il confine tra diritto e giustizia possa dissolversi, lasciando spazio a dinamiche tanto più pervasive quanto meno visibili.

6. *Carmen*

Se *La Traviata* mostra la forza normativa del giudizio sociale, *Carmen* di Georges Bizet consente di compiere un ulteriore e decisivo passo, mettendo in scena non soltanto una figura femminile sottoposta alla pressione di un ordine normativo implicito, ma una protagonista che rifiuta radicalmente ogni regola, ponendosi in una posizione di irriducibile alterità rispetto tanto al diritto positivo quanto alle sue declinazioni sociali e morali. In tal senso, *Carmen* non rappresenta semplicemente un caso ulteriore all'interno del percorso qui delineato, ma ne costituisce, per certi versi, il punto di crisi più estremo, in cui la giustizia, privata di ogni riferimento condiviso, si trasforma in violenza.

La vicenda è nota: Carmen, operaia nella manifattura di tabacchi di Siviglia, seduce il brigadiere Don José, inducendolo progressivamente ad abbandonare il proprio ruolo militare e a infrangere le regole dell'ordine sociale al quale appartiene. Dopo una serie di eventi che vedono Don José disertare per seguire Carmen nel mondo dei contrabbandieri, la relazione tra i due entra in crisi quando la donna si innamora del torero Escamillo. Il rifiuto di Carmen di sottomettersi alle pretese possessive di Don José conduce allo scioglimento tragico dell'opera: di fronte all'ennesimo tentativo dell'uomo di rivendicarne l'esclusivo possesso, Carmen oppone un rifiuto netto, pretendendo la propria libertà sino alle estreme conseguenze, e viene infine uccisa.

In questo quadro, la figura di Carmen si sottrae in modo deciso alle categorie che avevano consentito di leggere le precedenti protagoniste. Ella non è oggetto di un diritto positivo, come Susanna nelle *Nozze di Figaro*, né mediatrice di giustizia sostanziale come la Contessa, né vittima di una giustizia ingiusta come Ninetta o giudice e trasgressore insieme come Norma, né, infine, vittima interiorizzante di un ordine sociale, come Violetta. Carmen occupa, piuttosto, una posizione eccentrica rispetto a ciascuno di questi modelli: ella non riconosce alcuna legittimità alla norma, né giuridica né sociale, opponendo a essa una affermazione radicale dell'autonomia individuale¹³. Tale rifiuto emerge

¹³ Una prospettiva affine emerge anche nella critica culturale contemporanea, che ha mostrato come la figura di Carmen sia stata storicamente costruita attraverso un dispositivo di sessualizzazione e alterizzazione etnica. In particolare, si è evidenziato come il mito della "zingara ipersessuale" abbia alimentato per secoli stereotipi razziali e giustificato forme di violenza simbolica

con particolare forza nella celebre *Habanera*, in cui l'amore è descritto come forza libera e indomabile, incompatibile con ogni tentativo di appropriazione o stabilizzazione, e si manifesta con coerenza fino alla scena finale, dove Carmen preferisce la morte alla rinuncia alla propria libertà. Una prospettiva affine è proposta da Martha C. Nussbaum, che legge la protagonista come figura di libertà radicale, irriducibile tanto alle categorie della vittima quanto a quelle dell'eroina emancipata, e proprio per questo capace di sfidare ogni tentativo di normazione sociale o affettiva¹⁴.

Sotto il profilo giuridico, ciò che colpisce è la totale assenza, nella prospettiva di Carmen, di qualunque forma di interiorizzazione della norma. Se Violetta, pur vittima di una pressione sociale ingiusta, finiva per assumere su di sé la logica del sacrificio richiesto, Carmen rifiuta ogni processo di assimilazione: la norma non è per lei un parametro da reinterpretare o da piegare, ma un limite esterno da respingere integralmente. In questo senso, la sua figura consente di interrogare i fondamenti stessi della normatività, mostrando come l'efficacia del diritto e delle regole sociali presupponga, in ultima analisi, una forma di riconoscimento da parte del soggetto; laddove tale riconoscimento venga meno, la norma perde la propria capacità ordinante e si espone al rischio di degenerare in puro esercizio di forza. In tale prospettiva, la vicenda di Carmen può essere letta anche alla luce delle teorie del riconoscimento, secondo cui l'efficacia delle norme dipende dalla loro accettazione intersoggettiva: laddove tale riconoscimento venga meno, la normatività si svuota e si espone al rischio della violenza.

È proprio a questo livello che si colloca la figura di Don José, il quale può essere letto come rappresentante di un ordine giuridico e sociale che, privato della propria legittimazione, tenta di riaffermarsi attraverso modalità sempre più violente e regressivamente proprietarie. Se il Conte delle *Nozze di Figaro* incarnava un diritto positivo fondato sul

e materiale nei confronti delle donne rom, confermando la natura profondamente normativa e disciplinante dello sguardo che l'opera mette in scena. Cfr. SZÓKE, *Dismantling the trope of the hypersexual Romani woman in Dan Allum's Carmen, the Gypsy*, in *European Journal of Women's Studies*, 2025, 226 ss.

¹⁴ Nel suo intervento *Carmen's Freedom* (reperibile online sul sito dell'Opera di Chicago <https://www.lyricopera.org/lyric-lately/carmens-freedom/>), la filosofa del diritto Martha C. Nussbaum propone una lettura della protagonista bizetiana come figura complessa e irriducibile a categorie univoche. Carmen non è semplicemente vittima di un ordine sociale giudicante, né soltanto un'icona proto-femminista: la sua forza drammatica risiede proprio nella capacità di sfuggire a ogni classificazione rigida. Nussbaum sottolinea come l'opera abbia affascinato generazioni di spettatori e musicisti per la sua capacità di mettere in scena un personaggio che vive secondo una logica di libertà assoluta, refrattaria a ogni forma di controllo, morale o affettivo. La sua autonomia, che scandalizzò il pubblico dell'epoca, non è rappresentata come capriccio o trasgressione superficiale, ma come scelta esistenziale radicale, che la conduce a rifiutare qualsiasi tentativo di appropriazione da parte di Don José. Proprio questa irriducibilità – osserva Nussbaum – spiega perché Carmen continui a interrogare il pubblico contemporaneo: la sua libertà non è un simbolo astratto, ma una pratica vissuta, che sfida tanto le norme sociali quanto le aspettative emotive degli altri personaggi. In tal senso, la sua morte non appare come punizione morale, ma come esito tragico della collisione tra un desiderio di autodeterminazione assoluta e un ordine sociale incapace di accoglierlo.

privilegio e Germont una normatività sociale interiorizzata, Don José rappresenta la crisi di entrambi i modelli: egli non agisce più in nome di una legge riconosciuta, ma in virtù di una pretesa individuale di possesso che trasforma la relazione affettiva in rapporto di dominio. In tal senso, la sua azione non può essere qualificata come espressione di giustizia, neppure distorta, ma come manifestazione di una violenza che scaturisce precisamente dalla perdita di ogni riferimento normativo condiviso.

Il confronto implicito tra Carmen e Don José, pertanto, permette di mettere in luce una tensione di fondo tra libertà individuale e ordine normativo. Se nelle opere precedenti la giustizia, pur tra contraddizioni e crisi, manteneva un qualche ancoraggio a criteri di equità, responsabilità o riconoscimento reciproco, in *Carmen* tale ancoraggio viene meno: la libertà assoluta della protagonista non trova alcuna forma di mediazione, mentre la reazione maschile si colloca immediatamente sul piano della costrizione e della violenza. Ne deriva una rappresentazione drammatica nella quale la giustizia non riesce più a configurarsi come categoria operativa, ma si dissolve nel conflitto tra volontà inconciliabili.

In questa prospettiva, *Carmen* consente di portare a compimento il percorso qui tracciato, mostrando l'esito limite della relazione tra donna e giustizia nel melodramma: dalla donna come oggetto del diritto, alla donna come mediatrice, quindi come giudice e vittima di un ordine sociale, fino alla figura femminile che si sottrae integralmente alla normatività, rivelandone, proprio attraverso il rifiuto, i limiti più profondi. Se nelle *Nozze di Figaro* la giustizia trovava ancora una forma di ricomposizione, in *La Gazza ladra* emerge solo tardivamente e grazie al caso e in *Norma* si trasformava in espiazione, mentre in *La Traviata* si manifestava come pressione sociale diffusa, in *Carmen* essa viene radicalmente negata, lasciando emergere, nello spazio lasciato libero dalla norma, la possibilità sempre presente della violenza.

7. Le eroine del melodramma pucciniano

Se il percorso sin qui delineato ha mostrato, attraverso una progressiva articolazione storica, le diverse forme attraverso cui il melodramma ha rappresentato il rapporto tra donna e giustizia, il teatro musicale di Giacomo Puccini consente di osservare un ulteriore sviluppo di tale relazione, nel quale la dimensione giuridica e quella emotiva risultano indissolubilmente intrecciate. Le eroine pucciniane non si limitano, infatti, a occupare uno dei ruoli sin qui individuati, ma tendono a concentrare in sé più profili contemporaneamente, dando luogo a figure di straordinaria complessità, nelle quali la giustizia si configura come esperienza tragica, segnata dall'inefficacia delle tutele e dalla sproporzione tra norma e vita.

In opere come *Madama Butterfly*, *Tosca* e *Suor Angelica*, la protagonista femminile appare al contempo come soggetto vulnerabile e come centro di una dinamica che la coinvolge in modo diretto e spesso irreversibile. Se da un lato, infatti, la donna continua a essere esposta a forme di dominio giuridico, sociale o simbolico – si pensi al matrimonio “asimmetrico” di Cio-Cio-San, alle logiche di potere che governano l'azione di Scarpia o ai

vincoli familiari che determinano il destino di Suor Angelica – dall'altro lato essa assume su di sé il peso della decisione finale, trasformando la propria vicenda in un momento di verità nel quale il conflitto tra diritto e giustizia si manifesta nella sua forma più acuta. In tal senso, le eroine pucciniane non sono più soltanto oggetto del diritto o soggetti che lo reinterpreta, ma diventano il luogo in cui si rivela il fallimento delle strutture giuridiche nel garantire una tutela effettiva dei soggetti più esposti¹⁵.

Accanto a questo primo elemento, si coglie un tratto ulteriore e decisivo: nelle opere pucciniane la giustizia non si limita a mancare o a essere distorta, ma viene progressivamente sostituita da una dinamica di tipo esistenziale, nella quale la protagonista è chiamata a confrontarsi con un ordine normativo che non riesce a proteggerla e che spesso contribuisce, anzi, alla sua rovina. La risposta a tale situazione non consiste tuttavia, come accadeva in *Carmen*, in un rifiuto frontale della norma, né, come in *Norma*, in una sua trasformazione attraverso l'assunzione della colpa, ma si traduce in una decisione estrema che assume la forma del sacrificio individuale. In questo senso, il suicidio di Cio-Cio-San, l'atto disperato di Tosca e la morte di Suor Angelica rappresentano altrettante modalità attraverso cui la giustizia, impossibile sul piano istituzionale, viene ricercata e, insieme, negata sul piano sostanziale, rivelando una frattura insanabile tra giustizia e vita.

Ne deriva un quadro nel quale la figura femminile diviene il punto di massima tensione tra norma e giustizia: non più mediatrice, né soltanto vittima o trasgressore, ma soggetto in cui si condensa l'intero fallimento del sistema normativo nel rispondere alle esigenze di equità e tutela. In questa prospettiva, l'analisi delle principali eroine pucciniane consente di mettere ulteriormente a fuoco i limiti strutturali del diritto, mostrando come il melodramma verista, lungi dal limitarsi a rappresentare situazioni individuali, elabori una vera e propria critica, implicita ma incisiva, alla capacità dell'ordinamento giuridico di governare i conflitti umani più profondi.

In questa prospettiva, le eroine pucciniane possono essere lette alla luce di quelle riflessioni contemporanee che hanno evidenziato i limiti di una concezione puramente formale della giustizia. Le loro vicende mostrano infatti come l'applicazione astratta di norme sociali e giuridiche non sia di per sé sufficiente a garantire esiti giusti, ove non si tenga conto delle concrete condizioni di vulnerabilità, dipendenza e marginalità in cui gli individui si trovano ad agire. Da questo punto di vista, il teatro di Puccini appare particolarmente vicino a quelle voci in dottrina secondo le quali la letteratura e la narrazione consentono di cogliere quegli aspetti dell'esperienza umana che sfuggono a una valutazione esclusivamente formalistica della giustizia¹⁶.

Tra le eroine pucciniane *Madama Butterfly* occupa una posizione particolarmente significativa in quanto consente di mettere a fuoco, con straordinaria evidenza, il rappor-

¹⁵ Cfr. Di Micco, Riberi e Traverso (a cura di), *Puccini in law raccolta di studi in occasione dell'anno pucciniano*, Napoli, 2026, *passim*.

¹⁶ NUSSBAUM, *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston, 1995, spec. 53 ss.

to tra diritto, asimmetria culturale e vulnerabilità del soggetto. Se nei casi precedenti la tensione tra diritto e giustizia si articolava prevalentemente entro un medesimo orizzonte sociale o almeno culturale, qui essa si colloca invece sul terreno, ben più complesso, dell'incontro – e dello scontro – tra sistemi giuridici differenti, rivelando come la pluralità degli ordinamenti possa tradursi, in concreto, in una radicale mancanza di tutela.

La vicenda è ambientata a Nagasaki, dove il tenente americano Pinkerton contrae matrimonio con la giovane geisha Cio-Cio-San, detta Butterfly, attraverso un rito locale che egli considera revocabile e privo di vincoli duraturi, mentre la donna lo percepisce come un legame pieno e definitivo. Dopo la partenza di Pinkerton, Butterfly lo attende per anni, certa del suo ritorno, nonostante le sollecitazioni di chi le propone soluzioni alternative. Quando finalmente l'uomo rientra in Giappone, lo fa accompagnato dalla moglie americana, con l'intento di prendere con sé il figlio nato dalla relazione. Di fronte a questa prospettiva, Butterfly accetta di rinunciare al bambino, ma compie infine un gesto estremo, togliendosi la vita¹⁷.

È proprio nella struttura di questo rapporto che si manifesta il primo e fondamentale profilo giuridico dell'opera, vale a dire quello dell'asimmetria tra ordinamenti. Il matrimonio tra Pinkerton e Butterfly, infatti, non è semplicemente un elemento narrativo, ma il luogo in cui si incontrano – senza realmente integrarsi – due concezioni radicalmente differenti del vincolo giuridico. Per Pinkerton, il matrimonio contratto secondo il diritto giapponese è, nella sostanza, un accordo temporaneo, revocabile a piacimento e privo di effetti permanenti; per Butterfly, esso rappresenta invece un impegno assoluto, che implica dedizione totale e identità personale. Tale divergenza non è mai risolta attraverso un effettivo confronto tra sistemi giuridici, ma viene semplicemente lasciata operare, producendo un vuoto di tutela nel quale la parte più debole si trova inevitabilmente esposta¹⁸.

In questo senso, Butterfly si configura, in primo luogo, come soggetto vittima di una pluralità normativa che, lungi dal garantire un livello più elevato di protezione, si traduce in una forma di deregolazione sostanziale. Non vi è, infatti, nell'opera, un ordinamento capace di affermarsi come effettivamente vincolante per entrambe le parti: il diritto locale è svuotato dalla prospettiva coloniale di Pinkerton, mentre quello occidentale resta esterno alla situazione, intervenendo soltanto in modo indiretto attraverso la figura della moglie americana. La protagonista si trova così sospesa tra due sistemi che non comuni-

¹⁷ Su *Madama Butterfly* si vedano gli scritti di G. F. COLOMBO, *L'avvocato di Madama Butterfly. Un'analisi storico-giuridica*, Milano, 2016; ID., *L'esotismo nel diritto e nella musica: il caso della Madama Butterfly*, in Resta (a cura di), *L'armonia nel diritto: contributi ad una riflessione su diritto e musica*, Roma, 2020, 203 ss.; ID., *Madama Butterfly e il diritto*, in Villani, Hayashi, L. Capponcelli (a cura di), *Riflessioni sul Giappone antico e moderno*, vol. III, Roma, 2018, 85 ss. e COLOMBO, SUZUKI, YOKOMIZO, "That May Be Japanese Law ... but Not in My Country!" *Marriage, Divorce, and Private International Law in Giacomo Puccini's Madama Butterfly*, in Annunziata, Colombo, *Law and Opera*, Cham, 2018, 65 ss.

¹⁸ *Ibidem*.

cano, priva di strumenti per far valere le proprie ragioni e progressivamente condannata a un isolamento che non è soltanto sociale, ma anche giuridico¹⁹.

A questo primo elemento si aggiunge un secondo profilo di particolare rilievo, che riguarda il rapporto tra diritto e potere. La posizione di Pinkerton non può essere compresa se non alla luce della sua appartenenza a un contesto imperialista che gli consente di trattare il matrimonio come un'esperienza esotica, priva di conseguenze vincolanti. Il diritto, in questo caso, non opera come limite, ma come strumento di appropriazione: esso viene selettivamente utilizzato per legittimare una condotta che, pur formalmente conforme a una determinata normativa, risulta sostanzialmente lesiva della dignità e della posizione dell'altro coniuge. In tal modo, l'opera mette in luce una dinamica già emersa, in forma diversa, nelle *Nozze di Figaro*: il diritto positivo può essere piegato a logiche di dominio quando non sia accompagnato da criteri di giustizia sostanziale.

Un ulteriore elemento di continuità con il percorso sin qui delineato si coglie nella figura della protagonista, la quale, pur priva di tutela, sviluppa una forma di interiorizzazione della norma che la distingue nettamente da Carmen. Butterfly non rifiuta la regola, ma vi si consegna interamente, costruendo la propria identità attorno all'idea di fedeltà e di appartenenza. A differenza di Violetta, tuttavia, la cui rinuncia è indotta da una pressione sociale esplicita, qui l'interiorizzazione della norma avviene in assenza di un sistema che garantisce la reciprocità: la protagonista continua a riconoscere un vincolo che l'altra parte ha già svuotato di significato. Ne deriva una forma particolarmente drammatica di disallineamento normativo, nella quale il soggetto mantiene fede a una regola che non è né riconosciuta né condivisa.

Il momento finale dell'opera consente di cogliere con particolare evidenza l'esito della condizione di vulnerabilità in cui Butterfly è progressivamente precipitata. Il suo gesto estremo non può essere interpretato unicamente come un atto di disperazione individuale, ma va compreso nel contesto di una situazione in cui gli strumenti giuridici, sociali e culturali si rivelano incapaci di offrirle una tutela effettiva. Abbandonata da Pinkerton, privata della sicurezza affettiva ed economica che aveva riposto nel matrimonio e ormai esposta al discredito sociale, la protagonista si trova priva di qualsiasi reale alternativa.

In tale prospettiva, il suicidio assume il significato di un'estrema forma di autodefinizione residua: non l'affermazione di una libertà pienamente conquistata, bensì il tentativo di conservare un margine di controllo sulla propria esistenza nel momento in cui ogni altra possibilità le è stata sottratta. Tuttavia, proprio questo aspetto rivela l'ambivalenza del gesto. Lungi dal rappresentare una vera emancipazione rispetto all'ordine che l'ha condannata, la morte di Butterfly finisce infatti per iscriversi all'interno dello stesso sistema di valori che ne ha determinato l'esclusione. Il suicidio costituisce, in ultima analisi, anche un atto di conformazione a un codice sociale fondato sull'onore e sul disonore: una volta compromessa la propria posizione sociale e familiare, la protagoni-

¹⁹ Cfr. in particolare COLOMBO, *L'esotismo nel diritto e nella musica*, cit.

sta non intravede altra via per preservare la dignità personale se non quella dell'autosacrificio.

Da questo punto di vista, il finale di *Madama Butterfly* sembra riproporre, in forma tragicamente moderna, il tema melodrammatico dell'espiazione femminile. Se in *Norma* l'assunzione della colpa e il sacrificio conclusivo conservano ancora una dimensione pubblica e comunitaria, capace di produrre una qualche ricomposizione dell'ordine collettivo, nell'opera pucciniana tale dinamica appare profondamente trasformata. Il sacrificio non genera riconciliazione, non ristabilisce un equilibrio condiviso e non conduce a una forma di redenzione collettiva; esso rimane invece un gesto radicalmente solitario, che testimonia il fallimento delle istituzioni, delle relazioni sociali e delle promesse di tutela che avrebbero dovuto proteggere la protagonista. In questo senso, la vicenda di *Butterfly* può essere letta alla luce di quelle riflessioni contemporanee, richiamate in precedenza, che hanno evidenziato i limiti di una concezione meramente formale della giustizia, mostrando come la vulnerabilità dei soggetti richieda una considerazione delle concrete condizioni materiali ed esistenziali nelle quali essi si trovano ad agire²⁰.

Nel quadro complessivo del percorso qui delineato, *Madama Butterfly* segna dunque un passaggio ulteriore e decisivo: la giustizia non è soltanto in crisi o assente, ma viene resa impraticabile dalla frattura tra ordinamenti e dalla diseguaglianza tra i soggetti. La donna non è più semplicemente vittima di un'ingiustizia interna a un sistema, ma soggetto che si muove in uno spazio giuridico frammentato, nel quale la pluralità delle norme si traduce in una radicale mancanza di garanzia. In tal modo, Puccini porta alla luce uno dei limiti più profondi del diritto: la sua incapacità di proteggere efficacemente il soggetto quando le regole, pur formalmente esistenti, non sono condivise né reciprocamente riconosciute.

Nel quadro delle eroine pucciniane, *Tosca* occupa una posizione peculiare, in quanto consente di osservare la giustizia nel momento in cui essa si identifica, senza residui, con l'esercizio del potere, rivelando così la possibilità della sua degenerazione in strumento di dominio arbitrario. Se in *Madama Butterfly* la crisi del diritto derivava dall'asimmetria tra ordinamenti e dalla conseguente mancanza di tutela, in *Tosca* essa si manifesta, invece, all'interno di un sistema apparentemente unitario e strutturato, nel quale le istituzioni esistono e operano, ma risultano interamente piegate a logiche di sopraffazione.

La vicenda si svolge a Roma, in un contesto segnato dalle tensioni politiche tra repubblicani e sostenitori del potere papalino. Floria Tosca, celebre cantante, è legata sentimentalmente al pittore Mario Cavaradossi, il quale, implicato nella fuga del rivoluzionario Angelotti, viene arrestato e sottoposto a tortura per estorcergli informazioni. Il capo della polizia, il barone Scarpia, figura centrale dell'opera, si presenta come garante dell'ordine e della legalità, ma utilizza la propria posizione per perseguire fini personali: egli offre a Tosca la salvezza dell'amato in cambio di una prestazione sessuale, instauran-

²⁰ Cfr. NUSSBAUM, *op. loc. cit.*

do così un vero e proprio patto coercitivo²¹. Tosca, dopo aver apparentemente accettato le condizioni di Scarpia, lo uccide e tenta di salvare Cavaradossi, ma viene ingannata: l'esecuzione, che avrebbe dovuto essere simulata, è reale, e la protagonista, scoperta, si getta nel vuoto.

È proprio nella figura di Scarpia che si concentra il primo e più rilevante profilo giuridico dell'opera. Diversamente dal Conte delle *Nozze di Figaro*, il cui potere si fondava su un privilegio aristocratico ormai in crisi, Scarpia rappresenta un'autorità pienamente istituzionalizzata, che agisce in nome della legge e ne detiene gli strumenti coercitivi²². Tuttavia, tale posizione non garantisce affatto una coincidenza tra diritto e giustizia: al contrario, egli utilizza la legalità come schermo per un esercizio arbitrario del potere, trasformando il processo, la detenzione e la pena in mezzi funzionali al soddisfacimento di un desiderio personale²³. In questo senso, *Tosca* mette in scena una delle più radicali forme di distorsione del diritto: non la sua assenza, ma la sua presenza come strumento di oppressione, in cui la norma è formalmente rispettata, ma sostanzialmente tradita²⁴.

All'interno di questa dinamica, Tosca si configura inizialmente come soggetto privo di potere, esposto alla violenza di un sistema che non prevede strumenti di difesa effettivi. A differenza di Norma, ella non è investita di alcuna autorità, né, come la Contessa, dispone di uno spazio relazionale in cui incidere sull'esito del conflitto. Tuttavia, nel momento centrale dell'opera, la protagonista è chiamata a confrontarsi direttamente con il potere e a prendere una decisione che segna un radicale mutamento della sua posizione; la crisi della giustizia si produce attraverso la loro degenerazione in strumenti di dominio. Il patto imposto da Scarpia – salvezza in cambio di sottomissione – rappresenta una forma estrema di contrattualizzazione della violenza, in cui il diritto viene completamente svuotato della propria funzione regolativa per essere ridotto a schema formale di uno scambio iniquo.

È proprio a questo punto che emerge il secondo profilo fondamentale: la trasformazione della vittima in giustiziere. L'uccisione di Scarpia da parte di Tosca costituisce un atto che non può essere ricondotto a una categoria giuridica univoca: esso si colloca al confine tra legittima difesa, vendetta e giustizia privata, e, proprio per questo, rivela la crisi del sistema normativo nel suo complesso. Tosca non agisce in nome della legge, ma neppure semplicemente contro di essa; il suo gesto si iscrive piuttosto in uno spazio di assenza del diritto, nel quale la mancanza di tutela istituzionale rende necessario un

²¹ Cfr. Di Micco, *Scarpia. Il suono di un terribile diritto*, entrambi in Di Micco, Riberi, Traverso (a cura di), *Puccini in Law*, Napoli, 2026, 111 ss. Sul patto Scarpia – Tosca cfr. Magri, *Puccini e il diritto privato: alcune suggestioni*, in questa rivista, 2024, 905 ss., spec. 908 e 915.

²² Cfr. Di Micco, *op. loc. cit.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ Più in generale sul tema dell'uso distorto delle istituzioni giuridiche nella rappresentazione operistica si veda Pieri, *La legge come sopraffazione della giustizia. Presenze del diritto nell'opera in musica*, in Gigliotti, Riberi, Traverso (a cura di), *La sentenza è pronunziata. Rappresentazioni della giustizia nell'opera lirica*, Catanzaro, 2019, 47 ss.

intervento diretto del soggetto. In tal senso, si potrebbe parlare di una forma di “giustizia per mano propria”, che tuttavia non si traduce in un effettivo riequilibrio dell’ordine, ma produce ulteriori conseguenze tragiche.

Il gesto di Tosca, tuttavia, non riesce a spezzare la logica del potere che sottende l’intera vicenda. La promessa di Scarpia – l’esecuzione simulata – si rivela un inganno, e l’apparato istituzionale, pur privato del suo vertice più corrotto, continua a funzionare secondo le medesime dinamiche. In questo senso, l’opera mostra con particolare chiarezza come la violenza non sia riconducibile alla sola figura del tiranno, ma si radichi in un sistema più ampio, capace di perpetuarsi anche al di là delle responsabilità individuali. La morte di Cavaradossi e il suicidio di Tosca segnano così il fallimento di ogni tentativo di ristabilire una giustizia che non trova più alcuno spazio di realizzazione.

Rispetto alle altre opere considerate, *Tosca* introduce dunque un ulteriore elemento nella riflessione sul rapporto tra donna e giustizia. Se in *Madama Butterfly* la protagonista era vittima di una frattura tra ordinamenti e in *La Traviata* di una pressione sociale diffusa, qui la donna si confronta direttamente con il potere istituzionale e ne subisce la violenza. La sua reazione – l’uccisione di Scarpia – rappresenta un tentativo estremo di riappropriazione della propria autonomia, ma non riesce a produrre un esito giusto, rivelando così i limiti intrinseci di una giustizia che, quando è costretta a manifestarsi al di fuori delle istituzioni, perde la propria capacità di stabilizzare i rapporti e di garantire una tutela effettiva.

In questa prospettiva, Tosca si configura come figura liminare tra diritto e violenza: ella non nega la norma, come Carmen, né la interiorizza, come Violetta o Butterfly, ma si trova costretta ad agire in uno spazio in cui il diritto è già stato corrotto dall’interno. Il suo gesto finale – il salto nel vuoto – assume così il significato di un rifiuto radicale di un ordine che non è più in grado di distinguere tra legalità e abuso, mostrando, con particolare intensità drammatica, come il venir meno della giustizia all’interno delle istituzioni produca effetti ancor più devastanti rispetto alla sua assenza.

All’interno del percorso tracciato dalle eroine pucciniane, *Suor Angelica* rappresenta, per molti versi, il punto di massima concentrazione della dimensione normativa nella sua forma più rigida e impenetrabile, oltre che il luogo in cui la distanza tra diritto e giustizia si manifesta con maggiore evidenza tragica. Se in *Tosca* la giustizia si deformava in abuso del potere istituzionale e in *Madama Butterfly* si dissolveva nella frattura tra ordinamenti, qui essa appare come interamente assorbita entro un sistema di norme familiari e sociali che si presentano come inderogabili, sottraendosi a ogni possibile verifica di equità.

La vicenda si svolge all’interno di un convento femminile, dove Suor Angelica vive da anni in condizione di isolamento, cacciata dalla propria famiglia aristocratica a causa di una colpa legata alla maternità fuori dal matrimonio²⁵. L’equilibrio apparentemente

²⁵ Si veda l’*Introduzione* a Di Micco, Riberi, Traverso (a cura di), *Puccini in Law*, Napoli, 2026, XII, i quali, a proposito di Suor Angelica, osservano che: «La protagonista è costretta alla clausura

statico della vita conventuale viene interrotto dall'arrivo della Zia Principessa, unica figura proveniente dal mondo esterno, che convoca Angelica non per ristabilire un rapporto, ma per ottenere da lei la rinuncia formale ai diritti ereditari in favore della sorella minore, destinata alle nozze. Nel corso del colloquio, la protagonista apprende inoltre la morte del figlio, avvenuta anni prima senza che le fosse stata data notizia. Di fronte a tale rivelazione, Angelica compie un gesto disperato, ingerendo un veleno; solo dopo comprende la gravità dell'atto e invoca il perdono divino, in una scena finale che apre a una dimensione trascendente della giustizia²⁶.

Il primo e più evidente profilo giuridico dell'opera riguarda il ruolo della famiglia quale centro di produzione normativa. A differenza dei casi precedenti, qui non vi è alcun riferimento diretto a un'autorità statale o a un conflitto tra ordinamenti: la norma si presenta in forma interna, come regola familiare assoluta, capace di determinare il destino dei singoli senza necessità di formalizzazione esterna. La figura della Zia Principessa incarna in modo esemplare tale potere: ella si presenta come portatrice di una legalità che non ha bisogno di giustificarsi, radicata nella tradizione e nel prestigio sociale, e per questo percepita come indiscutibile. La richiesta di rinuncia all'eredità non è oggetto di negoziazione, ma si impone come atto dovuto, destinato a ristabilire un ordine che la colpa di Angelica aveva infranto. In tal modo, il diritto successorio e familiare, pur non esplicitato nei suoi termini tecnici, emerge come strumento attraverso cui si realizza una forma di giustizia che, tuttavia, coincide integralmente con la conservazione dell'ordine sociale e della reputazione familiare.

In questo contesto, Suor Angelica si configura come figura paradigmatica della vittima normativa. A differenza di Violetta, che interiorizzava il giudizio sociale, o di Butterfly, che aderiva a un vincolo non più riconosciuto, Angelica è oggetto di una espulsione radicale: la sua presenza è stata rimossa dallo spazio familiare e trasformata in una condizione permanente di clausura, che non ha funzione redentiva, ma esclusivamente punitiva. La norma che la colpisce non mira a correggere o a reintegrare, ma a cancellare, a rendere invisibile una violazione che minaccia l'equilibrio simbolico della famiglia. In tal senso, la giustizia che si realizza nei suoi confronti appare come integralmente identificata con la sanzione, priva di qualunque apertura alla dimensione della comprensione o della proporzionalità.

Il momento centrale dell'opera – l'incontro con la Zia Principessa – consente di cogliere con particolare chiarezza la natura di questa normatività. Il dialogo tra le due donne non è un confronto, ma un atto unilaterale di imposizione: da un lato, una soggettività completamente svuotata di diritti e di voce; dall'altro, una figura che esercita il proprio potere con una freddezza che esclude ogni considerazione per la sofferenza altrui. La

come punizione per una maternità illegittima, e la sua intera esistenza è regolata da una disciplina che confonde morale e legge».

²⁶ DIMODUGNO, *Suor Angelica: il suicidio tra teologia e diritto*, in Di Micco, Riberi, Traverso (a cura di), *Puccini in Law*, Napoli, 2026, 149 ss.

notizia della morte del figlio, comunicata senza alcuna mediazione emotiva, rappresenta il punto più alto di tale violenza normativa: essa priva Angelica non solo di un affetto, ma della possibilità stessa di elaborare la propria colpa, trasformando la sanzione in una condizione esistenziale definitiva.

A fronte di tale situazione, la risposta della protagonista si colloca su un piano radicalmente diverso rispetto alle opere precedenti. Angelica non dispone di strumenti per opporsi, né sceglie, come Carmen, di rifiutare la norma, né, come Tosca, di reagire con un gesto di violenza. Il suo atto – il suicidio – rappresenta, piuttosto, una forma estrema di sottrazione, attraverso la quale ella tenta di uscire da un ordine normativo che non lascia spazio alla giustizia. Tuttavia, a differenza di *Butterfly*, il gesto non si esaurisce nella dimensione tragica, ma si apre, nell'ultima scena, a una possibilità di redenzione che non appartiene al diritto umano, ma a un ordine trascendente. La visione finale, con l'apparizione della Vergine e del figlio, introduce infatti un livello ulteriore, nel quale la giustizia si configura come grazia, vale a dire come possibilità di riconciliazione che sfugge completamente alle categorie giuridiche.

È proprio questo scarto finale che consente di cogliere la specificità di *Suor Angelica* all'interno del percorso qui delineato. Se nelle opere precedenti la giustizia si manifestava in forme diverse – come mediazione, come crisi del giudizio, come pressione sociale o come abuso del potere – qui la giustizia si irrigidisce in forma di normatività familiare assoluta, incapace di offrire una risposta alla sofferenza del soggetto. La protagonista non trova giustizia né nel diritto né nella società, ma solo in una dimensione altra, che si colloca al di fuori di ogni sistema normativo. In tal senso, *Suor Angelica* segna il punto in cui il melodramma porta alle estreme conseguenze la propria riflessione sul diritto: mostrando come esso, quando si identifica integralmente con la conservazione dell'ordine, perda ogni capacità di rispondere alle esigenze più profonde della persona, lasciando spazio soltanto a una possibile, e pur sempre incerta, trascendenza.

8. Diritto e giustizia attraverso le protagoniste del melodramma

L'analisi svolta consente di individuare una linea evolutiva che attraversa l'intera storia del melodramma europeo. Lungi dal limitarsi a rappresentare figure femminili coinvolte in vicende di ingiustizia, il teatro d'opera attribuisce progressivamente proprio alla donna la funzione di rendere visibili le insufficienze strutturali del diritto e delle regole sociali, restituendo un'immagine del diritto profondamente dinamica, nella quale la coincidenza tra legalità e giustizia si rivela tutt'altro che scontata, e anzi costantemente esposta a tensioni, scarti e rovesciamenti.

Nel melodramma settecentesco, come si è visto, la giustizia si manifesta ancora all'interno di un quadro relativamente stabile, nel quale il diritto positivo, pur segnato da evidenti distorsioni, conserva una propria centralità. Nelle *Nozze di Figaro*, il conflitto tra il potere del Conte e l'intervento della Contessa rende visibile una prima fondamentale frattura: il diritto, quando si riduce a strumento di dominio, perde la propria legittimità sostanziale, e necessita di essere corretto attraverso pratiche di equità e di relazione che

trovano proprio nella figura femminile un luogo di espressione. La giustizia, in questa fase, si configura ancora come possibilità di riequilibrio interno al sistema.

Con il passaggio all'Ottocento, tale equilibrio si incrina progressivamente. In *Norma*, la concentrazione della funzione giudicante nella protagonista determina una crisi interna del paradigma giuridico: la coincidenza tra giudice e trasgressore rende impossibile ogni pretesa di neutralità, trasformando la giustizia in esperienza personale e in processo di assunzione della colpa. Tra questi due poli si colloca *La Gazza ladra*, che segna un passaggio decisivo che segna un passaggio decisivo dalla giustizia come correttivo relazionale all'errore giudiziario: nella vicenda di Ninetta la legalità, pur formalmente corretta, si rivela incapace di distinguere tra verità e apparenza, trasformando la donna in vittima perfetta del sistema.

In *La Traviata*, la giustizia si emancipa ulteriormente dalla dimensione istituzionale, assumendo la forma di una normatività sociale diffusa che opera senza formalizzazione, ma con effetti profondamente incisivi, conducendo il soggetto a interiorizzare una logica di sacrificio priva di reale compensazione. In *Carmen*, infine, il quadro si radicalizza: la protagonista, infatti, sembra rifiutare ogni forma di regola sia essa giuridica, morale o sociale, mostrando come la giustizia perda ogni consistenza quando venga meno il riconoscimento della norma, e come, in tale vuoto, possa emergere soltanto la violenza.

Il teatro di Puccini porta alle estreme conseguenze questa traiettoria, collocando le proprie eroine entro contesti nei quali la giustizia assume forme di crisi profondamente diverse: nella pluralità degli ordinamenti, nella corruzione del potere istituzionale e nell'irrigidimento della norma in chiave familiare. In *Madama Butterfly*, la pluralità degli ordinamenti si traduce in una mancanza di protezione, rivelando la debolezza del diritto di fronte all'asimmetria tra soggetti; in *Tosca*, la legalità si identifica con il potere e si trasforma in strumento di abuso, mostrando come la presenza delle istituzioni non sia di per sé garanzia di giustizia; in *Suor Angelica*, infine, la norma si irrigidisce in una logica esclusivamente sanzionatoria, coincidente con la conservazione dell'ordine familiare, e incapace di aprirsi a qualsiasi dimensione di equità o di comprensione. La traiettoria così ricostruita riflette una progressiva problematizzazione dell'idea stessa di giustizia.

Ne deriva un quadro nel quale la figura femminile non solo mette in luce i limiti strutturali del diritto, ma consente di verificarne concretamente le modalità di funzionamento nei diversi contesti storici e sociali. Essa passa dall'essere oggetto di appropriazione, mediatrice di equità, giudice e trasgressore, vittima di un ordine sociale o soggetto che ne rifiuta le regole e si configura come il luogo privilegiato in cui la distanza tra norma e giustizia si rende visibile. È proprio attraverso queste figure che il melodramma rivela come il diritto, pur necessario alla costruzione dell'ordine, non sia mai sufficiente a garantire il giusto, e come esso debba costantemente confrontarsi con dimensioni che ne eccedono la portata, quali la relazione, la responsabilità e la sofferenza.

In tale prospettiva, il contributo del melodramma alla riflessione giuridica risiede precisamente nella sua capacità di mostrare ciò che il diritto, nella sua formulazione astratta, tende a rimuovere: la fragilità del giudizio, la parzialità delle norme, l'incidenza delle emozioni e delle relazioni nella determinazione del giusto. Da questo punto di vista, la centralità della figura femminile non costituisce un semplice dato narrativo né una

scelta tematica. Essa rappresenta lo strumento attraverso il quale il melodramma mette progressivamente alla prova la capacità del diritto di mantenere la promessa fondamentale sulla quale esso fonda la propria legittimazione: assicurare giustizia ai soggetti più esposti all'esercizio del potere.

Le eroine qui considerate non offrono soluzioni, ma pongono domande che rimangono aperte anche per il giurista contemporaneo: fino a che punto la legalità può dirsi giusta? Quale spazio deve essere riconosciuto alla dimensione sostanziale dell'equità? È possibile immaginare un diritto capace di farsi carico della vulnerabilità senza tradurla immediatamente in sanzione o esclusione? Domande che rinviando, in ultima analisi, alla necessità di ripensare il diritto non come sistema chiuso e autosufficiente, ma come pratica aperta al confronto con le esigenze di giustizia sostanziale, secondo una prospettiva che riconosce la centralità della dimensione interpretativa e relazionale nell'esperienza giuridica²⁷.

Il melodramma non fornisce risposte definitive, ma invita a riconoscere che la giustizia non può essere ridotta a mera applicazione della norma. Essa si costruisce, piuttosto, nello spazio intermedio tra regola e vita, tra struttura e relazione, e proprio per questo rimane costitutivamente aperta, esposta al rischio – ma anche alla possibilità – di una continua ridefinizione.

Accanto a questo primo ordine di considerazioni, un ulteriore elemento merita di essere evidenziato la sorprendente modernità della rappresentazione melodrammatica della giustizia, e riguarda la posizione che lo spettatore è indotto ad assumere nei confronti delle figure femminili. Nonostante la varietà delle situazioni considerate – e, in taluni casi, proprio in ragione della loro radicalità – le protagoniste che si sottraggono alle regole dell'ordine giuridico e sociale non sono mai integralmente ricondotte a figure negative o meramente devianti, ma tendono piuttosto a essere costruite come centri di empatia e di identificazione. Anche quando la loro condotta si pone in frizione con la norma, o addirittura la infrange, il dispositivo teatrale orienta lo spettatore verso una forma di solidarietà che induce a interrogare criticamente la legittimità stessa delle regole violate.

Tale dinamica è particolarmente evidente nelle eroine pucciniane, nelle quali la trasgressione o la sottrazione all'ordine normativo non viene mai presentata come espressione di mera colpevolezza, ma come effetto di una tensione irriducibile tra la vita e la norma: Cio-Cio-San, Tosca e Suor Angelica, pur nella diversità dei contesti, suscitano una partecipazione che non si fonda sulla conformità alla regola, ma sulla percezione

²⁷ Argomenti in questo senso sembrano desumibili da DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, 1986. Muovendo dalla concezione del diritto come pratica interpretativa elaborata da Dworkin, il diritto non può essere inteso come un sistema chiuso di regole autosufficienti, bensì come un ordine normativo la cui applicazione richiede la costante individuazione dei principi che meglio ne giustificano la struttura e i contenuti. In questa prospettiva, la giustizia sostanziale non opera come criterio esterno di valutazione dell'ordinamento, ma emerge quale dimensione interna dell'interpretazione giuridica, nella quale assumono rilievo decisivo i principi di eguaglianza, equità e rispetto dei diritti individuali.

dell'ingiustizia che ne segna il destino. In questo senso, il melodramma anticipa una sensibilità giuridica che riconosce la necessità di valutare la norma non solo in termini di validità, ma anche di equità e di adeguatezza rispetto alla condizione concreta dei soggetti.

Più problematica, ma proprio per questo ancora più significativa, appare la posizione di *Carmen*. La protagonista, infatti, non si limita a trasgredire una norma specifica, ma rifiuta radicalmente ogni forma di regola, collocandosi al di fuori di qualsiasi orizzonte di riconoscimento giuridico e sociale. E tuttavia, anche in questo caso, l'opera non costruisce un giudizio univocamente negativo: pur non potendosi parlare, in senso proprio, di un'eroicità positiva nella sua accezione tradizionale, la figura di Carmen è tratteggiata in modo tale da suscitare nello spettatore una forma di comprensione, se non di adesione, fondata sulla radicalità della sua affermazione di libertà. La sua morte non appare come ristabilimento di un ordine giusto, ma come esito tragico di un conflitto nel quale la violenza dell'uomo si rivela incapace di tollerare l'autonomia femminile.

Ne deriva una conseguenza di particolare rilievo sul piano teorico: il melodramma, pur operando all'interno di contesti storici segnati da forti asimmetrie di genere, costruisce uno spazio di rappresentazione nel quale la donna che non si assoggetta alla norma (giuridica o sociale) – o che la mette in discussione – non è semplicemente oggetto di condanna, ma soggetto attraverso cui la norma stessa viene interrogata. Lo spettatore non è portato tanto a identificarsi con il rispetto della regola, bensì verso la tensione che emerge tra la regola e la vita; il melodramma contribuisce così, se non a mettere in crisi, almeno a interrogare il pubblico sull'identificazione tra legalità e giustizia e sulla bontà della regola giuridica o sociale. In questo senso, la modernità del melodramma non risiede soltanto nei temi trattati, ma nella capacità di elaborare, attraverso la scena, un punto di vista critico che anticipa questioni oggi centrali nella riflessione giuridica contemporanea. In tale prospettiva, il melodramma non costituisce soltanto un repertorio di vicende suscettibili di essere lette attraverso categorie giuridiche. Al contrario, esso si configura come uno spazio autonomo di riflessione nel quale questioni oggi centrali per la teoria del diritto – vulnerabilità, pluralità degli ordinamenti, abuso del potere, riconoscimento, limiti della neutralità del giudizio e insufficienza della tutela formale – trovano una rappresentazione sorprendentemente anticipatrice.

Letto in questa prospettiva, il melodramma europeo si rivela non soltanto come straordinario patrimonio artistico, ma come autentico laboratorio giuridico. Attraverso le sue protagoniste esso continua infatti a interrogare il giurista contemporaneo sui limiti del formalismo, sul rapporto tra diritto e vulnerabilità e sulla persistente difficoltà di trasformare la legalità in una tutela realmente capace di farsi giustizia.



Emilio Betti e le lezioni di diritto civile sui contratti agrari. Teoria generale del negozio, proprietà produttiva e valore dell'autonomia privata nel pensiero del giurista camerte*



Francesco Sangermano

Prof. ass. dell'Università di Roma "Tor Vergata"

1. Il mio interesse per questo volume va oltre il dato scientifico di assoluto valore che caratterizza un'opera come quella di Emilio Betti a cui sono dedicate queste riflessioni.

Come è noto il mio Maestro Giovanni Battista Ferri negli anni romani dedicati all'insegnamento nella facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, oltre alla titolarità delle cattedre di istituzioni di diritto privato e di diritto civile, ha ricoperto il ruolo di titolare della cattedra di diritto agrario, ripercorrendo una nobile tradizione accademica che vedeva i civilisti, quali ad esempio Stefano Rodotà, Michele Giorgianni e Giorgio Giampiccolo, assumere l'insegnamento giusagraristico nelle aule universitarie.

E fu proprio in quel periodo che ebbi modo di conoscere le *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari* di Emilio Betti oggi nuovamente disponibili grazie alla ristampa anastatica nella prestigiosa collana della Scuola di specializzazione in Diritto civile dell'Università di Camerino diretta da Pietro e Giovanni Perlingieri.

Ma accostare i due Maestri non è un dato meramente contingente: pur nella diversità di formazione e di sensibilità entrambi i civilisti hanno svolto delle vere e proprie lezioni di diritto civile sull'impresa e i contratti agrari.

Era, in effetti, il corso di diritto agrario del Prof. Ferri¹, analogamente a quello del giurista camerte, un corso di diritto civile in cui storia della codificazione e dogmatica si

* Il contributo riproduce con integrazioni e note di approfondimento la relazione illustrata nel Seminario di studio *"Emilio Betti e le lezioni di diritto civile sui contratti agrari nel prisma della funzione sociale del diritto tra causa del negozio e diritto di proprietà"* svoltosi presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" l'11 giugno 2026, con il patrocinio dell'Associazione Civilisti Italiani e della Sisdic (Regione Lazio) in occasione della ristampa anastatica del volume di BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, Milano, 1957 nella Collana della Scuola di perfezionamento in diritto civile, Università di Camerino, Napoli, 2025.

¹ Cfr. SANGERMANO, *Giovanni Battista Ferri e il diritto agrario. Tra storia della codificazione e pagi-*

intrecciavano in maniera indissolubile ed i richiami al magistero di Betti erano comprensibilmente vasti e culturalmente profondi.

Al di là quindi dell'aspetto scientifico è agevole comprendere come l'essermi occupato di questo denso volume abbia costituito per me una sorta di *recherche* del tempo perduto e della memoria.

Dopo aver svelato questo aspetto, per così dire intimistico della mia particolare attenzione per l'opera dell'illustre studioso, vorrei qui evidenziare alcuni snodi fondamentali del volume di Betti che così potremmo riassumere: il contesto storico sociale e politico dell'epoca del volume; la complessità delle lezioni con importanti pagine di teoria generale del negozio che vanno ben oltre il diritto agrario; la questione dell'autonomia scientifica del diritto agrario rispetto al diritto civile; la lucida visione di problemi che affliggono tuttora il giurista; la *vis* polemica di Betti unita alla sua onestà intellettuale; le prenozioni civilistiche sugli atteggiamenti dell'autonomia privata; l'intervento pubblico e normativo sui contratti agrari: un laboratorio della civilistica; la mezzadria archetipo dei contratti agrari; un dialogo scientifico ed umano tra Filippo Vassalli e Betti; la proprietà dietro l'impresa; l'interesse generale ovvero il prisma della funzione sociale del diritto nell'analisi degli istituti della causa e della proprietà responsabilizzata (richiamando Weimar); il crepuscolo della mezzadria come crepuscolo della società contadina. Gli algidi schemi di pensiero del diritto civile nella dialettica del diritto agrario calato nella realtà delle cose e degli uomini.

Sono profili fondamentali che si ritrovano nell'opera del giurista di Camerino e che già ci fanno comprendere come quelle lezioni siano molto di più rispetto ad un'opera destinata all'insegnamento in un corso formalmente di diritto agrario.

2. Nel volume del Maestro camerte si ritrova, in effetti, un capitolo essenziale della cultura non solo giuridica ma anche economica, sociale e storica: il titolo è stato per certi versi lungimirante.

Betti parla espressamente di lezioni di diritto civile sui contratti agrari.

Quel titolo non si spiega esclusivamente con la finalità didattica dell'opera: esprime un convincimento solido e profondo.

In primo luogo, è netta come il carattere dello studioso la scelta di campo: sono appunto lezioni di diritto civile non di diritto agrario!

In secondo luogo, e come si vedrà, ciò consente a Betti di allargare lo sguardo sino ad un orizzonte di riflessioni di teoria generale sul negozio e sull'autonomia privata.

La specificità dei contratti in agricoltura non giustifica per lo studioso una legittimazione di autonomia scientifica della materia: questione, quest'ultima, che come è noto tormenta ed affligge il diritto agrario sin dalle sue prime elaborazioni e configurazioni.

Scrivo nel capitolo I del volume: «Il diritto agrario non è che una branca del diritto civile. Esso presenta bensì alcuni caratteri peculiari, ma non tali che giustificano la tesi

di una sua autonomia scientifica²». Per l'Autore tali peculiarità giustificerebbero solo una esigenza di specificazione normativa: nulla di più.

La questione dell'autonomia scientifica del diritto agrario rappresenta per certi versi un tema classico: un tema, in effetti, ampiamente dibattuto dalla dottrina civilistica e giuscommercialistica così come dalla dottrina agraristica.

Civilisti e giuscommercialisti per la gran parte inclini a negarla, mentre la dottrina agraristica la ritroviamo pressoché unanime nel rivendicarne la peculiare scientificità seppur con diverse sensibilità.

Credo sia sufficiente richiamare il nome di Ageo Arcangeli per rammentare come già l'illustre ideatore del criterio della normalità nel testo originario dell'art. 2135 c.c. fosse contrario all'autonomia scientifica della materia.

Personalmente ho sempre valorizzato il legame fecondo e di organica compenetrazione tra il diritto civile ed il diritto agrario in una razionale prospettiva di unitarietà del diritto privato permeato e attraversato, per così dire, sempre più da istanze ed interessi anche ultraindividuali in cui non poche volte il diritto pubblico ristruttura spazi e territori che un tempo erano custoditi gelosamente come i sacri confini del diritto dei privati: ho cioè guardato al diritto agrario come un civilista appassionato e consapevole delle insopprimibili peculiarità e della comprovata specificità³ di questa branca del diritto in cui l'essenza della materia vivente, della questione agroambientale ed alimentare in connessione con i fenomeni dell'impresa e dell'azienda nel settore primario ne hanno progressivamente ristrutturato ed ampliato in maniera originale il complesso delle regole e dei principi che governano il diritto dell'agricoltura.

Certo, non mi sentirei nell'epoca attuale di esprimermi come fece con ironia Louis Lorvellec: *ne dites pas à mes parents que je m'intéresse au droit rural; ils croient que je suis juriste!*

Ma in realtà la questione dell'autonomia costituisce una tematica comprensibile solo alla luce di un suo inquadramento storico e sistematico al contempo.

Prima dell'unione del codice civile con il codice di commercio avvenuta nel 1942, appare evidente come il diritto agrario ruotasse attorno alla proprietà: solo con la svolta dell'unificazione del diritto privato con l'introduzione della figura dell'impresa agricola ex art. 2135 c.c. iniziarono a dischiudersi le possibilità di una effettiva scienza giusagraristica: il cammino, tuttavia, fu tortuoso sin dall'inizio in considerazione dei profondi legami di quella figura imprenditoriale con il diritto dominicale e, correlativamente, della regolamentazione dei contratti agrari associativi, in teoria destinati a superare il dissidio tra proprietario e coltivatore mezzadro, attraverso una fattispecie di impresa obiettivamente sbilanciata in favore del proprietario non poche volte assimilabile ad un *rentier*.

² BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, Milano, 1957, ora nella ristampa anastatica nella Collana della Scuola di perfezionamento in diritto civile, Università di Camerino, Napoli, 2025, 1.

³ Cfr. nostro *Principi e regole della responsabilità civile nella fattispecie del danno da prodotto agricolo difettoso*, Milano, 2012.

Sul versante, del resto, della codificazione napoleonica, è stato autorevolmente affermato come per i codificatori di Napoleone non vi fosse alcuna necessità di un diritto agrario: «*l'idée même leur eût paru vide de sens. Car leur droit civil des personnes et des biens était le droit agraire de la libération du sol; et ce droit formait toute l'armature du nouveau Code de 1804. Droit civil et droit agraire s'y confondaient*⁴».

Sono riflessioni che possono valere anche per il nostro codice civile del 1865.

È chiaro che in quel contesto giuridico ed economico-sociale la questione della peculiare scientificità del diritto agrario – anche per le note storture della originaria norma sull'impresa agricola (riformulata solo nel 2001) – per lungo tempo si avviluppò attorno al diritto civile, ai diritti reali etc. senza riuscire, almeno apparentemente, a distinguersi da quella radice autorevole: e di ciò l'opinione di Emilio Betti sopra rammentata ne costituisce una delle più significative conferme.

Ma il diritto è immerso nella vita, nell'economia e nella società in un mutuo reciproco condizionamento: è in costante divenire. Da tempo il diritto agrario ha oggettivamente manifestato la sua ontologica peculiarità.

Ma il monito di Betti così come di altri Maestri non può essere sottovalutato: esso, anche nel tempo presente deve cogliersi nel perdurante valore irrinunciabile dell'approccio ordinante delle categorie civilistiche, quali sintassi concettuale del sistema, seppur adattate a quella unicità propria della materia vivente costitutiva del diritto agrario.

Non si tratta di negare o rivendicare in maniera quasi assoluta una autonomia scientifica della materia che, del resto, dopo l'unificazione del diritto privato avrebbe poco senso ma piuttosto di sottolinearne la specificità giuridicamente incentrata pur sempre sul suo legame ontologico con l'attività di coltivazione della terra e sull'allevamento di animali, sull'attività produttiva agricola (fenomeno centrale ed identitario della materia agraristica⁵) nel complesso scenario attuale delle sfide del cambiamento climatico, della sostenibilità ambientale e della *food security*.

In questa prospettiva, mi piace ricordare come per uno straordinario studioso come Paolo Grossi lo studio del diritto agrario rappresentò una delle esperienze strutturali della sua visione del diritto.

Se nel diritto civile, richiamando Filippo Vassalli, i dati della vita si sono tradotti in schemi di pensiero, nel diritto agrario come amava ripetere Grossi si coglie il farsi della sua specialità: un diritto che rinvia alla vita e alla storia di esseri umani in carne e ossa, a un insieme di valori e bisogni che “dal basso”, promanando da una fattualità grezza, dalle cose e dalla realtà, si protendono sull'intero ordinamento.

⁴ SAVATIER, *De l'importance vitale et ignorée du droit agraire*, in *Les métamorphes économiques et sociales du droit privée d'aujourd'hui*, III, Paris, 1959, 212-213.

⁵ Come ci rammentano GROSSI, *L'agricoltura ed il suo diritto nell'età della globalizzazione*, in *Accademia Nazionale di Agricoltura*, Annali, 2006, 19 e le penetranti osservazioni di JANNARELLI, *Metodo e contenuto del diritto agrario nel dialogo di Grossi con gli agraristi*, in *Quaderni Fiorentini*, 2023, I, t. I, 207 s.

3. Ma il titolo esprime molto di più in effetti.

Ciò in quanto l'espresso richiamo al diritto civile consente allo studioso di offrire da par suo quelle che egli chiama prenozioni civilistiche sugli atteggiamenti dell'autonomia privata.

Il volume apparentemente destinato ad una circoscritta funzione di insegnamento si arricchisce in tal modo di concetti di teoria generale sull'autonomia negoziale, richiamando più volte i risultati raggiunti in quel capolavoro della civilistica rappresentato dalla *Teoria generale del negozio giuridico*.

Dunque, il titolo che diede Betti è stato lungimirante: nel volume i profili di diritto agrario, di diritto civile e quelli di teoria generale sul negozio si intrecciano in maniera straordinaria.

Il libro va oltre il dato contingente: si eleva a classico del diritto.

Betti volge il proprio sguardo indagatore, tra le varie tematiche affrontate, all'origine dei negozi giuridici, alla nota contrapposizione tra intenti pratici ed effetti giuridici rispetto all'atto di autonomia, ancora, evidenziando e ribadendo l'esigenza di funzioni causali economico-sociali degne di tutela.

Sono temi, all'evidenza, che trascendono l'analisi dedicata ai contratti agrari per coinvolgere concetti fondamentali dei rapporti tra ordinamento giuridico e attività dei privati.

Argomenti, profili, categorie, valori, problemi etc. che, per così dire, rappresentano il cuore della giuridicità e della peculiarità ontologica del diritto privato, di quella ineliminabile tensione tra libertà e autorità e che disvelano, in ogni giurista, al di là della asserita neutralità nello studio scientifico del diritto, la visione del mondo di ciascuno.

Ed è una scelta metodologica e sistematica da condividere perché ci rammenta come la fatica del giurista non debba mai essere limitata ad aspetti contingenti e segmentati rispetto alla complessità della fenomenologia giuridica.

Betti, anche nell'opera sui contratti agrari sollecita, quindi, lo studioso e l'operatore del diritto ad interrogarsi sull'essenza dell'autonomia dei privati.

Ma quel che preme rilevare è la complessità del pensiero dell'antico Maestro spesso eletto a simbolo di dogmatismo.

Emilio Betti nel delineare questa dialettica rivela, in effetti, un'attenzione ed una consapevolezza straordinarie rispetto al nodo gordiano dell'essenza del negozio giuridico.

Certo, egli più volte ci spiega che l'agente è chiamato soltanto a porre in essere la fattispecie nell'orbita tracciata dall'ordine giuridico⁶.

Ma Betti non si fa imprigionare da gabbie o architetture concettuali-formalistiche.

Se sul piano logico, molte delle sue posizioni sono state oggetto di decostruzione (si pensi alla penetrante analisi di Biagio De Giovanni), al contempo occorre evidenziare come Betti, in definitiva, ci conferma che il diritto non può essere spiegato come una con-

⁶ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 59.

catenazione di concetti da trovare in un mirabile quanto inafferrabile iperuranio dogmatico; quasi come una razionalità matematica: il piano della realtà sociale è coesenziale al suo ragionamento.

È innegabile che per Betti rispetto al negozio siamo di fronte ad un riconoscimento, ad un fenomeno appunto di recezione; il regolamento prescritto dalle parti ai propri interessi nei rapporti reciproci viene assunto nella sfera del diritto ed elevato, con opportune modificazioni, a precetto giuridico dall'ordinamento⁷. Ma i negozi rimangono atti di autonomia privata: anche successivamente alla recezione statale il negozio non perde la sua originaria, ontologica identità.

Qui si anniderebbe una insanabile dicotomia nel ragionamento ad avviso della letteratura successiva: se l'ordinamento concettualmente conferisce il valore di precetto giuridico al negozio, quest'ultimo in definitiva non potrebbe non sottostare ad un superiore ed esclusivo valore o criterio qualificante per cui sarebbe alla fine fatto tra i fatti: trionfarebbe la fattispecie⁸.

È una soluzione che non può soddisfare lo studioso: in altri luoghi del suo magistero, in effetti, il giurista sembra, in maniera più sottile, superare la logica della fattispecie per risolvere quella recezione in un mero conferimento di rilevanza giuridica⁹.

Betti è troppo profondo e attento alla realtà – che come un fiume carsico riemerge sempre in superficie e nei solchi dell'ordinamento – per non accorgersi della denunciata dicotomia o, forse, della inevitabile contraddizione.

In realtà, il giurista di Camerino non vuole sterilire la grandiosa complessità e vitalità del concetto di negozio, malgrado l'obiezione per cui la distinzione tra contenuto (dei privati) ed effetti giuridici (di competenza esclusiva dell'ordinamento) inevitabilmente condurrebbe all'idea esclusivista della fattispecie.

È ciò che riconosce ed evidenzia Natalino Irti – tra i suoi più raffinati interpreti – quando osserva: «Betti, nel dare risposta al problema dell'«attacco» dell'autonomia privata con l'ordinamento statale, non vuol chiudersi in quest'ultimo, e così disperdere la ricchezza di libertà e di iniziativa individuale custodita dal negozio. Le soluzioni proposte nascono da un radicale anti-normativismo (ne è spia l'assidua polemica con le teorie kelseniane) e dall'esigenza di abbracciare tutti i piani della realtà¹⁰».

⁷ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ediz. corr. del 1960, rist., Napoli, 1994, 84-85.

⁸ Cfr. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 38.

⁹ Così acutamente N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 26, il quale aggiunge come l'attenzione degli studiosi non si è fermata su questo spiraglio del pensiero bettiano.

¹⁰ N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, cit., 38. L'illustre studioso recentemente scomparso, op. cit., 63, aggiunge come in Emilio Betti sia presente «un profondo antinormativismo. La legge dello Stato non esaurisce la realtà: neppure la realtà del diritto, che, sovrapponendosi al piano economico-sociale, non riesce né ad assorbirlo né a trasmutarlo. (...) Di qui il negozio bettiano, che è insieme, fatto sociale e fatto giuridico; esercizio di autonomia extragiuridica e fattispecie normativa; assetto di interessi, già attuato ed operato, e criterio di condotta; forza che chiede riconoscimento e potere riconosciuto».

Il giurista camerte, in definitiva, respinge l'appiattimento del negozio al livello delle altre fattispecie, sottolineando con forza come il diritto statale accolga il negozio nella sua essenza, incorporando nel proprio sistema la disciplina già da esso dettata sul piano economico-sociale¹¹.

Anche gli studi successivi hanno rilevato, del resto, come la riduzione del negozio in generale (e del contratto) a mera fattispecie non riesce ad essere compresa sino in fondo.

Ciò in quanto è innegabile prendere atto del dato per cui – malgrado gli sforzi – permane una essenza irriducibile alla mera dimensione del fatto, e cioè una autonoma posizione del negozio che non riesce a tollerare che l'ordinamento giuridico prescelto e da cui si muove possa essere concepito come l'esclusivo criterio qualificante che incide sull'atto di autonomia.

Queste due angolature da cui osservare il fenomeno (quella della regola privata e quella dell'ordinamento) si intrecciano in una unità problematica se non apparentemente impossibile sul piano logico.

In realtà, la classica riconduzione del negozio a fattispecie non appare più persuasiva nemmeno alla luce di un più vasto discorso sulla configurazione degli stessi criteri ordinamentali ed assiologici della contemporaneità, che infondono in quella relazione tra fatto e valore una rivincita delle peculiarità del primo rispetto al meccanismo dell'alguida sussunzione – in apparenza neutrale – insito nel secondo.

La singolarità concettuale del negozio esige, per così dire, una sua comprensione che tenga conto di tale natura che non può essere conculcata da nessuna configurazione astratta: su questo la lezione di Betti tanto nella teoria generale, tanto nell'opera oggetto delle nostre riflessioni è quanto mai attuale e pregnante.

Il negozio, con la sua ontologica ed insopprimibile forza regolatrice, è coesenziale alla dimensione umana e rifugge da ogni rigido recinto dogmatico: nel momento in cui l'autonomia privata innovando e creando si fa portatrice nel concreto perseguimento causale di valori assiologicamente non contrari o addirittura misura e fonte di realizzazione di interessi conformi all'ordinamento e non disgiunti dai parametri di proporzionalità e ragionevolezza, essa varca i confini del mero fatto e ridefinisce, integrandosi con esso, il valore del (parallelo) criterio qualificante attualizzandolo e concretandolo in un processo di circolarità ermeneutica che va dal negozio (e la sua causa) al diritto nella sua complessa unitarietà.

Sta in ciò la perenne creatività dei privati.

Per tali ragioni la logica della fattispecie non potrà mai soddisfare il giurista e di questo Emilio Betti ci ha dato ulteriori e preziose conferme in tutto il suo magistero e riproposte lucidamente in questo volume.

Ma non basta.

Nel libro anche con riguardo alla causa nei contratti agrari emerge la sua nota configurazione, ancora una volta già esposta in maniera scultorea nella Teoria generale del

¹¹ Così N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, cit., 25.

negozio: la causa quale funzione economico-sociale che caratterizza il tipo del negozio e in questo senso tipica¹².

Questa correlazione o meglio sovrapposizione tra la causa e il tipo – che non postula necessariamente una visione astratta del fenomeno quando ci si cali nella dimensione concreta dell'agire contrattuale – rivela ancora una volta una attenzione alla parallela dimensione sociale in cui opera l'autonomia dei privati¹³.

Qui mi sia consentita una riflessione che mi permette, pur nella loro diversa sensibilità teoretica, di accomunare Emilio Betti e Giovanni Battista Ferri.

E mi riferisco non evidentemente alla concezione della causa posto che il primo è stato il più autorevole assertore della causa come funzione economico-sociale ed il secondo è stato l'ideatore della teorica della causa come funzione economico-individuale ma piuttosto alla visione di fondo del negozio giuridico: Betti, come ha evidenziato Natalino Irti, ha cercato in definitiva di salvaguardare il carattere primigenio del negozio, laddove, come abbiamo visto, anche successivamente alla recezione statale il negozio non perde la sua originaria, ontologica identità; Ferri in maniera organica ha sottolineato il valore originario e autonomo del negozio nella sua teoria della compatibilità¹⁴, superando la logica della fattispecie e del riconoscimento.

¹² BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 60-61.

¹³ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 61. Cfr. anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 192: «Nell'ambiente sociale moderno, le cause di negozi sono tipiche nel senso che, pur non essendo tassativamente indicate dalla legge, debbono però in genere essere ammesse dalla coscienza sociale siccome rispondenti a un'esigenza pratica legittima, a un interesse sociale durevole, e come tali sono valutate degne di tutela giuridica».

¹⁴ Elaborazione teoretica che si deve agli studi di G.B. FERRI. Cfr. dell'Autore *Il negozio giuridico*, Padova, 2001. L'Autore nel saggio *La volontà privata e la teoria del negozio giuridico*, in *Dir. e giur.*, 1998, 24, evidenzia: «Da tempo (ed oggi più che mai), il problema del negozio giuridico (come espressione di una volontà autonoma), deve porsi nei termini alternativi in cui lo poneva, con elegante perentorietà, Biagio de Giovanni: o lo si considera fatto, ed allora è oggetto di valutazione, che rileva in funzione del punto di vista che lo assume come presupposto; oppure lo si considera un valore e in tal caso è necessario affermare senza incertezze, il suo significato di criterio qualificante. Viene con ciò, messa alle strette l'ambigua tendenza esemplarmente espressa nelle idee, ad esempio dello Zitelmann (e che, a ben vedere, sembra fino ai nostri giorni, avere più o meno consapevolmente, permeato tutte le dispute intorno al negozio giuridico) di far appunto coesistere una dimensione *oggettiva* del negozio giuridico (la cui efficacia sarebbe, in quanto *fattispecie*, comunque, da ricondursi all'ordinamento statuale), con quella *soggettiva* (in cui la volontà dichiarata sarebbe chiamata a svolgere, anche sotto il profilo effettuale, un ruolo decisivo). Ma se si considera il negozio giuridico come *valore* (ma non sembra che, all'interno della teoria del negozio e del "sistema" dei fatti giuridici, si possa, a mio giudizio, intenderlo in altro modo), la dimensione della giuridicità non potrà che essere insita in quella stessa autonomia dei privati, di cui esso è espressione».

Per un'analisi critica del concetto di negozio giuridico unitamente alla proposta ricostruttiva della categoria negoziale cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969.

È una affinità che lega i due studiosi nella loro profonda cultura anche storica che supera ogni appiattimento positivistico.

Nel pensiero e nell'opera scientifica di Betti, compreso il volume dedicato all'impresa e ai contratti agrari, si avverte costantemente la rilevanza di un superiore interesse economico-sociale: è la sua cifra di studioso ed intellettuale, il suo criterio assiologico ed ontologico del diritto, manifestato con particolare vigore e chiarezza già ai tempi della elaborazione della nuova codificazione.

Il senso ultimo delle riflessioni di Betti anche nelle lezioni sui contratti agrari, al di là delle obiettive e note criticità concettuali in tema di causa e tipo evidenziate dalla dottrina successiva¹⁵, è inequivocabilmente rappresentato dalla meritevolezza sociale degli interessi perseguiti nell'atto di autonomia privata.

4. Si tratta di una serie organica di lezioni che rivelano in maniera progressivamente serrata la complessità delle trame sottostanti, il rigore del pensiero, l'estensione dell'analisi sistematica, concettuale, storica e valoriale: una vastità di orizzonti che richiede in queste nostre notazioni una attenzione critico-esegetica che possa consentire anche al lettore di oggi di comprendere più adeguatamente lo scenario in cui si sviluppano i rilievi di Emilio Betti.

Al di là dell'approdo legislativo finale che vedrà l'espunzione della mezzadria e degli altri contratti agrari a struttura associativa dal panorama dei tipi contrattuali consentiti, riducendo la varietà delle forme negoziali in agricoltura allo schema preponderante dell'affitto, il libro oltrepassa di gran lunga il dato transeunte dell'analisi della disciplina in materia di contratti agrari e, in special modo, di quelli associativi.

Se appaiono indubbiamente di grande finezza e straordinariamente rigorose le denunce delle criticità non solo tecniche che l'Autore svolge ed illustra con dovizia di particolari con riguardo al progetto di riforma dei contratti agrari (nelle sue varie e progressive formulazioni testuali), ciò che emerge quale dato essenziale dell'opera è da un lato l'onestà intellettuale del giurista di Camerino e, dall'altro, la sua capacità di riuscire a fornire una sistemazione della materia che esalta, per così dire, il lavoro e la missione del giurista: non mero esegeta né automa subalterno alla lettera della legge¹⁶ ma costruttore della società *sub specie juris* in base alla *Weltanschauung*, alla visione del mondo che emerge dall'ordinamento costantemente *in fieri*.

È qui che si coglie con nitore il valore persistente dell'opera di Betti che ne consente la qualificazione in chiave di classico del diritto.

L'illustre studioso, ovviamente, trattandosi di un volume che nasce dall'esperienza sul campo dell'insegnamento accademico, indaga le peculiarità dogmatiche e applica-

¹⁵ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966. Sulla causa cfr. altresì C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. del contratto*, a cura di G. Vettori, diretto da V. Roppo, II, Milano, 2006, 85 ss.

¹⁶ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 200.

tive dei contratti agrari con particolare riguardo a quello di mezzadria, estendendo la sua lucida analisi intellettuale anche al contratto di colonia parziaria e al contratto di soccida e ad altre specie negoziali: non trascura nemmeno di rimarcare le numerose varianti tipologiche dei contratti in agricoltura nella consapevolezza dell'importanza delle consuetudini (un tempo costituenti quasi il fondamento dell'agrarietà) e delle specificità geografiche rispetto all'originarsi di tali negozi.

Betti, anche in ragione dei suoi noti convincimenti, non poteva non sottolineare le profonde novità introdotte dal codice civile del 1942 rispetto alla nuova configurazione e strutturazione dei contratti agrari: dallo schema commutativo a quello associativo.

Ma se questi ultimi aspetti, unitamente alla descritta asserita non autonomia scientifica del diritto agrario rispetto al diritto civile sono, all'evidenza, profili correlati allo studio di istituti propri della materia agraristica, si rinvencono nel volume dei nodi problematici che tuttora affliggono il giurista del XXI° secolo: alludiamo a quella crisi profonda delle istituzioni che nasce da una ipertrofia del precitato positivismo legislativo¹⁷ e che Betti non ha remore nel considerare come la causa del declino del diritto laddove con la consueta *vis* polemica dedica pagine serrate alla decostruzione dei progetti di riforma della mezzadria.

Eloquente, al riguardo, il Maestro quando denuncia le patologie del sistema legislativo, muovendo dalla critica portata alla riforma: «alla base delle opinioni di tutti i discutenti sta la premessa che il legislatore possa fare tutto quello che vuole, che il diritto non sia ordine di convivenza radicato nella coscienza sociale e rispondente a certe convinzioni degli interessati, ma sia il portato di un'autorità superiore la quale impone quello che a lei pare¹⁸».

Aggiunge lo studioso come ormai si registri una babelica inflazione delle leggi, che mirano non all'interesse generale ma alla protezione di interessi settoriali, di classe che minacciano la generalità delle norme col crescente discostarsi dai principii. Si è attraversata la fase delle codificazioni per giungere alla nomogenesi odierna che produce leggi nel segno dell'effimero...

Betti non esita, quindi, a riassumere la sua posizione affermando che dove si scorge il declino del diritto la causa è da rinvenirsi nella sopravvalutazione della legge rispetto all'interpretazione che dipende da una concezione statalistica del diritto, la quale ignora e svaluta il compito dell'interpretazione stessa¹⁹. Egli rammenta, al riguardo, la lungimiranza di altri studiosi quali Carl Schmitt, Francesco Carnelutti e Georges Ripert, «giuristi pensosi dell'avvenire della nostra civiltà²⁰».

¹⁷ Sull'«idolatria» legislativa e sul positivismo legislativo, nella prospettiva comparatistica, v. le riflessioni di GRONDONA, *Emilio Betti e la comparazione giuridica: premesse per una discussione*, in Banfi, Stolfi, Brutti (a cura di), *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968). La cultura giuridica. Testi di scienza. Teoria e storia del diritto*, Roma, 2020, 255 s.

¹⁸ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 199.

¹⁹ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 204.

²⁰ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 204.

Il giurista di Camerino ci sorprende per l'attualità del suo pensiero; quasi riecheggia, precorrendo i tempi, molte delle penetranti critiche sul positivismo sviluppate dalla mente finissima di Paolo Grossi²¹ pur nella diversità nota di convincimenti, sensibilità ed ispirazioni.

5. Tornando al contesto storico in cui furono elaborate queste lezioni occorre ribadire come molte delle posizioni di Betti si spiegano e più adeguatamente si comprendono, in effetti, quando le stesse vengano collocate in maniera razionale nel periodo storico in cui furono esternate e dialetticamente difese: ma sarebbe certamente un errore ritenere che le idee dell'antico Maestro siano ormai del tutto anacronistiche e consegnate, al massimo, ad una erudita analisi storiografica.

In realtà, Emilio Betti laddove affronta con il consueto e noto rigore e, sotto certi aspetti, con una asprezza di toni inusuale gli istituti del diritto agrario (molti dei quali ormai consegnati al passato) quali la mezzadria e gli altri contratti agrari associativi, continua a sollecitare il giurista anche del tempo presente a riflettere su questioni di assoluta rilevanza.

Si pensi alla profonda analisi delle conseguenze negative determinate dal precitato positivismo legislativo ed alla connessa denuncia delle «tendenze disintegranti, che nelle società moderne mirano non all'interesse della società nazionale, ma alla protezione contingente di interessi particolari»²² e che, in definitiva, minano il diritto, la sua essenza e la sua funzione.

Ancora, si rifletta sulle notazioni del Maestro in ordine alla prospettiva con cui guardare al problema generale dell'autonomia privata, pur muovendo dall'angolo visuale particolare dei contratti agrari.

Una autonomia tipologica e contenutistica che ha, come noto, subito nel diritto dell'agricoltura una progressiva limitazione e restrizione a partire dalle scelte normative che ispirarono i progetti di riforma criticati con severità dall'illustre studioso e che sfociarono nella legge del 1964 sul divieto di stipula di nuovi contratti di mezzadria, per giungere sino alla nota legge sui patti agrari del 1982 in tempi più recenti e a noi vicini.

Allargando l'orizzonte e le prospettive con cui esaminare l'opera, ci si rende conto che le preoccupazioni di Betti sugli interventi limitatrici dell'autonomia nei contratti agrari, le critiche sulla compressione della differenziazione della varietà degli schemi contrattuali etc. segnano, per così dire, l'avvio e il progressivo concretamento di un tornante della storia del diritto civile, anticipando, per certi versi, l'espressione di una serie di riflessioni fondamentali della civilistica sul contratto in generale, sull'integrazione del negozio, sul tipo contrattuale, sull'incidenza del diritto pubblico nel diritto privato²³.

²¹ Cfr. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

²² BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, Milano, 1957, 202.

²³ Cfr. JANNARELLI, *Metodo e contenuto del diritto agrario nel dialogo di Grossi con gli agraristi*, in *Quaderni Fiorentini*, 2023, I, t. I, 201-202: «Non può negarsi, infatti, che sin dal dibattito intervenuto agli inizi degli anni cinquanta e poi, più decisamente, a proposito della legge n. 756 del 1964, la legi-

Tanto da poter affermare che la rilevanza socio-economica dei rapporti in agricoltura abbia costituito sul versante del diritto *un irrinunciabile laboratorio* per la scienza giuridica privatistica impegnata nella revisione di molti dei dogmi del diritto civile.

Nei capitoli successivi (in particolare quelli ricompresi tra il II e l'VIII capitolo) Betti si sofferma sulla delimitazione dei contratti agrari, evidenziandone caratteristiche e specificità non solo con riferimento alla nozione e alla diversificazione strutturale e funzionale rinvenibile nei vari contratti associativi e in quelli commutativi ma allargando la propria indagine anche su profili economici e in relazione ad aspetti e problemi della disciplina delle differenti tipologie dei contratti in agricoltura: contratti rispetto ai quali si staglia per importanza storica ed economica quello di mezzadria.

Emilio Betti dimostra di padroneggiare non solo il punto di osservazione proprio del giurista ma anche quello, potremmo dire, socio-economico delle questioni affrontate. Egli, in altre parole, riesce a sintetizzare e a rappresentare ad es. il diverso atteggiamento del mero concedente (che si limita a far propria la rendita fondiaria) o, all'opposto, del proprietario virtuoso che si impegna nella gestione e nella compartecipazione dell'impresa agraria e, simmetricamente, del coltivatore autonomo protagonista o inserito unitamente al proprietario nel rischio dell'attività economica organizzata in agricoltura.

Potremmo dire che la mentalità del *rentier* o, all'opposto, del proprietario imprenditore così come del mezzadro responsabile e responsabilizzato nella conduzione dell'impresa mezzadrile equivalgono a criteri con cui analizzare e spiegare molti dei fenomeni che hanno determinato ascesa o declino, sinergia o, più realisticamente, conflittualità dei rapporti agrari. Anche nel settore primario, evidentemente, un'*etica responsabile del fare* costituisce fattore di sviluppo e progresso sociale rispetto alla posizione statica e talvolta parassitaria di una proprietà inerte e distante anni luce dalla sua funzione sociale.

L'analisi di Betti è calata in definitiva nella realtà: non è affatto astratta malgrado il suo noto rigore dogmatico che si accompagna ad uno stile quasi scultoreo delle definizioni e delle sottolineature critico-ricostruttive che l'antico Maestro offre anche con riguardo agli istituti del diritto agrario e ciò pur tenendo conto dei suoi convincimenti politici o della sua formazione culturale.

slazione sui contratti agrari ha rappresentato il fondamentale campo di concreta sperimentazione dell'intervento pubblico in economia destinato ad incidere sull'autonomia contrattuale dei privati. Tale intervento ha coinvolto punti nevralgici della ricostruzione giuridica del contratto che hanno indubbiamente alimentato la ripresa su basi rinnovate della riflessione sul contratto in generale. La grande stagione della riflessione sul tipo contrattuale, sull'integrazione del contratto, sul contenuto del contratto, e più in generale sul rapporto appunto tra intervento pubblico ed autonomia privata, al di là della soltanto conclamata occasione legata ad una presunta programmazione economica che avrebbe dovuto incidere sull'autonomia contrattuale dei privati, ha indubbiamente rinvenuto negli interventi sui contratti la concreta attivazione di alcuni principi, presenti nel codice civile, ma per molto tempo non valorizzati dalla letteratura giuridica».

6. Per Betti nei contratti di scambio quale quello di affitto – ed in cui il protagonista dell'impresa a proprio rischio è il solo affittuario – si rivela la disaffezione del locatore per la vita dell'azienda agraria; una volontaria e deprecabile disaffezione che consente la sua estromissione dalla gestione rimessa esclusivamente a chi conduce il fondo mediante il contratto di scambio: questi proprietari hanno «la mentalità del “rentier”»: pensano che il fondo altro non sia che un mezzo per ricavare un reddito fisso e sicuro²⁴».

In queste notazioni del giurista di Camerino non è difficile scorgere una attenzione anche etica, nemmeno troppo velata da una vena di malinconia, per quel mondo agricolo della tradizione contadina che non è possibile ridurre solo alle più note e retrive forme deteriori di sfruttamento e che sarà via via radicalmente trasformato da politiche economiche che si riveleranno talvolta poco lungimiranti sotto l'aspetto della difesa (anche in termini di sostenibilità) di un'agricoltura, da un lato, realmente improntata ad equi rapporti sociali e, dall'altro, effettivamente idonea a consentire un razionale utilizzo delle risorse nel quadro più generale della protezione agro-ambientale e paesaggistica.

È una vicenda che ben si riassume, per certi versi, nella parabola della mezzadria ampiamente indagata da Betti.

Un contratto quest'ultimo su cui si registravano differenti concezioni sociali ed economiche: per alcuni strumento di sfruttamento dei mezzadri, per altri – più pacatamente – archetipo di una civiltà agraria che aveva assolto in determinate aree geografiche del nostro Paese una funzione tutt'altro che negativa, rilevandosi come la mezzadria abbia rappresentato tante cose intorno al nesso proprietà-famiglia-lavoro: nella contemporaneità essa evocherebbe un modello di concepire l'equilibrio tra territorio e produzione, tra lavoro umano e natura, tra intervento sul territorio e conservazione ambientale²⁵.

Una figura, comunque, sulla quale polemiche e discussioni frutto di diverse sensibilità e convincimenti non si sono mai sopite.

Si pensi alle equilibrate ma rigorose riflessioni di Filippo Vassalli²⁶ con cui il giurista di Camerino anche in questo libro ha mantenuto un costante dialogo, o alla sferzante denuncia di Ruggiero Romano, laddove quest'ultimo affermava a proposito del contratto

²⁴ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 9.

²⁵ PASSANITI, *Persistenza e trasformazione di un archetipo contrattuale*, Torino, 2017, XV. Per una irrinunciabile descrizione storica della condizione in agricoltura v. JACINI, *I risultati della inchiesta agraria (1884). La situazione dell'agricoltura e dei contadini italiani dopo l'Unità*, Torino, 1976, e in particolare l'introduzione di G. Nenci, IX s.; cfr. anche CORNER, *Contadini e industrializzazione. Società rurale e impresa in Italia dal 1840 al 1940*, Bari, 1993.

²⁶ VASSALLI, *Sul disegno di legge n. 175 del 1948 contenente disposizioni sui contratti di mezzadria*, in *Studi Giuridici*, III, tomo II, Milano, 1960, 641 ss. Emilio Betti nella postilla alla seconda ristampa del suo volume sul negozio giuridico, p.5, scrisse a proposito del precitato saggio di Filippo Vassalli che nella critica mossa dall'insigne Maestro al disegno di legge n. 175 del 1948 – una critica caratterizzata da cristallina profondità e garbato equilibrio – vibra la personalità di un grande giurista. Per Betti «continuare il lavoro cui egli ci ha guidato è per noi un impegno di fede».

in questione: «altro che espressione dell'andata alla terra della civiltà urbana: strumento di frattura, domicilio coatto e servitù della gleba!²⁷».

In effetti, dietro l'impresa agricola del nuovo codice civile continuava a svolgere quasi sempre il ruolo di protagonista la proprietà e la relativa rendita fondiaria, tanto che per lungo tempo sembrò nei fatti una mera dissertazione astratta la pretesa di svincolare i rapporti produttivi in agricoltura dalla preminenza della figura del proprietario anche in relazione alla stessa articolazione della disciplina dei contratti agrari associativi. L'atteggiamento di favore nei confronti della mezzadria da parte del legislatore del ventennio si spiegava – nella prospettiva ideologica del regime – con l'idea che tale figura contrattuale costituisse la prova che gli interessi confliggenti del proprietario terriero e del contadino finissero per convergere nell'interesse sovraordinato della Nazione in correlazione con la funzionalizzazione dirigistica dei rapporti e dell'economia.

Senza questa precomprensione del ruolo della mezzadria risulterebbe impossibile verificare la coerenza o meno di molte delle posizioni che vedevano in essa un mezzo per superare la contrapposizione tra capitale, impresa e lavoro: compreso l'atteggiamento di Betti nel volume sui contratti agrari di cui la mezzadria ne costituisce l'archetipo.

Nel ventennio e nella Carta della Mezzadria si sosteneva una sorta di corrispondenza tra la struttura interna della famiglia mezzadrile e la struttura organizzativa statale propria del fascismo che anche per questo riconosceva una particolare preminenza ai contratti agrari. Su tale contratto ha, quindi, pesato oltre alle situazioni di sfruttamento parassitario dei concedenti anche il condizionamento ideologico legato alle finalità del legislatore fascista.

Un contratto, nella sua riformulazione in chiave associativa, stretto tra gli intenti dirigistici di associare proprietà e lavoro e le contrapposte resistenze di fatto della classe dei proprietari terrieri che rivendicavano – ed esercitavano – nel ruolo e nella direzione una indubbia preminenza sui mezzadri.

Ne conseguiva che la ragione fondamentale del singolare primato che andava riconosciuto ai contratti agrari derivava dalla circostanza «che, a differenza di altre parti del codice civile, la normativa ivi consegnata, pur nella sua indubbia modernizzazione tecnica e concettuale rispetto al codice ottocentesco, ha rappresentato certamente l'obiettivo cristallizzazione di un assetto dei rapporti sociali in agricoltura, più in particolare del conflitto tra proprietà della terra e lavoro, quale era stato autoritativamente imposto nel periodo corporativo: assetto decisamente più favorevole alla rendita agraria (che del resto aveva alimentato il fascismo) rispetto a quello raggiunto nella contrattazione collettiva a seguito delle lotte sociali emerse dalla fine del primo conflitto mondiale sino all'avvento del regime. Non è un caso, dunque, che in un paese allora fundamentalmente agli inizi del processo di industrializzazione, i conflitti sociali in agricoltura dovessero assumere un'importanza determinante e che, in definitiva, sul piano della politica del di-

²⁷ R. ROMANO, *Una tipologia economica*, in *Storia d'Italia, I caratteri originali*, ediz. tasc., vol. I, Milano, 267.

ritto si desse inizio ad un processo di revisione degli assetti disciplinari consacrati nella codificazione²⁸».

Sono queste le criticità sociali ed economiche che si riverberano inevitabilmente sulle soluzioni giuridiche e che attraversano l'opera di Betti sui contratti agrari così come di ogni altro studio agraristico collocato in quel contesto.

E tuttavia la mezzadria rivelava una dimensione più complessa ed un orizzonte ulteriore rispetto alla strumentale (e forse utopistica o insincera) intenzione del legislatore fascista di superare la contrapposizione tra proprietà e lavoro così come con riferimento a quelle critiche incentrate sulla mera denuncia delle forme deteriori di sfruttamento della famiglia colonica; una dimensione che non poteva non tener conto, cioè, della diversità geografica e sociale in cui il contratto si trovò storicamente ad operare e di cui ad esempio Filippo Vassalli ha offerto incisiva testimonianza, condivisa seppur con toni talvolta più aspri dal giurista di Camerino.

In questo quadro, Betti svolge la critica tecnico-giuridica ai progetti di riforma della mezzadria e dei contratti agrari senza timore di esternare le proprie idee, i propri convincimenti; opinioni che in dottrina sono state ritenute far parte di una letteratura consapevolmente orientata nella direzione di custodire gli equilibri sociali consacrati dal legislatore corporativo, tanto che le pagine del giurista camerte sarebbero emblematiche in tal senso laddove critica con durezza i progetti di revisione degli assetti disciplinari presenti nel codice ed avviati subito dopo l'avvento della Repubblica²⁹.

L'antico Maestro, del resto, non esita a definire come demagoghi-profeti coloro che approfittano della crisi socio-economica dei rapporti in agricoltura per preconizzare il crepuscolo della mezzadria e contestarne la stessa ragione di essere³⁰.

Egli ritiene che i detrattori della mezzadria e degli altri contratti agrari associativi lo facciano per principio, per pura prevenzione³¹ e non esita a suggerire polemicamente a tali scrittori, all'apparenza così impreparati in fatto di patologia economica agraria, a leggere e meditare la penetrante critica del progetto di riforma del 1948 svolta da uno studioso del calibro di Filippo Vassalli.

Ma Betti nel difendere i vecchi contratti agrari è assimilabile *tout court* ad un difensore interessato di situazioni consolidate o addirittura di posizioni contrattuali ingiuste e coincidenti con le rendite fondiari e parassitarie dei proprietari? Francamente non lo crediamo: si farebbe torto non solo allo studioso ma soprattutto all'uomo.

²⁸ Così JANNARELLI, *Il contratto in generale ed i contratti agrari tra disciplina municipale e normativa comunitaria*, in *Gli attuali confini del diritto agrario*, Atti del convegno "Enrico Bassanelli", Milano, 1996, 200-201.

²⁹ Cfr. il pregevole saggio di JANNARELLI, *Il contratto in generale ed i contratti agrari tra disciplina municipale e normativa comunitaria*, in *Gli attuali confini del diritto agrario*, Atti del convegno "Enrico Bassanelli", Milano, 1996, 200, nt. 22.

³⁰ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 71.

³¹ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 15.

Emilio Betti era come tutti figlio del suo tempo: certamente credeva in una concezione forte del diritto che si ritrova in tutta la sua opera scientifica – contraddistinta da un inflessibile senso del dovere sociale e personale – e che non riuscì mai a svincolarsi da un passato tragico e ormai tramontato³².

L'idea di causa e quella correlata di negozio giuridico propugnata da Betti, ed in cui l'interesse generale rappresenta la stella polare del giurista rispetto all'individualismo, ne offrono ad esempio significativa testimonianza.

Con ragione si è sottolineato in difesa dell'uomo e dello studioso come «talune specifiche prese di posizione, assunte dal Betti, con un eccesso di partecipazione ideologica (e che, nella loro “appassionata” formulazione hanno, forse, finito per oltrepassare le stesse intenzioni dello studioso) condizionarono, pur risultando marginali nel complesso dei suoi scritti, l'interpretazione del suo intero pensiero»³³. Evidentemente, lo studioso non poteva non risentire degli influssi dell'ideologia corporativistica a cui fu legato nel ventennio e che, per certi aspetti, lo identificarono, per così dire, anche dopo la caduta del regime e ne determinarono in seguito un sostanziale isolamento.

In questo quadro, il giurista di Camerino non esitava a rinvenire nella crisi dei contratti agrari, nelle correlative e spesso drammatiche conflittualità sociali ed umane una visione del mondo legata alla lotta di classe.

Sotto questo aspetto, scrive l'Autore che per afferrare bene la natura del rapporto con riguardo alla forma associativa del contratto agrario - ove il mezzadro, il colono e il concedente contribuiscono all'ordinamento dei fattori reali e personali dell'impresa creandola spiritualmente, come affermava Maroi, in un'atmosfera di collaborazione e solidarietà - occorre risalire alla questione generale delle varie funzioni sociali di cooperazione, sul piano del diritto civile, che caratterizzano i differenti tipi contrattuali.

Nel regime di associazione il lavoratore viene ad inserirsi nella struttura dell'azienda con assunzione del medesimo nella gestione dell'impresa: in tal caso l'organismo aziendale viene a configurarsi, sotto il profilo dell'inserzione nell'azienda, come una comunione d'azienda, una *Werkgemeinschaft* come dicono i giuristi tedeschi; e sotto il

³² Rileva DE CUPIS, *Scuola del diritto*, Milano, 1993, 73-74: «Betti aveva una personalità affatto singolare. Era tanto grande come giurista quanto ingenuo negli aspetti della vita estranei alla sua vita scientifica. Politicamente avvinto a un passato morto e sepolto, per un errore di valutazione da lui compiuto in buona fede, era fortemente osteggiato, e con ingenerosa acrimonia, da buona parte del mondo accademico, che non gli perdonava l'errore e non voleva riconoscere, a fronte di questo, la sua immensa cultura giuridica, la quale aveva dato origine ad opere di fondamentale importanza». Sulla figura di Betti, v. di recente le belle pagine di GRONDONA, *Emilio Betti e Aurelio Candian: due “giuristi missionari”*, in *Accademia*, 2023, 1075 ss., nella recensione del pregevole volume di BIROCCHI, MURA, *La missione del giurista. L'itinerario parallelo di Emilio Betti e Aurelio Candian*, Torino, 2022.

³³ G.B. FERRI, nella sua introduzione al volume di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, nella collana delle ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di P. e G. Perlingieri, Napoli, ediz. del 1960, rist. 1994, XIII.

secondo aspetto dell'assunzione nella gestione dell'impresa, viene a concepirsi come un *Mitbestimmungsrecht*³⁴.

Betti vede in ciò il valore sociale del trapasso storico dal regime commutativo al regime associativo: trapasso, che segna un mutamento radicale nel contenuto e nell'oggetto del rapporto di lavoro. In regime di scambio il lavoratore è abbassato al livello di una merce, che si scambia contro una mercede (...); è, codesta, la concezione materialistica accettata dall'economia capitalistica e fatta propria dalla teoria marxista, che vi fonda le dottrine del plusvalore e della lotta di classe³⁵. Betti rammenta, prima di affrontare la disciplina del contratto di mezzadria, come la comunanza di scopo sia l'elemento caratteristico dei contratti a struttura associativa come evidenziò più in generale Jhering³⁶.

La mezzadria rappresentava l'occasione di un intervento forte sugli assetti economico-sociali da trasformare, fondandoli su una contrattualizzazione dei rapporti orientata dallo Stato nella direzione del bene supremo costituito dalla produzione nazionale.

Nei propositi del legislatore fascista la configurazione del contratto agrario in chiave associativa doveva, quindi, superare la radicalità del conflitto tra le classi come si è evidenziato sopra.

Betti ha sempre chiaramente guardato alla funzionalizzazione degli istituti del diritto privato nella prospettiva dell'interesse generale che il diritto doveva perseguire e tutelare (nel prisma ermeneutico dell'ordinamento): una idea del resto coerente con il disegno di costruire una proprietà ed un'impresa responsabilizzate nella temperie dirigista del regime che aveva incontrato il suo favore laddove proprietario era sinonimo di proprietario-produttore, di funzionario, di responsabile nel processo produttivo nell'economia dirigistica dello Stato corporativo; filosofia assai distante e divergente da quella espressa dal Codice di Napoleone, e nelle successive codificazioni civili di stampo liberale ove vennero trasfusi e consacrati i diritti fondamentali dell'individuo, secondo le classiche concezioni giusnaturalistiche: la proprietà e la libertà, intesa quest'ultima, essenzialmente come libertà economica³⁷.

Con riguardo a quel periodo, in effetti, l'idea del privato ridotto quasi a funzionario che Betti aveva in altre occasioni precedentemente negata nel nome della matrice (pur sempre) liberale, delle concezioni fasciste, sembrò riproporsi progressivamente³⁸.

Queste idee e questo complesso quadro politico e giuridico non potevano non condizionare l'analisi di Betti sui contratti agrari e, in particolare, sul simbolo dei rapporti contrattuali in agricoltura anche dopo la caduta del fascismo: la mezzadria.

Del resto, è lo stesso Betti a chiarire il suo pensiero quando rileva come il senso delle norme proprie ad es. degli artt. 2085 e 2088 «era più pregnante, allorché esse si inquadravano nell'orbita di un ordinamento corporativo: ordinamento, il quale si credette di sop-

³⁴ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 11-12.

³⁵ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 12.

³⁶ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 67.

³⁷ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 471.

³⁸ Cfr. G.B. FERRI, *Proprietà produttiva e impresa agricola*, Torino, 1992, 121.

primere almeno temporaneamente (perché la società moderna veramente non può fare a meno di una organizzazione sindacale e corporativa). Poiché si credette di sopprimerlo, rimasero le anzidette norme in certo modo come rudimenti, i quali fanno rinvio ad un complesso organico più vasto che allo stato attuale della legislazione non ha ancora, o non ha più, una precisa disciplina giuridica³⁹.

In altri termini, l'influsso dirigistico, produttivistico e di responsabilizzazione sociale guida l'analisi anche assiologica dello studioso con particolare riferimento all'impresa agraria e a quella peculiare forma associativa rappresentata dall'impresa mezzadriale.

7. Betti cioè, non intendeva proteggere in maniera retriva la classe degli agrari – come invece era forse possibile affermare rispetto ad altri autori, considerato che la gran parte della letteratura giuridica dominante si rivelò ostile alla riforma della mezzadria – ma piuttosto riteneva anche nel contesto della democrazia repubblicana di poter continuare a governare con la tipologia dei contratti associativi il conflitto tra proprietà, tra capitale e lavoro in agricoltura – conflitto che nel passato regime si cercò di realizzare con la riconfigurazione in chiave dirigistica del contratto di mezzadria ridefinito in una struttura associativa e non di scambio. Non il fine di proteggere i *beati possidentes*, i privilegi della proprietà muoveva, quindi, l'indagine critica di Betti ma, al contrario, il perseguimento della funzione sociale della proprietà medesima (in particolare quella agricola) seppur nella prospettiva della sua formazione culturale e con molta probabilità con le sensibilità ideologiche che gli erano proprie o che comunque lo condizionarono.

Si rifletta, del resto, come caduto il regime corporativo e instauratasi la Repubblica, nel panorama della stessa scienza giuridica privatistica si scorgeva da alcuni, sotto certi aspetti, una relativa linea di continuità nella regolamentazione dei rapporti economici: si è evidenziato, in questa prospettiva, come ad es. per Vassalli vi fosse quasi una sorta di “fungibilità” tra i principi della Carta del Lavoro e quelli della Costituzione in tema di rapporti economici. Ma in tal modo non si voleva esprimere affatto una visione di per sé conservatrice del diritto privato, né si rivendicava la neutra tecnicità del lavoro del giurista. Al contrario, nel riuscire a sceverare le tendenze di fondo del mutamento delle transeunti ideologie dominanti, la scienza giuridica sarebbe stata in grado di darsi, e di gestire, un lungimirante progetto “politico”⁴⁰.

³⁹ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 5-6.

⁴⁰ SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in SCHIAVONE (a cura di) *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Bari, 1990, 258; PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 358 ss., evidenziò l'importanza dell'intreccio tra norme, principi corporativi e codice civile, intuendo l'importanza della loro portata che doveva essere vista nella prospettiva di accentuare i profili programmatici del sistema positivo. Una tematica che successivamente venne appunto ripresa da F. Vassalli. Lo studioso nel noto contributo *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi Giuridici*, III, tomo II, Milano, 1960, 623, avvertiva che solo un osservatore superficiale o politicamente prevenuto potrebbe credere che il codice del 1942 si ricolleggi neces-

Sta qui con molta probabilità l'essenza della posizione di Betti: quella di non riuscire a scorgere o nel non voler vedere che il contesto dei valori è inevitabilmente ed in maniera irreversibile cambiato, trasformato dalla scala dei precetti costituzionali.

Un atteggiamento del resto comune a molti autori che, sotto altro profilo, ridimensionavano l'operatività precettiva delle norme costituzionali ritenute vaghe o programmatiche o che rivendicavano quella descritta continuità tra principi economici del dirigenza e quelli costituzionali di governo dell'economia.

Il giurista si trova quindi – a voler schematizzare – tra due fronti principali e radicalmente contrapposti: tra coloro che guardano alla mezzadria come presidio, baluardo delle prerogative dei proprietari terrieri e coloro che, all'opposto, ne invocano la profonda riforma (ma Vassalli parlò di snaturamento del contratto) se non l'abrogazione perché ritenuta *tout court* fonte di sfruttamento e di sottomissione dell'agricoltore e della sua famiglia.

Betti respinge quella che ritiene una forzata polemica ideologica ed imperniata sulla lotta di classe ma non riesce o non vuole rileggere la contrattazione in agricoltura nella luce ermeneutica dei nuovi principi personalistici della Costituzione rispetto al dato economico: e, del resto, quanto tempo doveva passare per la loro valorizzazione, per la loro configurazione in chiave di precetti giuridici immediatamente operativi, di solido basamento di una nuova legalità anche nel diritto civile⁴¹?

A ciò si aggiunga che nella stessa dimensione dell'ordinamento corporativo, malgrado la revisione concettuale dei contratti agrari – da contratti di scambio ad associativi – non si riuscì, o con più probabilità, non si volle, andare, nella realtà delle cose, oltre il consolidamento di un assetto dei rapporti sociali in agricoltura oggettivamente sbilanciato in favore della classe della proprietà.

Da un lato, come si era anticipato, la valorizzazione della mezzadria avrebbe dovuto rappresentare nell'ordinamento dirigitico il mezzo per sanare il conflitto sociale tra proprietari terrieri e contadini, ma, dall'altro, dietro lo schermo dell'associazione imprenditoriale del contratto agrario continuava più verosimilmente a prevalere il vero protagonista del rapporto negoziale: il proprietario. Con la conseguenza di continuare a scorgere dietro la figura della controversa figura dell'impresa agricola *ex art.* 2135 c.c.

sariamente a un indirizzo politico tramontato e invisibile: profonde erano state le trasformazioni politiche, economiche e sociali. Osservava così, p. 633, che «la gerarchia dei fini è fissata dalla legge o è da dedursi dai principi fondamentali della Carta del lavoro, per questa parte non dissimile dalle ideologie oggi imperanti e in via di consacrazione nel nuovo Statuto». Concludeva in maniera lungimirante, in relazione ai fini superindividuali nel diritto privato contemporaneo che «questo più intimo collegamento del diritto civile con la Costituzione dello Stato e con la politica del medesimo, per cui la vita dei singoli è condizionata anche visibilmente alla vita e al funzionamento dello stato, pone allo sfondo dei problemi propri del diritto civile il problema stesso dello Stato».

⁴¹ V. la posizione antesignana di P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile, Università degli Studi di Camerino, 1971, rist., Napoli, 2011.

spesso se non sempre lo spettro del vecchio *rentier* come ha incisivamente notato la dottrina⁴².

Insomma, la mezzadria nella stessa innovata disciplina del codice civile del 1942 recava con sé contraddizioni e disarmonie sbilanciate in favore della proprietà: inevitabile, quindi, che in un processo di semplificazione dialettica la posizione di Betti venisse identificata essenzialmente con quella di un conservatore nostalgico: giudizio questo quantomeno affrettato considerato che il civilista camerte più volte si rifà all'analisi di Filippo Vassalli, giurista eccelso quest'ultimo e certamente non incline a simpatie per il passato regime ed a cui, anzi, si è riconosciuto il merito di una defascistizzazione diffusa del codice civile.

Anche Vassalli critica fortemente il disegno di riforma della mezzadria e degli altri contratti associativi: lo fa con la consueta lucidità e con l'intelligenza e la finezza di analisi che gli erano proprie senza raggiungere forse i toni agguerriti di Betti, in un contesto dialettico attento alle peculiarità storiche, geografiche ed economiche dell'archetipo dei contratti agrari, evidenziando anch'egli le incongruità tecniche e le contraddizioni del progetto di riforma con una attenzione evidente al possibile ruolo virtuoso svolto dal tipo contrattuale in esame, lontano da esasperate connotazioni di classe ma senza una difesa ad oltranza⁴³ del contratto agrario per ripetere le parole dell'illustre studioso.

Ciò che accomuna i due grandi giuristi – pur nella diversità degli animi e delle sensibilità – è l'accurata e severa sottolineatura delle incongruità tecniche dei contenuti dei progetti di riforma dei contratti agrari.

Ma come si era anticipato la fine è nota: prevalsero i riformatori e le preoccupazioni di continuare a consentire inammissibili forme parassitarie in danno dei mezzadri: di qui, a parte ipotesi residuali e circoscritte di conservazione dei vecchi rapporti, l'espunzione per così dire del contratto di mezzadria dalla scena del diritto dell'agricoltura con contestuale compressione dell'autonomia privata.

Certo, appare impensabile nella contemporaneità pensare di ritornare ai vecchi contratti agrari associativi: ogni forma contrattuale – così come ogni istituto giuridico – è legata al suo tempo e alla società che ne è espressione. Quei contratti assolsero in determinate zone per lungo tempo ad una funzione sociale meritevole (come ricorda Betti citando il pensiero di uno studioso cattolico come il Toniolo) ma si rivelarono anche espressione di inammissibile e grave sfruttamento da parte degli agrari.

Troppo diverso nell'attualità il contesto sociale e culturale che differenzia in maniera abissale l'agricoltura di oggi da quella del passato rispetto al rapporto di un tempo tra proprietario e mezzadro in cui la predominanza del primo non era solo di tipo economico. E tuttavia non si dovrebbe liquidare la vicenda storica ed umana del contratto di mezzadria solo in termini di contrapposizione tra proprietà e lavoro: invero le rivendicazioni

⁴² G.B. FERRI, *Proprietà produttiva e impresa agricola*, cit., 33.

⁴³ VASSALLI, *Sul disegno di legge n. 175 del 1948 contenente disposizioni sui contratti di mezzadria*, cit., 667.

di equi rapporti sociali ed economici nei contratti agrari o, all'opposto, una tenace difesa di prerogative proprietarie ne costituiscono, all'evidenza, profili insopprimibili ma non esclusivi.

Nella fine della mezzadria si scorge una metafora della dissoluzione di un mondo proprio della civiltà giuridica contadina. Forse, anche per questo, al di là dei convincimenti ideologici e dei toni, all'evidenza differenti in giuristi di valore come Filippo Vassalli ed Emilio Betti, la lettura dei rispettivi scritti sottende più o meno sottotraccia un tono crepuscolare.

8. Nel contributo critico ed analitico del giurista di Camerino è ormai chiaro che i suoi granitici convincimenti sugli istituti privatistici forgiati e reinterpretati nel prisma dell'interesse generale si ritrovano anche nello studio dei contratti agrari: quei principi dirigistici e di responsabilizzazione del fare, dell'*agere* negoziale ed imprenditoriali, sottendono in Betti la possibilità di guardare ad una meritevolezza negoziale in un'ottica produttivistica e funzionalizzatrice con riguardo all'impresa agricola e ai contratti agrari così come, del resto, il rilievo assegnato alla funzione economico-sociale permea la sua teoria generale del negozio giuridico la cui prima edizione e, in ogni caso, la sua elaborazione è legata alla temperie culturale e politica del dirigismo: è la sua visione, più in generale, del diritto e non solo di quello civile.

Non a caso egli cita testualmente alcune norme del codice civile del 1942 che avevano valore nel vigore dell'ordinamento corporativo. Si pensi ai precitati rilievi dell'antico Maestro sull'art. 2088 c.c. laddove sottolinea che in conformità della funzione sociale dell'impresa, l'imprenditore risponde verso la società del retto esercizio imprenditoriale in questa accezione⁴⁴.

Si rammenti, inoltre, che per il Maestro camerte il proprietario con la mentalità del *rentier* non ha di fronte alla società il diritto di possedere la terra⁴⁵.

Egli riassume emblematicamente questa sua filosofia, questo suo credo nelle ultime parole del volume ove nella pagina conclusiva – riflettendo sulla riforma tedesca (non limitata all'agricoltura) del *Mitbestimmungsrecht* della cogestione e dello spirito di collaborazione nel contratto agrario associativo – rileva: «l'essenziale è, per l'una parte, convincersi che il possesso della terra vincola e obbliga verso la società nazionale (*Eigentum verpflichtet*, secondo la formula di Weimar); per l'altra parte riconoscere parimenti che il lavoro della terra vincola e obbliga oltre quello che può esserne il rendimento immediato. (...) Solo quando da entrambi i contraenti sia rinato il senso della terra e l'impegno di servirla, si potrà davvero superare l'odierna crisi della cooperazione⁴⁶». Aggiunge lo studioso – nel riportare le parole di Michele Jeromin nel romanzo (*Die Jeromin-Kinder*) di

⁴⁴ E. BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit. 5-6.

⁴⁵ E. BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit. 23.

⁴⁶ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 280.

Ernst Wiechert – che lo sguardo dell'agricoltore è diretto alla terra e la terra non conosce potenza o invidia: vuol essere servita e amata.

Oggi diremmo custodita e difesa.

Questa funzionalizzazione sociale dell'impresa e la correlativa responsabilizzazione della proprietà in cui credeva Emilio Betti rappresenta un valore da inquadrare e attuare assiologicamente nella legalità costituzionale: nel codice civile del 1942 il proprietario produttore e l'imprenditore sono espressione essenziale di una solidarietà nazionale produttivistica ed economicistica: mentre la solidarietà della Costituzione è una solidarietà che si ispira innanzitutto alla realizzazione della persona umana, al rispetto della dignità⁴⁷.

Quindi una connotazione delle situazioni e delle attività produttive ben oltre l'aspetto economico: non il superiore interesse nazionale dello Stato ma nemmeno l'interesse del singolo. È la tutela della persona l'astrolabio valoriale, sistematico ed ermeneutico.

Nelle lezioni di diritto civile sui contratti agrari di Emilio Betti non si scorge, probabilmente, una reale soluzione di continuità tra l'interesse generale produttivistico della funzione sociale consacrato nella Carta del Lavoro e nella Carta della Mezzadria (ormai consegnate alla storia delle istituzioni) e la successiva soppressione dell'ordinamento corporativo: piuttosto un *continuum* ermeneutico sottotraccia; una soluzione che, evidentemente, in questi termini non sarebbe più possibile neanche sottendere con il successivo quadro costituzionale incentrato sul personalismo.

Ma l'accento eticamente rigoroso e rigido di Betti sulla responsabilizzazione dell'imprenditore agricolo e, quindi, del proprietario-produttore nello scenario dell'interesse della comunità valorizza, se adeguati alla contemporaneità e alla legalità costituzionale, la fecondità della dimensione di un solidarismo che superi la conflittualità insita nei rapporti economici, ammonendoci oggi più che mai sulla irrinunciabile funzione sociale della proprietà, in specie quella terriera, e sulla correlativa esigenza di attenzione etica e di consapevolezza delle ripercussioni sociali della contrattazione in agricoltura (da tempo ormai riformata nel segno cogente ed uniforme di una sostanziale tipicità propria dell'affitto di fondo rustico, anche in virtù del noto meccanismo autoritativo della riconduzione all'affitto proprio della legge n. 203 del 1982, seppur contraddistinta dallo slancio dell'autonomia assistita propria degli accordi in deroga).

In definitiva, una attenzione all'interesse generale nella dimensione della proprietà in agricoltura – e correlativamente nel contratto – che rappresenta forse la lezione più importante di Emilio Betti anche nell'opera dedicata ai contratti agrari e che ha incessantemente contraddistinto la sua attività di studioso e la sua eccezionale cultura professati con il "furore" dell'asceta⁴⁸ ma sempre con onestà intellettuale.

⁴⁷ P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, cit., 65.

⁴⁸ Cfr. G.B. FERRI, nella sua introduzione alla ristampa del volume di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., XIII.

Nel contratto agrario costitutivo dell'impresa agricola il bene fondamentale e cioè il fondo rustico (in una agricoltura che pur nella complessità delle tecniche attuali deve continuare a muoversi nella dimensione della ruralità ed attualmente in quella della sostenibilità) si inserisce evidentemente in una dimensione produttiva che non può non tener conto dell'interesse generale: il contratto e la sua causa si legano in questa prospettiva alla proprietà agraria, alla terra e ne assicurano la funzione sociale necessariamente dinamica.

Il rigore e la missione del giurista nella personalità scientifica ed etica di Betti rappresentano, a conclusione di queste riflessioni, un formidabile impulso per una proprietà agraria da presidiare con forza affinché sia lontana da iniziative e realtà imprenditoriali di segno speculativo finanziario che in tempi recenti guardano all'acquisizione massiccia e allo sfruttamento intensivo dei fondi rustici con probabili conseguenze negative in chiave di tutela della biodiversità agricola e con la perdita della conduzione in proprio del fondo rustico da parte degli agricoltori in favore di un aumento della manodopera esterna a scapito del disegno costituzionale di favorire la proprietà coltivatrice.

Nel segno della responsabilizzazione solidaristica occorre implementare il ruolo virtuoso di quei proprietari che vogliano per così dire farsi impresa ma nello scenario ambientale di una sostenibilità produttiva e di una regolamentazione dei rapporti agrari che effettivamente coniughino equità sociale e razionalità aziendale nella forza precettiva non solo dell'art. 44 Cost. ma anche in quella del nuovo testo degli artt. 9 e 41 della Costituzione riformati nel 2022 e nel coordinamento con le fonti sovranazionali

Sotto questo angolo visuale le "lezioni di diritto civile sui contratti agrari" di Emilio Betti non rappresentano solo un capitolo essenziale della nostra cultura giuridica ma sembrano rivelare un'attualità ed una fecondità concettuale e sistematica apparentemente insospettite: nell'inquietudine mai sopita del giurista di Camerino non è difficile scorgere il suo sincero legame con la terra e con i valori di un mondo contadino, il cui retaggio culturale, etico e ambientale (oltraggiato non poche volte da politiche che hanno fatto scempio del nostro paesaggio agrario) grida fino ai nostri giorni.

Un grido di dolore che ci sentiamo di condividere e che ci consente di richiamare – in una ideale continuità etica e spirituale – il pensiero di Giuseppe Capograssi laddove ammonisce che il problema fondamentale «è di unire tre vite, la vita del singolo, la vita della comunità, la vita della terra: tutte e tre debbono unirsi come vita, non come sfruttamento o asservimento dell'una all'altra⁴⁹».

Parole per certi versi tanto profetiche quanto inascoltate.

⁴⁹ CAPOGRASSI, *Agricoltura, proprietà, diritto*, in Id., *Opere*, Milano, 1959, V, 275. I rilievi del grande filosofo sono più volte evidenziate da BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit., 173 ss.



Emilio Betti e il dirigismo corporativistico a fondamento dei contratti agrari*

Mauro Grondona

Prof. ord. dell'Università di Genova



La recente ristampa ESI del volume bettiano¹, arricchito dalle introduzioni di Francesco Sangermano e di Giuseppe Spoto (VIII-LXIV), che qui collettivamente presentiamo e sul quale brevemente mi soffermo, consente di mettere in luce, in primo luogo, il peso specifico che nel libro, fin dalle prime pagine, trovano la sociologia e l'economia. Non ci si può sorprendere: il diritto agrario, e in particolare i contratti agrari, hanno a che fare con una dimensione materiale che è, al contempo, sociologica e economica, e Betti enfatizza questo aspetto (perché c'è un'impresa agricola e c'è un imprenditore agricolo; e nel volume il nome del celebre Corrado Gini è ben presente, e sempre in termini di apprezzamento); ma la dimensione socio-economica non ha (e comunque non deve avere, in Betti) la forza di imporsi su quello che è il complessivo quadro ordinamentale, e allora, in questo senso, emerge con altrettanta forza l'esigenza funzionalizzatrice (non già del solo imprenditore agricolo, ma di ogni imprenditore: e cfr. infatti, con portata più generale, quanto si legge a p. 6: «[L]a società moderna veramente non può fare a meno di una organizzazione sindacale e corporativa»).

Da questo punto di vista si può aggiungere che nella prospettiva rigidamente etico-corporativistica, da Betti mai abbandonata (tutto ciò è ben noto: e basti infatti pensare alle diffuse lamentazioni bettiane, qui e soprattutto nel primo tomo del suo corso di teoria generale dell'obbligazione, circa la 'crisi della cooperazione', che nella sua prospettiva è ovviamente una crisi etica, ovvero è determinata dal venir meno di una certa fede

* Questa mia pagina riprende quanto ho avuto occasione di dire nell'ambito del seminario di presentazione del volume bettiano tenutosi a Roma, presso l'Università Tor Vergata, l'11 maggio 2026, dal titolo: «Emilio Betti e le *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari* nel prisma della funzione sociale del diritto tra causa del negozio e diritto di proprietà». Il seminario è stato promosso e organizzato da Francesco Sangermano e vi hanno partecipato, oltre a chi scrive, anche Riccardo Cardilli, Enrico Caterini, Giovanni Perlingieri, Claudio Scognamiglio, Giuseppe Spoto.

¹ BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari* (1957), Napoli, 2025.

ideologica: in questo senso la crisi della cooperazione è crisi del corporativismo), i poteri direttivi (certamente ampi) dell'imprenditore trovano, non già un bilanciamento, ma un indirizzamento nella funzione sociale (va richiamato un rilievo che si legge a p. 5, quando Betti si riferisce alla «somma di poteri e doveri, che è affidata all'imprenditore e che costituisce la *funzione sociale*, per il cui retto esercizio l'imprenditore risponde, diremmo, verso la società» [enfasi dell'a.]); il che porta naturalmente dritti verso un istituzionalismo di impresa (espressamente richiamato da Betti, a p. 6: «Resta, comunque [ovvero dopo l'abrogazione dell'ordinamento corporativo], questo profilo dell'impresa; e se non si tratta di amministrazione pubblica di diritto privato secondo la caratterizzazione che proponeva il Maroi, vi è indubbiamente pur sempre il profilo dell'impresa come istituzione: profilo, il quale rende ragione dell'indirizzo sociale assunto oggi dalla legislazione agraria. L'imprenditore non agisce e non deve agire unicamente per il suo interesse personale, come agisce il singolo allorché si procura il pane per il suo sostentamento; egli agisce nell'interesse dell'impresa, la quale non si identifica col suo interesse personale quantunque su questo faccia leva»), il quale istituzionalismo esprime comunque una pluralità semantica: e non c'è infatti dubbio che quello bettiano è un istituzionalismo a fondamento dirigistico e a trazione dirigistica – siamo qui infatti di fronte a un istituzionalismo corporativistico, fenomeno storicamente noto: anzi, viene subito alla mente una pagina di un libro celeberrimo, e che ovviamente Betti ben conosceva: sto pensando al capolavoro di ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'impero romano* [1933], rist. Firenze, 1976, e in particolare alla distinzione, che si legge a p. 127, tra sistema e spirito 'normativistico' e sistema e spirito 'liberale', proprio in relazione al riordinamento giuridico-economico della terra iniziatosi con Vespasiano; ma allora va vista tutta la succinta e deliziosa trattazione, condotta con profonda sensibilità comparatistica e sociologica, del diritto romano, spec. 219-223, ove emerge l'intrinseca economicità del diritto privato, grazie alla sua universalità e elasticità: aggettivazione del Goldschmidt, che il Rostovcev richiama a p. 223, in nota 53).

Una funzione sociale (forse è bene esplicitarlo), nel senso di funzione politico-ordinamentale; perché qualunque istituto giuridico, nel suo corrente impiego, produce effetti sociali, e dunque ogni istituto giuridico ha, o assume, una propria funzione sociale; ma se ci limitassimo a questo rilievo, saremmo all'interno di un funzionalismo liberale; laddove quello di Betti è, notoriamente, un funzionalismo autoritario: c'è un dover essere ordinamentale che si impone necessariamente sull'essere e sul dover essere sociale. Peraltro, vedremo che Betti era comunque metodologicamente troppo consapevole e avanzato per arrendersi all'irrealtà di un ordinamento che, dall'alto, domina e ingloba il sociale: è una immagine che possiamo pure continuare a usare didatticamente, come l'altra immagine, che peraltro ha ben note origini bettiane, della fattispecie: ma ci muoviamo a cavallo tra metafora e finzione.

Ma per tornare al rilievo di apertura, il Betti studioso dei contratti agrari ha indubitabilmente una particolare sensibilità economica e sociologica; ma essa non conduce né al ribaltamento dei rapporti di forza tra diritto e economia, né all'autonomia, o alla specialità (e al limite all'isolamento, quale effetto negativo) del diritto agrario rispetto al diritto civile.

Si può aggiungere che in questo volume (che, invero, raccoglie un intero ciclo di lezioni universitarie – per l'esattezza, 34: la prima è del 22 novembre 1956 e l'ultima è del 17 maggio 1957) ci troviamo al contempo di fronte a un triplice Betti: perché c'è naturalmente il Betti studioso del diritto agrario; ma poi c'è altrettanto naturalmente il Betti civilista; e non manca del resto il Betti teorico generale (da questo punto di vista, anticipando quanto poi dirò di qui a breve, è la nona lezione, tenuta il 20 dicembre 1956, a dover essere soprattutto richiamata, e che ancora oggi conserva freschezza e problematicità didattiche invidiabili – e che certo ben potrebbe essere valorizzata nei nostri insegnamenti universitari monograficamente dedicati al contratto).

Il tema complessivo del volume, del resto, è proprio questo, e già è emerso: come conciliare la dimensione economica con la dimensione giuridica e come conciliare, o bilanciare, i diversi e financo opposti interessi in gioco. In questa chiave (e secondo me sono le pagine meno felici del volume) Betti si scaglia (a margine noto come Betti, nei corsi universitari, dia sempre il meglio e il peggio di sé: il meglio in ragione della chiarezza espressiva e dell'analiticità dell'indagine; il peggio, nel senso che usa toni polemicamente accesi – anche se ciò rende per noi oggi la lettura piuttosto piacevole, quando non divertente) contro il «deprecabile fenomeno del positivismo legislativo [...]» (175), in sostanza nemico delle «basi morali della tradizione» (176: l'espressione, politicamente inquietante e adesivamente richiamata da Betti, è di Wieacker): argomento invero debolissimo (anche perché, allora, il giudizio sul contenuto politico della legislazione, così come della giurisprudenza teorica e pratica, dipende integralmente dall'aver tutelato o meno certi interessi, non da altro, e da questo punto di vista non dovrebbe cambiare nulla, in chiave di fonti del diritto), che, se fosse realistico, porterebbe a un fissismo assiologico morte di qualunque trasformazione rispondente a quelle stesse esigenze socio-economiche rispetto alle quali Betti stesso non è affatto indifferente, come in particolare emerge dal seguente passaggio, che vale la pena di riferire e di brevemente commentare.

Scriva Betti: «[I] tipi contrattuali non sono delle specie naturalistiche: qui siamo sul terreno dello spirito, dove non è facile vedere se un fenomeno rientri nella categoria A o B. Bisogna levarsi dall'ordine d'idee che i tipi contrattuali si possano considerare come specie animali o vegetali» (36, testo e nota 7). Affermazione che risulta essere certamente condivisibile, ma non all'interno di quella stessa prospettiva bettiana dirigista e corporativista che invece l'autore al contempo difende.

Il contratto, proprio in quanto operazione economica, sfugge a quella pressione normativa espressa dall'ordinamento, la cui giuridicità dovrebbe essere invece continuamente arricchita proprio dalla contrattualità diffusa connotante la società di mercato. Addirittura, nella stessa nota 7, Betti arriva a scrivere: «[A]nche lì [in materia di classificazione dei trattati] non si tratta di specie naturalistiche, perché c'è in ogni trattato un profilo contrattuale accanto ad un profilo normativo». 'Addirittura', perché, a rigore, il profilo contrattuale, e in senso più generale la dimensione della negozialità, dovrebbe sempre cedere di fronte alla dimensione della normatività (secondo lo schema, appunto bettiano, e logicamente perfetto, da questo punto di vista, della meritevolezza, la quale, in chiave corporativistica, non è affatto un inutile doppione della liceità, ma lo può diventare o in effetti lo diventa in chiave liberale), e dunque ci dovrebbe essere perfetta

coincidenza (o spontanea o indotta) tra contrattualità e normatività, in ragione di ciò che possiamo anche chiamare coscienza etica diffusa, la quale deve necessariamente caratterizzare le società autoritarie (e da questo punto di vista non c'è dubbio che Betti aderisse a un monismo etico, che è la massima garanzia di una funzionalizzazione assiologica-mmente orientata – anch'essa orientata in senso monistico, come ovvio).

Ma è difficile (anzi, è impossibile) essere coerenti fino in fondo rispetto a questa concezione dirigistica (peraltro realizzabile solo all'interno di gruppi sociali molto ristretti, compatti e coesi: ma, appunto, è sufficiente il disallineamento di uno per far saltare l'intero meccanismo): lo stesso Betti, contrapponendo la causa di scambio, ovvero la causa sinallagmatica in senso stretto, con la causa cooperativa (spec. 44-45), fa riferimento all'interesse comune alle parti, che però non è affatto presente nei soli contratti di cooperazione, perché c'è pure in quelli commutativi. In altre parole, l'esigenza cooperativa, ai fini della massima utilità contrattuale, è certamente presente in tutti i contratti, e in questo senso ogni contratto, in quanto operazione economica, è un'operazione cooperativa. Mentre ci si trova di fronte al paradosso che Betti, per distinguere in maniera eccessivamente enfatica il contratto associativo dal contratto di scambio, finisce poi per ammettere che nel contratto di scambio la cooperazione non serve, perché lì siamo di fronte a obbligazioni contrapposte.

In realtà, anche questo passaggio può essere valorizzato, ma in direzione esattamente opposta a quella bettiana, per affermare che in ogni contratto c'è l'interesse comune, che serve appunto per contrastare tutte quelle condotte delle parti o di una parte complessivamente qualificabili in termini di abuso (condotte abusive, a ben vedere, non perché vanno contro l'interesse altrui, ma perché vanno contro l'interesse comune, sono condotte anticontrattuali). In altri termini, l'interesse comune è il risultato utile, è la stessa operazione economica, che in questo senso va oltre la volontà contrattuale formalizzata nel regolamento contrattuale. Ma in Betti, la cui prospettiva giuridico-sociale è caratterizzata da un'assiologia dell'ordine imposto e non dell'ordine spontaneo (un ordine spontaneo, che certamente potrà essere corretto dall'ordinamento giuridico, il quale, però, non va assunto come l'antagonista dell'ordine sociale), risulta allora inconciliabile quella ricchezza economico-sociale che pure egli ammette e in certa misura apprezza con quella rigidità ordinamentale discendente da rigidità etica, che in sostanza guarda a ogni componente della società quale funzionario ordinamentale.

Una inconciliabilità che ritorna poche pagine dopo, quando lo sguardo di Betti si sofferma sui contratti anomali (all'interno del contratto di compartecipazione agraria), notando (certo condivisibilmente, ma in aperto contrasto con quanto lo stesso autore ha affermato poco prima) che «[v]olgarmente si parla di contratti "atipici": è un'espressione che noi preferiamo evitare, perché un'atipicità assoluta nel campo del diritto non esiste in quanto, se pur manca la tipicità legislativa, vi è sempre una tipicità di carattere sociale» (47). Verissimo. Ma allora, in coerenza (e ripeto che Betti ha uno sguardo metodologico lucidissimo, non potendo in effetti attribuire all'ordine sociale minor forza di quella assegnata all'ordine giuridico; il problema – e in parte questo stesso squilibrio si ravvisa in un giurista straordinariamente sensibile quale Tullio Ascarelli – non è dunque metodologico ma assiologico, dovendosi Betti così rifugiare in un mondo del dover esse-

re formalisticamente edificabile, ma sostanzialmente sempre smentito, e che alla fine richiama la questione del rapporto tra sistema giuridico e sistema economico, ovvero sistema di economia politica), in Betti dovrebbe emergere anche la massima apertura di fronte a quella società che, a ben vedere, è la principale fonte del diritto, e invece proprio una clausola generale quale quella della meritevolezza opera in senso restrittivo (almeno nella complessiva prospettazione teorica bettiana; invero, oggi, a distanza di ottantaquattro anni dall'entrata in vigore del codice civile italiano, c'è tutto lo spazio per una rilettura della meritevolezza aperta invece a quella pluralità sociale la cui voce negoziale diventa più facilmente udibile proprio grazie a una meritevolezza funzionalmente proiettata sulla società di mercato, sulla società globalizzata).

Ecco che così arriviamo alla lezione più volte richiamata. Già il titolo è significativo: 'Funzioni economico-sociali dell'autonomia privata. Tipicità sociale. Trattamento analogistico o anomalistico' (la lezione occupa le pp. 55-66 del volume). Si tratta di pagine che hanno dalla loro una particolare efficacia sintetica e in questo senso esprimono in modo lineare l'intera prospettiva sociogiuridica bettiana. Il punto problematico non può che essere quello già emerso: come si fa, prima, aprire alla socialità e poi bruscamente chiudere a essa, facendo operare sulla socialità il normativismo ordinamentale? Ovviamente è impossibile: e infatti la via percorsa da Betti cerca di portare alla corrispondenza di coscienza sociale e ordinamento giuridico. Il che, però, può avvenire solo a condizione che ci sia la possibilità (che però non c'è, e in questo senso è proprio il riferimento bettiano alla spiritualità, cioè alla creatività, dell'autonomia privata a rappresentare il principale elemento oppositivo) di far coincidere l'assiologia ordinamentale con l'assiologia sociale – il che, una società aperta e una economia di mercato escludono *in radice*.

Ecco che, allora, Betti ricorre all'autorità di Capograssi, del quale, invero, richiama un passaggio che, a sua volta, richiama subito alla mente la critica un po' sprezzante di Tarello (le 'fumisterie di un Capograssi'). Ma in effetti scrivere, come in sostanza scrive Capograssi, che i contratti agrari devono rappresentare una sintesi tra materialità e moralità, tra cosa e bisogno, tra essere umano e natura, all'insegna di un'armonia che è prevalentemente spirituale, nel senso che lo spirito sa esattamente come guardare alla cosa e come utilizzarla (pur bandendo il termine sfruttamento, perché da questo punto di vista c'è un connubio perfettamente spirituale tra umanità e terra: Capograssi, invero, contro l'art. 42 Cost. scrive: «E inoltre che significa l'unione con la vita della terra? Non è in ultima analisi questa unione, come dice col suo linguaggio così pittorescamente incolto la nostra Costituzione, "sfruttamento"?», 173: e Betti, ivi, in nota 4, osserva: «L'art. 42 della Costituzione purtroppo usa questa brutta parola»), se non è fare della fumisteria giuridica certamente è fare della mistica giuridica.

Una mistica giuridica del resto evidentissima in questo passaggio capograssiano riferito da Betti alla lettera («Il problema è di unire tre vite, la vita del singolo, la vita della comunità, la vita della terra: tutte e tre debbono unirsi e debbono unirsi come vita, non come sfruttamento o asservimento dell'una all'altra», 174), ma che poi, a me pare, trova più una smentita che una conferma in un altro passaggio capograssiano citato da Betti alla lettera [e che, invece, ha un sapore, per dir così, spiccatamente schumpeteriano; e qui penso a uno Schumpeter in certa misura problematico all'interno della sua stessa

prospettiva generale: cfr. SCHUMPETER, *Il fenomeno fondamentale dello sviluppo economico. Due capitoli dalla Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung (1911)*, a cura di A. Zanini, Bologna, 2015], a proposito della «tendenza nell'esperienza giuridica italiana attuale di ridurre al minimo le posizioni di diritto che siano senza fondamento di attività e di effettività. Non si tratta di ideologie o peggio di filosofie di addottrinati: si tratta del fatto che le cose sociali si sono messe in questo stato di necessità, che non è possibile portare a termine l'opera comune della vita di ognuno e della vita associata, senza che ognuno ci metta effettivamente la mano: e il diritto tende a misurarsi a questo effettivo metter la mano di ognuno nell'opera comune» (174-175; enfasi dell'a.).

Questo appello all'attività sociale, alla dimensione dell'effettività, a ben vedere, è (o dovrebbe essere) un appello alla libertà, in primo luogo spirituale e economica – una libertà *naturaliter* strumento di emancipazione, anzi di autoemancipazione; ma il punto di partenza (quelle premesse di valore sulle quali così tanto ha insistito appunto Ascarelli), qui un po' sfumato, è che già si sa (e si deve sapere) come la libertà dovrà essere usata, e quali obiettivi dovrà conseguire: una libertà, in questo senso, funzionalizzata in senso dirigistico, che ha dalla sua (e così non avvertendo il tasso evidente di autoritarismo intrinseco) la perfetta coincidenza (per usare qui di nuovo parole di Wieacker, richiamate da Betti a p. 176) tra basi morali e attività normativa. Con il paradosso insuperabile (e del resto tuttora attuale, pensando qui in particolare alla contrapposizione tra libertà liberale e libertà ordoliberal, nonché alla sopravvivenza, nel secondo dopoguerra, *sub specie* di stato sociale, dell'esperienza giuscorporativistica – da studiare meglio e senza timori o prudenze) per cui, maggiore la rilevanza economica della materia oggetto di disciplina giuridica, maggiore l'estensione dello spazio di appropriazione normativistica dell'ambito economico, a tutto danno di quest'ultimo, il quale, però, rappresenta indubbiamente le ragioni della libertà.



La formazione del giurista nel Maghreb tra passato e presente*

Jihane Benarafa

Ricercatrice dell'Università dell'Insubria



SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. La genealogia del sapere giuridico marocchino. – 3. Il pluralismo professionale: *mufti*, *qadi* e *'adil*. – 4. Alcuni cenni conclusivi: il pluralismo giuridico regolato.

1. Profili introduttivi

Parlare di formazione giuridica nel Maghreb significa muoversi in uno spazio plurale regolato, nel quale convivono, si incontrano e talora si confondono tre matrici normative: in primo luogo la tradizione islamica classica, mediata in particolare dal *madhhab* malikita – scuola giuridica di riferimento nel Maghreb – che dal IX secolo ne costituisce il canone dottrinale¹; in secondo luogo l'eredità del diritto coloniale francese, e in misura

* Il presente scritto costituisce una rielaborazione della relazione presentata al convegno “I corsi universitari nelle materie privatistiche e comparatistiche. Modelli formativi e prospettive nell'insegnamento giuridico”, tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano in data 15 maggio 2026. Si segnala, inoltre, che in questo elaborato è stata adottata una traslitterazione semplificata dei termini di origine araba per facilitarne la lettura. Pertanto, le lettere arabe tha' (ث), kha' (خ), dhal (ذ), shin (ش) e ghayn (غ) sono state traslitterate rispettivamente come th, kh, dh, sh, gh, mentre la lettera gim (ج) è stata traslitterata come j, mantenendo un suono dolce. Le lettere enfatiche e i segni diacritici non sono stati utilizzati per evitare fraintendimenti. Le lettere 'ayn (ع) e hamza (أ) sono state indicate come (') e ('), mentre la *ta' marbuta* è stata omessa. Le vocali lunghe come 'alif (إ), waw (و) e ya' (ي) non sono state indicate.

¹ La tradizione giuridica islamica si è formata progressivamente, a partire dalla rivelazione coranica, avvenuta tra il 610 e il 632 d.C.; la sua architettura giuridica si è consolidata successivamente attraverso il *fiqh* e la progressiva cristallizzazione delle scuole giuridiche e della loro pro-

minore di quello spagnolo, che ha plasmato le istituzioni statali a partire dal Protettorato²; infine le categorie dello Stato-nazione moderno, con il suo apparato di codificazione, un corpo giudiziario professionalizzato, un'amministrazione pubblica e funzioni regolative³.

Proprio perché queste tre matrici non si declinano ovunque in modo omogeneo, il Marocco si presta come caso di studio privilegiato⁴. Non perché esaurisca la complessità della regione maghrebina, ma perché consente di osservare con particolare nitidezza come la tradizione islamica, l'eredità coloniale e lo Stato moderno continuino a produrre figure di giuristi diverse da quelle della classe giuridica islamica tradizionale, la quale non era soggetta all'autorità dello Stato nel senso oggi corrente, poiché esso ancora non esisteva – né, a rigore, esisteva in Europa come architettura statale moderna, almeno fino al XVI secolo⁵.

Il Marocco non rappresenta semplicemente un ordinamento in cui sopravvivono elementi religiosi accanto a istituzioni moderne, bensì un laboratorio nel quale tali componenti sono state organizzate, costituzionalizzate e governate entro una definita architettura monarchica. A differenza della Tunisia, che con Bourguiba (1956-1987) ha intrapreso una via marcatamente laicizzante, e dell'Algeria (1962-1988), nella quale la costruzione dello Stato postcoloniale ha prodotto un rapporto più ambivalente tra identità islamica e modernizzazione giuridica, il Regno del Marocco ha conservato un'architettura istituzionale nella quale il connotato religioso permane come un cardine della legitti-

duzione ermeneutica e dottrinale; per una costruzione puntuale si vedano SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, 1995; MILLIOT, BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2ª ed., Paris, 2001; CASTRO, *Il modello islamico*, a cura di Piccinelli, Torino, 2007; COULSON, *A History of Islamic Law*, Edinburgh, 2011; HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, trad. it. B. Soravia, Bologna, 2013; PICCINELLI, *Continuità del formante dottrinale nell'Islam? Riflessioni sulla classificazione del diritto dei paesi islamici*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, Napoli, 2013, 369-390.

² Sul protettorato francese in Nord Africa si vedano BROWN, *The many faces of colonial rule in French North Africa*, in *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, n. 13-14, 1973, 171-191; MILLER, *France and Spain in Morocco*, in *A History of Modern Morocco*, Cambridge, 2013, 88-119; IKEDA, *Tunisia and Morocco under French Protectorates*, in *The Imperialism of French Decolonisation*, London, 2015, 13-23.

³ Sul passaggio dalla tradizione giuridica islamica premoderna all'architettura dello Stato-nazione moderno, ivi compresa la produzione statale del diritto, si vedano HALLAQ, *An Introduction to Islamic Law*, Cambridge, 2009, 96, 117, 167-169; LAYISH, *The Transformation of the Shari'a from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World*, in *Die Welt des Islams*, vol. 44, n. 1, 2004, 85-113.

⁴ Sull'islamizzazione e formazione delle principali dinastie maghrebine, si vedano BADAWI, *Storia africana dell'Africa. Dall'alba dell'umanità all'indipendenza*, trad. it. di Galli, Zucchetti, Milano, 2024; EL FASI, HRBEK (eds), *General History of Africa. Africa from the Seventh to the Eleventh Century*, III, Paris, 1988; ABUN-NASR, *A History of the Maghrib in the Islamic Period*, Cambridge, 1987; FROMHERZ, *The Making of the Maghrib: 600-1060 CE*, in Spear (ed.), *Oxford Research Encyclopedia of African History*, 2018.

⁵ HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., 13.

mazione costituzionale. Difatti, l'art. 3 della Costituzione del 2011 stabilisce che l'Islam è la religione dello Stato, mentre l'art. 41 configura il Re *Amir al-mu'minin*, Principe dei credenti, e pertanto è garante del bilanciamento di una equilibrata composizione delle tradizioni e delle fonti che compongono l'articolato sistema giuridico marocchino. In tale quadro, la legge islamica opera quale fonte materiale del diritto in ambiti circoscritti, segnatamente nello statuto personale e nel regime dei beni *habous* (fondazioni pie)⁶.

Tale centralità non rimane confinata a un piano meramente simbolico, quale richiamo identitario o memoria storica della tradizione, ma si iscrive nel cuore dell'ordine costituzionale. Il citato art. 41⁷, che qualifica il Re come *Amir al-mu'minin*, gli attribuisce altresì la presidenza del *Conseil supérieur des Oulémas*, unico ente abilitato a pronunciare i pareri giuridico-religiosi, o *fatawa* ufficialmente riconosciuti.

L'assetto si colloca nel solco dei *dahir*⁸ del 1981 e del 2004, che hanno istituito e poi riorganizzato i consigli degli '*Ulama*' come apparato di indirizzo, coordinamento e validazione del discorso religioso, distinguendo le raccomandazioni, intese come strumenti di indirizzo religioso-istituzionale, dalle *fatawa* propriamente dette⁹.

L'elemento qualificante è che, nel modello marocchino, l'autorità religiosa non è esterna allo Stato, come voce autonoma della società religiosa, né si pone in antagonismo rispetto allo Stato, come limite esterno al potere politico: essa viene istituzionalmente ricondotta alla figura monarchica. La Monarchia non si limita a garantire l'unità politica del Regno, ma presidia anche il perimetro del discorso religioso legittimo, modellandolo secondo la propria visione.

⁶ EL HOUSSE, *La Tunisia di Bourguiba: la costruzione di un paese "islamicamente laico"*, in Di Nolfo, Gerlini (a cura di), *Il Mediterraneo attuale tra storia e politica*, Venezia, 2012, 315-328; EL HOUSSE, *L'Africa ci sta di fronte. Una storia italiana: dal colonialismo al terzomondismo*, Roma, 2021.

⁷ Tali *fatawa* hanno efficacia vincolante mediata, poiché spetta al Re, ai sensi dell'art. 41, co. 3, della Costituzione, recepirne il contenuto mediante *dahir*, attribuendo in tal modo al parere religioso forza giuridica nell'ordinamento statale.

⁸ Nel diritto marocchino il *dahir* designa l'atto regio, generalmente traducibile come decreto reale, mediante il quale possono essere adottate o promulgate disposizioni normative, incluse leggi in senso formale.

⁹ Il Consiglio superiore degli '*Ulama*', ai sensi del *dahir* n. 1-03-300, è chiamato a svolgere le seguenti funzioni: esaminare le questioni che gli sono sottoposte da Sua Maestà il Re, nella sua qualità di *Amir al-mu'minin*; elaborare un programma annuale d'azione, comprensivo delle attività da realizzare da parte dei Consigli locali degli '*Ulama*'; supervisionare i lavori dei Consigli locali degli '*Ulama*' e coordinarne le attività; formulare orientamenti e raccomandazioni volti a razionalizzare l'attività dei Consigli locali degli '*Ulama*' e a rafforzarne il ruolo nell'inquadramento della vita religiosa dei cittadini e delle cittadine marocchini di fede musulmana; predisporre e approvare il regolamento interno dell'organo scientifico incaricato della consultazione religiosa, *fatwa*; trasmettere all'organo incaricato della consultazione religiosa, *fatwa*, le richieste relative alle questioni sottopostegli, affinché siano esaminate e siano rese le relative consultazioni; intrattenere rapporti di cooperazione scientifica con istituzioni e organizzazioni islamiche che perseguano finalità analoghe, sia a livello nazionale sia a livello internazionale. Cfr. <https://www.habous.gov.ma/fr/conseil-supérieur-des-oulémas.html>.

La legge islamica, di conseguenza, non sopravvive come semplice tradizione dottrinale affidata alla pluralità dei sapienti o alla memoria delle scuole giuridiche, ma viene costituzionalizzata, organizzata e filtrata attraverso la Monarchia, che ne assicura continuità, controllo e legittimazione istituzionale¹⁰.

Da queste premesse prende forma l'interrogativo centrale dell'indagine: chi è il giurista maghrebino contemporaneo? Non soltanto il laureato in diritto formatosi nelle facoltà statali, il magistrato selezionato dagli istituti giudiziari o l'avvocato abilitato secondo procedure professionalizzante. La figura deve essere ricostruita anche alla luce di una genealogia più lunga, nella quale la produzione, l'elaborazione e l'applicazione della norma non erano affidate a un unico soggetto, ma al concorso di una pluralità di funzionari del sapere giuridico, nell'ambito della più generale funzione di *faqih*, come ad esempio, il *mufti*, chiamato a formulare responsi; il *musannif*, cui spettava la sistematizzazione e la trasmissione per iscritto della dottrina; il *qadi*, titolare della decisione giudiziale; e non da ultimo il *mu'allim*, cui spettava l'insegnamento del sapere giuridico. Il dialogo tra queste figure plasma i connotati della legge sciaraitica e ne contraddistingue lo sviluppo quale ordinamento capace di tenere insieme sapere, autorità e prassi¹¹.

La rilevanza di tale genealogia non si circoscrive, tuttavia, al solo piano storico, poiché nei contesti maghrebini contemporanei il rapporto tra sapere giuridico-religioso e diritto statale continua a riflettersi nelle forme costituzionali e istituzionali attraverso cui l'autorità normativa viene riconosciuta, organizzata e trasmessa. La domanda consente così di spostare il discorso dalla descrizione delle fonti alla formazione dei soggetti che quelle fonti interpretano e applicano: se l'autorità religiosa è incorporata nell'architettura costituzionale, anche il sapere giuridico che ne deriva non può essere ricondotto a una dimensione puramente privata, culturale o residuale, ma resta parte di un ordine istituzionale riconosciuto, per quanto affiancato da un distinto circuito di formazione di derivazione francese¹².

In questo quadro, le professioni giuridiche marocchine si distribuiscono lungo due assi formativi e istituzionali. Da un lato, figure quali il *faqih*, il *qadi al-usra* e l'*'adil*, legate alla trasmissione e all'applicazione del sapere malikita; dall'altro, il laureato in diritto formatosi nelle facoltà statali, il magistrato ordinario selezionato secondo procedure

¹⁰ Per un'introduzione sulle fonti del diritto e la tassonomia giuridica islamica si vedano SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafita*, 1, Roma 1938; BAUSANI, *L'Islam*, Milano 1980; VARRIALE, *La legge sacra. Diritto e religione dell'Islam*, Svizzera, 1986; J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Torino 1995; PAREJA, *Islamologia*, Roma 1951; CASTRO, *Il modello islamico*, a cura di Piccinelli, Torino, 2007.

¹¹ HALLAQ, *Authority, Continuity and Change in Islamic Law*, Cambridge, 2001.

¹² Dahir n. 1-08-101 del 20 ottobre 2008, recante promulgazione della legge n. 28-08 di modifica della legge regolatrice della professione di avvocato, *Bulletin officiel du Royaume du Maroc*, n. 5680, 6 novembre 2008, 4044. Il *dahir* non coincide tecnicamente con la "legge": una legge può essere approvata dal Parlamento e poi promulgata mediante *dahir* ("dahir portant promulgation de la loi..."). L'art. 50 della Costituzione del 2011 stabilisce che il Re promulga la legge e che la pubblicazione nel *Bulletin officiel* decorre dalla data del *dahir* di promulgazione.

professionalizzate e il notaio di tradizione civilistica, concepiti entro categorie più vicine alla tradizione giuridica europea continentale. La formazione del giurista marocchino appare dunque, ancora oggi, come un processo articolato e solo parzialmente integrato, che produce professionisti specializzati secondo tracciati istituzionali distinti. Tale pluralità, lungi dall'essere un residuo anacronistico, riflette una precisa scelta politico-costituzionale, sostenuta dalla Monarchia in quanto garante dell'identità islamica del Regno. Comprenderla è condizione di operatività per chi assista clienti in controversie che coinvolgono il diritto marocchino, poiché incide non solo sulla qualificazione delle fonti, ma anche sull'individuazione dell'autorità competente, del professionista abilitato, della forma dell'atto e del regime di validità applicabile.

L'impostazione adottata in questo studio è propriamente comparatistica, nella misura in cui l'indagine non intende descrivere il diritto islamico come sistema astratto e separato, bensì osservare il modo in cui il sostrato sciaraitico continua a operare all'interno di ordinamenti positivi statali.

Il punto centrale non risiede soltanto nella *shari'a* in sé, ma nel rapporto tra *shari'a* e *qanun*, tra legge religiosa e diritto positivo: è questa *liaison* a consentire la lettura dei fenomeni di integrazione o di autonomizzazione del diritto rispetto alla religione e alla politica nell'Islam storico e contemporaneo. La formazione del giurista diventa allora un osservatorio privilegiato dei formanti giuridici, poiché mostra quali saperi sopravvivono, quali vengono statalizzati, quali vengono professionalizzati e quali restano affidati alla continuità della tradizione dottrinale.

2. La genealogia del sapere giuridico marocchino

L'analisi della formazione del giurista marocchino non può concentrarsi solo sulle diverse figure definite dallo Stato moderno, poiché esse intercettano soltanto una fase relativamente recente di un processo più lungo e in movimento. Prima della codificazione, della professionalizzazione delle carriere giuridiche e della riorganizzazione amministrativa introdotta dal Protettorato, il Marocco conosceva già una propria architettura normativa, costruita intorno alla sedimentazione del sapere malikita e alla sua capacità di orientare la produzione, la trasmissione e la legittimazione del diritto.

Per cogliere più concretamente la portata di questa impostazione, occorre fare un passo indietro e ricostruire il modo in cui la tradizione esegetica malikita si è storicamente insediata nel Maghreb, sino a divenire non solo una scuola dottrinale, bensì una vera e propria grammatica istituzionale della giuridicità marocchina. La dualità contemporanea tra formazione sciaraitica e formazione giuridico-positiva non nasce dalla dominazione coloniale, ma affonda le proprie radici in una lunga sedimentazione preco-

loniale, che il Protettorato francese non cancellò integralmente, limitandosi piuttosto a riorganizzarne gli assetti e ad affiancare ad essi istituzioni di matrice europea¹³.

La scuola giuridica malikita si diffonde nel Maghreb tra la fine dell'VIII e il IX secolo a partire dall'insegnamento di Malik ibn Anas, autore del *Muwatta'*, opera su cui si regge la tradizione giurisprudenziale di questa scuola¹⁴. Un insegnamento che non rimane però confinato alla sua formulazione originaria: viene invece trasmesso, rielaborato e sistematizzato nell'Occidente musulmano, soprattutto attraverso la *Mudawwana* di Sahnun, redatta a Qayrawan, nell'attuale Tunisia¹⁵. Proprio la *Mudawwana*, insieme al successivo *Mukhtasar* di Khalil ibn Ishaq, diviene progressivamente il testo di riferimento che contribuisce a consolidare il *fiqh* malikita come sapere normativo centrale. Tale profilo consente di osservare come, già prima del processo codificatorio europeo, il Maghreb disponesse di un sapere giuridico strutturato, di matrice dottrinale ed elaborazione giurisperita, non riconducibile a una fonte legislativa statale.

Questa grammatica giuridica trova poi una specifica proiezione nella formazione del giurista marocchino, attraverso testi destinati non solo alla trasmissione del sapere, ma anche al consolidamento degli indirizzi dottrinali prevalenti della scuola.

Due opere, in particolare, hanno avuto per secoli un ruolo centrale nell'istruzione giuridica marocchina: la *Risala*, compendio di diritto malikita, di Ibn Abi Zayd al-Qayrawani, destinata alla formazione di base, e soprattutto il *Mukhtasar*, un compendio di diritto che riassume l'architettura giuridica malikita di Khalil ibn Ishaq, trattato di articolata costruzione tecnico-giuridica che rimase a lungo testo cardine dell'insegnamento malikita tradizionale e della cultura giuridica entro cui si collocava anche la prassi docu-

¹³ RIVET, *Histoire du Maroc. De Moulay Idris à Mohammed VI*, Fayard, 2012, 456.

¹⁴ La scuola giuridica malikita costituisce una delle quattro principali scuole giuridiche del sunnismo, accanto a quella hanafita, shafi'ita e hanbalita. Essa prende il nome dal suo fondatore, il giurista medinese Malik ibn Anas (m. 796). Oggi rappresenta la scuola prevalente nell'Africa settentrionale, con l'eccezione dell'Egitto, e in diversi Paesi dell'Africa subsahariana. La scuola malikita attribuisce particolare rilievo agli *ahadith*, alla tradizione dei Compagni più vicini al Profeta e, più in generale, alla prassi dei dotti medinesi, intesa come riflesso della continuità con l'esperienza originaria della comunità islamica. Per tale ragione, il ricorso al ragionamento individuale risulta tendenzialmente circoscritto pur ammettendo il ricorso al *qiyas* e riconoscendo particolare rilievo al principio della *maslaha*; si veda CAMPANINI, *I sunniti. Dalle origini allo stato islamico*, Bologna, 2016, 31 ss.

¹⁵ Sahnun, nome con cui è comunemente noto il giurisperito 'Abd al-Salam ibn Sa'id al-Tanukhi, fu uno dei principali giuristi malikiti dell'Occidente islamico, originario dell'area dell'odierna Tunisia. La sua opera più celebre, la *Mudawwana*, si presenta come una raccolta di questioni giuridiche organizzate secondo una struttura dialogica, nella quale Sahnun raccoglie e rielabora risposte riconducibili all'insegnamento di Malik ibn Anas, in particolare attraverso la trasmissione di Ibn al-Qasim. L'opera ebbe una diffusione felice nel Maghreb, contribuendo in modo significativo al consolidamento del malikismo in quest'area. Per un inquadramento generale si vedano BROCKOPP, *Contradictory Evidence and the Exemplary Scholar: The Lives of Sahnun B. Sa'id (D. 854)*, in *International Journal of Middle East Studies*, 43 (1), 2011, 115-132; ARABI, POWERS, SPECTORSKY, *Islamic Legal Thought: A Compendium of Muslim Jurists*, Leiden, 2013.

mentaria degli *'udul* (sing. *'adil*)¹⁶. Il riferimento al *Mukhtasar* esprime, in particolare, l'esigenza di consolidare il sapere giuridico intorno al *mashhur*, ossia alla dottrina prevalente della scuola, rispondendo ad una crescente domanda di certezza del diritto (a cui darà più sistematica risposta il successivo processo di codificazione).

L'istituzione chiave di questa formazione tradizionale è rappresentata dalla Madrasa (oggi Università) al-Qarawiyyin di Fes, la cui fondazione, storicamente attribuita a Fatima al-Fihri nell'859, è generalmente collocata all'origine di uno dei più antichi centri di insegnamento superiore ancora operanti¹⁷. Nel XIX secolo, in particolare, Fes si afferma quale centro intellettuale e politico del Marocco: nonostante le rivalità tra studiosi provenienti da diverse regioni, i *fugaha'* di quella città erano considerati tra i giuristi più autorevoli, e lo studio presso al-Qarawiyyin rappresentava, per molti studenti, il vertice del percorso formativo. In tal modo, l'istituzione non opera soltanto come luogo di trasmissione del sapere religioso, ma anche come spazio di elaborazione di una tradizione malikita capace di oltrepassare il piano delle consuetudini locali e di assumere una portata più generale. Le opere della scuola di Fes, insieme ai trattati di altri autorevoli studiosi marocchini, contribuirono così alla formazione di una tradizione malikita di rilievo proto-nazionale. Pur aprendosi progressivamente alle scienze moderne, al-Qarawiyyin ha conservato la propria identità di centro di trasmissione delle scienze giuridico-religiose islamiche, comprendenti, oltre alla teologia, il *fiqh*, il *tafsir*, gli *ahadith* e l'*usul al-fiqh*, ossia la teoria delle fonti e dei metodi di deduzione delle regole. Fino al XX secolo, il suo piano didattico è rimasto imperniato su questo nucleo disciplinare, trasmesso mediante la memorizzazione, lo *sharh*, ossia la spiegazione orale, e l'*ijaza*, intesa come licenza personale rilasciata dal maestro all'allievo. In tale modello, la formazione del giurista non è separabile dalla trasmissione personale dell'autorità dottrinale, poiché il sapere non passa primariamente attraverso un titolo statale, ma attraverso una catena di legittimazione scientifica e religiosa¹⁸.

È su questo assetto, nel quale formazione giuridica, autorità religiosa e trasmissione personale del sapere restano strettamente intrecciate, che si innesta la riorganizzazione istituzionale avviata durante il Protettorato francese e spagnolo, tra il 1912 e il 1956¹⁹. La stagione protettoriale determinò la costruzione di un ordinamento a struttura duale, fondato, da una parte, sulla progressiva formalizzazione del diritto islamico e consuetudinario e, dall'altra, sull'importazione di norme, categorie e istituzioni di matrice

¹⁶ In generale sul tema, si rinvia a KHALIL IBN ISHĀQ AL-JUNDĪ, *Il Mukhtaṣar, o sommario del diritto malechita*, trad. it. di Guidi, Santillana, 2 voll., Milano, 1919.

¹⁷ DENNIS, *The Story of Fatima Al-Fihri*, in *Babblake History Magazine*, 2023, 6.

¹⁸ BUSKENS, *Sharia and national law in Morocco*, in Otto (ed.), *Sharia Incorporated. A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden, 2010, 96 ss.

¹⁹ Il Protettorato ha avuto un ruolo nella costruzione di un sistema giuridico plurale ove diritto sciaraitico, diritto consuetudinario e diritto moderno di matrice europea coesistono, nonché nella successiva evoluzione dell'architettura giuridica marocchina avvenuta dopo l'indipendenza, v. BUSKENS, *Sharia and national law in Morocco*, cit., 89-138..

europea. Dopo l'indipendenza, tale pluralismo venne gradualmente ricondotto entro un quadro più unitario, fortemente influenzato dal modello francese. Le norme islamiche oggi influenzano profondamente la legislazione statale in materia di famiglia e successione, codificata nel 1957 nella *Mudawwanat al-usra*, cioè il Codice della famiglia marocchino, nonché in ambiti più circoscritti del diritto probatorio e del diritto fondiario.

Il momento normativo centrale di tale processo, in particolare con riferimento al Protettorato francese, è rappresentato dagli interventi codificatori che hanno visto la luce nel corso del 1913. Da ricordare innanzitutto il Codice delle obbligazioni e dei contratti emanato sempre nel 1913 che riprende quasi integralmente il Codice delle obbligazioni e dei contratti tunisino del 1906²⁰. Ai fini del nostro discorso è fondamentale il *dahir* del 12 agosto 1913 sull'organizzazione giudiziaria che introdusse giurisdizioni modellate sull'ordinamento francese, competenti – entro i limiti *ratione personae* e *ratione materiae* definiti dal medesimo testo legislativo – per le controversie civili, commerciali, immobiliari e penali riconducibili alla disciplina contestualmente codificata. Si consolidò così un dualismo giurisdizionale che vedeva, da un lato, un sistema fondato su codici, tribunali statali e professioni giuridiche formalizzate e, dall'altro, un circuito di giustizia sciaraica concentrato sulle materie di più marcata rilevanza religiosa e familiare²¹, in parte investito da interventi di codificazione a partire dal 1957, con lo *statut personnel*, tuttavia rimasto strutturalmente distinto sino all'indipendenza. Tale sistema, dopo il 1957, vede una progressiva e crescente integrazione della giustizia sciaraica all'interno della giurisdizione unitaria dello Stato.

Tale pluralismo delle fonti richiede una lettura cauta, non come esclusione del diritto islamico dall'architettura giuridica moderna, bensì come sua delimitazione funzionale e riorganizzazione entro settori ritenuti decisivi. Dopo l'indipendenza, la riforma del 1965 unificò l'ordinamento giudiziario sotto l'autorità dello Stato, senza tuttavia cancellare né la specificità dello *statut personnel* né il ruolo centrale dei luoghi ove avviene la trasmissione del sapere islamico. In questa prospettiva si collocano, per un verso, la ristrutturazione di al-Qarawiyyin nel 1963 come università statale e, per l'altro, l'istituzione, nel 1964, di Dar al-Hadith al-Hassaniyya da parte di Hassan II, quale centro di alti studi islamici incaricato di formare '*ulama*' di alto livello nelle scienze giuridico-religiose

²⁰ In argomento è utile richiamare l'opera elaborata dal giurista italo-tunisino David Santillana (1855-1931), il *Code tunisien des obligations et des contrats* del 1906. Tale Codice ha influenzato la struttura codificatoria dei Paesi del Maghreb, a cominciare da quella marocchina del 1913. Santillana, in un testo che si caratterizza per un marcato eclettismo scientifico, ha saputo far coesistere le categorie dogmatiche del diritto europeo, ispirate al Code Napoléon e al BGB tedesco, con soluzioni consolidate del *fiqh*, attingendo in modo equilibrato sia al rito malikita sia a quello hanafita. Per un inquadramento storiografico di questa eccezionale stagione codificatoria, cfr. MOSCATI, *La stagione delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 2019, 369-383.

²¹ Dahir del 12 agosto 1913 relativo all'organizzazione giudiziaria del Protettorato francese del Marocco, *Bulletin officiel*, n. 46, 12 settembre 1913. Sul punto si veda FILALI MEKNASSI, *Transformations sociales et mutations juridiques au Maroc*, in *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, CEDEJ, 1994, 59-78.

islamiche secondo un curriculum che combina scienze religiose classiche e metodologia accademica moderna.

Oggi la formazione del giurista marocchino si articola lungo percorsi distinti. Le *Facultés des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales* delle università pubbliche formano il giurista del diritto statale, soprattutto nei settori del diritto pubblico, del diritto privato e delle discipline economico-sociali; Dar al-Hadith al-Hassaniyya e l'Université al-Qarawiyyin presidiano invece la formazione ulemitica e le scienze islamiche superiori; l'Institut Supérieur de la Magistrature di Rabat cura la formazione dei magistrati; mentre notai e 'udul seguono canali professionalizzanti autonomi, regolati da statuti e procedure specifiche. Ne deriva pertanto un sistema formativo segmentato, nel quale il dualismo storico tra sapere giuridico statale e sapere giuridico-religioso non scompare, ma continua a riflettersi nelle istituzioni, nei curricula e nelle culture professionali²².

3. Il pluralismo professionale: mufti, qadi e 'adil

La struttura fin qui analizzata può essere indagata attraverso alcune figure professionali nelle quali l'intreccio tra sapere giuridico-religioso e diritto positivo moderno si manifesta sul piano della competenza, dell'autorità, della tecnica documentaria e della forma dell'atto. In questa prospettiva, il *mufti*, il *qadi* e l'*'adil* (funzionalmente assimilabile al notaio di diritto civile) consentono di cogliere non soltanto la persistenza di saperi tradizionali, ma anche le modalità attraverso cui tali saperi vengono riorganizzati, delimitati o ricondotti entro l'architettura istituzionale dello Stato.

Il *mufti* è il soggetto abilitato all'*ifta'*, ossia alla formulazione di una *fatwa* – un responso legale – in risposta a un quesito sottopostogli da membri della comunità o da giudici incerti sulla decisione di una causa. La sua formazione presuppone un sapere tecnico fortemente stratificato: conoscenza puntuale della dimensione normativa islamica, della lingua araba classica, e non da ultimo degli strumenti dell'*ijtihad*²³. Nel contesto marocchino tale competenza si innesta sul rito malikita, sul *mashhur* e sulla casistica delle *nawazil*, attraverso cui la scuola ha elaborato risposte a fattispecie nuove. A questo nucleo tecnico si aggiunge il requisito della *'adala*, ossia dell'integrità morale, poiché l'autorevolezza della *fatwa* dipende anche dalla credibilità personale e scientifica di chi la formula.

Nel rapporto con il mondo giudiziario la *fatwa* svolge una funzione di orientamento, non di decisione: non è una sentenza, non definisce direttamente la controversia e non

²² MARGLIN, *Written and Oral in Islamic Law: Documentary Evidence and Non-Muslims in Moroccan Shari'a Courts*, in *Comparative Studies in Society and History*, 59 (4), 2017, 884-911.

²³ L'*ijtihad* è lo sforzo ermeneutico compiuto dal *mujtahid*, volto a individuare una soluzione conforme alla legge islamica rispetto a bisogni sociali che mutano con il mutare dei tempi. Si vedano CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico*, vol. 1, Torino, 1990, 73; ALUFFI BECK PECCOZ, voce *Mujtahid*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Torino, 1994, 488-490.

produce, di per sé, un titolo vincolante o esecutivo²⁴. Il *qadi* pronuncia un *hukm*, vale a dire una decisione vincolante per le parti; il *mufti* formula un parere qualificato sulla regola sciaraitica applicabile, o sul modo in cui una questione nuova possa essere ricondotta ai principi della scuola di riferimento. Proprio per questo le *fatawa* hanno storicamente svolto una funzione centrale nel lavoro del giudice: chiarivano il quadro dottrinale, offrivano una soluzione interpretativa nei casi dubbi, collegavano la fattispecie concreta alle categorie del *fiqh* e contribuivano, nel tempo, alla stabilizzazione della giurisprudenza religiosa. In tale contesto la regola non veniva ricercata nel precedente giudiziario, secondo la logica dello *stare decisis* propria di altri ordinamenti, bensì in un *corpus* di scritti giuridici nel quale i pareri dei *mufti* occupavano una posizione fondamentale.

Nel Marocco contemporaneo questa funzione preserva un certo rilievo soprattutto nei settori in cui il diritto positivo mantiene un raccordo con la tradizione malikita. La *fatwa* non si sostituisce al codice né al giudice statale, ma concorre a definire l'orizzonte dottrinale entro il quale l'interprete coglie la continuità tra norma positiva e *fiqh* malikita²⁵. L'istituzionalizzazione della *fatwa* produce, tuttavia, un effetto teorico rilevante, circoscrivendo il pluralismo dottrinale che storicamente caratterizzava la dottrina malikita e concentrando nella struttura statale, e in ultima istanza monarchica, la produzione dell'autorità religiosa normativa. È una scelta di politica del diritto coerente con l'assetto costituzionale marocchino e, in quanto tale, va analizzata, non presentata come un dato neutro.

La questione emerge con maggiore chiarezza se si considera il funzionamento storico della produzione giuridica islamica. Le *fatawa* non restavano isolate, ma venivano raccolte, rielaborate e integrate dagli autori-giuristi in opere più ampie, spesso ampi commentari a trattati brevi, destinate ad aggiornare la dottrina alle esigenze del tempo: vi confluivano questioni ritenute “necessarie” o di “occorrenza assai diffusa”, a testimonianza del continuo adattamento del *fiqh* alle condizioni sociali e giuridiche dell'epoca. Rispetto a questo modello diffuso e stratificato, la centralizzazione contemporanea della *fatwa* segna un passaggio significativo: dalla circolazione plurale dell'autorità dottrinale alla sua progressiva canalizzazione entro forme istituzionali controllate dallo Stato.

Molte opere dei giurisperiti costituivano un modello di riferimento per i giudici, poiché venivano studiate nella fase di formazione e continuavano a essere consultate dopo l'ingresso nella funzione giudiziaria. Ne derivava una distinzione importante: se l'autorità della legge avesse risieduto anzitutto nelle opinioni dei *mufti* e nei trattati della

²⁴ Cfr. CAEIRO, *The Making of the Fatwa: The Production of Islamic Legal Expertise in Europe*, in *Archives de sciences sociales des religions*, 155 (3), 2011, 81-100.

²⁵ L'art. 400 della *Mudawwana* entrata in vigore il 3 febbraio 2004 stabilisce che: «Pour tout ce qui n'a pas été expressément énoncé dans le présent Code, il y a lieu de se référer aux prescriptions du Rite Malékite et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel (*ijtihad*), aux fins de donner leur expression concrète aux valeurs de justice, d'égalité et de coexistence harmonieuse dans la vie commune, que prône l'Islam». Disponibile al seguente indirizzo: <https://www.legal-tools.org/doc/0e057b/pdf/>.

dottrina, il giudice non sarebbe stato chiamato a possedere il medesimo livello di elaborazione dottrinale. Il *qadi*, infatti, era chiamato soltanto ad applicare interpretazione proposta dal *mufti*. Era pur sempre possibile, in quanto *faqih*, riunire le due funzioni nella stessa persona.

Nel *fiqh* malikita classico il *qadi* è il giudice nominato dal sovrano, titolare di una giurisdizione ampia in funzione di specifici requisiti personali e tecnico-morali come ad esempio la fede islamica, la capacità giuridica, l'integrità morale, l'onestà rigorosa e la rettitudine di condotta, la conoscenza della dottrina malikita e, idealmente, la capacità di *ijtihad* (ossia lo sforzo interpretativo compiuto dal *mujtahid*, giurista qualificato) o almeno di *taqlid* qualificato (ossia l'adesione qualificata alle opinioni consolidate della scuola)²⁶. Non a caso la letteratura sull'*adab al-qadi*, dedicata alla deontologia e alla tecnica del giudicare, è particolarmente ricca; nel contesto maghrebino un riferimento significativo è la *Tuhfat al-Hukkam* di Ibn 'Asim al-Andalusi, poema mnemonico ancora oggi richiamato nella formazione tradizionale e radicato nella cultura giudiziaria malikita.

Nel Marocco contemporaneo, tuttavia, la figura del *qadi* è stata progressivamente riassorbita in un apparato giudiziario statale, professionale e burocratizzato. Il riferimento al *qadi* sopravvive soprattutto in riferimento al diritto di famiglia, ma la funzione non coincide più con quella del giudice di matrice religiosa. Il *qadi al-usra*, competente cioè in materia di statuto personale, oggi è un magistrato formato presso l'Institut Supérieur de la Magistrature di Rabat e selezionato per concorso. La sua preparazione contempla discipline proprie del diritto positivo – civile, penale, commerciale e processuale – con una formazione definita in materia di diritto musulmano di famiglia, nella quale il *fiqh* malikita continua ad avere rilievo grazie al rinvio normativo previsto dall'art. 400 della *Mudawwana*. È qui che si coglie una trasformazione radicale: la fonte protagonista non è più il testo classico, come il *Mukhtasar* di Khalil ibn Ishaq, bensì la *Mudawwanat al-usra*, a cui il giudice attinge direttamente per rendere una decisione e che, come si è visto, rimane influenzata dalla dottrina malikita tradizionale.

La riforma di questo Codice, promulgata il 3 febbraio 2004, rappresenta un punto di svolta. Rispetto al precedente testo del 1957-1958 introduce elementi di riforma rilevanti, come ad esempio una maggiore eguaglianza tra i coniugi, l'innalzamento dell'età matrimoniale, la limitazione della poligamia e il controllo giudiziario sul ripudio²⁷. Tali profili, pur segnando un arretramento del malikismo tradizionale a favore di istanze modernizzatrici, non si collocano al di fuori del lessico islamico della legittimazione. Essi vengono

²⁶ Più in generale sul tema si vedano sul punto HALLAQ, *Was the Gate of Ijtihad Closed?* in *International Journal of Middle East Studies*, 16, 1984, 1, 3-41; ID., *Authority, Continuity and Change in Islamic Law*, Cambridge, 2001; JACKSON, *Islamic Law and the State. The Constitutional Jurisprudence of Shihāb al-Dīn al-Qarāfi*, Leiden, 1996; FADEL, *The Social Logic of Taqlid and the Rise of the Mukhtasar*, in *Islamic Law and Society*, 3, 1996, 2, 193-233; PICCINELLI, *op. cit.*, 10.

²⁷ BERGER, *Mudawwana: Marokkaanse familiewet (nieuwe wet van 2004)*, Nijmegen, 2004; RUDE-ANTOINE, *Le mariage et le divorce dans le Code marocain de la famille. Le nouveau droit à l'égalité entre l'homme et la femme*, in *Droit et cultures*, 59, 2010, 43-57.

giustificati entro un orizzonte riformista che fa leva sull'*ijtihad* e sui valori di giustizia e uguaglianza richiamati dalla stessa *Mudawwana*, nel solco della tradizione riformista malikita propria dell'Islam marocchino, segnando in tal modo una presa di distanza dalle letture rigoriste riconducibili al wahhabismo saudita²⁸.

Proprio per questa ragione, la codificazione non determina la preclusione integrale della dottrina classica dal diritto di famiglia. L'art. 400 della *Mudawwana* stabilisce che, per quanto non espressamente disciplinato dal Codice, si richiama il rito malikita e l'*ijtihad*, in conformità ai valori islamici di giustizia, eguaglianza e buona convivenza. La dottrina malikita, dunque, non scompare, ma arretra dal piano della fonte immediata della decisione e rientra attraverso il rinvio sussidiario e interpretativo. Il sapere *fiqhi* non opera più quale fonte esclusiva e diretta, ma sopravvive come grammatica normativa sussidiaria, cui il giudice richiama per colmare i silenzi del diritto positivo statale²⁹.

Da ciò ne viene che la formazione *fiqhiyya* del giudice non può essere ridotta a un residuo culturale. Essa conserva una funzione operativa, poiché consente di colmare le lacune del codice, interpretarne le categorie e mantenere il raccordo tra diritto positivo statale e tradizione giuridico-religiosa. Il giudice della famiglia è, certamente, un magistrato dello Stato; egli opera, tuttavia, in un settore nel quale la legittimazione della norma resta ancora collegata alla tradizione malikita. Non è più il *qadi* classico, ma non è neppure un giudice civilistico puro: è una figura ibrida, nella quale formazione statale e sapere sciaraitico continuano a convivere³⁰.

La distinzione tra *adil* e notaio moderno mette infine in luce il dualismo marocchino non soltanto sul piano delle giurisdizioni e dei percorsi formativi, ma anche su quello della forma dell'atto giuridico e del regime della prova. L'*adil*, il cui plurale è *udul*, è spesso accostato al "notaio" di diritto musulmano, poiché interviene in atti centrali della vita privata e patrimoniale quali il matrimonio, il divorzio, le successioni, le compravendite e altri negozi documentari. Tale assimilazione, tuttavia, è soltanto funzionale, non tecnico-giuridica, poiché nella dottrina classica la prova privilegiata del fatto giuridico non è originariamente il documento notarile in senso continentale, bensì la testimonianza resa da soggetti moralmente qualificati. L'*adil* è, in questa prospettiva, un testimone pubblico accreditato per probità e competenza, che riceve la dichiarazione delle parti e

²⁸ In argomento si vedano TOZY, *Monarchie et islam politique au Maroc*, Paris, 1999; BUSKENS, *Recent Debates on Family Law Reform in Morocco: Islamic Law as Politics in an Emerging Public Sphere*, in *Islamic Law and Society*, vol. 10, n. 1, 2003, 70-131; cfr. HMIMNAT, *Les salafistes marocains et la reconfiguration politico-religieuse post-2011: fluctuation entre (dé)politisation, radicalisation et intégration*, in *L'Année du Maghreb*, 22, 2020, 211-230.

²⁹ Sul ricorso alla giurisprudenza malikita da parte del giudice di famiglia marocchino per colmare i silenzi del codice v. DUPRET, BOUHYA, LINDBEKK, UTRIZA YAKIN, *Filling Gaps in Legislation: The Use of Fiqh by Contemporary Courts in Morocco, Egypt, and Indonesia*, in *Islamic Law and Society*, 26 (4), 2019, 405-436.

³⁰ Sul punto si vedano HALLAQ, *An Introduction to Islamic Law*, cit., 115 ss.; DUPRET, BOUHYA, LINDBEKK, A. UTRIZA YAKIN, *Filling Gaps in Legislation*, cit., 420 ss.

la cristallizza in un *rasm*, ossia in uno scritto che documenta la testimonianza congiunta di due *ʿudul*, successivamente sottoposto al controllo e alla validazione del giudice competente, il *qadi*, mediante *khitab*, ossia l'apposizione di una formula di omologazione grazie alla quale l'atto acquisisce una efficacia probatoria³¹. Proprio nella trasformazione della testimonianza qualificata in documento controllato dallo Stato si coglie il processo di “notarialisation” dell’*ʿadl*: non una piena assimilazione al notaio moderno, ma la riorganizzazione della funzione *ʿudulare* entro il campo del diritto positivo marocchino³².

Il notaio marocchino appartiene, invece, a un diverso circuito storico e professionale, riconducibile alla tradizione notarile moderna di matrice civilistica. Una prima disciplina organica risale al *dahir* del 4 maggio 1925 relativo all’organizzazione del notariato, mentre il quadro normativo attuale è contenuto nella legge n. 32-09 relativa all’organizzazione della professione notarile, promulgata con *dahir* n. 1-11-179 del 22 novembre 2011. Tale disciplina configura il notariato come professione liberale, ma attribuisce al notaio una funzione di autenticazione pubblica: egli riceve gli atti ai quali la legge impone, o ai quali le parti intendono attribuire, il carattere di autenticità proprio degli atti dell’autorità pubblica, con la conseguenza che l’atto acquista carattere autentico dalla data della sottoscrizione notarile. La legge regola, inoltre, la responsabilità del notaio, il deposito delle somme detenute per conto dei clienti presso la *Caisse de dépôt et de gestion*, nonché i meccanismi di assicurazione e garanzia professionale³³.

La parziale sovrapposizione operativa tra le due figure esiste, ma non può essere risolta in una semplice equivalenza funzionale. Qualificare l’*ʿadil* come “notaio tradizionale” può essere utile in prima approssimazione, ma rischia di occultare la diversa genealogia dell’autorità documentale: da un lato, l’*ʿadil* di funzione civilistica, chiamato ad autenticare atti privati in vista della loro rilevanza pubblica; dall’altro, l’*ʿadil* di funzione giudiziaria, i cui atti fungono da testimonianza qualificata valida nell’ambito di specifiche procedure giudiziarie. Da questa duplice genealogia emerge non soltanto il pluralismo delle fonti, delle giurisdizioni o dei percorsi formativi, bensì il pluralismo dei modi attraverso cui l’ordinamento produce certezza, prova e affidamento.

Su questa distinzione si innestano le trasformazioni contemporanee della professione *adoulaire*. L’accesso delle donne alla funzione di *ʿadil*, avvenuto nel 2018 su impulso regio e a seguito di un parere del *Conseil supérieur des Oulémas*, segna il superamento di una funzione tradizionalmente riservata agli uomini, senza tuttavia cancellarne la ma-

³¹ Sul tema dell’omologazione svolta dal *qadi* si veda v. BUSKENS, *Tales according to the Book: Professional Witnesses (ʿudul) as Cultural Brokers in Morocco*, in Dupret, Drieskens, Moors (eds), *Narratives of Truth in Islamic Law*, London-New York, 2008, 143-170; sul tema della prova testimonial cfr. anche SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, vol. II, Roma, 1938.

³² MOUAQIT, *Enjeu(x) du droit. Réflexion, à partir du cas du Maroc, sur la place du droit dans la société et dans les sciences sociales*, in *Droit et Société*, 112 (3), 2022, 493-509.

³³ BENI LAABASSI, *Le notaire et le régime fiscal du foncier au Maroc*, in IBKHALDOUN, *Revue d’études juridiques, économiques et sociales*, vol. 1, n. 2, 2023.

trice sciaraitica. Al primo concorso misto risultarono idonee 299 candidate, su un totale di 800 ammessi³⁴. È un esito che illustra con particolare chiarezza la tesi di fondo: una riforma di portata egualitaria viene legittimata non contro la tradizione religiosa, ma attraverso il suo organo ufficiale di interpretazione, a sua volta ricondotto alla figura monarchica.

Il più recente progetto di riforma prevede non assimilazione pura al notariato civilistico, ma modernizzazione interna di una professione di matrice islamica, progressivamente ricondotta entro le categorie del diritto positivo statale. La legge n. 16-22, approvata dal Consiglio di governo il 20 novembre 2025 e successivamente adottata dalla Camera dei rappresentanti il 3 febbraio 2026 e dalla competente commissione della Camera dei consiglieri il 20 aprile 2026, interviene sulle condizioni di accesso alla professione, sul regime dei diritti e degli obblighi degli *‘udul*, sulla redazione degli atti, sulla ricezione delle testimonianze, sulla conservazione di atti, certificati e registri, nonché sull’organizzazione dell’Ordine nazionale degli *‘udul*. Nell’*iter* parlamentare emerge, in modo significativo, la volontà di mantenere distinta la professione dell’*adil* in ambito giudiziario da quello in ambito civilistico. Contestualmente, tale riforma valorizza strumenti propri della modernizzazione giuridica, quali il ricorso a supporti digitali per atti, certificati e registri, e conferma la centralità della validazione giudiziaria quale condizione di ufficialità del documento. In questo senso, la riforma si colloca pienamente nel processo di *notarialisation* dell’*adil*: non sostituzione della genealogia sciaraitica della funzione, ma sua riorganizzazione entro un quadro professionale, documentario e istituzionale governato dal diritto positivo marocchino³⁵.

La distinzione tra *‘adil* e notaio non è dunque un residuo terminologico, ma un indice strutturale del pluralismo giuridico marocchino. Da una parte il notaio, espressione del circuito civilistico e dell’autenticazione documentale di matrice continentale; dall’altra l’*adil*, figura radicata nella logica islamica della testimonianza qualificata, oggi progressivamente professionalizzata, aperta anche alle donne, sottoposta a controllo giudiziario e inserita in un processo di digitalizzazione e riorganizzazione istituzionale. Tale pluralismo non riguarda soltanto le fonti del diritto o le giurisdizioni, ma investe il modo stesso in cui l’ordinamento produce certezza, prova e affidamento negli atti della vita giuridica.

³⁴ La decisione regia fu comunicata all’esito del Consiglio dei Ministri del 22 gennaio 2018, previo parere del *Conseil supérieur des Oulémas* sulla compatibilità con le regole sciaraitiche in materia di testimonianza (*shahada*) e con le costanti religiose del Regno, in primo luogo i principi del rito *malikita*. Il primo concorso misto si tenne il 6 maggio 2018; i risultati, resi noti il 21 luglio 2018, registrarono 800 ammessi, di cui 299 donne (circa il 37-38%) e 501 uomini.

³⁵ Progetto di legge n. 16-22 relativo all’organizzazione della professione di *‘adil*, approvato dal Consiglio di governo il 20 novembre 2025. Nel successivo *iter* il testo è stato esaminato e approvato in sede di commissione presso la Camera dei Consiglieri (aprile 2026), tra le contestazioni di parte della categoria; talune disposizioni – segnatamente quelle relative alla testimonianza femminile nella procedura del *lafif* – restano oggetto di discussione.

4. Alcuni cenni conclusivi: il pluralismo giuridico regolato

Alla luce del percorso ricostruttivo sinora svolto, è possibile tornare all'interrogativo da cui muoveva l'indagine. Storicamente, nell'evoluzione del diritto marocchino, la figura del giurista non coincide con un modello professionale unitario, ma si presenta come il prodotto di una stratificazione normativa e istituzionale. Oggi invece egli assume il volto del giurista statale formato nelle facoltà di diritto, del magistrato o dell'avvocato. Non possiamo sottacere la permanenza di un sostrato di sapere sciaraitico necessario, comunque, per addentrarsi nella comprensione operativa di quei settori, come il diritto di famiglia, è maggiore l'influenza della tradizione giuridica islamica. Ancor di più, tale sapere è evidente nella funzione dell'*'adil*, in quanto professionista dell'atto e della prova nell'ambito del processo, la cui legittimazione rinvia a una diversa genealogia dell'autorità giuridica.

Ne deriva che il pluralismo delle fonti in Marocco non può essere letto come frammentazione dell'apparato istituzionale. Esso si configura, piuttosto, come una forma di pluralismo regolato, nella quale sistemi formativi, professionali e simbolici differenti coesistono e vengono coordinati entro l'architettura dello Stato. Questa coesistenza può generare incertezze applicative e problemi di qualificazione dell'atto o della fattispecie, ma proprio tali tensioni costituiscono un connotato qualificante dell'ordinamento marocchino: un ordinamento che, anche rispetto ad altri paesi islamici, ha saputo garantire, una sostanziale unità del sistema, sia pur mantenendo una forte attenzione alla tradizione giuridica.

Studiare la formazione del giurista, in questa prospettiva, non significa, allora, limitarsi alla storia delle università, dei curricula o delle modalità di accesso alle professioni. Significa interrogare, più in profondità, il rapporto tra sapere, autorità e produzione della norma. La domanda non è soltanto dove si formi il giurista, ma quale sapere venga riconosciuto come giuridicamente rilevante, quale istituzione attribuisca autorità a quel sapere e chi, in ultima analisi, abbia il potere di dire l'ultima parola sul diritto applicabile³⁶.

In questa prospettiva, anche il procedimento comparativo deve evitare una lettura puramente evolutiva o lineare. Letto attraverso il solo paradigma della modernizzazione europea, il pluralismo delle fonti in Marocco può apparire come una transizione incompiuta, se non come una sopravvivenza del passato. Osservato, invece, attraverso la dialettica tra *shari'a* e *qanun*³⁷, esso si rivela come una forma specifica di modernità giuridica, nella quale lo Stato non elimina la tradizione, ma la seleziona, la organizza e la incorpora. In questo senso, la formazione del giurista diventa il luogo privilegiato in cui passato e

³⁶ L'interrogativo su chi detenga «l'ultima parola» sul diritto applicabile è formulato in questi termini da PICCINELLI, *op. cit.*, 17, che richiama MALLAT, *The Renewal of Islamic Law*, Cambridge, 1993, 79.

³⁷ Si veda sul tema CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 87 ss.

presente non si succedono semplicemente, ma continuano a coabitare, producendo figure professionali ibride, tecniche differenziate e forme plurali di autorità giuridica.



Il giurista in Cina: percorsi formativi e professioni legali*



Valentina Lunesu

Professoressa a contratto dell'Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sulla formazione giuridica in Cina. – 2. I percorsi formativi giuridici. – 2.1. La struttura dei corsi di formazione. – 2.2. I programmi universitari. – 3. L'accesso alle professioni legali e la riforma del 2018. – 4. Le criticità del sistema. – 5. La dimensione internazionale della formazione giuridica cinese.

1. Cenni introduttivi sulla formazione giuridica in Cina

Il tema della *legal education* costituisce uno degli ambiti di indagine di estremo interesse nella comparazione giuridica, in quanto rappresenta un fattore caratterizzante delle tradizioni giuridiche e un elemento di demarcazione tra tradizione e sistema giuridico. Se la dimensione culturale della tradizione si esprime anche attraverso le modalità di insegnamento e di trasmissione del diritto, l'esperienza cinese riveste allora particolare interesse, poiché l'evoluzione della formazione del giurista consente di cogliere, al contempo, le trasformazioni che hanno interessato il diritto cinese e la persistente continuità di alcuni suoi tratti fondamentali.

L'attuale configurazione del sistema di formazione giuridica cinese è di origine relativamente recente, collocandosi nel periodo successivo alla cesura rappresentata dalla Rivoluzione Culturale (1966-1976), durante la quale le facoltà di giurisprudenza furono in larga misura smantellate, la formazione giuridica venne pressoché sospesa e la stessa idea di professionalizzazione del giurista risultò subordinata alla centralità politico-ideologica del Partito¹, secondo una logica tipica delle tradizioni che, in contrapposizione

* Il presente scritto costituisce una rielaborazione della relazione presentata al convegno "I

alla *Western legal tradition*², organizzano i poteri in modo da funzionalizzare il diritto alla preminenza del fattore politico rispetto a quello giuridico³.

Come certamente noto, è a partire dalla stagione delle riforme inaugurata da Deng Xiaoping alla fine degli anni Settanta che la Cina ha assistito ad un fenomeno di ricostruzione del sistema giuridico, divenuto elemento funzionale alla modernizzazione economica e alla progressiva istituzionalizzazione dell'ordinamento socialista di mercato. In questa fase, e in particolare a partire dagli anni Novanta, la figura del giurista ha conosciuto una significativa trasformazione, strettamente connessa al processo di transizione dall'economia pianificata socialista a un'economia socialista di mercato, a cui viene attribuito il ruolo d'attore fondamentale dello sviluppo economico, della regolazione dei rapporti commerciali e dell'attrazione degli investimenti esteri⁴. È così che prende forma un vero e proprio mercato dei servizi legali, quale esito della progressiva riconfigurazio-

corsi universitari nelle materie privatistiche e comparatistiche. Modelli formativi e prospettive nell'insegnamento giuridico", tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano in data 15 maggio 2026.

¹ Per una ricostruzione storica dell'evoluzione del diritto cinese a partire dal periodo popolare, TSIEH TCHIE-HAO, *La République populaire de Chine, droit constitutionnel et institutions*, Parigi, 1970; ID., *L'administration en Chine populaire (Dossier Thémis 54)*, Parigi, 1973; ID., *L'empire du milieu retrouvé. La Chine populaire a trente ans*, Parigi, 1979; CRESPI REGHIZZI, *Il diritto cinese all'alba della codificazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1979, I, 121 ss.; FOLSOM, MINAN, *Law in the People's Republic of China*, Dordrecht-Boston, 1989; SHENG YU, ZENG QING-MIN, *Diritto cinese*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, 1989; TAO JING-ZOU, *Le droit chinois contemporain*, Parigi, 1991; CABESTAN, *L'administration chinoise après Mao*, Parigi, 1992; ZHU GNGBIN, *La réforme de la fonction publique et son évolution en droit chinois*, Aix-en-Provence, 1995; CHEN JIANFU, *From Administrative Authorisation to Private Law*, Dordrecht, 1995; GAMBARO; SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2024, 403 ss.; AJANI; SERAFINO; TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2007, 189 ss.; CAVALIERI, *Diritto dell'Asia orientale*, Venezia, 2008, 29 ss.; LIANG, *The Changing Chinese Legal System, 1978–Present: Centralization of Power and Rationalization of the Legal System*, Londra, 2008; GELATT, SNYDER, *Legal Education in China: Training for a New Era*, in *China Law Report*, 1980, vol. 1, 41 ss.; DEPEI; KANTER, *Legal Education in China*, in *American Journal of Comparative Law*, 1984, vol. 32, 543 ss.

² Sul concetto di tradizione occidentale, GAMBARO, *Western Legal Tradition*, in Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, Londra, 1998, 686.

³ MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, in *Stanford Journal of International Law*, 1981, vol. 17, 357 ss.; WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974. In particolare sui sistemi socialisti, AJANI, *Le Fonti Non Scritte Del Diritto Dei Paesi Socialisti*, in *Studi di diritto comparato*, Milano, 1985 – dove SACCO (pp. xi-xii), definisce i «fattori politici» un «formante in più», un elemento-fatto che si inserisce nel quadro-ordinamento, in cui la declamazione politica non deve necessariamente trovare una propria «coerenza intrinseca» né una «coerenza al dato giuridico» (come invece avviene nei sistemi occidentali), e, contestualmente, la legge e la decisione giudiziale non possono essere spogliati di ciò che li collega alla propria matrice politica – e ID., *Il modello post-socialista*, in *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, 8.

⁴ BOER, *Socialism with Chinese Characteristics: A Guide for Foreigners*, Singapore, 2021; CHANG, *China Under Deng Xiaoping: Political and economic reform*, New York, 1988.

ne funzionale del diritto all'interno del processo di riforma economica e istituzionale. In questa fase, gli avvocati assumono progressivamente la funzione, non tanto di *litigators*, quanto di "facilitatori dello sviluppo delle imprese", evolvendo verso il ruolo di consulenti tecnici delle stesse, in particolare nell'ambito delle operazioni di *joint venture* e nei rapporti con investitori stranieri, mentre si assiste ad una importante evoluzione: l'ordinamento giuridico viene gradualmente riallineato a standard regolativi di matrice internazionale, anche in funzione del processo di integrazione della Cina nell'Organizzazione mondiale del commercio⁵. Tale evoluzione si inserisce in una più ampia traiettoria di ristrutturazione del rapporto tra Stato e diritto, che investe direttamente la qualificazione costituzionale e funzionale della professione forense. Si assiste, in particolare, alla riconfigurazione dell'avvocato in chiave professional-economica, riflessa anche sul piano normativo dalla Legge sugli avvocati del 1997, che segna il superamento della qualificazione dell'avvocato come "lavoratore legale dello Stato" a favore della sua qualificazione quale soggetto "prestatore di servizi giuridici per la società" e poi, con l'emendamento del 2007 "a favore dei clienti", evidenziando la mutata funzione dei *lawyers*, che iniziano ad assumere ruolo e funzione coerente con la transizione dello Stato verso un'economia socialista di mercato. Anche il potere giudiziario alla fine del secolo scorso conosce un processo di progressiva professionalizzazione: la riforma del processo civile del 1991 trasforma la natura inquisitoria del giudice, mentre la *Legge sui giudici* del 1995 sancisce per la prima volta una distinzione formale tra la funzione giudiziaria e quella amministrativa⁶.

Questa fase di riapertura della Cina al mondo fu accompagnata da un intenso scambio culturale e giuridico con sistemi stranieri. Giuristi e accademici stranieri vennero accolti nelle università e nelle istituzioni cinesi, mentre molti studiosi cinesi furono inviati all'estero per apprendere modelli formativi e professionali all'epoca ritenuti più avanzati. Nel 1992 fu concesso ai primi studi legali stranieri di esercitare in Cina e il governo avviò missioni di studio, tra gli altri, in Giappone, Germania, Corea del Sud e Stati Uniti per riformare il sistema delle professioni legali. Anche i tribunali iniziarono a istituire

⁵ Sugli impegni assunti dalla Cina ai fini dell'ingresso nella WTO, *Report of the working party on the accession of China - Part II - Schedule of Specific Commitments on Services*, Ministerial Conference, Fourth Session, 2001, List of Article II MFN Exemptions. Sul tema si vedano, LIU, WU, *The Ecology of Organizational Growth: Chinese Law Firms in the Age of Globalization*, in *American Journal of Sociology*, 2016, vol. 122, n. 3; CAVALIERI, *L'adesione della Cina alla WTO: implicazioni giuridiche*, Argo, 2003; CAVALIERI, *Evoluzioni e involuzioni del diritto cinese degli investimenti esteri: dalla prima legge sulle joint ventures alla pandemia*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2022, vol. XIII, 141-168; TIMOTEO, *Investimenti e commercio estero in Cina: il punto di vista del giurista*, in ORLANDI - PRODI, *A volte producono: Le imprese italiane in Cina*, Bologna, 2006, 241-260; Ajani, Luther (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, 2009.

⁶ Per uno studio più approfondito si veda TIMOTEO, *La giustizia e i giuristi nella Cina contemporanea*, in *Rivista degli studi orientali*, 2010, vol. 78, fasc. 3-4, 523-534; HE, *The Judicial System of China*, in *Judicial Systems of the World*, Oxford, 2024; LI, CHENG, *Structural Constraints on Legal Change: Chinese Lawyers in the Interaction between the State, the Market, and Society*, in *Social Sciences in China*, 2013, vol. 34, n. 1, 58-77.

sezioni specializzate per le controversie con parti straniere, soprattutto nelle città costiere più aperte agli investimenti internazionali⁷.

Come conseguenza, l'istruzione giuridica fu progressivamente orientata verso una maggiore professionalizzazione, segnando un graduale superamento del modello di matrice sovietica, prevalentemente incentrato sulla formazione politico-ideologica. Nel 1996 fu introdotto il programma di Juris Master, ispirato, pur con i necessari adattamenti al contesto locale, ai percorsi professionali statunitensi, finalizzato alla formazione di professionisti del diritto dotati di competenze tecniche e pratiche uniformi, in grado di rispondere alla crescente complessità delle controversie e all'aumento della domanda di *expertise* giuridica generati dal processo di riforma⁸.

La sempre maggiore esigenza di tecnici del diritto ha quindi determinato un'espansione straordinaria dell'istruzione giuridica⁹. Dalle poche *law schools* presenti negli anni Ottanta si è passati, nel giro di pochi decenni, a oltre seicento *law schools* distribuite sull'intero territorio nazionale. Il numero degli iscritti ai corsi di laurea in giurisprudenza ha superato, nel 2023, le settecentomila unità, segnando un significativo incremento quantitativo che riflette l'espansione dell'accesso alla formazione giuridica, ma che evidenzia anche i limiti del sistema cinese di *legal education*, in termini di qualità della formazione, effettiva professionalizzazione dei percorsi e progressivo affollamento del mercato del lavoro giuridico¹⁰.

⁷ Sulla regolazione dell'attività degli avvocati stranieri, v. HELLER, *China's New Foreign Law Firm Regulations: A Step in the Wrong Direction*, in *Washington International Law Journal*, 2003, vol. 12, n. 3, 751 ss.; GODWIN, *The Professional "Tug of War": The Regulation of Foreign Lawyers in China, Business Scope Issues and Some Suggestions for Reform*, in *Melbourne University Law Review*, 2009, vol. 33, n. 1, 132-162.

⁸ Sull'influenza dell'istruzione giuridica a modello statunitense nel sistema cinese, KRONCKE, *Model, System, or Node? Understanding Legal Education Reform in Twentieth-Century China and Beyond*, in *American Legal Education Abroad: Critical Histories*, New York, 2021, 162-188; ERIE, *Legal Education Reform in China Through US-Inspired Transplants*, in *Journal of Legal Education*, 2009, vol. 59, n. 1, 60-96.

⁹ BIDDULPH, *Legal Education in the People's Republic of China: The Ongoing Story of Politics and Law*, in Steele, Taylor (a cura di), *Legal Education in Asia: Globalization, Change and Contexts*, Londra, 2010; BASKIR, *Legal Education in China: Globalizing with Chinese Characteristics*, in *Asian Journal of Legal Education*, 2015, vol. 2, 143-156; ZUO, *Legal Education in China: Present and Future*, in *Oklahoma City University Law Review*, 2009, vol. 34, 51-58.

¹⁰ I dati sono riportati da HE, *The Judicial System of China*, cit., 20. V. anche SHAN, *Legal Education in China: The New "Outstanding Legal Personnel Education Scheme" and Its Implications*, in *Legal Information Management*, 2013.

2. I percorsi formativi giuridici

2.1. La struttura dei corsi di formazione

Il percorso ordinario di accesso agli studi giuridici è rappresentato dal *Bachelor of Laws* (法学士, *faxueshi*), corrispondente alla laurea di primo livello in giurisprudenza. Il programma universitario assicura una formazione di carattere generale nelle principali aree del sapere giuridico e costituisce il canale tradizionale di ingresso alla formazione legale. A livello *post-lauream*, il sistema si articola secondo una distinzione tra percorsi a prevalente vocazione professionale e percorsi maggiormente orientati alla ricerca scientifica¹¹.

Il *Juris Master* (法律硕士, *falü shuoshi*), istituito, come anticipato, nel 1996, con finalità eminentemente professionalizzanti, è volto alla formazione di figure destinate all'esercizio delle professioni giuridiche attraverso un approccio marcatamente orientato alla dimensione applicativa del diritto¹². Nella sua configurazione originaria, tale programma era rivolto principalmente a laureati provenienti da discipline diverse dalla giurisprudenza, in seguito, il percorso ha conosciuto una articolazione interna in due distinti indirizzi: il *Juris Master* per non giuristi (法律硕士〔非法学〕, *falü shuoshi feifaxue*), riservato ai candidati privi di una pregressa formazione giuridica, e il *Juris Master* per giuristi (法律硕士〔法学〕, *falü shuoshi faxue*), destinato ai laureati in giurisprudenza. Pur nella diversificazione dei requisiti di accesso, entrambi gli indirizzi mantengono, come detto, una comune impostazione professionalizzante, risultando accomunati dall'obiettivo di rafforzare le competenze operative e applicative richieste nell'esercizio delle professioni legali, con particolare riferimento alla pratica forense e all'attività giudiziaria¹³.

¹¹ La differenziazione tra sistemi di istruzione accademica e professionalizzante, non limitata al solo ambito giuridico, ha trovato riconoscimento normativo nella *Legge della Repubblica Popolare Cinese sui titoli accademici*. (中华人民共和国学位法) in vigore dal 1 gennaio 2025.

¹² Formalmente istituito con il documento 《关于设置法律专业硕士学位的报告》 (“Rapporto sull'istituzione del Master professionale in diritto”), approvato nell'aprile 1995 nella XIII sessione del 国务院学位委员会 (Commissione dei titoli accademici del Consiglio di Stato). Il provvedimento è stato successivamente attuato mediante la circolare 《关于开展法律专业硕士学位 ze 点工作的通知》 (“Circolare sull'avvio del programma sperimentale del Master professionale in diritto”), emanata nel maggio 1995, che ha autorizzato l'avvio sperimentale del programma presso otto università cinesi a partire dall'anno accademico 1996, segnando l'effettiva introduzione del percorso formativo. Sull'istituzione del *Juris Master* e la sua evoluzione, YUAN, *The New Juris Master Degree: China's Tightrope Between Theory-Oriented and Practice-Oriented Legal Education*, in *International Journal of the Legal Profession*, 2022, vol. 29, n. 2, 209-228.

¹³ La distinzione tra *Juris Master* per non giuristi e *Juris Master* per giuristi si consolida a seguito delle decisioni adottate nel 2008 dalla Commissione per i titoli accademici del Consiglio di Stato, nell'ambito della revisione del sistema dei master professionalizzanti. Tali interventi, coordinati con le direttive del Ministero dell'Istruzione della Repubblica Popolare Cinese in materia di ammissione ai corsi di laurea magistrale, hanno formalmente esteso l'accesso al percorso anche ai

Diversa è, invece, la funzione del *Master of Laws* (法学硕士, *faxue shuoshi*), il quale conserva una prevalente vocazione accademica e scientifica¹⁴. Contraddistinto da un impianto formativo marcatamente teorico e metodologico, si configura quale percorso prioritariamente orientato all'approfondimento delle categorie giuridiche e allo sviluppo di competenze di ricerca, risultando funzionale all'accesso alla carriera accademica e agli istituti di ricerca scientifica.

Al vertice del sistema della formazione giuridica si colloca il *Doctor of Laws* (法学博士, *faxue boshi*), che rappresenta, in via ordinaria, il requisito per l'accesso alle posizioni universitarie di maggiore rilievo. Tale titolo è altresì frequentemente valorizzato nell'ambito del conferimento di incarichi istituzionali ad elevato contenuto tecnico-giuridico. La crescente competitività del settore universitario ha infatti progressivamente accresciuto il peso del dottorato accademico, determinando un significativo innalzamento dei livelli di selettività in particolare presso gli atenei di più elevato prestigio, portando all'istituzione, parallela allo stesso, in una fase più recente, di un dottorato destinato alla formazione di operatori del diritto, ossia il *Professional Doctorate in Law* (法律博士, *falü boshi*). Innovazione che risponde all'esigenza di articolare in modo più flessibile la formazione giuridica avanzata, contribuendo al contempo ad alleggerire la pressione sul dottorato accademico ed a rispondere alla crescente domanda di figure altamente qualificate destinate a funzioni direttive nell'amministrazione pubblica, nella magistratura, nelle professioni legali e nelle grandi organizzazioni economiche¹⁵.

2.2. I programmi universitari

I programmi universitari di giurisprudenza si caratterizzano per una struttura formativa che coniuga l'insegnamento tecnico-giuridico con una componente di educazione politico-ideologica, la quale assume rilievo particolare, oltreché caratteristico del sistema, all'interno dell'ordinamento didattico. Il percorso di studi include, in via principale, insegnamenti tipici delle facoltà di giurisprudenza di tutto il mondo, quali diritto civile, penale, amministrativo, costituzionale, internazionale, teoria generale del diritto, e organizzazione del sistema giudiziario.

Accanto a tali insegnamenti di matrice tecnico-giuridica, il sistema prevede altresì – ed è qui il dato sistemologico estremamente interessante sotto il profilo della comparazione giuridica – una formazione ideologica obbligatoria, articolata in corsi dedicati al

laureati in giurisprudenza, superando la precedente riserva ai soli candidati provenienti da discipline non giuridiche.

¹⁴ A differenza del *Juris Master*, il *Master of Laws*, analogamente ai percorsi di “bachelor”, deriva dai sistemi di *civil law* e ne recepisce le modalità di formazione del giurista (cfr. MAO, *Clinical Legal Education and the Reform of the Higher Legal Education System in China*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, vol. 30, 421-434).

¹⁵ NIU - XIAO, *What Drives the Transformation? Unpacking China's Reforms in Doctoral Education*, in *Voprosy obrazovaniya / Educational Studies Moscow*, 2025, n. 3, 198-222.

marxismo-leninismo, al pensiero di Mao Zedong, alla teoria del socialismo con caratteristiche cinesi e alla teoria dello Stato di diritto socialista. Si tratta di un profilo di particolare rilievo sul piano sistemologico e comparatistico, in quanto consente di cogliere elementi strutturali del modello cinese, come già richiamato in premessa. Tale componente formativa è invero funzionale all'integrazione tra preparazione professionale e adesione ai principi politico-istituzionali che informano l'ordinamento, contribuendo alla definizione di un modello di giurista coerente con la struttura del Partito-Stato¹⁶.

Vi è un altro dato di sicuro interesse per un'indagine di stampo comparatistico. L'apertura della Cina ai modelli giuridici stranieri ha progressivamente favorito, nei percorsi di formazione giuridica, l'introduzione di insegnamenti di diritto comparato¹⁷, il quale ha assunto una posizione di rilievo nella formazione del giurista, affermandosi come disciplina autonoma e, soprattutto, come strumento interpretativo attraverso cui leggere l'evoluzione del diritto nazionale e internazionale nel più ampio contesto dei processi di globalizzazione economica e di circolazione dei modelli giuridici¹⁸. Invero, la formazione del giurista cinese si è sviluppata lungo una costante dialettica tra apertura internazionale e salvaguardia delle specificità dell'ordinamento nazionale. La stagione delle riforme avviata nel 1978 rese infatti necessario il ricorso a categorie e istituti giuridici idonei a sostenere lo sviluppo dell'economia socialista di mercato e il progressivo inserimento della Cina nei circuiti economici internazionali. Tale processo, come noto, si è tradotto in una ricezione selettiva dei modelli giuridici stranieri e in una loro rielaborazione volta a renderli compatibili con le caratteristiche e le esigenze politiche, economiche e istituzionali

¹⁶ L'educazione politico-ideologica non costituisce una peculiarità esclusiva della formazione giuridica, essendo al contrario prevista già nei gradi inferiori del sistema educativo. Sul tema, v. KOESEL, *Learning to Be Loyal: Political Education in China*, conference paper presentato al Midwest Political Science Association Annual Meeting, 2014; LIU, ZHAO, STARKEY, *Ideological and Political Education in Chinese Universities: Structures and Practices*, in *Asia Pacific Journal of Education*, 2023, vol. 43, n. 2, 586-598; ZHU, PETERS, *Social Governance, Education and Socialist Rule of Law in China*, in *Educational Philosophy and Theory*, 2019, vol. 51, n. 7, 670-673.

¹⁷ GAMBARO, MONATERI, SACCO, voce *Comparazione giuridica*, in *Dig. civ.*, vol. III, 1988, 48; SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Torino, 1992; GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 3ª ed., Torino, 2008.

¹⁸ Sul fenomeno della circolazione dei modelli, v. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. civ.*, vol. II, 1988, 365; WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974; GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in Reimann, Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, 441-476; GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2009, vol. 10, 723-743. MATTEI, *Circolazione dei modelli giuridici*, in *Enc. Dir. Annali*, I, Milano, 2007, 173-181. In particolare, sulla circolazione dei modelli in Cina, TIMOTEO, *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, Bologna, 2005. Sul recepimento del diritto comparato in Cina si vedano invece, LIU, 《比较法在中国》 (*Comparative Law in China*), Social Sciences Academic Press, 2008, 14; LIU, SU, *Comparative Law in China: Over 30 Years' Development and Paradigm Shift in Research*, in *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2013, vol. 1, n. 1, 158-184.

proprie dell'ordinamento cinese¹⁹. Può dirsi dunque che la riflessione comparatistica ha accompagnato tale evoluzione, consentendo di comprendere la razionalità sistematica degli ordinamenti stranieri e di valutarne la adattabilità al contesto normativo interno, secondo una logica di progressiva localizzazione degli istituti recepiti²⁰.

Il diritto comparato ha rappresentato dunque nel tempo un valido strumento per interpretare criticamente le esperienze giuridiche straniere e reinterpretarne gli istituti in modo coerente con i principi, i valori e l'assetto costituzionale della Repubblica Popolare Cinese, contribuendo alla costruzione di un sistema giuridico aperto al confronto internazionale senza rinunciare alla propria autonomia e identità²¹.

Un ulteriore profilo di particolare interesse è rappresentato dalla circostanza che l'utilizzo del metodo comparatistico investe anche la pluralità di esperienze giuridiche coesistenti all'interno dello stesso territorio della Repubblica Popolare Cinese. La compresenza del sistema della Cina continentale con quelli vigenti nelle Regioni amministrative speciali di Hong Kong e Macao impone infatti ai giuristi di confrontarsi con tradizioni giuridiche differenti che si intrecciano²².

Oggi il diritto comparato occupa una posizione stabile nei principali atenei e istituti di ricerca cinesi. In molte facoltà giuridiche esso costituisce un insegnamento obbligatorio o comunque largamente diffuso nei programmi di laurea, master e scuole di dottorato.

¹⁹ Vediamo, tra i concetti di derivazione occidentale recepiti, quello di "economia di mercato", ovvero quello di "Rule of law", che ritroviamo in Cina accompagnati dalla locuzione "con caratteristiche cinesi". Per un approfondimento, COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in Costa, Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2006, 89 ss.; AJANI, *La Rule of Law in Cina*, in *Mondo Cinese*, 2006, n. 1, 18 ss.; CHEN, *Towards a Legal Enlightenment: Discussion in Contemporary China on the Rule of Law*, in *Pacific Basin Law Journal*, 1999, vol. 17, 125 ss.; PEERENBOOM, *China's Long March Towards the Rule of Law*, Cambridge, 2002. Per un'analisi approfondita sul termine 法治 e la sua evoluzione v. TIMOTEO, Voce "Cina", in *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione Civile*, Aggiornamento A-Z, Torino, 2010, 181-238.

²⁰ Si vedano sul punto, PAZZAGLINI, *La recezione del diritto civile nella Cina contemporanea*, in *Mondo cinese*, 1991, 49-54.; Ajani, Luther (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, 2009; DANHAN, *The UNIDROIT Principles and Their Influence in the Modernisation of Contract Law in the People's Republic of China*, in *Uniform Law Review*, 2003, vol. 8, 38 ss.; CRESPI REGHIZZI, *Evoluzione del nuovo diritto commerciale cinese*, in *Il Politico*, 2006, 162 ss.; *Proprietà e diritti reali in Cina*, in *Mondo cinese*, 2006, n. 1, 26 ss.

²¹ LIU, SU, *Comparative Law in China: Over 30 Years' Development and Paradigm Shift in Research*, cit.

²² Alla fine degli anni '90, la Cina ha istituito regioni amministrative speciali (RAS) basate sul concetto di "un Paese con due sistemi" per gestire Hong Kong e Macao, rispettivamente ex dipendenze britanniche e portoghesi. Sul tema si veda, M. TIMOTEO, *Un Paese, due sistemi. Il diritto cinese fra civil law e common law*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, n. 4, 91-100.

3. L'accesso alle professioni legali e la riforma del 2018

L'accesso alle principali professioni legali è subordinato al superamento di un esame nazionale unificato che, dal 2018, assume la denominazione di “Esame nazionale unificato per la qualificazione alle professioni legali” (国家统一法律职业资格考试, *Guojia tongyi falü zhiye zige kaoshi*)²³. Il superamento di tale prova costituisce presupposto imprescindibile per l'accesso alle professioni di giudice, procuratore, avvocato – compresi gli avvocati d'impresa – e notaio, rappresentando il principale meccanismo di selezione delle professioni giuridiche in Cina. Il conseguimento della qualifica professionale mediante l'esame nazionale costituisce tuttavia soltanto il primo momento del percorso di accesso alle professioni legali, cui segue una fase di formazione e selezione differenziata in funzione della specifica professione prescelta.

L'attuale sistema costituisce l'approdo di un più ampio processo di riforma avviato all'inizio degli anni Duemila. In precedenza, infatti, l'accesso alle diverse professioni era regolato da procedure distinte, successivamente unificate con l'istituzione, nel 2002, del National Judicial Examination, introdotto nell'ambito delle riforme legislative del 2001²⁴. Tale intervento, ispirato al più generale processo di professionalizzazione delle professioni forensi e influenzato anche dall'esperienza dei *bar examinations* stranieri, perseguiva il duplice obiettivo di assicurare standard qualitativi uniformi e di promuovere una comune cultura giuridica tra magistratura, procura e avvocatura²⁵. Contestualmente, il legislatore elevò significativamente i requisiti di accesso, introducendo l'obbligo di una formazione universitaria e riducendo il ricorso, sino ad allora frequente, al reclutamento di soggetti privi di una specifica preparazione giuridica, tra cui numerosi ex ufficiali militari.

L'ultimo processo di riforma, sviluppatosi tra il 2015 e il 2018 e successivamente recepito nelle modifiche alla Legge sui giudici, alla Legge sui procuratori e alla Legge sugli avvocati, ha condotto all'introduzione dell'attuale “esame unificato”, accompagnata da un ulteriore irrigidimento dei requisiti di accesso. Oggi, infatti, la partecipazione all'esame richiede, quale regola generale, il possesso di una formazione universitaria specificamente in ambito giuridico, ossia il conseguimento di una laurea in giurisprudenza

²³ 国家统一法律职业资格考试实施办法 (*Guojia tongyi falü zhiye zige kaoshi shishi banfa*) – “Misure per l'attuazione dell'esame nazionale unificato di qualificazione per le professioni legali”, adottate con il Decreto del Ministero della Giustizia n. 140 del 28 aprile 2018.

²⁴ Ci si riferisce agli emendamenti approvati dal Comitato permanente dell'Assemblea nazionale del popolo il 30 giugno 2001 alla Legge sui giudici della Repubblica Popolare Cinese (《中华人民共和国法官法》), alla Legge sui procuratori della Repubblica Popolare Cinese (《中华人民共和国检察官法》) e alla Legge sugli avvocati della Repubblica Popolare Cinese (《中华人民共和国律师法》), entrati in vigore il 1° gennaio 2002.

²⁵ HE, *The Judicial System of China*, cit.; L. GAO, *What Makes a Lawyer in China—The Chinese Legal Education System after China's Entry into the WTO*, in *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 2002, vol. 10, 197 ss.

(*Bachelor of Laws*) ovvero di un titolo *post lauream* in materie giuridiche, come il *Juris Master* o il *Master of Laws*²⁶.

L'esame si caratterizza per un elevato grado di selettività, con percentuali di superamento tradizionalmente comprese tra il 10 e il 15 per cento, a fronte di un numero di candidati che ogni anno raggiunge diverse centinaia di migliaia di unità. Sotto il profilo contenutistico, la prova investe l'intero spettro delle principali discipline giuridiche – dal diritto civile e penale al diritto amministrativo, costituzionale e processuale – ma continua ad attribuire un rilievo significativo anche alla formazione politico-istituzionale. A partire dal 2007 tale componente è stata progressivamente rafforzata mediante l'inserimento di contenuti relativi alla teoria del «socialismo con caratteristiche cinesi», allo Stato di diritto socialista e al ruolo di leadership del Partito Comunista Cinese, confermando come l'accertamento delle competenze tecnico-giuridiche sia tuttora accompagnato dalla verifica dell'adesione ai principi fondamentali dell'ordinamento politico-costituzionale cinese²⁷.

4. Le criticità del sistema

L'espansione quantitativa dell'istruzione giuridica in Cina ha prodotto effetti ambivalenti. Se, da un lato, essa ha favorito la diffusione della cultura giuridica e il progressivo rafforzamento della professionalizzazione dell'apparato statale, dall'altro ha determinato un crescente squilibrio tra il numero dei laureati e la capacità di assorbimento del mercato del lavoro²⁸. Il corso di laurea in giurisprudenza è stato, infatti, frequentemente annoverato tra quelli caratterizzati dai più bassi tassi di occupazione dei neolaureati, anche in conseguenza della rapida proliferazione delle *law schools* e della persistente eterogeneità qualitativa dei percorsi formativi offerti²⁹.

La dottrina ha evidenziato come tale evoluzione abbia favorito una crescente stratificazione del mercato delle professioni giuridiche, nel quale una ristretta élite di laureati provenienti dagli atenei di eccellenza si contrappone a una platea molto più ampia di laureati le cui prospettive occupazionali risultano sensibilmente più limitate³⁰. Il fenomeno appare peraltro connesso alle modalità di accesso all'istruzione universitaria, fon-

²⁶ Rimane la possibilità di iscriversi anche per i laureati in facoltà diverse se hanno esercitato una professione legale per almeno tre anni (cfr. art. 9, Misure per l'attuazione dell'esame nazionale unificato di qualificazione per le professioni legali).

²⁷ Sull'evoluzione del sistema STERN, *Political Reliability and the Chinese Bar Exam*, in *Journal of Law and Society*, 2016, vol. 43, n. 4, 506-533.

²⁸ MINZNER, *The Rise and Fall of Chinese Legal Education*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, vol. 36, 334 ss.

²⁹ HUANG, LI, *The Influence of China's Unified Qualification Exam for Legal Professionals on China's Legal Education and Its Solution*.

³⁰ KINKEL, *Growth and Survival: An Ecological Analysis of Court Reform in Urban China*, Cambridge, 2022.

date sul superamento del “Gaokao”, l’esame nazionale unificato che costituisce il criterio di selezione per l’ammissione agli atenei e che determina, già in una fase antecedente all’ingresso all’università, una marcata competizione tra gli studenti, favorendo coloro che, sin da tale momento, possono beneficiare di un livello di preparazione più elevato nonché di un adeguato supporto familiare³¹.

In questo modo si è progressivamente consolidata una significativa differenziazione territoriale nella qualità dell’offerta formativa, con una concentrazione delle istituzioni universitarie di eccellenza e delle opportunità di formazione professionalizzante nelle province costiere economicamente più sviluppate³². Tale divario è riconducibile a una pluralità di fattori, tra cui la maggiore disponibilità di risorse finanziarie, la conseguente capacità di attrarre personale accademico altamente qualificato e di sviluppare reti di cooperazione internazionale, nonché la prossimità ai principali poli finanziari, commerciali e giudiziari del Paese. A ciò si aggiunge la presenza di grandi studi legali, imprese multinazionali e tribunali specializzati, che favoriscono lo svolgimento di tirocini, l’inserimento professionale dei laureati e una formazione maggiormente orientata alla pratica, oltre a promuovere una più accentuata internazionalizzazione dei programmi di studio, soprattutto nei settori del diritto commerciale, del diritto finanziario e della proprietà intellettuale³³. Al contrario, nelle province dell’entroterra il mercato legale appare maggiormente orientato alla gestione di controversie individuali e questioni di minore complessità economica, nonché caratterizzato da un minor grado di specializzazione dei giuristi.

Una delle criticità maggiormente discusse riguarda il crescente scollamento tra la formazione universitaria, ancora prevalentemente teorica e fondata su lezioni frontali, e le competenze pratiche richieste per il superamento dell’esame nazionale di qualificazione professionale, circostanza che ha alimentato il dibattito tra chi ritiene che l’università debba limitarsi a fornire una preparazione scientifica, senza assumere finalità professionalizzanti, e chi, invece, sostiene che essa debba contribuire anche alla preparazione per l’accesso alle professioni giuridiche e, più in generale, all’inserimento dei laureati nel mercato del lavoro, dibattito peraltro presente in molti altri i sistemi giuridici del pianeta³⁴. Il fenomeno ha avuto ripercussioni significative anche sulle università,

³¹ CHENG, HAMID, *Social Impact of Gaokao in China: A Critical Review of Research*, in *Language Testing in Asia*, 2025, vol. 15, n. 1, 22 ss.; PIRES, DUARTE, *Gaokao: Far More Than an Exam*, 2019.

³² ABRAMSON, *Paradigms in the Cultivation of China’s Future Legal Elite: A Case Study of Legal Education in Western China*, in *Asian-Pacific Law and Policy Journal*, 2006, vol. 7, 302 ss.

³³ KINKEL, *Growth and Survival: An Ecological Analysis of Court Reform in Urban China*, cit.

³⁴ Sugli effetti dell’esame unico nella formazione del giurista cinese: Y. MIN, *The Legal Professional Qualification Examination and Legal Education in China*, in *Higher Education of Social Science*, 2019, vol. 16, n. 1, 1-6; HUANG; LI, *The Influence of China’s Unified Qualification Exam for Legal Professionals on China’s Legal Education and Its Solution*, cit.; MAO, *Clinical Legal Education and the Reform of the Higher Legal Education System in China*, cit.; YUAN, *The New Juris Master Degree: China’s Tightrope Between Theory-Oriented and Practice-Oriented Legal Education*, cit.

che in molti casi hanno adattato i propri curricula alle esigenze dell'esame nazionale, privilegiando un approccio maggiormente professionalizzante e standardizzato rispetto alla formazione teorica tradizionalmente associata agli studi giuridici.

5. La dimensione internazionale della formazione giuridica cinese

Ultimo elemento di notevole interesse è quello per cui l'accesso alle principali professioni legali rimane sostanzialmente precluso agli stranieri. La magistratura è riservata esclusivamente ai cittadini cinesi e anche l'esercizio della professione forense in senso pieno – inclusa la rappresentanza processuale e la possibilità di fornire pareri ufficiali sul diritto cinese – è limitato ai soli soggetti abilitati secondo la normativa nazionale³⁵. Gli studi legali stranieri possono operare unicamente in qualità di consulenti legali, senza poter partecipare direttamente all'amministrazione della giustizia o "all'interpretazione ufficiale del diritto" della Repubblica Popolare Cinese. Tale disciplina riflette la concezione teorica secondo cui l'amministrazione della giustizia e l'interpretazione del diritto costituiscono funzioni strettamente connesse all'esercizio della sovranità statale e richiedono, pertanto, un rapporto di appartenenza tra il professionista e l'ordinamento di riferimento³⁶.

La riserva delle professioni giuridiche non implica, tuttavia, una chiusura del sistema giuridico cinese rispetto alle esperienze straniere. Al contrario, proprio sul piano della formazione universitaria e della cooperazione scientifica la Cina ha perseguito, soprattutto a partire dalla stagione delle riforme, una politica di progressiva apertura internazionale. Dagli anni Novanta fino alla creazione dell'esame nazionale unificato e dei programmi professionalizzanti, la Cina ha largamente attinto a esperienze straniere per costruire la propria infrastruttura tecnico-giuridica. Allo stesso modo, anche in ragione dell'interesse strategico del Paese a consolidare la propria integrazione nei mercati globali, il sistema universitario attribuisce crescente rilievo all'internazionalizzazione della formazione giuridica, promuovendo programmi di scambio, cooperazioni accademiche con università straniere, percorsi in lingua inglese e periodi di studio all'estero per studenti e ricercatori. Nei principali atenei delle aree economicamente più sviluppate, l'apertura internazionale è divenuta uno strumento essenziale per formare giuristi capaci di operare in contesti transnazionali.

Il sistema cinese conferma, anche in materia di istruzione giuridica, una dinamica ricorrente della propria evoluzione istituzionale: l'apertura al confronto internazionale

³⁵ La cittadinanza cinese costituisce requisito necessario ai fini dell'ammissione all'esame unificato di accesso alle professioni giuridiche, fatta salva la possibilità di iscrizione anche per i residenti permanenti in Hong Kong, Macao e Taiwan (cfr. art. 9 e 24, Misure per l'attuazione dell'esame nazionale unificato di qualificazione per le professioni legali).

³⁶ LIU, *Globalization as Boundary-Blurring: International and Local Law Firms in China's Corporate Law Market*, in *Law & Society Review*, 2008, vol. 42, n. 4, 771-804.

non implica un processo di omologazione ai modelli stranieri, bensì una loro recezione selettiva e una successiva rielaborazione secondo le esigenze e i principi dell'ordinamento nazionale. In tale quadro, la dimensione internazionale della formazione convive con il mantenimento di una rigorosa riserva nazionale nell'accesso alle professioni giuridiche. L'analisi sull'evoluzione della *legal education* in corso dimostra, in ultima istanza, come l'influenza della tradizione giuridica occidentale, nelle sue articolazioni di *common law* e di *civil law*, si intrecci fortemente con i dati sistemologici della tradizione cinese connotata da prevalente fattore politico.



L'educazione giuridica in Brasile tra modelli formativi e trasformazioni*



Naiara Posenato

Prof. ass. dell'Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La formazione giuridica brasiliana tra tradizione, critica e in-nesti riformatori. – 3. Democratizzazione, massificazione e professionalizzazione nel modello contemporaneo. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

L'educazione giuridica costituisce un osservatorio privilegiato della cultura giuridica di un ordinamento: nei contenuti selezionati, nei metodi didattici adottati e nell'immagine del giurista che viene trasmessa si riflettono la concezione del diritto, delle sue fonti, del rapporto fra norma e contesto e dei confini del sapere giuridico. La sua evoluzione consente inoltre di leggere, da una prospettiva specifica, i processi di modernizzazione, trasformazione istituzionale e mutamento sociale.

Muovendo da questa premessa, l'analisi ricostruisce alcuni passaggi significativi dell'esperienza brasiliana dell'educazione giuridica, considerandone sia i tratti comuni alla cultura giuridica latino-americana sia le peculiarità storiche e istituzionali. Particolare attenzione è dedicata ai tentativi di riforma maturati all'interno del dibattito brasiliano, al loro incontro con il movimento del *Law and Development* e alle riforme curricu-

* Il presente scritto costituisce una rielaborazione della relazione presentata al convegno "I corsi universitari nelle materie privatistiche e comparatistiche. Modelli formativi e prospettive nell'insegnamento giuridico", tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano in data 15 maggio 2026.

lari più recenti. Il filo conduttore è la tensione fra la formazione culturale del giurista, preparazione professionale e capacità del diritto di misurarsi criticamente con le trasformazioni della società.

2. la formazione giuridica brasiliana tra tradizione, critica e innesti riformatori

L'area latino-americana è generalmente ricondotta ad una matrice giuridico-storica e culturale in grande parte comune, segnata dal passato coloniale, dall'affinità linguistica tra spagnolo e portoghese, dalla circolazione della letteratura giuridica europea e dall'appartenenza alla tradizione romano-canonica. Tuttavia, (anche) nell'ambito dell'educazione giuridica, il Brasile presenta una prima peculiarità rilevante: diversamente da vari ordinamenti ispano-americani, nei quali la tradizione universitaria locale si sviluppò già a partire dal XVI secolo, il Brasile coloniale rimase privo di istituzioni superiori destinate alla formazione giuridica. Durante tale periodo, infatti, gli aspiranti giuristi brasiliani si formavano prevalentemente presso l'Università di Coimbra (detta anche Scuola dei "bolônios" per la prossimità con la nota Scuola bolognese), contribuendo alla costituzione di un gruppo numericamente più ristretto e ideologicamente più omogeneo rispetto a quello formatosi in altri paesi dell'America Latina¹. I primi corsi giuridici brasiliani (*Cursos de ciencias jurídicas e sociaes*) furono istituiti soltanto nel 1827, a São Paulo e a Olinda², in un contesto ormai successivo all'indipendenza e segnato dall'esigenza di costruire le strutture istituzionali del nuovo Stato imperiale.

Questo dato consente, in senso inverso, di cogliere un tratto caratteristico dell'esperienza latino-americana e, in modo particolare, di quella brasiliana: la stretta relazione tra formazione giuridica, costruzione dello Stato e riproduzione delle élites politiche e amministrative. Fin dall'indipendenza, avvocati e giuristi latinoamericani svolsero un ruolo centrale nell'edificazione degli Stati nazionali, nel funzionamento delle istituzioni

¹ MURILO DE CARVALHO, *Political Elites and State Building: The Case of Nineteenth-Century Brazil*, in *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 24, n. 3 (Jul., 1982), 386 ss. Secondo l'Autore (390) "... the presence in Brazil by the time of Independence of an elite that by the place and content of training, by career pattern and occupational experience, constituted a closely united group of people, ideologically homogeneous, statist oriented, and practical in government matters, was a basic factor in the maintenance of the unity of the former colony and in the adoption of a centralized monarchical system."

² Cfr. Art. 1, *Lei de 11 de agosto de 1827*. I primi corsi giuridici brasiliani furono collocati presso antiche istituzioni religiose, tradizionalmente rilevanti per il patrimonio bibliotecario e per il sapere dei loro membri: il corso di São Paulo presso il *Convento de São Francisco*, sotto la direzione di José Arouche de Toledo Rendon, e quello di Olinda presso il *Mosteiro de São Bento*, con il coordinamento di Pedro de Araújo Lima. La localizzazione iniziale dei corsi fu poi progressivamente ampliata, durante il periodo imperiale, mediante il *Decreto* n. 1.134, del 30 marzo 1853, e il *Decreto* n. 7.247, del 19 aprile 1879, che ne consentirono l'estensione ad altre città dell'Impero brasiliano.

e nella definizione del linguaggio della legalità pubblica³. In Brasile, il titolo di *bacharel em Direito* – generalmente sovrapponibile all'odierna laurea magistrale italiana in giurisprudenza –, non rappresentò soltanto una qualificazione professionale, ma anche un segno di prestigio sociale e culturale e una via privilegiata di accesso all'amministrazione, alla politica, alla diplomazia, al giornalismo e, successivamente, al mondo degli affari⁴.

Questa pluralità di funzioni invita a non considerare il formalismo un carattere originario e immutabile della formazione giuridica brasiliana. Tale rilievo è comunemente rivolto alla tradizione giuridica romanistica in generale, insistendo spesso sul peso del razionalismo logico e del formalismo concettuale, nonché sulla limitata considerazione dei fattori sociali ed economici. Sul piano didattico, esse hanno riguardato soprattutto la prevalenza un insegnamento meramente trasmissivo, centrato sull'esposizione del docente e sulla posizione ricettiva dello studente⁵. La questione non è estranea alla tradizione italiana: già agli inizi del Novecento attente voci segnalavano l'allontanamento dell'insegnamento giuridico dalla funzione dialogica e formativa propria della classica *lectio – disputatio*. In *Troppi avvocati*, del 1921, Piero Calamandrei lo denunciava, così come l'assenza, nell'ordinamento universitario, di adeguati incentivi al perfezionamento delle attitudini didattiche del docente⁶.

Pur affidandosi a modalità didattiche tradizionali, la formazione brasiliana non si esauriva nell'apprendimento specialistico del diritto positivo. Tale carattere si comprende anche alla luce di una cultura giuridica formatasi entro un ordinamento plurale, nel quale il diritto prendeva forma anche attraverso il diritto comune, le consuetudini,

³ Cfr., fra gli altri, PÉREZ-PERDOMO, *Latin American Lawyers. A Historical Introduction*, Stanford, Stanford University Press, 2006, 70-75; IDEM, *Transformaciones recientes de la educación jurídica y la profesión de abogado em América Latina*, in Ortuz. *Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, Vol. 14, n. 1, 2024, 5; VENÂNCIO FILHO, *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo, 2 ed., 1982, spec. 271 ss.

⁴ Sul valore sociale e non soltanto professionale del titolo di *bacharel em Direito* in Brasile, cfr. ROSENN, *The Reform of Legal Education in Brazil*, in *Journal of Legal Education*, Vol. 21, n. 3, 1969, 257, nt. 18; STEINER, *Legal Education and Socio-Economic Change: Brazilian Perspectives*, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 19, 1971, p39 ss., spec. la parte dedicata al ruolo delle facoltà di diritto nella formazione delle élite professionali, politiche ed economiche brasiliane.

⁵ MERRYMAN, *Legal Education There and Here: A Comparison*, in *Stanford Law Review*, 1975, Vol. 27, n. 3, 867. Occorre distinguere tra un formalismo metodologico, legato al predominio dell'insegnamento trasmissivo e alla posizione prevalentemente ricettiva dello studente, e un formalismo sostanziale o epistemologico, che rappresenta il diritto come un sistema autonomo di norme e categorie, separato dai suoi presupposti e dai suoi effetti sociali. Le due dimensioni non coincidono necessariamente: una didattica tradizionale può accompagnare una formazione culturale ampia, mentre contenuti dogmatici possono essere affrontati attraverso casi, discussioni e prospettive interdisciplinari. A proposito v. anche CH. EISENMANN, *Les sciences sociales dans l'enseignement supérieur. Droit*, Paris, Unesco, 1972, spec. p27-53 e 159 ss.

⁶ Cfr. CALAMANDREI, *Troppi avvocati* (1921), ora in ID., *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI, Vol. II, Napoli, 1966, 134-136 e 144-145; sul punto v. anche G. RESTA, *Quale formazione, per quale giurista*, in PASCIUTA, LOSCHIAVO (a cura di), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma TrE-Press, 2018, 127 ss.

le pratiche locali, l'attività giudiziaria e l'elaborazione dottrinale⁷. Le facoltà istituite dopo l'indipendenza divennero luoghi di formazione culturale e politica prevalentemente destinati alle *élites*, mentre la dottrina contribuiva alla sistemazione del diritto e alla selezione e all'adattamento di modelli stranieri. Il *bacharel* era quindi concepito, in una prima fase, più come uomo colto e pubblico che come tecnico specializzato.

In Brasile, la convergenza tra formalismo metodologico e tendenza a rappresentare il diritto come scienza autosufficiente si accentuò soprattutto dagli anni Trenta del 900, in concomitanza con un periodo politico di crescente torsione autoritaria avviata durante il Governo provvisorio di Getúlio Vargas e successivamente rafforzata con l'instaurazione dell'*Estado Novo*. L'espansione dell'intervento pubblico e della produzione legislativa in generale rese il diritto positivo più ampio e tecnicamente articolato⁸, contribuendo a orientare l'insegnamento verso una padronanza prevalentemente descrittiva ed enciclopedica delle norme⁹. Parallelamente, la progressiva crescita delle facoltà private e l'ampliamento dell'accesso agli studi giuridici, soprattutto per i ceti medi urbani, contribuirono a rafforzare l'impronta professionalizzante dei corsi, sempre più orientati alla preparazione alle professioni legali e agli impieghi pubblici¹⁰.

È in relazione a questa fase che si colloca la critica di Francisco Clementino San Tiago Dantas (1911–1964), professore di diritto civile e uomo politico brasiliano. Nel 1955 egli denunciava i limiti di un insegnamento eccessivamente fondato sulla lezione magistrale “basata sulla meditazione a voce alta e sull'eloquenza”, sulla mera esegesi dei codici e sulla rappresentazione del diritto come sistema concettuale autosufficiente¹¹. In tale

⁷ Sul tema A.M. HESPANHA, *Direito comum e direito colonial*, in *Panóptica*, I, n. 3, 95 ss., spec. 97-99. In lingua italiana v. R. M. FONSECA, *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 33-34, 2004-2005, spec. 968 ss.

⁸ Decennio di profonda riorganizzazione normativa dello Stato e della società brasiliani, con l'approvazione del Codice elettorale del 1932, l'ampia legislazione sindacale, lavoristica e previdenziale, gli interventi nei rapporti economici e contrattuali, i Codici delle miniere e delle acque del 1934 e, sul finire del decennio, il Codice di procedura civile del 1939. Tale espansione della legislazione statale è proseguita durante l'*Estado Novo* con le grandi codificazioni dei primi anni Quaranta.

⁹ La riforma Francisco Campos del 1931, delineata dal Decreto n. 19.851 e specificata per i corsi giuridici dal Decreto n. 19.852, distinse formalmente il *bacharelado* dal *doutorado* e accentuò il carattere professionalizzante della formazione. Le innovazioni previste, tuttavia, ebbero una limitata attuazione pratica, mentre i metodi didattici tradizionali rimasero sostanzialmente prevalenti. Cfr. A. VENÂNCIO FILHO, *op. cit.*, in particolare 303 e 306, 310-311; BISSOLI FILHO, *Das reformas dos cursos de direito às reformas do ensino jurídico no Brasil: a importância dos professores e alunos na discussão das reformas e no processo ensino-aprendizagem*, in RODRIGUES; E. LIMA DE ARRUDA JR. (a cura di), *Educação Jurídica*, 2 ed., Florianópolis, 2012, 24-25.

¹⁰ RODRIGUES, JUNQUEIRA, *Ensino do Direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002, spec. 19.

¹¹ SAN TIAGO DANTAS, *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira* (Lezione inaugurale tenuta presso la Faculdade Nacional de Direito nel 1955), riedito in *Cadernos FGV Direito Rio. Educação e Direito*, v.

impostazione, lo studio delle istituzioni rischia di far perdere al giurista la sensibilità per la relazione sociale, economica e politica alla quale la norma è destinata¹².

La posizione di San Tiago Dantas non costituisce una voce isolata, ma l'espressione brasiliana di una più ampia stagione critico-riformatrice¹³, presente anche a livello regionale. La Prima Conferenza delle Facoltà di Diritto latinoamericane, riunita a Città del Messico nel 1959, avviò il percorso che condusse all'approvazione definitiva, a Lima nel 1961, della *Dichiarazione di principi sull'insegnamento del diritto*¹⁴. Il documento affrontava i fini e le funzioni delle facoltà, l'organizzazione dell'insegnamento, con specifica attenzione al ruolo di professori, ricercatori, studenti e laureati, i piani di studio, la metodologia e le relazioni tra le facoltà di diritto dell'America Latina. Sul piano pedagogico, rifiutava un modello puramente nozionistico: l'insegnamento avrebbe dovuto equilibrare teoria e pratica, formare non solo il professionista, ma anche il giurista e il ricercatore, considerare i fatti sociali ed economici regolati dal diritto e favorire il dialogo tra docente e studente mediante seminari e altre forme di "pedagogia attiva". Quanto ai docenti, ammetteva la coesistenza tra professori prevalentemente dedicati alla ricerca e docenti a tempo parziale, valorizzando in questi ultimi il contatto con la pratica professionale. Tale soluzione è stata successivamente accolta in molti stati latinoamericani¹⁵ e rappresenta uno dei pochi lasciti di questo tentativo, autenticamente regionale, di stabilire un programma comune di riforma dell'educazione giuridica¹⁶.

3, 2009, 9-37 (3). La celebre prolusione di Dantas è considerata una pietra miliare teorica non solo per la pedagogia forense brasiliana, ma per l'intera America Latina, avendo percorso i dibattiti interdisciplinari sulla crisi e il rinnovamento del settore. Per approfondire alcuni fra i più importanti punti della sua analisi v. FALCÃO, *Classe dirigente e ensino jurídico*, in *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Vol. 8, n. 21, 41 ss.

¹² "No estudo das instituições jurídicas apresentadas em sistema perde-se facilmente a sensibilidade da relação social, econômica e política, a cuja disciplina é endereçada a norma jurídica. O sistema tem um valor lógico e racional, por assim dizer, autônomo. O estudo que dele fazemos, com métodos próprios estritamente dedutivos, conduz a uma auto-suficiência, que permite ao jurista voltar as costas à sociedade e desinteressar-se da matéria regulada, como do alcance prático de suas soluções." SAN TIAGO DANTAS, *op. cit.*, 19.

¹³ Le relazioni nazionali raccolte nel volume edito UNESCO curato da Ch. Eisenmann mostrano, infatti, come questioni analoghe fossero avvertite, con accenti diversi, in più contesti: in Germania federale, dove si denunciava la distanza della scienza giuridica dalla realtà sociale e politica; in Svezia, dove le riforme dell'insegnamento venivano ricondotte al mutamento del clima intellettuale e alla diffusione di forme seminariali e partecipative; in Messico, dove era posta all'ordine del giorno la riforma dei metodi didattici e il superamento dell'insegnamento passivo; e, ancora, in Romania, dove il corso magistrale veniva progressivamente affiancato da seminari, analisi di casi e simulazioni processuali. Cfr. EISENMANN, *Les sciences sociales dans l'enseignement supérieur*, cit.

¹⁴ Cfr. *Primera Conferencia de Facultades De Derecho Latinoamericanas*, in *Inter-American Law Review/Revista Jurídica Interamericana*, 1959, Vol. I, 251 ss.; MAYDA, *Problems of Legal Education in Latin America*, in *Journal of Legal Education*, Vol. II, 1960 407 ss.

¹⁵ Cfr. PÉREZ-PERDOMO, *op. cit.*, 3.

¹⁶ Le conferenze, difatti, hanno perso gradualmente la partecipazione per mancanza di supporto istituzionale e dinnanzi un sistema educativo fortemente radicato, sono giunte alla quarta

La previsione di professori dedicati prevalentemente o esclusivamente alla ricerca assume particolare rilievo nel contesto storico e istituzionale dell'università latino-americana, nel quale il docente di diritto è tradizionalmente anche avvocato, magistrato, membro del pubblico ministero, funzionario o consulente. La docenza è quindi spesso esercitata accanto alla pratica professionale, talvolta anche come riconoscimento del prestigio acquisito altrove¹⁷. La struttura a tempo parziale riguarda anche gli studenti. Nei corsi delle scienze sociali e umanistiche, e in modo particolare negli studi giuridici, l'attività accademica tende a concentrarsi in una parte della giornata — spesso la sera (*curso noturno*) — e non presuppone la dedizione esclusiva all'università. Questo assetto, consolidato con la democratizzazione dell'istruzione secondaria e la progressiva liberalizzazione degli studi giuridici, ha favorito l'accesso delle classi lavoratrici; al contempo, limita concretamente la possibilità di adozione di metodologie attive di insegnamento che presuppongano, per esempio, preparazione previa da parte dello studente¹⁸. Analogamente, la docenza *part-time* può mantenere l'insegnamento in contatto con i problemi applicativi, ma rischia di indebolire l'integrazione dei professori nella vita accademica, il confronto tra colleghi e l'interazione tra discipline — comprese quelle giuridiche. Si tratta di profili rilevanti in chiave comparativa pur all'interno della comune matrice romanistica e che, assieme ad altri elementi, favoriscono il mantenimento in Brasile di un approccio metodologico verticale all'insegnamento del diritto.

Una delle esigenze emerse nella riflessione di San Tiago Dantas — superare la rigidità del curriculum e di lasciare maggiore spazio alla differenziazione dei percorsi formativi — sembra trovare una parziale corrispondenza sul piano normativo nella *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional* del 1961 e nella successiva riforma del *currículo mínimo* del 1962. La nuova disciplina sostituiva il precedente curriculum predeterminato con un nucleo minimo di discipline, integrabile dalle singole istituzioni in relazione alle proprie caratteristiche e alle esigenze regionali¹⁹. Nella pratica, tuttavia, la riforma non

edizione (Montevideo, 1965) e, per poi essere definitivamente abbandonate con il cancellamento della V Conferenza, programmata a Buenos Aires. Sul tema, in generale, GARDNER, *Legal Imperialism. American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, The University of Wisconsin Press, Madison, 1980, 56-57.

¹⁷ Sul tema si può consultare, *inter alia*, PETRY, *Repensando o ensino jurídico brasileiro a partir do seu berço: a Faculdade de Direito de Coimbra*, in PETRY, MIGLIAVACCA, OSÓRIO, DANILEVICZ, FUHRMANN (Orgs.), *Ensino Jurídico no Brasil: 190 anos de história e desafios*, Porto Alegre, OAB/RS, 2017, 64-91, spec. 78.

¹⁸ Rosenn rovescia in parte il rapporto causale tra lavoro e ridotto impegno accademico: molti studenti, secondo l'autore, non lavoravano per necessità economica, ma perché il corso richiedeva poco oltre alla presa di appunti e alla ripetizione delle lezioni. La condizione part-time sarebbe dunque, almeno in parte, non la causa, ma il risultato di un insegnamento scarsamente esigente. Cfr. ROSENN, *op. cit.*, spec. 268.

¹⁹ *Lei n. 4.024, de 20 de dezembro de 1961*, spec. art. 70; *Parecer n. 215, de 15 de setembro de 1962, do Conselho Federal de Educação, homologado pela Portaria Ministerial n. 4, de dezembro de 1962*. Per una ricostruzione, v. BISSOLI FILHO, *op. cit.*, 25-26; CORRÊA, *O estímulo da cultura do consenso na edu-*

trasformò in modo sostanziale l'impianto dei corsi: lo spazio per l'interdisciplinarietà e la contestualizzazione sociale, economica e istituzionale del fenomeno giuridico rimase contenuto. Su questo terreno si innestò, nel decennio successivo, il progetto del CEPED.

Il *Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito* – CEPED fu creato nel 1966 con un atto della Facoltà di diritto dell'*Universidade do Estado da Guanabara*, l'attuale *Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (UERJ). Pur formalmente collegato all'università, operò in condizioni di sostanziale autonomia presso la *Fundação Getulio Vargas*, riunendo professori di diverse facoltà di Rio de Janeiro ed economisti della stessa Fondazione. Il nucleo del progetto fu un corso annuale di perfezionamento rivolto a giovani avvocati già attivi nella professione, nelle imprese e nelle amministrazioni pubbliche. Tra il 1967 e il 1972 furono organizzate sei edizioni, frequentate complessivamente da circa duecentoventi partecipanti. Il Centro predispose materiali didattici originali, organizzò seminari, sviluppò attività di ricerca, costituì una biblioteca specializzata, e assegnò borse di studio per periodi di perfezionamento negli Stati Uniti²⁰.

Il progetto si collocava all'incrocio tra istanze riformatrici già presenti nel dibattito brasiliano e il movimento statunitense del *Law and Development*, che coinvolse in particolare anche giuristi provenienti dal Cile, Colombia e Perù²¹. Il sostegno finanziario della USAID e della *Ford Foundation* rifletteva la convinzione che il rinnovamento dell'educazione giuridica fosse una condizione della modernizzazione economica e istituzionale, ma si inseriva anche nella politica statunitense della Guerra fredda e nella ricerca di un modello capitalistico di sviluppo alternativo al comunismo. Il CEPED è stato perciò interpretato come un veicolo indiretto di trasferimento dei modelli statunitensi del diritto, della professione legale e della formazione giuridica²².

La relativa estraneità del Centro alle strutture universitarie ordinarie rispondeva alla limitata permeabilità delle facoltà al cambiamento. Il CEPED fu concepito come un laboratorio sperimentale, formando un gruppo selezionato di docenti e professionisti capace di trasferire progressivamente nelle università brasiliane metodi e orientamenti allora praticati nelle *law schools* statunitensi. Il programma privilegiava il diritto societario, bancario, tributario, agrario e finanziario, e rifletteva una precisa idea del giurista da formare, : un avvocato in grado di comprendere i processi economici, interagire con eco-

cação jurídica: os Núcleos de Práticas Jurídicas como instrumentos de formação e difusão das formas autocompositivas a partir da mediação, tesi di dottorato, Universidade Federal de Santa Catarina, 2020, 102-103.

²⁰ Sul profilo istituzionale e sulle attività del centro, v. RANGEL, *Decodificando o CEPED*, in LACERDA, DA SILVEIRA LOBO, TRUBEK, et al. (a cura di), *Aventura e legado no ensino jurídico*, Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, 2012, 343 ss.; ROSENN, *op. cit.*, 251-283, spec. 276-279.

²¹ Cfr. anche R. PÉREZ-PERDOMO, *Latin American Lawyers*, cit., spec. 110.

²² Cfr. GARDNER, *op. cit.*, spec. caVII, interpreta il CEPED nel quadro dei programmi statunitensi di assistenza giuridica e del movimento del *Law and Development*. Per una successiva ricostruzione critica di questa lettura, v. RANGEL, *Decodificando o CEPED*, cit., 349 ss., la quale sottolinea il ruolo dei professori brasiliani nella concezione e nell'attuazione del progetto.

nomisti e tecnocrati e contribuire attivamente alla costruzione degli strumenti giuridici dello sviluppo. Sul piano del metodo, le attività combinavano materiali distribuiti prima delle lezioni, discussione di problemi, dialogo tra professori e studenti, esercitazioni e simulazioni²³.

I risultati furono significativi ma circoscritti. Sul piano metodologico, il CEPED introdusse con una certa efficacia pratiche dialogiche e forme di apprendimento attivo, sebbene entro gruppi selezionati difficilmente riproducibili nei corsi ordinari. Su quello dei contenuti, contribuì ad ampliare la formazione verso l'economia, la regolazione e la pratica professionale, ma tale apertura rimase prevalentemente concentrata sui settori dell'impresa, della finanza e dell'amministrazione economica. La scarsa disponibilità di molti professori a rivedere pratiche consolidate, il costo della riforma, l'assenza di una forte domanda di cambiamento da parte degli studenti e delle professioni e le resistenze di strutture universitarie limitarono la diffusione del modello. A ciò si aggiunsero divergenze tra i finanziatori, interessati a una riforma più ampia delle facoltà, e la direzione brasiliana, più prudente. Il CEPED cessò così i propri corsi all'inizio degli anni Settanta senza realizzare la trasformazione generale immaginata dai promotori, ma influenzò esperienze successive della *Pontifícia Universidade Católica de Rio de Janeiro* (PUC-RJ) e della *Fundação Getulio Vargas*²⁴.

Durante il lungo Regime Militare, e soprattutto dopo la riforma universitaria del 1968, le facoltà giuridiche furono coinvolte in un processo ambivalente di modernizzazione e controllo. La dipartimentalizzazione e la valorizzazione formale della ricerca nel curriculum hanno corrisposto in realtà all'attuazione di una politica di limitazione dell'autonomia universitaria e di repressione politica, che ha compresso la capacità delle facoltà di costituirsi come sedi di discussione critica²⁵. La rapida espansione della legislazione economica, tributaria, bancaria, finanziaria e societaria accrebbe inoltre la domanda di professionisti destinati alla pubblica amministrazione, alle imprese e ai nuovi

²³ La ricostruzione offerta nel 1969 da ROSENN consente di cogliere la logica del progetto. La sua critica alla formazione giuridica brasiliana non si limitava alla passività dello studente o al carattere espositivo delle lezioni, ma investiva anche la capacità delle facoltà di preparare professionisti adeguati a una società in rapida trasformazione. In questa prospettiva, il CEPED appariva come un tentativo di intervenire contemporaneamente sul metodo, promuovendo una partecipazione attiva dello studente e un apprendimento fondato sui problemi e sui contenuti e sulle finalità, ampliando la formazione verso l'economia, la regolazione e il ruolo progettuale del giurista. L'Autore individuava inoltre nel Centro non soltanto un corso di specializzazione, ma un dispositivo destinato a suscitare una riflessione più ampia sul ruolo del diritto e degli avvocati in una società in via di sviluppo. Cfr. ROSENN, *The Reform of Legal Education in Brazil*, cit., 276-280. V. anche STEINER, *op. cit.*, spec. 74 ss.

²⁴ Sulle ragioni della conclusione dell'esperienza, v. TRUBEK, *Reabrindo o arquivo do CEPED*, cit., 289-292.

²⁵ J. E. FARIA; C. DE L. MENGE, *A Função social da dogmática e a crise do ensino jurídico e da cultura jurídica brasileira*, in *Revistas Dados*, n. 21, 1979, 87 ss.

apparati regolatori. In questo quadro, la professionalizzazione assunse una specifica dimensione tecnocratica, funzionale al modello di sviluppo del Regime²⁶.

Un riordino significativo intervenne nel 1994, con la *Portaria MEC* n. 1.886, dopo la conclusione del ciclo autoritario e il ritorno all'ordine costituzionale democratico²⁷. Più che una revisione del contenuto minimo, essa rappresentò il primo tentativo organico di tradurre nell'educazione giuridica i principi del nuovo ordinamento: pluralismo, libertà di insegnamento, autonomia universitaria, garanzia di qualità e centralità dei valori costituzionali²⁸. La riforma affiancò alla preparazione tecnico-giuridica una formazione fondamentale e interdisciplinare, ampliò lo spazio attribuito a filosofia, etica, sociologia, economia e scienza politica; impose l'integrazione fra insegnamento, ricerca ed estensione (terza missione); valorizzò le attività complementari e il lavoro conclusivo e riorganizzò la formazione pratica mediante la creazione dei *Núcleos de Prática Jurídica*²⁹.

Dagli anni Novanta, e soprattutto con lo Statuto del 1994, l'*Ordem dos Advogados do Brasil* - OAB ha assunto un ruolo organico nell'educazione giuridica brasiliana, intervenendo non solo nell'accesso alla professione tramite l'*Exame de Ordem*, ma anche nella valutazione e nel miglioramento dei corsi attraverso. Il Brasile si distingue anche su questo punto da gran parte dell'America Latina, dove le organizzazioni professionali hanno tradizionalmente avuto un'influenza più limitata sulla formazione universitaria, mostrando un parziale avvicinamento al modello statunitense.

²⁶ Sulle trasformazioni dell'insegnamento giuridico nel periodo, v. VENÂNCIO FILHO, *Das arcadas ao bacharelismo*, cit.; LAMY FILHO, *A crise do ensino jurídico e a experiência do CEPED*, in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, Vol. 6, n. 18, 1972, 151-164; FALCÃO, *op. cit.*, 1977; COMPARATO, *Reflexões sobre o método do ensino jurídico*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 74, 1979, 119-138. Per la relazione tra riforma dell'educazione giuridica, legislazione economica ed emersione di una classe dirigente tecnocratica, v. inoltre GARDNER, *Legal Imperialism*, cit., 61 ss.

²⁷ *Brasil, Ministério da Educação e do Desporto, Portaria n. 1.886, de 30 de dezembro de 1994, Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico*, in *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 gennaio 1995, sez. 1, 40. Per una ricostruzione del processo di elaborazione, preceduto nel 1993 da seminari organizzati congiuntamente dal MEC e dall'*Ordem dos Advogados do Brasil* - OAB, con la partecipazione della comunità accademica e professionale, v. RODRIGUES, *Pensando o ensino do Direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005, 74, 78, 94-97; BISSOLI FILHO, *op. cit.*, 9 ss. La documentazione allegata ricorda che i seminari del 1993 furono alla base dei presupposti della riforma.

²⁸ Cfr. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 5 ottobre 1988, in particolare artt. 1, II-III e V, 3, 5, 205, 206, II-III e VII, 207 e 209. Ai fini del rapporto con l'educazione giuridica assumono particolare rilievo il pluralismo delle idee e delle concezioni pedagogiche, la libertà di apprendere, insegnare, ricercare e divulgare il sapere, l'autonomia didattico-scientifica delle università e la garanzia di qualità.

²⁹ *Portaria MEC* n. 1.886/1994, artt. 3-4, 6-10. L'atto prevedeva una durata minima di cinque anni e 3.300 ore di attività; una formazione fondamentale comprendente introduzione al diritto, filosofia, sociologia, economia e scienza politica; lo studio obbligatorio dell'etica; attività complementari; monografia finale; almeno trecento ore di pratica giuridica; nonché l'integrazione fra insegnamento, ricerca ed estensione (terza missione).

Le *Diretrizes Curriculares Nacionais* del nuovo millennio proseguirono e rielaborarono questa impostazione³⁰. La *Resolução CNE/CES* n. 9 del 2004, sostituì il curriculum minimo con direttive più flessibili, fondate sull'autonomia del progetto pedagogico, sul pluralismo, sulla qualità e sull'articolazione tra formazione generale, tecnico-giuridica e pratica³¹. La *Resolução CNE/CES* n. 5 del 2018 spostò ulteriormente l'attenzione verso lo sviluppo di competenze cognitive, strumentali e interpersonali, integrazione tra teoria e pratica, mezzi consensuali di soluzione delle controversie e ruolo dei *Núcleos de Práticas Jurídicas*³². La sua applicazione rimane però graduale e non uniforme, poiché l'ampia autonomia delle istituzioni produce tempi e modalità differenti di adeguamento.

3. Democratizzazione, massificazione e professionalizzazione nel modello contemporaneo

L'educazione giuridica brasiliana presenta oggi le dimensioni di un sistema di massa: conta quasi un milione di iscritti e, nella sola modalità presenziale, offre oltre trecentoventimila nuovi posti, dei quali poco più di ventimila nella rete pubblica e oltre trecentomila in quella privata.³³ La sproporzione si riflette nelle condizioni di accesso: per i posti pubblici si sono registrate nel 2024 oltre duecentosettantamila candidature, pari a circa tredici candidati per posto; nel settore privato, invece, le candidature sono

³⁰ *Brasil, Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional*, spec. artt. 43, 46, 53 e 80. In seguito sono stati adottati altre normative di pertinenza al tema, quali, il *Parecer CNE/CES n. 776/1997*, adottato dal *Conselho Nacional de Educação, Câmara de Educação Superior, Orientação para as diretrizes curriculares dos cursos de graduação*; *Parecer CNE/CES n. 67/2003, Referencial para as Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de graduação*; e *Parecer CNE/CES n. 55/2004, Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Direito*.

³¹ *Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004, Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, bacharelado, e dá outras providências*, in *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º ottobre 2004, sez. 1, 17. In particolare, gli artt. 2-8 organizzano il corso intorno a tre assi interconnessi – *formação fundamental, formação profissional e formação prática* – e affidava al progetto pedagogico la definizione del profilo del laureato, dei contenuti, delle attività complementari, dello stage e del lavoro conclusivo.

³² *Conselho Nacional de Educação, Câmara de Educação Superior, Parecer CNE/CES n. 635/2018, Revisão das Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito; Resolução CNE/CES n. 5, de 17 de dezembro de 2018, Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito e dá outras providências*, in *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 dicembre 2018, sez. 1, 122-123, spec. artt. 3-6 e 11-13. La *Resolução* richiede un profilo generale, umanistico e assiologico; individua competenze cognitive, strumentali e interpersonali; prevede la capacità di usare mezzi consensuali di soluzione dei conflitti; e configura la pratica giuridica come componente obbligatoria, da organizzare anche attraverso il *Núcleo de Práticas Jurídicas*.

³³ *Ministério da Educação – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, Censo da Educação Superior 2024. Divulgação dos resultados*, Brasília, 2025. Nel 2024 i corsi presenziali di *Direito* registravano 652.960 iscritti. Quanto ai nuovi posti, la rete pubblica ne offriva 21.008, mentre quella privata 303.148, per un totale di 324.156.

quasi seicentomila, ma distribuite su un'offerta tanto ampia da ridurre la pressione media a meno di due candidati per posto.³⁴ La massificazione degli studi giuridici è dunque realizzata soprattutto attraverso il mercato privato, mentre il settore pubblico, gratuito e spesso dotato di maggiore prestigio accademico, rimane numericamente limitato e fortemente selettivo. Essa non eliminò del tutto la tradizionale funzione politica delle facoltà, ma la rese più concentrata in un numero limitato di istituzioni prestigiose, mentre il sistema nel suo complesso assumeva una funzione prevalentemente professionale.

Questa struttura non coincide pienamente né con l'accesso relativamente aperto tradizionalmente associato al modello di educazione giuridica praticato negli ordinamenti romanistici, né con quello selettivo e meritocratico sviluppatosi nelle istituzioni statunitensi³⁵. Il sistema sovrappone piuttosto due logiche: una vasta offerta privata, meno selettiva all'ingresso ma condizionata dalla capacità di sostenerne i costi, e un settore pubblico gratuito nel quale l'accesso avviene attraverso una competizione particolarmente intensa. Il criterio meritocratico opera, tuttavia, tra candidati che hanno avuto opportunità scolastiche profondamente diseguali: le facoltà pubbliche più ambite tendono a favorire chi ha beneficiato di un'istruzione di base e secondaria di elevata qualità, frequentemente privata e a pagamento, o di ulteriori strumenti di preparazione. Ne può derivare che l'università pubblica, gratuita e qualitativamente più prestigiosa, risulti più facilmente accessibile agli studenti socialmente avvantaggiati, mentre una parte degli studenti provenienti dalla scuola pubblica venga indirizzata verso istituzioni private meno selettive ma onerose. Più che democratico o meritocratico in senso unitario, il sistema brasiliano appare segmentato: la democratizzazione quantitativa dell'accesso è affidata soprattutto al settore privato, mentre la selezione nella componente pubblica continua a riflettere, almeno in parte, le disuguaglianze accumulate prima dell'università³⁶.

³⁴ *Ivi*. Per i corsi presenziali di *Direito* il Censo registra 271.841 candidature nella rete pubblica e 580.971 in quella privata. Il rapporto medio era rispettivamente di circa 12,9 e 1,9 candidati per posto.

³⁵ La contrapposizione tra un modello relativamente aperto o "democratico" dell'istruzione superiore continentale e uno selettivo o "meritocratico" statunitense è utilizzata da MERRYMAN, *Legal Education There and Here*, cit., 859-878, spec. 862-864. L'Autore osserva che, nel modello statunitense, i candidati competono per un numero limitato di posti e vengono selezionati in base alle qualificazioni accademiche; per il crescente carattere meritocratico dell'istruzione superiore americana rinvia a JENCKS; RIESMAN, *The Academic Revolution*, Garden City, Doubleday, 1968, caI, e a RIESMAN, *Notes on Meritocracy*, in *Daedalus*, 1967, 897-908. In generale sul modello di educazione giuridica statunitense v. SERAFINELLI, *U.S. Law Schools. Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti*, Milano, 2023.

³⁶ Il carattere socialmente selettivo dell'accesso alle università pubbliche è stato parzialmente corretto dalle politiche di azione affermativa, inizialmente introdotte in modo autonomo da singole istituzioni e successivamente uniformate, per il sistema federale, dalla Legge n. 12.711 del 2012. La legge riserva almeno la metà dei posti agli studenti provenienti integralmente dalla scuola pubblica e, all'interno di tale contingente, articola ulteriori criteri di reddito, appartenenza etnico-razziale e disabilità. Cfr. *Brasil, Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012*, come modificata dalla *Lei n. 14.723, de 13 de novembro de 2023*; *Ministério da Educação, Relatório de acompanhamento da Lei de*

Nel corso degli ultimi tre decenni, la disciplina brasiliana del curriculum giuridico ha progressivamente delineato un modello nel quale l'apertura alla formazione generale e interdisciplinare convive con una crescente attenzione alla preparazione tecnico-professionale. La tensione non riguarda soltanto la presenza delle discipline non giuridiche, ma il ruolo che esse assumono nel progetto formativo: possono concorrere alla costruzione critica della cultura del giurista oppure essere impiegate in funzione prevalentemente strumentale rispetto alla soluzione di problemi professionali.

Il corso conserva una struttura ampia: la *Portaria MEC* n. 1.886 del 1994 ne fissava la durata minima in cinque anni e il carico in almeno 3.300 ore; la disciplina successiva ha elevato quest'ultimo a 3.700 ore³⁷. Più significativo, tuttavia, è il modo nel quale le diverse riforme hanno definito le componenti del curriculum e, soprattutto, i risultati attesi dalla formazione. Già il modello del 1994 presentava, sotto questo profilo, una struttura ambivalente. Da un lato, richiedeva l'integrazione tra insegnamento, ricerca ed estensione (terza missione) e riconosceva rilievo alla formazione fondamentale e sociopolitica; dall'altro lato, definiva espressamente come «professionalizzanti» le materie nelle quali si concentrava lo studio dei principali settori dell'ordinamento: diritto costituzionale, civile, amministrativo, tributario, penale, processuale, del lavoro, commerciale e internazionale. A ciò si aggiungevano la pratica giuridica, le attività complementari e l'elaborato scritto finale³⁸.

La scelta terminologica è significativa. La formazione culturale e sociopolitica era riconosciuta come fondamento del corso, ma il nucleo propriamente giuridico veniva già identificato con la preparazione all'esercizio delle professioni. L'interdisciplinarietà, in questa prima configurazione, ampliava dunque il quadro entro il quale il diritto doveva essere studiato, tuttavia senza modificare il carattere prevalentemente professionale attribuito agli insegnamenti giuridici. Si profilava così una soluzione in parte diversa da quella tradizionalmente associata ai sistemi romanistici, nei quali la formazione universitaria tende a essere concepita come generale, sistematica e teorica, mentre l'addestramento immediatamente professionale è affidato a una fase successiva³⁹.

Cotas, Brasília, 2022 (consultabile in https://www.gov.br/mec/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/estrutura-organizacional/orgaos-especificos-singulares/secretaria-de-educacao-superior/arquivos-1/RELATORIO_LEI_COTAS.pdf?utm_source=chatgpt.com).

³⁷ *Portaria MEC* n. 1.886, del 30 dicembre 1994, art. 1, che fissava il carico minimo in 3.300 ore, da acquisire in un periodo non inferiore a cinque e non superiore a otto anni; *Resolução CNE/CES* n. 2, del 18 giugno 2007; *Resolução CNE/CES* n. 5, del 17 dicembre 2018, art. 12.

³⁸ *Portaria MEC* n. 1.886/1994, artt. 3, 4, 6, 9 e 10. Le attività complementari dovevano rappresentare dal cinque al dieci per cento del carico complessivo; il tirocinio di pratica giuridica aveva una durata minima di 300 ore ed erano obbligatorie la monografia e la sua discussione finale. Sulla *ratio* della riforma e sulla volontà di combinare formazione interdisciplinare, teorica, critica, dogmatica e pratica, RODRIGUES, JUNQUEIRA, *Educação jurídica*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2012, Vol. I, 29-30.

³⁹ MERRYMAN, *Legal Education There and Here*, cit., 859-878, spec. p.866-867, il quale presenta la contrapposizione come un idealtipo e segnala espressamente la progressiva attenuazione delle dif-

Con la *Resolução CNE/CES* n. 9 del 2004, il curriculum non fu più organizzato come un elenco chiuso di discipline, ma secondo tre assi interconnessi: formazione fondamentale, professionale e pratica. Il progetto pedagogico delle singole istituzioni diveniva il luogo nel quale definire l'integrazione tra teoria e pratica, ricerca, estensione e interdisciplinarietà⁴⁰. La riforma ampliava certamente lo spazio riconosciuto alla formazione generale e superava la rigidità del precedente curriculum minimo. Nello stesso tempo, però, conservava una precisa gerarchia interna: gli insegnamenti giuridici continuavano a essere collocati nell'asse della «formazione professionale». L'interdisciplinarietà rischiava di ridursi a multidisciplinarietà, ossia all'accostamento di saperi diversi senza una reale integrazione di metodi e prospettive⁴¹.

La prevalenza della dimensione professionale emerge anche dal lessico impiegato per descrivere il profilo del laureato. La disciplina del 2004 richiedeva capacità di interpretare e applicare il diritto, redigere testi e atti, ricercare le fonti, operare tecnicamente dinanzi alle autorità e utilizzare tecnologie e metodi necessari all'esercizio professionale⁴². La formazione umanistica, la capacità critica e la sensibilità sociale figuravano anch'esse tra gli obiettivi dichiarati, ma in termini meno analitici.

ferenze. Per una ricostruzione successiva della distinzione tra il carattere professionale delle *law schools* statunitensi e la formazione giuridica generale europea, BORTOLUZZI, *A New European Model of Legal Education as One of the Institutional Elements of the New European Common Law*, in *Global Jurist*, 2010, Vol. 10, n. 1, 7-8.

⁴⁰ Il primo asse poneva il diritto in relazione con Antropologia, Scienza politica, Economia, Etica, Filosofia, Storia, Psicologia e Sociologia; il secondo comprendeva lo studio sistematico e contestualizzato dei diversi rami dell'ordinamento; il terzo collegava i contenuti teorici alle attività professionali. Cfr. *Resolução CNE/CES* n. 9, del 29 settembre 2004, artt. 2 e 5. Il primo asse comprendeva Antropologia, Scienza politica, Economia, Etica, Filosofia, Storia, Psicologia e Sociologia; il secondo riuniva i contenuti tecnico-dogmatici e applicativi; il terzo era dedicato alla formazione pratica.

⁴¹ È proprio in questa disposizione che emerge con maggiore nettezza l'ambivalenza del richiamo all'interdisciplinarietà. Questa può significare che il diritto debba essere compreso nelle sue relazioni con la storia, l'economia, la politica e la società; può però anche ridursi alla mobilitazione di conoscenze diverse in funzione della soluzione di un problema professionale. Nel primo caso, essa amplia la comprensione critica del fenomeno giuridico; nel secondo, assume una funzione prevalentemente strumentale. La semplice presenza nel curriculum di discipline appartenenti ad altri campi del sapere non è, del resto, sufficiente: senza un'effettiva integrazione dei metodi e delle prospettive, si rischia soltanto di accostare letture separate dello stesso oggetto. Cfr. inoltre SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *Rivista di diritto processuale*, 1968, 1-33, spec. 24, sulla necessità di rendere percepibili i legami tra cultura giuridica e cultura generale e di assicurare un equilibrio tra insegnamenti giuridici, storico-giuridici, filosofici, economici, sociologici ed extragiuridici.

⁴² *Resolução CNE/CES* n. 9/2004, art. 4. La disposizione comprendeva, tra le competenze e abilità, l'interpretazione e applicazione del diritto, la redazione di testi e atti, la ricerca delle fonti, l'adeguata *atuação técnico-jurídica* nelle diverse sedi, il ragionamento giuridico, la decisione e l'uso delle tecnologie e dei metodi necessari alla comprensione e applicazione del diritto. Sul rapporto tra conoscenze, abilità e loro finalità pratica, RODRIGUES, JUNQUEIRA, cit., Vol. II, 297-298.

Il passaggio dal catalogo delle materie al paradigma delle «abilità e competenze» non rappresenta soltanto una diversa tecnica di costruzione del curriculum: ridefinisce il sapere giuridico a partire da ciò che il laureato dev'essere capace di fare. L'utilità di apprendere a interpretare, argomentare, redigere atti o affrontare casi concreti non è in discussione, il punto critico è che quanto più le competenze professionali vengono descritte in modo dettagliato e vincolante, tanto più rischiano di diventare il criterio in base al quale selezionare e valutare anche le conoscenze teoriche e generali. Il «saper fare», da complemento della formazione universitaria, rischia così di trasformarsi nel suo principio ordinatore.

La stessa tendenza prosegue nella *Resolução CNE/CES* n. 5 del 2018, successivamente modificata. La norma dichiara di privilegiare l'interdisciplinarità e l'articolazione dei saperi e distingue tre prospettive formative: generale, tecnico-giuridica e pratico-professionale⁴³. La simmetria è, tuttavia, più formale che sostanziale poiché le attività pratico-professionali e l'attenzione alla soluzione dei problemi devono essere presenti trasversalmente in tutte e tre mentre non è prevista un'analoga trasversalità della formazione storica, filosofica o sociologica. La pratica e il *problem solving* tendono così a orientare anche la formazione generale e quella tecnico-giuridica.

L'asimmetria si ritrova nell'elenco delle competenze, che assume una marcata impronta funzionale. Il laureato deve possedere una solida formazione generale e umanistica, ma la normativa descrive con particolare ampiezza soprattutto le capacità strumentali e interpersonali: redigere documenti negoziali, processuali e normativi, impiegare le regole tecnico-giuridiche, proporre soluzioni, decidere questioni, operare nelle diverse sedi giudiziali, amministrative ed extragiudiziali, gestire forme consensuali di composizione dei conflitti e utilizzare le tecnologie disponibili⁴⁴.

A questa evoluzione si accompagna il crescente peso delle attività pratiche, complementari e di estensione (terza missione). Nel sistema vigente, fino al venti per cento del carico può essere destinato alla pratica giuridica e alle attività complementari; almeno il dieci per cento delle ore curricolari dev'essere riservato alla terza missione universitaria.⁴⁵ Non tutte queste attività hanno necessariamente carattere professionalizzante, resta però il fatto che una parte consistente del percorso viene affidata ad attività pra-

⁴³ La prima comprende la conoscenza filosofica e umanistica, le scienze sociali e le nuove tecnologie; la seconda riunisce lo studio e l'applicazione dei principali settori del diritto; la terza mira a integrare la pratica con i contenuti teorici. Cfr. *Resolução CNE/CES* n. 5/2018, art. 5, nella formulazione risultante dalle modifiche introdotte dalla *Resolução CNE/CES* n. 2, del 19 aprile 2021. Particolarmente rilevante è il § 1, secondo cui le attività pratico-professionali e l'attenzione alla soluzione dei problemi devono essere presenti trasversalmente in tutte e tre le prospettive formative.

⁴⁴ *Resolução CNE/CES* n. 5/2018, artt. 3 e 4. Per la sistematizzazione delle competenze generali, tecnico-giuridiche e pratico-professionali, CORRÊA, *op. cit.*, 147-158.

⁴⁵ *Resolução CNE/CES* n. 5/2018, art. 13, secondo cui fino al venti per cento del carico può essere destinato alle attività complementari e alla pratica giuridica; *Resolução CNE/CES* n. 7, del 18 dicembre 2018, art. 4, sulla riserva di almeno il dieci per cento alle attività di estensione.

tiche, progettuali ed esperienziali, la cui concreta configurazione dipende dai progetti pedagogici delle singole istituzioni.

Più problematica la giustificazione complessiva della riforma, formulata in termini di adeguamento dell'offerta formativa alle domande del mercato del lavoro, di maggiore collegamento con i settori produttivi e di risposta alle esigenze di risorse umane generate dalla globalizzazione e dalla trasformazione tecnologica. Che l'università debba considerare i mutamenti delle professioni è difficilmente contestabile. Il problema nasce quando tale adeguamento tende a diventare il metro attraverso il quale se ne valutano contenuti e metodi. La formazione universitaria non coincide infatti con una preparazione pratica completa per l'esercizio di una professione. Essa dovrebbe offrire anzitutto una base teorica e scientifica, capace di mostrare come le regole si siano sviluppate, su quali principi riposino e quali rapporti intrattengano con la storia e la società. La pratica non è estranea a questa funzione, ma deve essere collocata entro questo sapere più ampio, che consenta di comprendere e discutere criticamente anche i fini ai quali le tecniche vengono destinate.⁴⁶ Quando la produzione del sapere è ricondotta prevalentemente alla sua utilizzazione professionale, si attenua la distinzione tra università e scuola di addestramento.

Un'analisi dell'educazione giuridica contemporanea non potrebbe, infine, prescindere da due ulteriori fattori di trasformazione: l'internazionalizzazione e l'impatto delle nuove tecnologie. Entrambi investono non soltanto i contenuti e i metodi della formazione, ma anche le tradizionali dinamiche asimmetriche tra centri di produzione e periferie di ricezione dei modelli. Se alcune istituzioni e tradizioni giuridiche conservano una posizione dominante nella definizione degli standard, ordinamenti tradizionalmente considerati periferici possono assumere un ruolo più attivo. È significativo, sotto questo profilo, il caso del Brasile, che ha destinato risorse rilevanti alla mobilità accademica, alle reti internazionali di ricerca, alla digitalizzazione e, più recentemente, allo sviluppo e all'impiego dell'intelligenza artificiale. Tali processi rendono meno lineare e prevedibile la circolazione dei modelli anche in tema di educazione giuridica. La portata di queste trasformazioni meriterebbe tuttavia un esame autonomo, non possibile nell'economia del presente contributo.

4. Considerazioni conclusive

Dagli elementi, necessariamente parziali, esaminati in questo contributo emerge che l'educazione giuridica brasiliana contemporanea presenta una configurazione sfumata, nella quale convivono tratti tradizionalmente associati ai modelli romanistici e altri più vicini al modello nordamericano. Essa conserva la durata ampia del corso, l'orga-

⁴⁶ EISENMANN, *op. cit.*, spec. p100-104, 110 e 121. A 121 è richiamata con particolare chiarezza la distinzione tra formazione universitaria e scuola professionale: la prima deve offrire una base teorica, chiarire lo sviluppo delle regole, i principi sui quali esse riposano e il loro rapporto con la storia sociale, senza pretendere di costituire una formazione pratica completa.

nizzazione sistematica delle materie e una significativa componente teorica e culturale; al contempo, attribuisce crescente rilievo alle competenze, all'argomentazione, all'analisi dei casi, alla pratica e alla soluzione di problemi concreti. In questo processo, tuttavia, la dimensione scientifica dell'insegnamento rischia talvolta di essere impropriamente identificata con il formalismo dogmatico e, per questa via, ridimensionata.

La valorizzazione della dimensione pratica dovrebbe quindi inserirsi in una formazione più ampia e autenticamente scientifica, capace di preparare giuristi che sappiano applicare i modelli operativi, comprenderne i presupposti e adattarli ai mutamenti della realtà. Un'educazione giuridica orientata prevalentemente alle esigenze immediate della pratica professionale e del mercato rischierebbe, invece, di ridursi a un addestramento tecnico inevitabilmente contingente. Ne risulterebbe compressa la funzione propria dell'università, intesa come spazio di comprensione critica del fenomeno giuridico e di rinnovamento della cultura giuridica attraverso il contributo delle generazioni successive.



Professioni legali e formazione del giurista in Giappone: l'esperienza delle *Law School* e le sfide del nuovo millennio*



Davide Luigi Totaro

Ph.D. in Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi di Milano;
Assistant Professor presso Hitotsubashi University, Institute for Advanced Studies (Tokyo); Adjunct Professor presso Rikkyo University, School of Law and Politics (Tokyo)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Formazione del giurista e professioni legali nel Giappone prebellico: brevi note storiche. – 3. Professioni legali e paraprofessionali. – 4. Formazione del giurista e accesso alle professioni prima delle riforme 2004 e 2006. – 5. Nuova formazione giuridica e *transplant* del modello di *Law School*. – 6. Bilancio della riforma e considerazioni comparatistiche. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Riformare un sistema giuridico non può che passare dalla formazione di coloro che ad esso danno vita, nelle corti di giustizia, negli studi legali e sui banchi universitari. L'esperienza del Giappone e la trasformazione delle sue istituzioni, professioni legali e insegnamento del diritto costituiscono una narrazione delle diverse fasi di sviluppo giuridico del paese, delle sue istanze di modernizzazione e delle molteplici sperimentazioni, influenze e *legal transplants* che lo hanno coinvolto. Tramite l'analisi critica e comparatistica dell'ultimo capitolo di questo sforzo, rappresentato dall'ambiziosa agenda di riforma del sistema della formazione giuridica superiore (del 2004) e dell'Esame di Stato (del 2006), fondata sul superamento del previgente modello di matrice civilistica tedesca

* Il presente scritto costituisce una rielaborazione della relazione presentata al convegno "I corsi universitari nelle materie privatistiche e comparatistiche. Modelli formativi e prospettive nell'insegnamento giuridico", tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 15 maggio 2026.

in favore di un sistema radicato nei paradigmi delle *Law School* del *common law* statunitense, il Giappone si pone come un interessante caso di studio e come un progetto tuttora in divenire. Esso testimonia il tentativo di rafforzare la tutela dei diritti, l'accesso alla giustizia e la formazione di una classe di professionisti adeguata alle trasformazioni del settore legale, incaricata del delicato compito di fare dello stato di diritto e del principio di legalità, vera e propria «*carne e sangue*» del sistema giuridico¹.

2. Formazione del giurista e professioni legali nel Giappone prebellico: brevi note storiche

Il Giappone che emerge dalla Restaurazione Meiji del 1868 non è solo un Paese in rapida modernizzazione, ma un laboratorio di ingegneria sociale, istituzionale e giuridica, in cui il diritto (frutto della scienza comparatistica)² e le professioni legali diventano strumenti fondamentali per la costruzione di una nuova identità nazionale³. Invero, se lo Stato deve essere ripasmato sul modello dell'Occidente⁴ e il diritto assurgere a strumen-

¹ Si legge infatti «il compito fondamentale della riforma del sistema giudiziario consiste nell'individuare chiaramente che cosa dobbiamo fare per trasformare sia lo spirito del diritto sia il principio dello Stato di diritto nella carne e nel sangue di questo Paese, affinché essi divengano la forma stessa della nostra nazione». JUSTICE SYSTEM REFORM COUNCIL, *Chapter I – Introduction*, in *Recommendations of the Justice System Reform Council – For a Justice System to Support Japan in the 21st Century*, 2001. Del resto «Sono le persone a far funzionare un sistema. Per realizzare in modo efficace le riforme del sistema della giustizia richieste dalla nuova epoca, come delineate nelle presenti Raccomandazioni, il nuovo sistema non potrà funzionare pienamente se non verrà adeguatamente sviluppata la base umana chiamata concretamente a darvi attuazione», JUSTICE SYSTEM REFORM COUNCIL, *Chapter III – How the Legal Profession Supporting the Justice System Should Be*, in *Recommendations of the Justice System Reform Council – For a Justice System to Support Japan in the 21st Century*, 2001.

² HOZUMI, *The New Japanese Civil Code: As Material for the Study of Comparative Jurisprudence*, Tokyo, 1904, 61.

³ ISHIDA, *System of the Legal Profession*, in ISHIDA (a cura di), *Law and Society in Japan*, Tokyo, 2026, 94-95. Durante il periodo precedente alla modernizzazione non esisteva un sistema ufficiale e uniforme di formazione giuridica. La conoscenza del diritto era trasmessa in modo incidentale, soprattutto nelle scuole private o monastiche [*terakoya*, 寺子屋], tramite manuali che includevano talvolta estratti di testi legali o norme. Le prime forme di uniformazione giunsero solo nel 1843, quando il governo istituzionalizzò l'inserimento di decreti ufficiali nei manuali scolastici. Esistevano inoltre scuole statali e locali per futuri funzionari con *curriculum* di diritto e scienze politiche; tali figure operavano però nell'ambito di una giustizia locale non professionalmente unificata. RÖHL, *Legal Education and Legal Profession*, in RÖHL (a cura di), *History of law in Japan since 1868*, Leiden-Boston, 2005, 770-771. Per alcuni cenni alle forme di rappresentanza processuale precedenti alla restaurazione Meiji, si v. RABINOWITZ, *The Historical Development of the Japanese Bar*, in *Harvard Law Review*, fasc. 70, 1, 1956, 62-64.

⁴ Segnatamente, dopo un'iniziale fase di avvicinamento al diritto olandese, la Restaurazione Meiji vide il prevalere dell'influenza francese, particolarmente evidente nell'organizzazione giudiziaria, nella codificazione e nella formazione delle professioni legali, anche grazie all'opera di Gu-

to propulsivo di modernizzazione tecnologica, istituzionale e culturale, nonché mezzo di riaffermazione della sovranità nazionale contro il pericolo di colonizzazione⁵, la formazione di un ceto di specialisti capaci di comprendere, applicare e far funzionare il nuovo apparato giuridico diviene una necessità imprescindibile quanto la costruzione del sistema normativo stesso.

La prima disciplina organica delle professioni legali fu introdotta con la Legge sull'Ordinamento Giudiziario del 1872 [*Shihō shokumu teisei*, 司法職務定制], che regolava giudici, pubblici ministeri e avvocati, oltre ad altre professioni giuridiche ausiliarie. Già in questa prima fase, il Ministero della Giustizia assurgeva ad un ruolo centrale nella supervisione delle professioni e nell'istruzione del personale giudiziario⁶.

La formazione giuridica dei primi decenni dell'epoca Meiji si caratterizzava tuttavia per una marcata frammentazione ed eterogeneità. I diversi ministeri istituirono propri istituti di formazione per preparare i futuri funzionari dello Stato e garantire il rapido assorbimento delle conoscenze giuridiche occidentali. In particolare, il Ministero della Giustizia fondò nel 1871 una scuola destinata alla formazione di giudici e procuratori, mentre l'Università di Tokyo, istituita nel 1877, divenne progressivamente il principale centro di formazione delle élite amministrative e politiche del Paese. I laureati di tali istituzioni beneficiavano di canali privilegiati di accesso alle professioni legali e alla pubblica amministrazione⁷. La formazione giuridica di questi anni a ben vedere già rifletteva la diversa collocazione istituzionale delle professioni.

Reminiscentemente del modello francese, giudici e procuratori furono concepiti *ab origine* come parti mobili della macchina pubblica e inseriti in percorsi formativi e di reclutamento gestiti dall'amministrazione. Gli avvocati, al contrario, rimasero in una posizione relativamente autonoma rispetto all'apparato statale. Da tale distinzione emerse una contrapposizione destinata a caratterizzare la cultura giuridica del Paese tra giuri-

stave Émile Boissonade, accompagnata, seppure in misura minore, dall'influenza del costituzionalismo e del diritto privato inglesi. A partire dalla fine degli anni Settanta dell'Ottocento, tuttavia, si assistette alla graduale affermazione del modello tedesco quale principale fonte di ispirazione, destinato a influenzare ampi settori del diritto giapponese, dalle codificazioni civile e commerciale fino alla Costituzione imperiale. Sull'influenza e acquisizione di modelli stranieri in Giappone in letteratura domestica si v. AJANI *et al.*, *Diritto dell'Asia orientale*, Torino, 2007, 133-153; COLOMBO, *Cenni storici*, in ASHIDA (a cura di), *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 12-16. Si v. anche ODA, *The History of Modern Japanese Law*, in *Japanese Law*, Oxford, 2021, 11-23. Per una disamina di dettaglio si pure v. in generale RÖHL (a cura di), *History of law in Japan since 1868*, Leiden-Boston, 2005.

⁵ ODA, *The History of Modern Japanese Law*, cit., 11-12.

⁶ ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 94.

⁷ MIYAZAWA, *Legal Education and the Reproduction of the Elite in Japan*, in *Asian-Pac. L & Pol'y J.*, fasc. 1, 1, 2000, 3-4. Il curriculum delle scuole ministeriali articolava il proprio percorso formativo in un corso preparatorio [*yoka*, 予科] e in un corso ordinario [*honka*, 本科] della durata di quattro anni. Il curriculum comprendeva insegnamenti di economia politica, diritto civile, diritto penale, procedura penale, procedura civile, diritto amministrativo, diritto commerciale e diritto internazionale, riflettendo l'esigenza di formare giuristi capaci di operare nel nuovo ordinamento model-

sti “interni allo Stato” e “esterni” ad esso. Ne derivò altresì l'esigenza di una formazione giuridica unificata, volta a equiparare lo status delle professioni legali e ad assicurare standard qualitativi dell'avvocatura comparabili a quelli della magistratura⁸.

Proprio a tale scopo a partire dagli anni Ottanta del XIX secolo, parallelamente alla diffusione degli esami professionali, si sviluppò un numero crescente di scuole private dedicate principalmente alla preparazione degli aspiranti avvocati⁹. Tuttavia, la loro dipendenza quasi esclusiva dalle tasse universitarie e la cronica scarsità di risorse determinarono condizioni di insegnamento sensibilmente deteriori rispetto a quelle delle istituzioni statali, in particolare della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Tokyo, sostenuta integralmente dai finanziamenti governativi. Non si dubita che anche questo fatto, a sua volta abbia contribuito alla già osservata graduale centralizzazione del sistema di istruzione superiore nelle mani dello stato¹⁰.

Con l'acuirsi dell'imperialismo in Giappone la magistratura venne progressivamente integrata in una struttura burocratica centralizzata e gerarchica, mentre il controllo esercitato dal Ministero della Giustizia sulle carriere e sulle nomine limitò significativamente l'autonomia delle corti¹¹. Anche l'avvocatura, divenuta tra i principali veicoli di istanze liberali e di innovazione sociale del periodo, pur conservando una propria identità professionale, si trovò sottoposta a rilevanti forme di controllo pubblico¹². Il diritto e

⁸ MIYAZAWA, *Law Reform, Lawyers, and Access to Justice*, in McALINN (a cura di), *Japanese Business Law*, Austin, 2008, 40-41.

⁹ MIYAZAWA, *Legal Education and the Reproduction of the Elite in Japan*, cit., 4.

¹⁰ La marcata differenza qualitativa tra la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Tokyo e le scuole private rifletteva anche la diversa estrazione formativa degli studenti. L'accesso all'Università di Tokyo richiedeva, fino agli anni Dieci del Novecento, un lungo percorso educativo preliminare, che poteva estendersi fino a quindici anni di studi e che rimaneva pertanto riservato a una ristretta élite. Le scuole giuridiche private, invece, per ampliare il numero degli iscritti, adottavano criteri di ammissione assai meno selettivi, spesso fondati esclusivamente su esami di ingresso e privi del requisito del completamento dell'istruzione secondaria. Ibidem.

¹¹ OKADA, *On Reform of Legal Professionals Education System and the Bar Examination in Japan: Historical Background and Current Situation*, in *Waseda Bulletin of Comparative Law*, fasc. 40, 5, 2022, 14-15.

¹² FEELEY - MIYAZAWA, *Legal Culture and the State in Modern Japan: Continuity and Change*, in GORDON, HORWITZ (a cura di), *Law, Society, and History*, Cambridge, 2011, 175-176. Difatti, la Costituzione dell'Impero del Giappone [*Dai-Nippon Teikoku Kenpō*, 大日本帝國憲法] non prevedeva un ampio catalogo di diritti fondamentali né attribuiva alle corti poteri idonei a un effettivo controllo sull'azione governativa. HALEY, *Authority without Power: Law and the Japanese Paradox*, New York, 1991, 58-62. In tale cornice, la legge forense del 1893 assoggettava gli avvocati all'autorità disciplinare del procuratore capo distrettuale; la riforma del 1933 centralizzò poi tale potere nelle mani del Ministro della Giustizia. Ne derivava una particolare vulnerabilità per i difensori di dissidenti politici, attivisti sindacali o imputati in procedimenti sensibili, esposti alla minaccia di sospensione o radiazione. REPETA, *The Struggle to Protect Individual Rights in Postwar Japan: Seven Decades of Progress*, in HEIN (a cura di), *The New Cambridge History of Japan*, Cambridge, 2023, 230. Tra le vittime per antonomasia di questo periodo si annovera Fuse Tatsuji, radiato per la sua rappresentanza processuale di membri del Partito Comunista giapponese del 1932. Sul caso Fuse, si v. ORDINE DEGLI

le professioni giuridiche finirono così per essere concepiti prevalentemente come strumenti di consolidamento dell'autorità statale piuttosto che come garanzie dell'autonomia individuale¹³.

È proprio per effetto di questo desiderio politico di accentramento che quell'epoca iniziale di grande frammentazione ed eterogeneità nella formazione giuridica, la quale aveva fino ad allora caratterizzato il sistema, giunse a un repentino tramonto. In particolare, in quegli anni si assistette nel 1885 all'assorbimento della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Tokyo nel Ministero della Giustizia, alla sua successiva riorganizzazione nell'Università Imperiale l'anno seguente e all'introduzione, nel 1887, di un sistema di esami e un tirocinio formativo per l'accesso alla carriera amministrativa, con accesso diretto e senza esame riservato ai laureati della stessa istituzione. Parallelamente, la supervisione delle scuole giuridiche private fu affidata all'Università Imperiale e l'accesso ai concorsi pubblici fu esteso esclusivamente agli istituti privati riconosciuti che avessero uniformato i propri programmi e contenuti didattici agli standard stabiliti dallo Stato, instaurando così un sistema di controllo pubblico destinato a mantenersi fino al 1945¹⁴.

La sconfitta nel secondo conflitto mondiale e l'entrata in vigore della Costituzione del 1947 [*Nihon koku kenpō*, 日本国憲法] segnarono una profonda cesura rispetto a tale modello. Il nuovo ordinamento costituzionale fondato sulla sovranità popolare, sulla tutela dei diritti fondamentali e sul principio dello Stato di diritto comportò una radicale ridefinizione del ruolo delle professioni giuridiche¹⁵.

La magistratura acquisì una posizione costituzionalmente indipendente. L'art. 76 della Costituzione sancì l'autonomia dei giudici rispetto all'esecutivo, mentre l'istituzione della Corte Suprema quale organo di vertice dell'ordine giudiziario consolidò la separazione della funzione giudiziaria dall'amministrazione statale¹⁶.

AVVOCATI DI TOKYO [Tōkyō Bengoshikai, 東京弁護士会] (a cura di), *Cento anni di storia dell'Ordine degli Avvocati di Tokyo* [Tōkyō Bengoshikai Hyakunenshi, 東京弁護士会百年史], Ordine degli Avvocati di Tokyo [Bengoshikai, 東京弁護士会], Tokyo, 1980, 411-413.

¹³ Emblematica, in tal senso, è la disciplina dettata dal Decreto sull'Università Imperiale [*Teikoku Daigaku Rei*, 帝国大学令] del 1886, che definiva la missione dell'Università quale formazione di conoscenze e competenze funzionali ai bisogni dello Stato. In particolare, l'istituzione era chiamata a preparare il personale destinato ai principali apparati amministrativi, segnatamente il Ministero delle Finanze e il Ministero dell'Interno, nonché a promuovere uno studio del diritto coerente con gli interessi dello Stato, e finalizzato a proteggere gli studenti dalle seduzioni di orientamenti più liberali che caratterizzavano l'insegnamento impartito nelle scuole giuridiche private. MIYAZAWA, *Legal Education and the Reproduction of the Elite in Japan*, cit., 4-5.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ ODA, *The History of Modern Japanese Law*, cit., 18-20. Per una panoramica dell'assetto costituzionale giapponese postbellico (ancora in vigore senza soluzione di continuità o modifica alcuna) si v. ASHIDA - TAKAHASHI, *Diritto costituzionale*, in ASHIDA (a cura di), *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 19-30. Sulla tutela sulla protezione costituzionale dei diritti fondamentali nell'assetto costituzionale post-bellico si v. ancora ODA, *The Protection of Fundamental Human Rights*, in *Japanese Law*, Oxford, 2021, 89-114.

¹⁶ MIYAZAWA, *Law Reform, Lawyers, and Access to Justice*, cit., 41-42. Parte della dottrina ha

Più complessa risultò la posizione del pubblico ministero. Pur mantenendo una struttura gerarchica e un collegamento istituzionale con il Ministero della Giustizia, la funzione requirente venne progressivamente ricondotta ai principi di legalità, professionalità e imparzialità, assumendo una collocazione intermedia tra apparato statale e comunità delle professioni legali¹⁷.

La trasformazione più significativa riguardò tuttavia l'avvocatura. Con la Legge sull'avvocatura del 1949 [*Bengoshi Hō*, 弁護士法], la professione forense fu sottratta al controllo diretto dello Stato e affidata a un sistema di autogoverno professionale guidato dalla *Japan Federation of Bar Associations* [*Nihon Bengoshi Rengōkai*, 日本弁護士連合会]. L'avvocato venne espressamente qualificato come soggetto chiamato a tutelare i diritti fondamentali e a contribuire alla realizzazione della giustizia sociale, recuperando così il ruolo di "giurista esterno allo Stato" che aveva caratterizzato le origini della professione¹⁸.

A collegare queste figure fu introdotto un sistema unitario di accesso alle professioni legali, fondato sull'Esame di Stato [*Shihō Shiken*, 司法試験] e sul successivo periodo comune di formazione presso il *Legal Training and Research Institute* [*Shihō Kenshūjo*, 司法研修所] istituito nel 1949. Tale modello, destinato a rimanere sostanzialmente invariato fino alle riforme del XXI secolo, rappresentò il principale strumento attraverso cui il Giappone postbellico cercò di conciliare professionalizzazione, indipendenza delle professioni e unità della cultura giuridica¹⁹.

3. Professioni legali e paralegali

L'ordinamento giapponese contemporaneo presenta una struttura professionale particolarmente articolata, caratterizzata dalla coesistenza di un nucleo ristretto di professioni giuridiche in senso proprio [*hōsō*, 法曹] e di una più ampia costellazione di professioni para-legali che richiedono una abilitazione [*shikaku shigyō*, 資格士業], dotate di competenze specialistiche in specifici settori dell'attività giuridica e amministrativa.

Il termine *hōsō* designa tradizionalmente i tre pilastri della giustizia: giudici [*sai-bankan*, 裁判官]; procuratori [*kensatsukan*, 検察官] e avvocati [*bengoshi*, 弁護士]. Tali professioni condividono il surriferito comune percorso di accesso fondato sul superamento dell'Esame di Stato e sulla successiva formazione professionale presso il *Legal Training*

evidenziato come l'ampia autonomia della magistratura giapponese si accompagni alla forte centralizzazione delle funzioni di amministrazione giudiziaria presso la Corte Suprema, sollevando interrogativi circa il possibile impatto di tali meccanismi sull'effettiva indipendenza dei singoli magistrati. FEELEY - MIYAZAWA, *Legal Culture and the State in Modern Japan: Continuity and Change*, cit., 178-179.

¹⁷ ODA, *The Legal Profession*, in *Japanese Law*, Oxford, 2021, 77-79.

¹⁸ MIYAZAWA, *Law Reform, Lawyers, and Access to Justice*, cit., 43-44.

¹⁹ *Ibidem*, 45.

and Research Institute sotto la supervisione della Corte Suprema. Per completezza va notato che, all'interno di quest'ultima categoria, rientrano anche gli avvocati, a differenza degli altri membri delle *hōsō*, caratterizzando così la professione forense per una peculiare doppia affiliazione²⁰.

Partendo con ordine, i giudici costituiscono il primo dei tre pilastri delle professioni legali giapponesi e rappresentano il fulcro della funzione giurisdizionale. Nel sistema delineato dalla Costituzione del 1947, essi esercitano le proprie funzioni in piena indipendenza, essendo soggetti unicamente alla Costituzione e alle leggi. La magistratura è organizzata in una struttura gerarchica articolata in una Corte Suprema [*Saikō Saibansho*, 最高裁判所], 8 Alte Corti [*Kōtō Saibansho*, 高等裁判所], 50 Tribunali Distrettuali [*Chihō Saibansho*, 地方裁判所], 50 Tribunali della Famiglia [*Katei Saibansho*, 家庭裁判所] e 438 Tribunali Semplici [*Kan'i Saibansho*, 簡易裁判所]. Va puntualizzato che giudici appartenenti a queste ultime corti possono nominati anche tra soggetti esterni alle *hōsō* tra cui professionisti paralegali o accademici²¹.

La magistratura giapponese si caratterizza tradizionalmente come un sistema di giudici di carriera, nel quale i giuristi abilitati assumono inizialmente il ruolo di giudice ausiliario [*hanjiho*, 判事補] maturando successivamente l'anzianità necessaria per la nomina a giudice ordinario [*hanji*, 判事]. Sebbene la legge sull'ordinamento giudiziario consenta in forma molto limitata la nomina di avvocati, procuratori e professori universitari, tali forme di mobilità professionale restano assai sporadiche. Secondo i dati della Corte Suprema, i giudici togati in servizio sono oggi poco più di 2.750²².

²⁰ COLOMBO, *Un paese senza avvocati? Stereotipi, fraintendimenti e riflessioni storico-comparative sulla professione legale in Giappone*, in *Lingue Culture Mediazioni*, fasc. 3, 2, 2016, 74-75. Ripreso anche nella più recente sezione di manuale COLOMBO, *Professioni legali*, in ASHIDA (a cura di), *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 233. Ancora, in generale si v. ODA, *The Legal Profession*, cit.

²¹ SUPREME COURT OF JAPAN, *Courts in Japan*, in *Judicial System in Japan*, 2020, 2-8, online.

²² ODA, *The Legal Profession*, cit., 75-77. Con dati recenti si v. anche ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 96-97. Per un'analisi di dettaglio della struttura, composizione e meccanismi di cui alla magistratura giapponese, si v. HALEY, *The Japanese Judiciary Maintaining Integrity, Autonomy, and the Public Trust*, in FOOTE (a cura di), *Law in Japan: A Turning Point*, Seattle, WA, 2008, p. 99. In letteratura domestica, v. ORTOLANI, *Giappone (diritto moderno)*, in SACCO (a cura di), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 2012, 435; ORTOLANI, *Ordinamento Giudiziario*, cit.; *L'amministrazione della giustizia in Giappone*, in *Teorie e pratiche della giustizia*, Trento, 2022, 315-335; nonché ancora ORTOLANI, *Ordinamento Giudiziario*, in ASHIDA (a cura di), *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, 31-40. Sulla struttura, si consenta pure il rinvio a TOTARO, *Il sistema giapponese*, in GAMBARO, CANDIAN (a cura di), *Casi e materiali per un corso di diritto privato comparato. Le tradizioni di common law e civil law*, Torino, 2025, 94-96. Va notato che nel sistema giudiziario giapponese, i giudici dei tribunali inferiori sono nominati per un mandato di dieci anni rinnovabile e la loro riconferma dipende in larga parte (nonostante la formale nomina governativa) da una valutazione periodica della Corte Suprema, basata su criteri di rendimento professionale, competenza e condotta. Si v. FOOTE, *The Supreme Court and the Push for Transparency in Lower Court Appointments in Japan*, in *Washington University Law Review*, fasc. 88, 6, 2011, 1749-1756. I giudici della Corte Suprema, invece, sono nominati dal Gabinetto e rimangono in carica fino al raggiungimento dell'età pensionabile di

I procuratori giapponesi occupano una posizione intermedia tra professione legale e apparato statale. L'ufficio del pubblico ministero [*Kensatsuchō*, 検察庁] è organizzato su quattro livelli gerarchici ed è guidato dal Procuratore Generale [*Kenjisōchō*, 検事総長]. Esso, pur sotto la supervisione del Ministro della Giustizia, opera secondo principi di legalità e autonomia tecnica. Ai procuratori competono le indagini a seguito di notizie di reato, l'esercizio dell'azione penale, la supervisione dell'esecuzione delle pene e, in casi specifici, la tutela dell'interesse pubblico in sede civile. Una caratteristica peculiare del sistema è l'ampia discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale che consente di archiviare casi anche in presenza di elementi sufficienti alla formulazione di un capo di imputazione, sulla base di valutazioni relative alle circostanze del fatto e alla persona dell'indagato. Attualmente in base ai dati del Ministero della Giustizia corpo della procura conta circa 2.000 procuratori²³.

Infine, gli avvocati costituiscono il principale canale di accesso dei cittadini alla tutela giurisdizionale e, nel sistema postbellico, rappresentano la professione che ha conosciuto la più marcata emancipazione dal controllo statale. A seguito della legge del 1949, l'avvocatura è infatti organizzata secondo un modello di autogoverno professionale fondato sugli ordini forensi territoriali e sulla *Japan Federation of Bar Associations*, cui spettano funzioni regolatorie e disciplinari. Gli avvocati godono del monopolio generale della rappresentanza e difesa in giudizio e svolgono attività di consulenza, assistenza stragiudiziale, arbitrato e mediazione. Accanto agli avvocati giapponesi operano gli *avvocati stranieri registrati* [*gaikoku-hō jimu bengoshi*, 外国法事務弁護士], comunemente noti come *gaiben* [外弁] autorizzati a prestare consulenza sul diritto del proprio ordinamento di origine e in materia internazionale. Secondo della *Japan Federation of Bar Association* nel 2025 gli avvocati iscritti superavano le 45.800 unità, a cui si aggiungono 530 avvocati stranieri, provenienti prevalentemente dagli Stati Uniti, dal Regno Unito e dalla Repubblica Popolare Cinese²⁴.

70 anni; tuttavia, sono sottoposti al meccanismo di revisione popolare previsto dall'art. 79 della Costituzione, ogni 10 anni (la cui efficacia, tuttavia, pare essenzialmente simbolica). LAW, *The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan*, in CHENZA, GINSBURG (a cura di), *Public Law in East Asia*, Londra, 2017, 45-46.

²³ ODA, *The Legal Profession*, cit., 87-89. Più recentemente si v. ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 98.

²⁴ ODA, *The Legal Profession*, cit., 79-86. Per una panoramica storico comparatistica si v. di nuovo HALEY, *Authority without Power: Law and the Japanese Paradox*, cit., 65-103. La figura del *gaiben* introdotta nel 1986, include avvocati stranieri autorizzati a esercitare in Giappone previa abilitazione professionale nel Paese d'origine, maturazione di una determinata esperienza professionale e ottenimento di una licenza del Ministro della Giustizia, cui segue l'iscrizione presso la *Japan Federation of Bar Associations*. Essi possono prestare consulenza sul diritto del proprio ordinamento e in operazioni transnazionali, ma restano esclusi dalle attività riservate ai *bengoshi*, quali la rappresentanza processuale nei procedimenti nazionali. Le successive riforme ne hanno progressivamente ampliato l'integrazione nel mercato giapponese dei servizi legali, consentendo, tra l'altro, la partecipazione ad arbitrati internazionali e la collaborazione con studi legali giapponesi. Per

Come anzidetto, accanto alle professioni legali in senso stretto, l'ordinamento giapponese riconosce una pluralità di professioni para-legali. Tra le più rilevanti figurano gli addetti alla redazione di atti giudiziari [*shihō shoshi*, 司法書士]²⁵; gli addetti alla redazione degli atti amministrativi [*gyōsei shoshi*, 行政書士]²⁶; i consulenti brevettuali [*benrishi*, 弁理士]²⁷; i consulenti fiscali [*zeirishi*, 税理士]²⁸; e i consulenti del lavoro e della previdenza

l'introduzione nel 1986 del regime dei *gaiben* e le originarie restrizioni all'esercizio professionale si v. DUFFIN, *History of the Foreign Lawyer in Japan*, in *Brigham Young University Prelaw Review*, fasc. 7, 4, 1993, 3-5. Sul tema si v. anche per completezza HALEY, *The New Regulatory Regime for Foreign Lawyers in Japan: An Escape from Freedom*, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, fasc. 5, 1-2, 1986, 1-15; SHIONO, *Foreign Attorneys in Japan: The International Practice of Law as a Question of Unfair Trade Practices*, in *American University International Law Review*, fasc. 2, 2, 1987, p. 615. Sulla progressiva espansione dell'accesso al mercato giuridico giapponese ai professionisti stranieri si v. CHAN, *Foreign Law Firms: Implications for Professional Legal Education in Japan*, in *ZJapanR*, fasc. 8, 20, 2005, 55-79. Per le ulteriori aperture culminate nelle riforme del 2014-2020 e nella crescente integrazione tra studi giapponesi e internazionali, si v. NAITO - OTOBE, *The Act on Special Measures concerning the Handling of Legal Services by Foreign Lawyers: Recent Developments toward Internationalization*, in *Japan Commercial Arbitration Journal*, fasc. 1, 2020, 430-436. Per una panoramica recente, si v. ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 98-99.

²⁵ ODA, *The Legal Profession*, cit., 82-83. I *shihō shoshi*, disciplinati dalla legge n. 197 del 1950, svolgono attività di registrazione e redazione documentale nonché, dal 2002, se in possesso di una specifica certificazione possono rappresentare le parti dinanzi ai Tribunali Semplici e nelle procedure ADR per controversie fino a 1,4 milioni di yen. Nel 2025 la professione contava oltre 23.000 iscritti. ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 103. Sulla professione si v. anche MIYAZAWA, *Law Reform, Lawyers, and Access to Justice*, cit., 81. Sull'espansione della rappresentanza processuale alla categoria si v. CHAN - II, *Empowering judicial scriveners as litigators in Japan: is it justifiable and of value?*, in *International Journal of the Legal Profession*, fasc. 29, 2, 2022, 181-207.

²⁶ I *gyōsei shoshi* sono disciplinati dalla legge n. 4 del 1956. Originariamente limitata alla redazione e presentazione di atti, la professione ha progressivamente ampliato il proprio ambito operativo, comprendendo oggi anche l'assistenza e la rappresentanza dei clienti nei procedimenti amministrativi, nonché la predisposizione di contratti e altri documenti giuridici. Oggi la vigilanza sulla professione è esercitata dai governatori prefettizi e il numero degli iscritti supera attualmente le 50.000 unità. K. ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 103.

²⁷ ODA, *The Legal Profession*, cit., 82. I *benrishi*, disciplinati dalla legge n. 49 del 2000, sono professionisti specializzati nella proprietà intellettuale che assistono i clienti nella registrazione e tutela di brevetti, marchi e altri diritti industriali. Originariamente limitati alle procedure dinanzi all'Ufficio Brevetti giapponese, le loro competenze sono state progressivamente ampliate fino a comprendere attività di ADR e, in determinati casi, la rappresentanza nei contenziosi in materia di brevetti. La professione è soggetta alla vigilanza del Ministero dell'Economia, del Commercio e dell'Industria e conta circa 11.700 iscritti. ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 103. Si v. anche MIYAZAWA, *Law Reform, Lawyers, and Access to Justice*, cit., 82; ROUSSEAU, *Japan's New Patent Attorney Law Breaches Barrier Between the «Legal» and «Quasi-Legal» Professions: Integrity of Japanese Patent Practice at Risk?*, in *Pac. Rim L & Pol'y J*, fasc. 10, 3, 2001, 781-813.

²⁸ ODA, *The Legal Profession*, cit., 82. I *zeirishi*, disciplinati dalla legge n. 237 del 1951, sono professionisti specializzati nell'assistenza fiscale e tributaria, competenti in materia di consulenza, predisposizione delle dichiarazioni fiscali e rappresentanza dei contribuenti nei rapporti con l'amministrazione finanziaria. A seguito delle riforme del 2001, possono inoltre intervenire nei

za sociale [*shakai hoken rōmushi*, 社会保険労務士]²⁹. Pur non appartenendo alla categoria delle professioni legali principali e non condividendo il percorso di accesso fondato sul superamento dello *Shihō Shiken*, tali professioni svolgono una funzione essenziale nell'amministrazione della giustizia e nell'accesso ai servizi giuridici, contribuendo a soddisfare una domanda di assistenza tecnica che, per volume e specializzazione, non potrebbe essere assorbita esclusivamente dall'avvocatura³⁰.

4. Formazione del giurista e accesso alle professioni prima delle riforme 2004 e 2006

Fino alle riforme della giustizia del primo decennio degli anni Duemila, l'insegnamento del diritto si svolgeva prevalentemente nell'ambito di corsi universitari quadriennali [*hōgakubu*, 法学部].

Originariamente, il *curriculum* si strutturava in due anni dedicati alla formazione generale di “arti liberali” complementati da altri due di studi specialistici. In questa fase le facoltà di giurisprudenza non erano inquadrare come sedi di formazione esclusivamente giuridica, bensì come luoghi di preparazione delle future classi dirigenti, di cui solo una minoranza dei laureati avrebbe poi effettivamente intrapreso la strada delle *hōsō*³¹. A questo proposito, negli anni Novanta, pur a fronte di circa cento facoltà attive e oltre quarantamila nuovi iscritti annui, solo una minima parte dei laureati superava lo

procedimenti giudiziari tributari fornendo supporto tecnico alla difesa del contribuente. La professione è soggetta alla vigilanza del Ministero delle Finanze e nel 2025 contava 80.700 iscritti. ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 103-104. Si v. ancora MIYAZAWA, *Law Reform, Lawyers, and Access to Justice*, cit., 82.

²⁹ FUKUI, *On the Professional Activities of the Labor and Social Security Attorney (sharōshi) and Competition within the Legal Profession in Japan*, in *ZJapanR*, fasc. 26, 51, 2021, 171-189. Gli *shakai-hoken rōmushi*, disciplinati dalla legge n. 89 del 1968, sono professionisti specializzati nel diritto del lavoro, della previdenza e delle assicurazioni sociali. Essi forniscono consulenza e assistenza nella gestione dei rapporti di lavoro e delle pratiche previdenziali e assicurative; le successive riforme ne hanno inoltre ampliato le competenze, consentendo loro di assistere e rappresentare i clienti in determinate controversie di lavoro e procedure di ADR in materia giuslavoristica. La professione è sottoposta alla vigilanza del Ministero della Salute, del Lavoro e del Welfare e conta attualmente circa 46.000 iscritti. ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 104.

³⁰ In generale, si v. FUKUI, *The Transforming Market for Legal and Law-Related Practitioners in Japan*, in *Asian Journal of Law and Society*, fasc. 6, 2, 2019, 347-358. Sulla necessità della figura del paralegale in Giappone a fronte della mancanza di avvocati, OTA - ROKUMOTO, *Issues of the Lawyer Population: Japan*, in *Case W. Res. J. Int'l L.*, fasc. 25, 2, 1993, 315-332. Per una panoramica delle norme deontologiche a governo di questa complessa rete di professioni legali, si v. ISHIDA, *Ethical Standards of Japanese Lawyers: Translation of the Ethics Codes for Six Categories of Legal Service Providers*, in *Pac. Rim L & Pol'y J.*, fasc. 14, 2, 2005, 383-423.

³¹ ROKUMOTO, *Legal Education*, in FOOTE (a cura di), *Law in Japan: A Turning Point*, Seattle, WA, 2008, 191-192.

Shihō Shiken, prevalentemente proveniente da poche università d'élite³². Ne derivava una netta separazione tra formazione universitaria, di carattere generale e teorico, e accesso alle professioni legali, affidato quasi esclusivamente all'Esame di Stato e alla successiva formazione pratica³³.

Coerentemente con l'impostazione generale dell'ordinamento, prima della riforma, l'insegnamento del diritto in Giappone seguiva il modello continentale europeo, privilegiando la lezione frontale come principale veicolo didattico. Tale impostazione, adatta a classi numerose, rifletteva tra le altre cose l'influenza delle tradizioni tedesca e francese nella formazione del diritto giapponese moderno³⁴.

I *curriculum* erano incentrati sulle principali discipline del diritto positivo, in particolare sui "Sei Codici" [*Roppō*, 六法] (ossia, includendo la Costituzione del Giappone, il Codice civile [*Minpō*, 民法], il Codice penale [*Keihō*, 刑法], il Codice di commercio [*Shōhō*, 商法], il Codice di procedura civile [*Minji soshōhō*, 民事訴訟法] e il Codice di procedura penale [*Keiji soshōhō*, 刑事訴訟法]), affiancati da insegnamenti complementari quali diritto amministrativo, del lavoro, internazionale e materie umanistiche. L'insegnamento privilegiava l'analisi sistematica delle norme e delle elaborazioni dottrinali, mentre la giurisprudenza [*hanrei*, 判例]³⁵ svolgeva una funzione principalmente illustrativa delle

³² Negli anni Ottanta, oltre l'89% dei candidati ammessi all'Esame di Stato proveniva da quindici atenei, con le università di Tokyo, Chūō e Waseda che da sole rappresentavano circa il 58% degli ammessi. Tale concentrazione rese l'accesso a queste istituzioni quasi indispensabile per la carriera forense, alimentando una forte competizione e il fenomeno dei *rōnin* [浪人] (letteralmente samurai in attesa di impiego), studenti che rinviavano l'ingresso universitario per prepararsi agli esami di ammissione degli atenei più prestigiosi. Si v. CHEN, *The National Law Examination of Japan*, in *Journal of Legal Education*, fasc. 39, 1, 1989, 10-12.

³³ ROKUMOTO, *Legal Education*, cit., 192-194. In particolare, sebbene nessuna norma prevedesse un limite numerico, per oltre trent'anni il numero dei candidati ammessi al *Legal Training and Research Institute* dopo il superamento dell'Esame di Stato fu mantenuto intorno a 500 unità annue. Tale limite informale venne giustificato da esigenze formative e dal mantenimento di elevati standard professionali, nonché, secondo parte della dottrina, dall'influenza delle organizzazioni forensi sul processo selettivo. Ancora si v. CHEN, *The National Law Examination of Japan*, cit., 7-8.

³⁴ ROKUMOTO, *Legal Education*, cit., 194.

³⁵ Sebbene il diritto giapponese non conosca formalmente il principio dello *stare decisis* e l'articolo 76(3) di cui alla Costituzione espliciti che i giudici siano vincolati soltanto dalla legge, il ruolo dei precedenti giudiziari nella *Law in Action* del paese non può essere sottovalutato. A ben vedere, le decisioni della Corte Suprema sono generalmente seguite dai giudici inferiori, sia perché il loro discostamento costituisce motivo di impugnazione, sia per effetto della struttura gerarchica della magistratura e del sistema delle carriere giudiziarie di cui si è detto. La dottrina parla pertanto di una "una forza *de facto* vincolante dei precedenti" spesso persino più ampia rispetto alla *ratio decidendi* tipica dei sistemi di *common law* (poiché anche principi generali e linee guida contenuti nelle sentenze della Corte Suprema vengono frequentemente trattati come vincolanti) che assurge sovente a primario motore di innovazione giuridica del sistema. ODA, *The Sources of Law*, in *Japanese Law*, Oxford, 2021, 24-51. Si v. anche H. ITOH, *The Role of Precedent at Japan's Supreme Court*, in *Washington University Law Review*, fasc. 88, 6, 2011, 1631-1667; YAMADA, *The Role of Judicial Precedents in Japanese Law-Making Process – on the Japanese Civil Code (Law of Obligation) Reform*, in

questioni interpretative. Ne risultava una formazione prevalentemente teorica e istituzionale, orientata all'assimilazione delle categorie concettuali e delle logiche proprie della scienza giuridica³⁶. Va detto che il modello di insegnamento giuridico giapponese pre-riforma garantiva una conoscenza sistematica del diritto positivo e favoriva lo sviluppo di capacità analitiche e interpretative di alto livello portando allo sviluppo di una dottrina particolarmente strutturata e autorevole nella vita giuridica del sistema³⁷. Dal punto di vista organizzativo, tuttavia, l'insegnamento risentiva dei limiti dell'istruzione di massa. Precipuamente le lezioni, spesso rivolte a centinaia di studenti, prevedevano una partecipazione limitata e una valutazione basata principalmente sull'esame finale scritto, mentre i seminari previsti, pur favorendo discussione e ricerca individuale, mantenevano un ruolo marginale rispetto alla didattica tradizionale³⁸. Inoltre, l'attenzione prevalente agli aspetti teorici e normativi lasciava in secondo piano le competenze (e materie di studio) pratiche e professionali. Infine, l'impostazione dogmatica presentava il rischio di promuovere una visione formalistica e conservatrice del diritto, in tensione con l'obiettivo di una formazione più ampia sul piano umanistico e socio-economico³⁹.

Anche per far fronte a questi limiti strutturali, nel sistema pre-riforma, la fase centrale della formazione del giurista era costituita dal percorso unificato presso il *Shihō Kenshūjo*, accessibile previo superamento dello *Shihō Shiken*. Sebbene l'esame non richiedesse formalmente una laurea in giurisprudenza, la maggior parte dei candidati proveniva dalle facoltà giuridiche, mentre solo una quota minoritaria accedeva da altri percorsi. Lo *Shihō Shiken* rappresentava il principale strumento di selezione per l'ingresso nelle professioni di giudice, procuratore e avvocato. L'esame, organizzato annualmente dal Ministero della Giustizia, si articolava in tre fasi: una prova a risposta multipla su diritto costituzionale, civile e penale; una prova scritta teorico-argomentativa sulle sei discipline codicistiche fondamentali: diritto costituzionale, civile, commerciale, procedura civile, penale e procedura penale; infine, un esame orale volto a valutare la capacità di ragionamento e discussione giuridica nelle medesime materie⁴⁰.

Elemento caratteristico dell'Esame di Stato era la sua citata elevata selettività, in base alla quale il tasso di successo rimase per decenni inferiore al 3% dei candidati⁴¹. In

Studia Iuridica Lublinensia, fasc. 27, 1, 2018, 83; JONES *et al.*, *The Japanese legal system*, Eagan, MN, 2025, 160-170. Per una comparazione con il sistema italiano si v. COLOMBO, *Nomophilacy and Beyond*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, fasc. 2, 4, 2015, 281-315.

³⁶ ROKUMOTO, *Legal Education*, cit., 194-195.

³⁷ *Ibidem*, 197-198.

³⁸ *Ibidem*, 196-198.

³⁹ *Ibidem*, 198-199.

⁴⁰ *Ibidem*, 199-200.

⁴¹ FOOTE, *Japanese Justice System Reform in Comparative Perspective*, in *The Sociology of Law*, fasc. 58, 2003, 204-234. A titolo esemplificativo, le statistiche ufficiali del Ministero della Giustizia, ampiamente richiamate dalla letteratura, mostrano come il tasso di successo dello *Shihō Shiken* si mantenesse generalmente tra il 2% e il 3% nel corso degli anni Ottanta e Novanta. Più precisamente, esso si attestò al 2,37% nel 1989 e al 2,38% nel 1990, salendo al 2,94% nel 1991 e nel 1992. Sebbene

assenza di limiti di età o tentativi, molti aspiranti dedicavano anni alla preparazione dopo la laurea. Conseguentemente l'età media degli ammessi superava i ventisette anni e il tempo medio necessario per il superamento dell'esame si aggirava intorno ai cinque anni⁴². Questo sistema contribuì a creare una forte distorsione nella formazione giuridica universitaria, portando nel tempo gli studenti che aspiravano ad entrare nelle *hōsō* a concentrarsi quasi esclusivamente sulle materie oggetto dell'esame durante gli studi⁴³.

L'ammissione al già citato *Legal Training and Research Institute*, a seguito del superamento dell'Esame di Stato del sistema pre-riforma, prevedeva l'avvio di un percorso della durata di due anni, ridotta a diciotto mesi nel 1999. Al termine del programma, gli apprendisti sostenevano un esame finale organizzato dalla Corte Suprema, il cui superamento costituiva l'ultimo requisito per l'accesso alle professioni legali⁴⁴.

Il programma formativo combinava lezioni teoriche ed esercitazioni pratiche. Presso l'istituto gli apprendisti studiavano il funzionamento della giustizia, la deontologia e le tecniche professionali, sotto la guida di giudici, procuratori e avvocati. La formazione pratica, basata sull'analisi di casi reali e sulla redazione di atti processuali, mirava allo sviluppo delle capacità di ragionamento e applicazione del diritto. Il percorso includeva inoltre tirocini presso tribunali, procure e studi legali, consentendo agli apprendisti di acquisire esperienza diretta nelle diverse professioni giuridiche⁴⁵.

Questo modello formativo era considerato uno degli elementi più qualificanti del sistema pre-riforma, poiché compensava l'impostazione prevalentemente teorica dell'educazione universitaria attraverso una formazione pratica comune a giudici, procuratori e avvocati. La combinazione tra selezione rigorosa all'ingresso e formazione professionale unitaria costituì uno dei tratti distintivi del sistema giuridico giapponese fino all'introduzione delle *Law School* e del nuovo Esame di Stato negli anni Duemila.

ne nel 1993 e nel 1994 si registrarono percentuali leggermente più elevate, pari rispettivamente al 4,02% e al 3,81%, negli anni successivi il tasso tornò a stabilizzarsi intorno al 3%, attestandosi al 3,47% nel 1995, al 3,35% nel 1996, al 3,16% nel 1997, al 3,03% nel 1998 e al 3,35% nel 1999. Analoga tendenza si riscontra negli anni immediatamente precedenti la riforma, con percentuali pari al 3,13% nel 2000, al 2,90% nel 2001, al 2,85% nel 2002 e al 2,58% nel 2003.

⁴² ROKUMOTO, *Legal Education*, cit., 200.

⁴³ La preparazione effettiva veniva dunque spesso trasferita al di fuori dell'università, presso scuole private specializzate [*yobikō* 予備校 o *Shihō Shiken yobikō* 司法試験予備校], alimentando le critiche verso un sistema ritenuto inefficiente, eccessivamente competitivo e incapace di formare un numero adeguato di professionisti del diritto. Sul fenomeno si v. TSUKADA, *Institutionalised Supplementary Education in Japan: The Yobiko and Ronin Student Adaptations*, in *Comparative Education*, fasc. 24, 3, 1988, 285-303.

⁴⁴ Si v. ROKUMOTO, *Legal Education*, cit., 200-201. Va chiarito, tuttavia, che l'esame finale, scritto e orale, a differenza dello *Shihō Shiken*, presentava tradizionalmente un tasso di superamento molto elevato e consentiva una seconda possibilità in caso di esito negativo, subordinata però al completamento di un ulteriore anno di formazione presso l'Istituto. Si v. CHEN, *The National Law Examination of Japan*, cit., 18-19.

⁴⁵ ROKUMOTO, *Legal Education*, cit., 202-203.

5. Nuova formazione giuridica e *transplant* del modello di *Law School*

Alla fine degli anni Novanta, il sistema giudiziario giapponese fu oggetto di crescenti critiche riguardanti sia l'accesso alla giustizia sia il modello di formazione e selezione delle professioni legali⁴⁶.

In particolare, il numero ridotto di avvocati, giudici e procuratori, dovuto alla selettività dello *Shihō Shiken* e al limitato numero di ammessi alla formazione professionale, era considerato insufficiente rispetto alle esigenze di una società più complessa, internazionalizzata e caratterizzata da una crescente domanda di servizi legali⁴⁷. Parallelamente, veniva criticata la natura prevalentemente teorica della formazione universitaria, ritenuta insufficiente allo sviluppo delle competenze pratiche necessarie alle professioni legali⁴⁸.

Tali criticità confluirono nel più ampio processo di riforma della giustizia avviato con l'istituzione, nel 1999, del *Justice System Reform Council* [*Shihō Seido Kaikaku Shingikai* 司法制度改革審議会], incaricato di ridefinire il ruolo della giustizia nella società giapponese del XXI secolo.

Nel rapporto finale del 2001, il Consiglio individuò tre obiettivi principali: una giustizia più accessibile, comprensibile e affidabile; il rafforzamento quantitativo e qualitativo delle professioni legali; e una maggiore partecipazione dei cittadini all'amministrazione della giustizia⁴⁹. Tali direttrici miravano a superare il carattere tradizionalmente elitario e autoreferenziale delle istituzioni giudiziarie, rafforzandone il ruolo sociale ed economico⁵⁰.

In questo contesto, la riforma della formazione giuridica assunse un ruolo centrale. Il Consiglio ritenne necessario superare il modello fondato sulla selezione tramite un esame altamente competitivo, introducendo un percorso organico capace di integrare

⁴⁶ OKADA, *On Reform of Legal Professionals Education System and the Bar Examination in Japan: Historical Background and Current Situation*, cit., 17-18.

⁴⁷ FOOTE, *Introduction and Overview*, in FOOTE (a cura di), *Law in Japan: A Turning Point*, Seattle, WA, 2008, xxvi.

⁴⁸ ROKUMOTO, *Legal Education*, cit., 204-210. Sulla tradizionale distanza tra giurista e società, si v. TAKAHASHI, *Career Judiciary, Judicial Reform, and Practicing Attorneys*, in *ZJapanR*, 2009, 40-57. Sul punto, alcuni Autori avevano fortemente criticato la mancanza di competenze e preparazione pratica dei *bengoshi* pre-riforma, affermando, poco lusinghieri, che, al di fuori dei casi in cui si rendesse necessario il contenzioso, qualsiasi altro professionista paralegale o giurista d'impresa sarebbe stato più indicato. JOLLY, *Where Are the Japanese Going with their New Law Schools?*, in *Haw. Bar J.*, fasc. 32, 4, 2006, 32-33.

⁴⁹ MIYAZAWA, *Law Reform, Lawyers, and Access to Justice*, cit., 57-61. Più in generale, si v. ORTOLANI, *Giappone (diritto moderno)*, cit., 447-448. Per completezza un esaustivo report del Consiglio in lingua inglese, si v. NAKAMURA, *The Final Report of the Justice System Reform Council*, in *Waseda Bulletin of Comparative Law*, fasc. 20, 2014, 59-91.

⁵⁰ FOOTE, *Introduction and Overview*, cit., xxi-xxiii. In generale si v. anche CHAN, *The reform of the profession of lawyers in Japan and its impact on the role of law*, in DEZALAY, GARTH (a cura di), *Lawyers and the rule of law in an era of globalization*, London, 2012.

istruzione universitaria, abilitazione e formazione professionale. A questo scopo si assistette all'istituzione delle *Law School* [*Hōka Daigakuin* 法科大学院] nel 2004 e all'introduzione del Nuovo Esame di Stato [*Shin Shihō Shiken* 新司法試験] nel 2006. Gli obiettivi perseguiti erano duplici: aumentare significativamente il numero dei professionisti del diritto e complementare le conoscenze teoriche offerte dagli atenei con competenze pratiche e capacità di *problem solving*⁵¹.

Nel nuovo contesto riformato, le *Law School* furono concepite come istituzioni professionalizzanti orientate a una formazione avanzata e pratica. Il percorso prevedeva tre anni per gli studenti privi di formazione giuridica e due anni per i laureati in giurisprudenza, includendo materie fondamentali, pratica professionale, deontologia, ricerca e scrittura giuridica, diritto comparato e straniero.

Pur mantenendo al centro i sei settori fondamentali del diritto, l'offerta formativa si ampliò includendo numerose discipline specialistiche e settoriali. La riforma introdusse inoltre metodi didattici interattivi, basati su classi ridotte, dialogo docente-studente e analisi di casi concreti, superando il modello esclusivamente frontale. Per garantire uniformità qualitativa furono stabiliti requisiti comuni relativi a docenti, programmi, crediti, valutazioni e strutture, portando all'istituzione di settantaquattro *Law School* tra il 2004 e il 2005⁵².

Contestualmente fu introdotto un test nazionale attitudinale [*tekisei shiken* 適性試験], ispirato al *Law School Admission Test* statunitense (successivamente abolito a seguito del calo delle iscrizioni)⁵³; nonché, al fine di ampliare l'accesso alle professioni, nello stesso anno il c.d. esame preliminare [*yobi shiken* 予備試験], che consente di accedere all'Esame di Stato anche ai candidati privi di una formazione presso una *Law School*⁵⁴.

⁵¹ Sulla riforma del metodo di insegnamento e delle istituzioni universitarie si v. *ex multis*, KAWABATA, *The reform of legal education and training in Japan: Problems and prospects*, in *S. Tex. L. Rev.*, fasc. 43, 2001, 419; LAWLEY, *The Post-'Law School' Future of Japanese Undergraduate Legal Education A Personal Perspective Comparison with Australia*, in *ZJapanR*, fasc. 10, 20, 2005, 81-100. Si v. pure YOSHIDA, *Legal Education Reforms in Japan: Background, Rationale, and the Goals to be Achieved*, in *Wisconsin International Law Journal*, fasc. 24, 2006, 209-222. In particolare, sul tema, sostenendo la necessità di superare il modello tradizionale fondato sull'estrema selettività dello *Shihō Shiken* e di valorizzare la formazione professionale universitaria come strumento per ampliare l'accesso alle professioni legali e rafforzarne la qualità si v. MIYAZAWA, *Educating and Training of Lawyers in Japan: A Critical Analysis*, in *S. Tex. L. Rev.*, fasc. 43, 2002, 491. Lo stesso autore ha anche evidenziato come le resistenze delle professioni legali, i compromessi istituzionali e le tensioni tra i diversi attori coinvolti abbiano progressivamente ridimensionato gli obiettivi originari della riforma. MIYAZAWA, *The Politics of Judicial Reform in Japan: The Rule of Law at Last?*, in *Asian-Pac. L. & Pol'y J.*, fasc. 1, 2, 2001, 89; *Law Reform, Lawyers, and Access to Justice*, cit., 64-70.

⁵² OKADA, *On Reform of Legal Professionals Education System and the Bar Examination in Japan: Historical Background and Current Situation*, cit., 19-20.

⁵³ *Ibidem*, 21.

⁵⁴ STEELE, *Japan's national bar examination: results from 2015*, in *ZJapanR*, fasc. 24, 41, 2016, 57-58.

Nel sistema post-riforma, il nuovo *Shihō Shiken*, abbandonando completamente ogni forma di oralità, si articola in una prova a risposta multipla e una prova scritta. La prima verifica le conoscenze nei sette settori fondamentali del diritto e opera come fase preliminare: sono ammessi alla correzione degli elaborati scritti solo i candidati che raggiungono le soglie minime previste, pari almeno al 40% in ciascuna materia e generalmente al 60% complessivo. La prova scritta che segue comprende invece quattro aree: diritto pubblico (costituzionale e amministrativo), diritto civile (civile, commerciale e procedura civile), diritto penale (sostanziale e processuale) e una materia opzionale tra diversi settori specialistici; con la possibilità di consultare codici non commentati. Il punteggio massimo è di 800 punti, con soglie minime per ciascuna area; il risultato finale combina prova scritta e prova a risposta multipla, attribuendo prevalenza alla prima (rapporto 1:8)⁵⁵. Un elemento particolarmente rilevante è che i candidati possono presentarsi all'Esame di Stato per l'accesso alle professioni legali non più di tre volte entro i cinque anni successivi al conseguimento della laurea presso una *Law School*⁵⁶.

I candidati idonei accedono quindi alla formazione professionale presso il *Legal Training and Research Institute*, ridotta a circa un anno, ma sostanzialmente invariata nella struttura e nei contenuti rispetto al modello pre-riforma⁵⁷.

6. Bilancio della riforma e considerazioni comparatistiche

Non è un'esagerazione ritenere che la riforma della formazione giuridica rappresentò uno degli interventi più ambiziosi promossi nell'ambito della più ampia *Justice System Reform* avviata all'inizio degli anni Duemila. Al di là del radicale mutamento della politica istituzionale e della fonte di ispirazione comparatistica di cui al nuovo modello formativo, particolarmente ambiziosi apparivano gli obiettivi quantitativi della riforma: il Consiglio prevedeva infatti un tasso di superamento dell'esame compreso tra il 70 e l'80%, circa 3.000 nuovi professionisti legali all'anno e una comunità di circa 50.000 avvocati entro il 2020⁵⁸.

La portata della riforma emerge dalla ridefinizione del modello di formazione del giurista giapponese. L'introduzione delle *Law School* è stata interpretata come un *legal transplant* ispirato in larga misura all'esperienza statunitense, favorito dall'influenza dell'accademia giapponese formatasi negli Stati Uniti e dalla convinzione che tale modello potesse integrare teoria e pratica e rispondere meglio alle esigenze della società con-

⁵⁵ OKADA, *On Reform of Legal Professionals Education System and the Bar Examination in Japan: Historical Background and Current Situation*, cit., 20-21.

⁵⁶ ORTOLANI, *Giappone (diritto moderno)*, cit., 448.

⁵⁷ OKADA, *On Reform of Legal Professionals Education System and the Bar Examination in Japan: Historical Background and Current Situation*, cit., 21.

⁵⁸ JUSTICE SYSTEM REFORM COUNCIL, *How the Legal Profession Supporting the Justice System Should Be*, cit., 44-46.

temporanea. La riforma segnava così una significativa cesura rispetto alla tradizionale impostazione giuridica giapponese, storicamente fondata sulla tradizione continentale europea, in particolare tedesca⁵⁹.

A oltre vent'anni dalla riforma, il bilancio appare più prudente rispetto alle aspettative iniziali. Già i primi risultati evidenziarono infatti uno scostamento dagli obiettivi. *In primis*, già con la prima edizione del nuovo Esame di Stato del 2006 si registrò un tasso di successo del 48,3%, inferiore al 70-80% previsto, dato che poi andò ulteriormente e diminuire fino a circa il 23,1% nel 2015. Similmente l'obiettivo di 3.000 nuovi professionisti annui non fu pienamente raggiunto. Parallelamente, dopo l'espansione iniziale con 74 *Law School* e oltre 72.000 candidati nel 2004, il sistema entrò in una fase di contrazione che vide le domande di ammissione scendere a poco più di 10.000 nel 2015 e numerose scuole furono chiuse o sospesero le iscrizioni, fino a ridursi a 34 istituzioni attive nel 2025⁶⁰.

La dottrina ha individuato diverse cause alla base di tale "fallimento". Segnatamente un primo ordine di questione pare riconducibile a fattori di *legal culture* e alla concezione del ruolo del giurista. In particolare, è stato osservato come la riforma abbia modificato le strutture istituzionali senza incidere pienamente sugli incentivi che guidavano il sistema di formazione delle *hōsō*. Invero, anche nel sistema post-riforma l'elevata competitività dell'Esame di Stato rischia di portare al permanere della "tunnel vision" che

⁵⁹ MAXEINER - YAMANAKA, *The New Japanese Law Schools: Putting the Professional into Legal Education*, in *Pac. Rim L. & Pol'y J.*, fasc. 13, 2, 2004, 313. Si v. anche SAEGUSA, *Why the Japanese Law School System Was Established: Cooptation as a Defensive Tactic in the Face of Global Pressures*, in *Law & Social Inquiry*, fasc. 34, 02, 2009, 365-398. Come osservato da certa autorevole dottrina domestica, la stessa diffusione del termine *rōsukūru*, traslitterazione fonetica di *law school*, in luogo della denominazione giapponese giuridicamente corretta, testimonia la forza simbolica che il modello statunitense assunse nel dibattito riformatore. G. F. COLOMBO, *Un paese senza avvocati? Stereotipi, fraintendimenti e riflessioni storico-comparative sulla professione legale in Giappone*, cit., p. 81. Più recente si v. anche COLOMBO, *Professioni legali*, cit., 235. In ogni caso, la dottrina considera la riforma come un processo di ibridazione istituzionale, piuttosto che una semplice adozione del modello statunitense, in ragione della mancata riforma delle facoltà di giurisprudenza (come invece è avvenuto in Corea), della permanenza dello *shihō shiken*, e della formazione obbligatoria presso il *Legal Training and Research Institute*; si v. OMURA et al., *Japan's New Legal Education System: Towards International Legal Education?*, in *ZJapanR*, fasc. 20, 2005, 39-54. Per un confronto con il sistema Sud-Coreano si v. GINSBURG, *Transforming Legal Education in Japan and Korea*, in *Penn State International Law Review*, fasc. 22, 3, 2004, 433-439.

⁶⁰ ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 95-96. Si v. anche COLOMBO, *Un paese senza avvocati? Stereotipi, fraintendimenti e riflessioni storico-comparative sulla professione legale in Giappone*, cit., 82-83. È stato osservato come il controllo effettivo dell'accesso alla professione continui a essere esercitato principalmente dalla Corte Suprema e dal Ministero della Giustizia, entrambi favorevoli al mantenimento di un sistema formativo centralizzato e di un esame altamente selettivo. Inoltre, le organizzazioni forensi hanno ripetutamente promosso un ridimensionamento degli obiettivi originari della riforma, soprattutto con riguardo all'espansione dell'accesso alla professione. CHAN, *Setting the limits: who controls the size of the legal profession in Japan?*, in *International Journal of the Legal Profession*, fasc. 19, 2-3, 2012, 321-337.

aveva caratterizzato l'ordinamento precedente ove studenti e istituzioni privilegiavano la preparazione al test rispetto alla formazione professionale. Si è poi osservato come il crescente ricorso allo *yobi shiken*, il declino delle iscrizioni alle *Law School* e la progressiva riaffermazione dopo i primi anni della centralità dell'esame rispetto agli obiettivi formativi originari suggeriscano che la riforma non sia riuscita a realizzare pienamente quella trasformazione culturale che costituiva uno dei suoi presupposti essenziali⁶¹.

Una seconda linea critica riguarda la dimensione pedagogica. Il legislatore non definì chiaramente quale figura professionale dovesse rappresentare il modello delle nuove *Law School*, né chiari pienamente il significato di *practical legal education*. La riforma lasciò irrisolta la tensione tra il modello tradizionale di matrice tedesca, orientato alla formazione di giudici e funzionari pubblici, e il nuovo paradigma statunitense, centrato sull'avvocato come consulente e difensore di interessi privati⁶². L'incertezza riguardava non solo la figura professionale da formare, ma anche l'adeguatezza del modello educativo adottato al contesto giapponese specifico. Infatti, le nuove *Law School* americanizzate si ispiravano largamente a un modello processuale *adversarial*, quando il sistema giuridico giapponese manteneva una struttura prevalentemente di *civil law* e una forte impronta burocratico-istituzionale nella sua dimensione procedurale. Ne deriva quindi una possibile discrasia tra il profilo professionale promosso dalle *Law School* e le competenze effettivamente richieste dalla pratica forense e giudiziaria⁶³. Ulteriori criticità riguardano il piano metodologico. La riforma mirava a sostituire il tradizionale insegnamento frontale con un modello dialogico ispirato al metodo socratico, basato sull'interazione tra docenti e studenti e sul confronto tra pari. Tale trasformazione incontrò tuttavia ostacoli nelle abitudini accademiche consolidate: gli studenti erano poco abituati alla partecipazione attiva e molti docenti provenivano da una tradizione fondata sulla lezione

⁶¹ FOOTE, *Japanese Justice System Reform in Comparative Perspective*, cit., 229-230. In termini analoghi, si osservava che il mantenimento di un sistema fondato sulla limitazione degli accessi alla professione, accompagnato dalla permanenza di una formazione professionale successiva allo *Shihō Shiken*, avrebbe continuato a incentivare strategie orientate principalmente al suo superamento, con il rischio di trasformare le stesse *Law School* in meri corsi preparatori avanzati. GINSBURG, *Transforming Legal Education in Japan and Korea*, cit., 439. Invero, se le prove scritte erano coerenti con gli obiettivi formativi delle *Law School*, le prove a scelta multipla continuavano a privilegiare conoscenze nozionistiche. Poiché queste ultime divennero il principale filtro selettivo dell'esame, gli studenti furono incentivati a concentrarsi sulla preparazione al test, riproducendo dinamiche tipiche del sistema pre-riforma. MIYAZAWA, *Law Reform, Lawyers, and Access to Justice*, cit., 44.

⁶² MAXEINER - YAMANAKA, *The New Japanese Law Schools: Putting the Professional into Legal Education*, cit., 315-316.

⁶³ *Ibidem*, 316. Tra le altre cose, la stessa nozione di "pratica" non era pacifica e risultava possibilmente disallineata rispetto alle esigenze del mercato, in quanto intrinsecamente associata alle attività di giudici, procuratori e avvocati processualisti (contenzioso puro), mentre ricevevano minore attenzione le funzioni di consulenza e di redazione negoziale, nonché ambiti quali il *business law*, il diritto antitrust e la *compliance*. Si v. N. KASHIWAGI, *New Graduate Law Schools in Japan and Practical Legal Education*, in *ZJapanR*, fasc. 12, 2001, 61.

magistrale. A ciò si aggiungevano la carenza di personale con competenze pratiche e la mancanza di materiali didattici adeguati al nuovo modello formativo⁶⁴.

A tali fattori si aggiunsero criticità organizzative e strutturali. La letteratura ha evidenziato obiettivi talvolta contraddittori, scarso coordinamento tra Ministero dell'Istruzione e Ministero della Giustizia e conflitti tra i principali attori della riforma, tra cui Corte Suprema, Procura, professione forense e università. Sul piano economico, il sistema risultò inoltre sovradimensionato rispetto alle esigenze effettive, con una capacità formativa superiore alla domanda, conseguente sottoutilizzo delle strutture e dispersione di risorse pubbliche⁶⁵. Contestualmente, il mercato della professione forense non riuscì ad assorbire il numero di nuovi professionisti previsto dai riformatori, riducendo progressivamente l'attrattività economica del percorso⁶⁶.

Infine, la crisi del sistema deve essere letta anche alla luce dell'affermazione del succitato *yobi shiken* come canale alternativo di accesso all'Esame di Stato. Infatti, sebbene concepito come percorso di eccezione per soggetti meritevoli o privi delle risorse necessarie al nuovo *iter* formativo, divenne progressivamente una via altamente competitiva, con tassi di successo ben superiori rispetto ai diplomati delle *Law School*, contribuendo così a ridurre la centralità del modello di "*legal education as a process*" posto alla base della riforma⁶⁷.

Ciò detto, e nonostante le forti critiche sollevate dalla dottrina nazionale e internazionale, che non ha esitato a definire la riforma un "fallimento"⁶⁸ e a sottolinearne la

⁶⁴ MAXEINER - YAMANAKA, *The New Japanese Law Schools: Putting the Professional into Legal Education*, cit., 319-320. Sul punto anche, e profondamente critica al punto da definire la situazione un "*Lack of everything*" si v. KASHIWAGI, *New Graduate Law Schools in Japan and Practical Legal Education*, cit., 64-65.

⁶⁵ KINOSHITA, *Problems with the Legal Professional Training Mechanism: From the Perspective of Economics*, in *Japan Labor Review*, fasc. 8, 4, 2011, 22-45.

⁶⁶ JONES, *Japan's New Law Schools: The Story so Far*, in *ZJapanR*, fasc. 14, 27, 2009, 250-251. Sul tema si v. anche TANAKA, *Japanese Law Schools in Crisis: A Study on the Employability of Law School Graduates*, in *Asian Journal of Legal Education*, fasc. 3, 1, 2016, 38-54.

⁶⁷ JONES, *Japan's New Law Schools: The Story so Far*, cit., 254. Tali considerazioni sono riprese anche da autori recenti, si v. ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 96. A ben vedere, la dottrina ha espresso *ab origine* numerose perplessità circa l'introduzione dello *yobi shiken*. Riguardo il maggiore successo del percorso rispetto a quello delle *Law School* si v. COLOMBO, *Un paese senza avvocati? Stereotipi, fraintendimenti e riflessioni storico-comparative sulla professione legale in Giappone*, cit., 83; STEELE, *Japan's national bar examination: results from 2015*, cit., 62-65. Sul compromesso alla base dell'introduzione si v. anche KAWABATA, *The reform of legal education and training in Japan: Problems and prospects*, cit., 430-431; MIYAZAWA, *Law Reform, Lawyers, and Access to Justice*, cit., 65.

⁶⁸ Invero, a una prima fase di entusiasmo e ottimismo per la riforma di cui alla dottrina dei primi anni (si v. *ex multis* LAWLEY, *The Post-'Law School' Future of Japanese Undergraduate Legal Education A Personal Perspective Comparison with Australia*, cit.; OMURA et al., *Japan's New Legal Education System: Towards International Legal Education?*, cit.; ROKUMOTO, *Overhauling the Judicial System: Japan's Response to the Globalizing World*, in *ZJapanR*, fasc. 10, 201, 2005, 7-38.) è seguito un periodo di quasi universale disillusione. Tra le voci più critiche, si v. JONES, *Japan's New Law Schools: The Story*

necessità di revisione⁶⁹, studi più recenti, anche alla luce dei nuovi sviluppi normativi, delineano un quadro forse meno drammatico.

Segnatamente, se la riforma ha mostrato limiti nel coordinare efficacemente formazione universitaria e tirocinio professionale e nel promuovere una maggiore diversificazione degli studenti, essa sembra aver conseguito alcuni successi sul piano della cultura giuridica e dell'insegnamento. Alcuni autori hanno infatti sostenuto che l'introduzione delle *Law School* sembra infatti aver, almeno in parte, determinato un aumento, seppur inferiore alle aspettative, del numero di professionisti legali, promosso un più intenso dialogo tra accademia e pratica professionale e contribuito a migliorare sia la qualità della formazione sia la capacità delle nuove generazioni di giuristi di affrontare e risolvere problemi concreti⁷⁰. Inoltre, le modifiche introdotte dal 2019, tra cui il percorso integrato "3+2" e la possibilità di sostenere anticipatamente l'Esame di Stato, mostrano la volontà di correggere le criticità senza abbandonare il modello della formazione professionale universitaria. I dati più recenti indicano infine una moderata ripresa delle iscrizioni e un aumento del tasso di superamento dell'esame, che nel 2025 ha raggiunto circa il 41%. Parallelamente, il numero complessivo degli avvocati è passato da 20.224 unità nel 2004

so Far, cit. Definendo la riforma un interessante caso di studio di come "non" riformare il sistema di formazione giuridica si v. T. SAITO, *The Tragedy of Japanese Legal Education: Japanese «American» Law Schools*, in *Wisconsin International Law Journal*, fasc. 24, 1, 2006, 197-208. Ritraendo la vicenda come un "buon cattivo esempio" si v. COLOMBO, *Un paese senza avvocati? Stereotipi, fraintendimenti e riflessioni storico-comparative sulla professione legale in Giappone*, cit., 80-83. Critici fin da subito pure sia v. KASHIWAGI, *New Graduate Law Schools in Japan and Practical Legal Education*, cit.; NOTTAGE, *Reformist Conservatism and Failures of Imagination in Japanese Legal Education*, in *ZJapanR*, fasc. 5, 9, 2000, 23-47. Sui vari fallimenti e occasioni perse di cui al progetto delle *Law School*, si v. anche STEELE - PETRIDIS, *Japanese legal education reform: A lost opportunity to end the cult(ure) of the national bar examination and internationalise curricula?*, in VAN CAENEGBEM, HISCOCK (a cura di), *The Internationalisation of Legal Education*, Edward Elgar Publishing, 2014, 92-121.

⁶⁹ NOTTAGE, *The Futures of Legal Education in Japan*, in *ZJapanR*, fasc. 21, 42, 2016, 31-35. Sulla necessità di colmare il gap tra il sistema di *Law School* e l'Esame di Stato, nonché di internazionalizzazione della formazione giuridica giapponese, si v. SATO, *The State of Legal Education in Japan: Problems and "Re"-Renovations in JD Law Schools*, in *Asian Journal of Law and Society*, fasc. 3, 2, 2016, 213-225. Sull'urgenza di revisione del modello attualmente in vigore avvertita a livello accademico ma anche dal mondo della professione, si v. ARONSON, *The Brave New World of Lawyers in Japan Revisited*, in *ZJapanR*, fasc. 16, 32, 2011, 31-64.

⁷⁰ OKADA, *On Reform of Legal Professionals Education System and the Bar Examination in Japan: Historical Background and Current Situation*, cit., 23-25. Definendo la riforma "viziata ma non rotta" ed evidenziandone i meriti si v. McALINN, *Japanese Law Schools: "A Glass Half Full"*, in *ZJapanR*, fasc. 15, 30, 2010, 225-237. Si v. anche ANDERSON - TREVOR, *Gatekeepers: A comparative critique of admission to the legal profession and Japan's new law schools*, in STEELE, TAYLOR (a cura di), *Legal Education in Asia*, Londra, 2010. Si è sostenuto che le *Law School* abbiano modernizzato la formazione giuridica mediante metodologie più interattive, *moot courts*, *legal clinics* e il coinvolgimento di professionisti nell'attività didattica, lasciando un'eredità positiva in termini di competenze pratiche e ragionamento giuridico. WATSON, *Changes in Japanese Legal Education*, in *ZJapanR*, fasc. 24, 41, 2016, 42-45.

a oltre 47.000 nel 2025, confermando come la riforma abbia effettivamente contribuito all'espansione della professione forense⁷¹.

7. Conclusioni

A venticinque anni dall'avvio della *Justice System Reform*, l'ordinamento giuridico, la formazione e il mercato dei servizi legali giapponesi appaiono profondamente trasformati rispetto all'inizio degli anni Duemila.

Un primo dato di rilievo riguarda la struttura dell'avvocatura. Accanto al tradizionale *bengoshi* operante in piccoli studi generalisti, si sono affermati grandi studi specializzati e orientati ai mercati internazionali, attivi nei settori delle operazioni societarie, della finanza, dell'arbitrato e della proprietà intellettuale. Sebbene circa il 60% degli avvocati continui a esercitare come libero professionista o in studi di piccole dimensioni, oltre il 10% opera ormai in strutture con più di cinquanta professionisti, evidenziando una progressiva concentrazione del mercato legale⁷².

Parallelamente, si è ampliato il ruolo dell'avvocato oltre il contenzioso tradizionale. La crescente complessità della regolazione economica, la globalizzazione delle imprese e l'espansione della *compliance* hanno favorito lo sviluppo dell'attività consulenziale, societaria e amministrativa. Un esempio significativo è la crescita degli *in-house counsel* [*kigyōnai bengoshi* 企業内弁護士], passati da 66 nel 2000 a oltre 3.000 nel 2025, evidenziando la progressiva internalizzazione delle competenze giuridiche nelle imprese. Parallelamente, l'aumento degli avvocati stranieri registrati in Giappone (i citati *gaiben*) riflette la crescente internazionalizzazione del mercato legale e la diffusione di pratiche professionali globali⁷³.

⁷¹ OKADA, *On Reform of Legal Professionals Education System and the Bar Examination in Japan: Historical Background and Current Situation*, cit., 21-22. Descrittiva del quadro al 2025, si v. anche ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 96. Nondimeno, il Giappone continua a presentare un rapporto avvocati/popolazione sensibilmente inferiore a quello registrato negli altri Paesi del G7. In particolare, nel 2024, infatti, a fronte di 45.808 avvocati iscritti in Giappone, gli Stati Uniti ne contavano 1.331.290, l'Inghilterra e il Galles 175.382, la Germania 172.514 e la Francia 76.274, con una densità di circa 37 avvocati ogni 100.000 abitanti contro oltre 100 in Francia, oltre 200 in Germania e quasi 400 negli Stati Uniti. JAPAN FEDERATION OF BAR ASSOCIATIONS, *White Paper on Attorneys (2025)*, Tokyo, 2026.

⁷² ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 98-99.

⁷³ *Ibidem*. Con riferimento ai giuristi d'impresa, si è registrata una crescente attenzione delle grandi società operanti nei mercati internazionali alla formazione specialistica dei membri dei propri dipartimenti legali [*hōmubuin* 法務部員], spesso inviati a conseguire titoli post-laurea, anche all'estero, e ad acquisire esperienza nelle operazioni transnazionali. Parallelamente, la liberalizzazione dell'impiego degli avvocati all'interno delle imprese ha favorito la costante crescita degli *in-house lawyers*, ossia professionisti abilitati tramite lo *Shihō Shiken* impiegati stabilmente presso una società. La dottrina ha individuato proprio nelle strutture legali d'impresa uno dei principali motori dell'evoluzione delle professioni giuridiche nel Giappone post-riforma. MIYAZAWA, *Law Re-*

Un'ulteriore frontiera di trasformazione riguarda la digitalizzazione della giustizia. L'introduzione dell'*e-filing*, delle udienze da remoto e della progressiva digitalizzazione degli atti processuali, culminata nei più recenti progetti di *e-court* ed *e-trial*, rappresenta una delle principali modernizzazioni del sistema giudiziario giapponese. A ciò si aggiunge il crescente impiego di strumenti di Intelligenza Artificiale e *legal-tech* nella pratica professionale e nell'amministrazione della giustizia, sollevando nuove questioni in materia di responsabilità, trasparenza e tutela dei diritti fondamentali⁷⁴.

Permangono tuttavia importanti criticità. Nonostante la crescita degli ultimi vent'anni, il numero dei *bengoshi* rimane relativamente contenuto rispetto alla popolazione e inferiore a quello di molti altri Paesi industrializzati. Tale dato va però contestualizzato alla luce della presenza di circa 250.000 professionisti paralegali specializzati (quali *shihō shoshi*, *gyōsei shoshi*, *zeirishi*, *benrishi*, etc.), che svolgono numerose attività giuridiche normalmente attribuite agli avvocati in altri ordinamenti⁷⁵.

Analogamente, la piena realizzazione dell'uguaglianza di genere nelle professioni legali rimane una sfida aperta. Sebbene le donne rappresentino circa il 30% degli studenti delle *Law School*, esse costituiscono ancora poco più del 20% dell'avvocatura e circa il 25% delle *hōsō*. Alcuni sviluppi recenti appaiono tuttavia incoraggianti: nel 2025 quattro dei quindici giudici della Corte Suprema erano donne, il dato più elevato nella storia dell'istituzione⁷⁶.

form, Lawyers, and Access to Justice, cit., 77, 83.

⁷⁴ ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 105. Per una disamina sulla digitalizzazione del processo civile giapponese e delle riforme volte all'introduzione del deposito telematico degli atti, delle udienze online e del fascicolo elettronico si v. MIKAMI [三上威彦], *Adoption of IT in the Civil Procedure and its Issues for consideration* [Minji Soshō Tetsuzuki no IT-ka to Sono Kentō Kadai ni Tsuite, 民事訴訟手続のIT化とその検討課題について], in *Journal of Law and Political Science*, fasc. 12, 2020, 284-244; YAMAMOTO [山本和彦], *Questioni fondamentali della digitalizzazione del processo civile: i punti controversi della proposta intermedia del Consiglio Legislativo* [Minji Saiban Tetsuzuki to IT-ka no Jūyō Ronten — Hōseishin Chūkan Shian no Sōten, 民事裁判手続とIT化の重要論点 -- 法制審中間試案の争点], Yūhikaku, Tokyo, 2023. Con riferimento all'impiego dell'Intelligenza Artificiale e degli strumenti di *LegalTech* nella professione forense e nell'attività giudiziaria si v. S. KOZUKA, *The use of AI by lawyers and within judiciary: the case of Japan*, in *Archives de philosophie du droit*, fasc. 1, 66, 2026, 177-187; NITTA - SATOH, *AI Applications to the Law Domain in Japan*, in *Asian Journal of Law and Society*, fasc. 7, 3, 2020, 471-494; YAMADA, *Judicial Decision-Making and Explainable AI (XAI) – Insights from the Japanese Judicial System*, in *Studia Iuridica Lublinensia*, fasc. 32, 4, 2023, 157-173. Si v. anche in generale KOBAYASHI, *Institutional silence and LegalTech in Japan: a comparative inquiry into access to justice and the practice of law*, in *Law, Innovation and Technology*, fasc. 18, 1, 2026, 348-379.

⁷⁵ ISHIDA, *System of the Legal Profession*, cit., 102-104.

⁷⁶ *Ibidem*, 94. Più nel dettaglio, secondo i dati del *Gender Equality Bureau* del Governo giapponese, le donne rappresentavano il 24,5% dei giudici (dicembre 2023), il 28,0% dei procuratori (marzo 2024) e il 20,2% degli avvocati (novembre 2024). La percentuale femminile tra i candidati che hanno superato lo *Shihō Shiken* si è mantenuta, a partire dal 1992, generalmente compresa tra il 20% e il 30%, raggiungendo il 30,2% nel 2024. GENDER EQUALITY BUREAU CABINET OFFICE, *Trend in the Proportion of Women in the Judicial Sector* [Shihō Bunya ni Okeru Josei no Wariai no Suii, 司法分野における女性の割合の推移], in *White Paper on Gender Equality* [Danjo Kyōdō Sankaku Hakusho, 男女共同

In definitiva, il sistema giapponese della formazione e delle professioni legali sembra oggi trovarsi in una fase di assestamento più che di compiuta trasformazione. Sebbene la riforma delle *Law School* non abbia realizzato pienamente gli obiettivi originariamente perseguiti, essa pare aver contribuito ad avviare un processo di cambiamento tuttora in evoluzione, influenzato dall'internazionalizzazione dei mercati, dalla digitalizzazione della giustizia e dalla crescente domanda di competenze specialistiche. Resta tuttavia da verificare se il sistema sarà in grado di consolidare tali sviluppi e di adattarsi alle future trasformazioni economiche, tecnologiche e sociali. In questa prospettiva, anche un *legal transplant* spesso descritto come solo parzialmente riuscito potrebbe aver favorito la progressiva ridefinizione dell'identità del giurista giapponese, verso una maggiore integrazione tra formazione teorica e competenze professionali.

参画白書] (2025). Sulla questione di genere nella professione forense giapponese si v. ISHIDA, *Hope in Despair? The Gender Gap in the Legal Profession in Japan*, in *Cornell International Law Journal*, fasc. 56, 2, 2023, 197-222.; nonché ISHIDA, *Why Female Lawyers Get less - Multiple Glass Ceiling for Japanese Female Lawyers*, in *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, fasc. 39, 2, 2016, 411-440.

