# JUS CIVILE

*Rivista a cura di* **Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi**

**1-2021**

*gennaio-febbraio*

G. Giappichelli Editore

**ISSN 2281-3918/2421-2563**

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.

Soltanto in casi eccezionali, i Curatori assumono, con adeguata motivazione, la responsabilità della pubblicazione.

JUS CIVILE

# INDICE

*pag.*

**Articoli e Saggi**

Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale°*
di *Massimo Franzoni* 4

*Falsa demonstratio* tra vecchi e nuovi dogmi *
di *Massimo Zaccheo* 21

«In pari causa turpitudinis repetitio cessat»: sull'uso del diritto romano nel dibattito civilistico odierno *
di *Luigi Pellecchi* 43

Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza *
di *Elena Bargelli* 82

Il patto marciano nella disciplina dell'art. 48-*bis* T.U.B. *
di *Massimo Saraceno* 102

Cointestazione del conto corrente bancario e morte di uno dei correntisti *
di *Sara Scola* 134

Polifunzionalità della responsabilità civile e scostamenti dal danno effettivo: un primo bilancio a tre anni dalle Sezioni Unite sui cc.dd. danni punitivi *
di *Stefano Gatti* 156

Il bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca e la scansione per *Fallgruppen* *
di *Sofia Lener* 172

* Contributo sottoposto a revisione.

# JUS CIVILE

*pag.*

Gli *smart contract* nell'ambito del *FinTech* e dell'*InsurTech* [*]
di *Alba Cinque* 187

**Giurisprudenza**

La responsabilità civile e sportiva e i rapporti tra stato e sport: nota a Cass. ord. 18 febbraio 2020, n. 3997 [*]
*Cassazione civile, sez. III, 18 febbraio 2020, n. 3997* 205
di *Maria Cimmino* 210

[*] Contributo sottoposto a revisione.

JUS CIVILE

*MASSIMO FRANZONI*

*Professore ordinario di Diritto civile – Università di Bologna*

# LESIONE DEI DIRITTI DELLA PERSONA, TUTELA DELLA PRIVACY E INTELLIGENZA ARTIFICIALE [*]

SOMMARIO: *1. Lo stato dell'arte sul diritto di riservatezza: qualcosa è cambiato. – 2. La tecnologia che cambia i rapporti personali. – 3. I* big data *e le nuove regole del conflitto fra i diritti della persona. – 4.* Segue*: la necessità di riconsiderare il conflitto. – 5. L'intelligenza artificiale ha dei diritti?*

**1.** – Un'accreditata leggenda narra che l'avvocato Warren, nell'accogliente città di Boston, alla fine dell'Ottocento, stanco di leggere sul quotidiano locale i particolari della vita mondana della propria moglie e delle relazioni personali della propria figlia, decise di scrivere all'amico Brandeis, allora professore ad Harvard, per valutare il da farsi. Da questa iniziativa nacque il saggio scritto a quattro mani dal titolo *Right to privacy* del 1890 [1], incominciò il cammino verso il riconoscimento di questo diritto, fondato sul *Right to be alone*. Al lemma *privacy* di un comune vocabolario inglese / italiano si legge: vita personale e privata, intimità, riservatezza, privatezza, *privacy*. Ormai il termine è da considerarsi completamente italianizzato e il suo significato usuale è esattamente corrispondente a quello inglese: *Right to be alone* e *Right to privacy* possono intendersi come sinonimi.

Pur con questa premessa, nel nostro sistema il diritto alla riservatezza ha avuto origine negli anni '50 del secolo scorso nell'importante previsione dell'art. 8 CEDU, rubrica-

[*] Trae spunto dall'intervento a un Ciclo di seminari di formazione dal titolo «*Intelligenza Artificiale e diritto*», Coordinati dal Prof. Ugo Ruffolo e dal Dott. Andrea Amidei, organizzati da La scuola superiore di studi giuridici dell'Università di Bologna e dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Bologna in collaborazione con il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna.

[1] L'articolo apparve il 15 dicembre 1890 sulla *Harvard Law Review* ed è una precisa e articolata ricostruzione del rapporto tra il diritto di informare ed essere informati e il diritto alla riservatezza.

to «*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*». Mentre il diritto alla *privacy* ha fatto la sua esplosiva comparsa nella l. 31 dicembre 1996, n. 675, rubricata «*Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*», successivamente sostituita dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, rubricato «*Codice in materia di protezione dei dati personali*»; e ha trovato nell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (G.U.C.E., 18 dicembre 2000, n. C 364), rubricato «*Protezione dei dati di carattere personale*», il fondamento della sua autonomia dal diritto di essere lasciato solo. In effetti mentre quest'ultimo appartiene alla categoria dei diritti personali di stampo tradizionale, quelli la cui lesione è procurata per effetto dell'altrui intromissione nella sfera giuridica del titolare, il diritto alla *privacy*, se inteso come diritto al corretto trattamento dei dati personali, appartiene a quei diritti di c.d. nuova generazione, i quali si definiscono necessariamente partecipativi. La loro realizzazione richiede non l'astensione dei terzi, ma una condotta attiva, tenuta secondo certe modalità [2].

Così l'avvocato Warren chiede che nessuno divulghi certe informazioni, il dovere di astensione è il fondamento del *Right to be alone*. Al contrario chi lamenta la lesione della propria *privacy*, consistente nel trattamento scorretto dei propri dati, è consapevole di aver comunicato informazioni qualificate, ma non fonda la pretesa su questa circostanza, bensì sull'uso scorretto nella raccolta, nella conservazione, nella divulgazione o nella cancellazione di quel dato [3].

Questa idea di *privacy* legata al dato personale, come espressione di un diritto della persona, presuppone un modello di relazione sociale nel quale lo scambio di informazioni è una costante di ogni rapporto interpersonale. Ciò sul presupposto che, per vivere quotidianamente, occorre informare il proprio interlocutore di fatti che riguardano la propria vita, ad esempio per concludere un contratto qualsiasi per un qualsiasi utenza; ben prima della pandemia, per entrare in certi luoghi occorreva declinare le proprie generalità accompagnate dal numero di cellulare; lo stesso vale per compiere qualsiasi operazione bancaria.

È proprio questo il punto, sicché, da qualche tempo, alla identità personale si è aggiunta la identità digitale, ossia la somma dei criteri identificativi di una certa funzione

---

[2] Per tutti cfr. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 117, che esamina anche la nascita di diritti definiti di quarta generazione, diversi da quelli cui si fa cenno nel testo.

[3] Cfr. di recente Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Danno e resp.*, 2019, 620, con nota di CALABRESE, *Rievocazione storica e diritto all'oblio*; ricordo che della questione si occupò la Cass., 13 maggio 1958, n. 1563, in *https://www.jstor.org/stable/i23148143?refreqid–=excelsior%3Ac8a7ba848373366f9e3d4d4e7abcae8e*, per il caso del Questore di Roma coinvolto nella strage delle Fosse Ardeatine, nella quale fu coniata la cupa ma felice espressione di "diritto al segreto del disonore".

che una persona intende svolgere connettendosi alla rete, ad es. per frequentare un certo sito web. Con altro linguaggio, ormai tutte le nostre principali comunicazioni sono veicolate da un terzo, e in questa intermediazione non entra in gioco la persona nella sua complessità, ma la sua identità digitale. In questa intermediazione svolta da un algoritmo, spesso unito ad un supporto fisico, ad es. uno *smartphone*, il sistema necessariamente entra in possesso di certe informazioni della persona, pena l'impossibilità di accettarla come utente: lo strumento tecnologico richiede, per poter dialogare, di scambiare dati così condividendoli. Nella nostra società, l'alternativa è l'isolamento della persona, che concretamente si può immaginare soltanto in astratto.

Il fenomeno è diventato a tal punto rilevante che l'art. 4, comma 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 *General Data Protection Regulation* (GDPR), ha definito «"profilazione": qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica». In altri termini ha voluto definire l'aspetto più delicato dell'identità digitale, poiché nel concetto di profilazione è insita l'idea dello scopo per il quale viene svolta l'attività.

In definitiva il tradizionale diritto alla riservatezza protegge il segreto di certe informazioni relative alla persona, lasciando così intendere che la persona può vivere anche nel silenzio e con un isolamento che diventa, quindi, meritevole di tutela per il diritto. Quella particolare riservatezza che è parte della tutela del dato personale presuppone invece, che certe informazioni debbano essere necessariamente comunicate a coloro con i quali si viene in contatto e al sistema che lo consente. Presuppone in altri termini che la vita della persona sia necessariamente sociale, quindi che qualcosa di sé debba costantemente esser condiviso con gli altri [4].

Siamo ben lontani dal modello del diritto alla segretezza epistolare garantito dall'art. 15, comma 1, Cost. [5].

Una chiara rappresentazione di questa situazione è data dall'art. 1 (GDPR), secondo il

---

[4] Come scriveva Alessandro Luporini in una canzone di Giorgio Gaber, che ha dato il titolo ad un album del 1976, «Libertà obbligatoria», titolo di per sé evocativo, i rapporti nella società che viviamo sono all'insegna di una "socialità obbligatoria".

[5] Sulla falsariga, ma in misura più attenuata si trova anche nell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948; nell'art. 8 della CEDU; e nell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali UE.

quale «il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati». Già da questo *incipit* si avverte che la tutela della riservatezza, pur gravitando nell'alveo dei diritti della personalità, tuttavia deve coniugarsi con l'esigenza della libera circolazione di tali dati [6]. L'esclusività dei diritti assoluti con la loro indisponibilità non si è mai apparentata con la funzione circolatoria: le due logiche sono in chiaro contrasto. La prospettiva tradizionale, del resto, non ha mai completamente accettato l'idea che la proprietà deve essere diretta a realizzare la funzione sociale, secondo l'art. 42, comma 2, Cost., figuriamoci come si possano legare indisponibilità e circolazione nell'ambito dei diritti della personalità.

L'esame di questo fenomeno è un passaggio obbligato nella riflessione sulla tutela dei diritti della persona nella società attuale o, con altro linguaggio, come direbbe Baricco, nel *Game* [7].

**2.** – Il sistema delle relazioni sociali che si svolgono sulla rete e con la strumentazione che progressivamente si è aggiunta, ad esempio un banale *smartphone*, che usa le *App*, ha profondamente cambiato i rapporti personali di rilievo giuridico e anche i diritti della personalità che entrano in gioco. In modo efficace è stato affermato che la nostra è una società osservata, nel senso che l'insieme delle relazioni svolgendosi in rete sono naturalmente tracciabili [8]. È possibile uscire di casa e sperare di non essere intercettati da una telecamera collegata in rete, mentre si sta parcheggiando l'auto o mentre si passa il casello dell'autostrada, dunque di risultare anonimi o inosservati; non è possibile connettersi in rete e non essere visibili dal sistema, oltre che dai titolari dei siti che sono stati visitati [9]. Necessariamente il sistema riceve qualcosa dal navigatore e

[6] Secondo FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 441 ss., il GDPR non ha voluto risolvere un problema fondamentale: quello della duplice natura del dato personale che è al contempo oggetto di un diritto della personalità e bene giuridico.

[7] BARICCO, *The Game*, Torino, 2018, chiama in questo modo una parte della nostra realtà, fatta di *social network*, di digitale, di interfaccia per la comunicazione (come i portali, gli *smartphone*), di tracciabilità, di intelligenza artificiale di *cluod*; quello che sinteticamente fra un po' indicheremo come realtà immateriale.

[8] Per la verità, qualcuno sostiene che la nostra è una società *controllata*, richiamando il modello di ORWELL, *1984*, Milano, 2016 (1949). La conclusione è indubbiamente aspra, ma non irragionevole, dal momento che per poter controllare occorre poter aver le informazioni necessarie e precise che derivano dalla possibilità di osservare i fenomeni. È il tema trattato da ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza – Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

[9] Cfr. la descrizione delle tecniche di *reality mining* e *alveari sintetici* descritte da TOMASSINI, *Il grande*

contemporaneamente gli restituisce qualcos'altro: lo osserva durante la navigazione, vede i siti che frequenta, le domande che pone ad una piattaforma, e successivamente gli restituisce qualcosa, magari assecondandolo nei suoi gusti, offrendogli il risultato della ricerca che più gli è gradito, ai successivi accessi [10]. Tutto ciò spesso all'insaputa del navigatore che riceve un risultato ignorando il retroterra che lo ha generato [11]. Tutto ciò non necessariamente perché la piattaforma impiegata voglia celare questi procedimenti, ma normalmente per un fatto culturale: quand'anche gli venisse spiegato nel dettaglio il procedimento, il navigatore medio non sarebbe in grado comprendere ciò che sta accadendo, magari a suo vantaggio [12].

Nel nostro tempo, proprio per questa ragione, il diritto alla *privacy* vive di una duplice componente: quella tradizionale legata al *Right to be alone*, ma ha assunto altresì una forte componente sociale. Lo scambio di dati che costantemente avviene durante una qualsiasi navigazione in rete presuppone un'attività, che è all'opposto della tradizionale idea di riservatezza, intesa come diritto volto a garantire che nessuno sappia, prima ancora che riveli, notizie che riguardano la persona interessata. Per contro, proprio quest'ultimo aspetto è quello dominante per esprimere il giudizio sul risarcimento del danno da richiedere, una volta che si assuma lesa la propria *privacy*. Con la responsabilità civile la lesione sulla scorrettezza nel trattamento dei dati è la condizione necessaria ma non sufficiente alla perfezione della fattispecie, che richiede altresì la lesione della riservatezza,

---

*salto: L'uomo, il digitale e la più importante evoluzione della nostra storia* (Italian Edition) (p. 91 ss.). Luiss University Press. Edizione del Kindle.

[10] Questo aspetto è confermato dall'art. 4, comma 5, GDPR, che definisce la «"pseudonimizzazione": il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile». La pseudonimizzazione non è sinonimo di anonimizzazione, nell'universo digitale la tracciabilità raramente scompare completamente, a differenza di ciò che accade nella vita reale o "analogica" come sul dirsi.

[11] Ho trovato riflessioni molto interessanti sul *PageRank Algorithm* di *Google*, sul metodo di auto apprendimento del sistema. Con finalità molto divulgative, cfr. *https://www.youtube.com/watch?v=meonLcN7LD4*, da cui si apprende che *Link Analysis Ranking* di *PageRank* è un algoritmo di analisi che assegna un peso numerico ad ogni elemento di un insieme di documenti connessi per mezzo di collegamenti ipertestuali, ad esempio l'insieme delle pagine nel *World Wide Web*, con lo scopo di quantificare l'importanza relativa all'interno dell'insieme stesso. Questo dato viene restituito all'utente che effettua una ricerca, senza alcun intervento umano, neppure quello dell'utente.

[12] Qualche anno fa lessi da qualche parte che l'utilizzatore del sistema operativo Windows 98 della Microsoft impiegava circa il 2% delle potenzialità che il sistema poteva garantire. In passato è spesso accaduto che il commerciante cercasse di vendere ottone per oro, mai il contrario. La rivoluzione informatica e il sistema digitale fa il contrario dà all'utilizzatore un valore di gran lunga superiore alle sue possibilità, poiché la mancanza di competenza impedisce di apprezzare il valore posseduto, che quindi tende a zero.

dell'identità personale o dell'immagine, sulla cui entità calcolare il danno patrimoniale (se è dimostrato) e non patrimoniale (che comunque va dimostrato, quantomeno per allegazioni e presunzioni). Al riguardo non pare che l'art. 82 GDPR abbia introdotto un danno punitivo nel nostro sistema; è, invece, certamente nel solco della responsabilità civile tradizionale che richiede una prova espressa del danno subito, non accontentandosi della prova della lesione: l'idea del c.d. *damno in re ipsa* da tempo è stata abbandonata [13].

In rete (*rectius* nel *Game*), come vedremo fra breve, l'interesse comune è dato dall'utilità sociale generata dallo scambio di questi dati. L'interesse per lo scambio sembra prevalere sulla privatezza delle singole informazioni, sul piano generale, fatti salvi i limiti derivanti dalla natura stessa dei diritti della persona che, oltre un certo limite di socialità, perderebbero consistenza e identità e rivelerebbero un sopruso verso una persona. Se così è allora il diritto alla riservatezza collegato al trattamento dei dati personali non può essere sempre regolato con la logica del consenso del titolare (proprietario) per l'uso che altri fanno del dato (della cosa) e neppure con la stessa logica applicata all'esercizio del diritto alla salute, nel rapporto medico paziente fondato sul consenso informato [14]. Neppure può essere bilanciato con le stesse modalità con le quali si equilibra il rapporto fra il diritto di cronaca e il diritto di riservatezza, negli illeciti di diffamazione a mezzo stampa [15].

Di questo stato di cose sembra dare atto anche il GDPR che all'art. 6, rubricato «*Liceità del trattamento*», menziona il consenso come la prima di una delle sei condizioni che lo legittimano. In particolare l'ultima di queste prevede la liceità quando «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 fonda-

---

[13] Cfr. Cfr. Cass., 8 febbraio 2017, n. 3311, in *Giur. it.*, 2017, 1537, con nota di THOBANI, *Invio di comunicazioni indesiderate: il risarcimento del danno non patrimoniale*: «il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, non si sottrae alla verifica della gravità della lesione e della serietà del danno, per cui determina una lesione ingiustificabile del diritto alla protezione dei dati non la mera violazione delle prescrizioni poste dal codice della *privacy* ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la portata effettiva»; Cass., 13 febbraio 2018, n. 3426, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 1270, con nota di PETRUZZI, *Privacy e danno da diffusione mediatica non autorizzata del proprio nominativo*. FRANZONI, in *Diritto dell'informatica*, a cura di Finocchiaro e Delfini, Torino, 2014, p. 841 ss.; in senso contrario TOSI, *Responsabilità civile per trattamento illecito dei dati personali e danno non patrimoniale*, Milano, 2019, 217 ss.

[14] Questo è un tema molto dibattuto e altrettanto divisivo, di recente ne ha ripercorso i termini BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Contratto e impr.*, 2020, 860 ss.

[15] Mi sono soffermato su questi temi in FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2017, 1754 ss.

mentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore». Si tratta di una impostazione molto diversa da quella originaria che si trova nella l. *privacy* del 1996 e che permane tuttora nel codice della *privacy*. Certo il consenso non è affatto abbandonato, ne è prova che nella sua scia è espressamente disciplinato il diritto all'oblio nell'art. 17 GDPR, ma è sempre più valutato in relazione con l'altra funzione cui sono rivolti i dati, ossia la loro circolazione (art. 1, comma 1).

Ma c'è di più.

C'è chi dubita della funzionalità del consenso specie nelle ipotesi in cui questo si presterebbe a permettere una sorta di mercimonio tra il vantaggio che viene corrisposto al suo titolare dietro il corrispettivo dell'utilizzo dei propri dati personali. Il consenso al trattamento dei propri dati, "necessario" per accedere a beni o servizi, se è finalizzato ad un trattamento non necessario e scollegato dalla prestazione primaria e principale [16], diventa strumento di scambio di utilità, per ottenere le quali l'interessato può essere disposto a perdere persino la propria dignità. Su questa vicenda ci sono già stati pronunciamenti da parte della giurisprudenza, che ha dimostrato un certo equilibrio nel ritenere necessaria un'indagine attenta fatta caso per caso, al fine di valutare se l'interessato abbia visto coartata la propria volontà espressa con il consenso [17].

C'è chi acutamente ha osservato che, a tutto voler concedere, l'affidare al solo consenso dell'interessato la fruizione di certi servizi o il conseguimento di certi vantaggi potrebbe non essere eticamente corretto, dal momento che l'interessato, magari in condizioni di debolezza, potrebbe sentirsi obbligato a consentire anche contro il suo interesse

---

[16] Sulla questione Provvedimento Garante prot. dati personali, 4 luglio 2013, doc. web n. 330, in *www.garanteprivacy.it*, in cui l'Autorità Garante decide: «non è libero il consenso prestato quando la società condiziona la registrazione al suo sito *web* da parte degli utenti e, conseguentemente, anche la fruizione dei suoi servizi, al rilascio del consenso al trattamento per la finalità promozionale».

[17] Cfr. Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 12, 1775 ss., con nota di ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle e-mail professionali*: «in tema di consenso al trattamento dei dati personali, la previsione dell'art. 23 d.lgs. n. 196/2003, nello stabilire che il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito *internet*, il quale somministri un servizio fungibile cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio (nella specie servizio di newsletter su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro), di condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempre che il consenso sia singolarmente e inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto, il che comporta altresì la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti»; e le puntuali riflessioni di BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impr.*, 2019, 34 ss.

o, addirittura, la sua dignità. Paiono qui pertinenti le elaborazioni costantemente rivedute in ragione del cambiamento dell'idea di ordine pubblico e buon costume, intesi in senso civilistico, sul punto della liceità degli «atti di disposizione sul proprio corpo» dell'art. 5 cod. civ. In effetti il limite della liceità non dipende soltanto da una maggiore tutela della persona, intesa come valore assoluto, ma in funzione del rilievo sociale che quell'atto può consentire, garantendo un vantaggio ad altri. Valga un esempio per tutti, l'art. 1, l. 29 dicembre 1993, n. 578, prevede che «la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo» e non con la cessazione del battito cardiaco. Questa precisa scelta ha favorito la pratica del trapianto di organi che richiede la loro irrorazione al momento dell'espianto, con le procedure dell'art. 3 l. 1° aprile 1999, n. 91: l'interesse solidale ha prevalso su quello strettamente individuale, senza che ciò comprometta alcuno dei criteri previsti dall'art. 5 cod. civ.

**3.** – L'impiego dell'intelligenza artificiale pone ulteriori questioni che inevitabilmente impattano, sia con il trattamento dei dati personali, sia con la tutela dei diritti della persona. Alludo al fatto che il vantaggio che concretamente possiamo ottenere dal lavoro degli algoritmi dipende dalla massa di dati che il sistema può processare, così impadronendosene. L'algoritmo è ormai capace di apprendere in autonomia e di restituire un risultato funzionale ad un certo obbiettivo, ma l'attendibilità del risultato dipende dal modo in cui è stato posto in grado di reperire e selezionare i risultati dei dati raccolti, ma soprattutto dalla quantità di dati sui quali può lavorare: maggiore è la quantità di dati processabili, più attendibile è il risultato conseguibile in *output*.

Spesso questi dati sono reperiti autonomamente dal sistema, talvolta sono decontestualizzati al punto da apparire come "frammenti" di vita delle persone cui si riferiscono, o tracce della loro esistenza quasi surreali: la visita di un sito, la fotografia pubblicata in un *social network*, la videoripresa ad un casello autostradale, l'impronta digitale lasciata nel portone di ingresso di un supermercato e così via [18]. In sé, e con linguaggio d'altri tempi probabilmente non proprio preciso, verrebbe da pensare che nei *big data* spesso non ci siano veri e propri dati personali, ma, in senso metaforico, elementi più vicini alle c.d. *res derelictae*, di cui chiunque può appropriarsi. Questi frammenti non hanno un va-

[18] Le metafore sono usate da TOMASSINI, *Il grande salto: L'uomo, il digitale e la più importante evoluzione della nostra storia*, cit. spec. cap. VIII; REZZANI, *Big data analytics – Il manuale del data scientist*, Rimini, 2017, spec. cap. II.

lore per via dell'intento della persona che li ha lasciati, spesso inconsapevolmente, bensì per il fatto di essere raccolti e processati secondo una certa procedura da un algoritmo di *machine learning*. Il valore di questi dati si determina *a posteriori* in conseguenza del lavoro di chi li raccoglie e li processa e per questa via ottiene un certo risultato utile spendibile in rete [19].

I *big data* e il loro impiego hanno cambiato il modo di considerare il bilanciamento che tradizionalmente va effettuato per risolvere un conflitto tra più diritti della personalità. Appare sproporzionato richiedere il consenso ogniqualvolta quelle informazioni siano di scarso valore per chi le ha rilasciate, più o meno consapevolmente, rispetto al valore che con la raccolta e il trattamento un algoritmo è in grado di ottenere e rilasciare ad una moltitudine di interessati. Ma così ragionando dobbiamo prendere atto che sta mutando un certo modo di apprezzare i diritti della personalità in conseguenza dell'impiego dell'intelligenza artificiale nella rete. Non sta cambiando il sistema di valori sui quali poggiano i diritti della personalità: più verosimilmente, sta cambiando la sostanza di questi diritti.

Per poter funzionare al meglio un algoritmo di *machine learning* deve poter avere accesso al maggior numero possibile di dati, di qualsiasi fonte, formato e caratteristiche tecniche. Di seguito occorre porsi il problema del modo dell'auto apprendimento e del ruolo di chi, di mestiere, facilita l'operazione di auto apprendimento: il c.d. allenatore dell'algoritmo. Il punto è che l'utilità sociale prodotta dal corretto funzionamento di un algoritmo di *machine learning* supera di gran lunga l'interesse di colui i cui "frammenti di vita privata" vengono processati, sicché anche lui può trarre un vantaggio, spesso inconsapevole. Basti pensare al sistema di geolocalizzazione che permette di ottenere risposte guidate dalla posizione di chi interroga un *browser*, per conoscere il nome di un ristorante, di un sito archeologico, di un teatro e così via.

Non dobbiamo pensare a questa vicenda nei termini di una resa incondizionata alla tecnica, per il fatto di riscontrare la insufficienza del consenso a regolare il trattamento nelle sue diverse forme, con conseguente perdita di protezione della persona. Occorre muovere dalla constatazione che l'economia dei beni immateriali o dematerializzati, al cui interno ci si muove quando si riflette sui *big data*, segue logiche molto diverse da

[19] Cfr. DELMASTRO-NICITA, *Big data, Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019, *passim*, secondo i quali il consenso si palesa sempre più come delega attribuita ad altri per l'uso del dato dal qual ricavare valore; e serve per identificare la persona che con il suo uso eroga un servizio che ha valore; anche SORO, *Democrazia e potere dei dati (Italian Edition)*, Baldini&Castoldi. Edizione del Kindle, § 3 «*Oracoli digitali*».

quelle dell'economia reale. Con una metafora potremmo affermare che il mondo reale, quello analogico, non è lo specchio di quello dematerializzato, quello digitale. Sicché il mondo digitale non è virtuale rispetto al mondo analogico: è proprio un universo parallelo, che funziona con regole che necessariamente devono essere proprie e non riflesse da quelle del mondo reale, che peraltro non può essere sostituito.

Il mondo dei beni immateriali non è alternativo a quello dei beni materiali, quindi, entrambi devono coesistere nel … *Game* [20]. È stato efficacemente sostenuto che «oggi non viviamo più semplicemente, o solamente, in una biosfera, ovvero in quella "porzione della Terra in cui è presente la vita". Oggi siamo anche e soprattutto parte di un'infosfera, spazio meno materiale, sicuramente, di quello a tre dimensioni, ma molto più versatile, semplice, disponibile, fruibile, sfruttabile» [21]. Ma soprattutto viviamo in uno spazio che essendo il risultato di due realtà non confrontabili con gli stessi parametri ha cambiato la nostra vita che è diventata *on life*, secondo il felice neologismo di Luciano Floridi, che ha unito *on line* a *life*, e così facendo ha inteso superare le fuorvianti distinzioni tra artificiale e naturale, e tra virtuale e reale [22].

Ma su questo punto è bene fare una breve digressione.

**4.** – Come dicevamo, i tempi e le logiche dell'economia dei beni immateriali sono molto diversi rispetto a quelli dell'economia dei beni reali. La immaterialità ha trasformato i sistemi di produzione, di distribuzione e di consumo del valore; sostanzialmente ciò è accaduto con l'abbandono della logica della esclusività, che caratterizza la disposizione e il godimento di tutti i diritti assoluti, patrimoniali e non patrimoniali. La dimensione immateriale non conosce la rivalità, non conosce spese di produzione, di riproduzione, di distribuzione, di deposito, di custodia o quantomeno le conosce in misura profondamente diversa al punto da poter non essere quasi stimate [23].

Le logiche di possesso e di proprietà faticano a descrivere un fenomeno in cui il vero costo è nella produzione del prototipo, poiché tutto il resto è quasi pari a zero. Faticano a descrivere il risultato di un *opus* che forse è bene, ma molto più probamente è destinato ad essere considerato come servizio. Un *ebook* può essere un bene mobile soltanto per-

---

[20] Ancora BARICCO, *The Game*, cit., *passim*.

[21] TOMASSINI. *Il grande salto: L'uomo, il digitale e la più importante evoluzione della nostra storia*, cit., 23.

[22] Cfr. FLORIDI, *Infosfera – Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino, 2009.

[23] Cfr. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale* (Italian Edition) (posizioni nel Kindle 180 ss.). Bollati Boringhieri. Edizione del Kindle.

ché nella nostra mente un libro in cartaceo è un bene mobile che possiamo godere e disporre allo stesso modo di un'altra cosa. Nella realtà «un libro è un "archivio in un dispositivo" (come qualunque altro *medium*). Ciò che si acquisisce non è una proprietà, ma un insieme di diritti, facoltà, immunità e privilegi stabiliti contrattualmente tra le parti venditore e acquirente (che però non vendono e non comprano). I termini prevedono restrizioni quali il divieto di prestito, di regalo e di rivendita»[24]. In sostanza acquistiamo un servizio che consiste nella combinazione di un file con un programma capace di aprirlo e in questo modo di restituirci un risultato.

Questa idea è sostanzialmente replicabile nelle più diverse situazioni, anche in quelle in cui è direttamente coinvolto un diritto della personalità, poiché la immaterialità comunque contrasta con la esclusività e con i suoi rimedi volti a proteggerla. Non per caso è sempre più frequente individuare il rimedio contro la lesione di un diritto della persona più che in un provvedimento magari con carattere inibitorio, in un procedimento al termine del quale devono essere valutati una serie di comportamenti. L'art. 32 «*Sicurezza del trattamento*» GDPR può essere preso a modello del ragionamento appena impostato. La norma non prevede che il titolare dei dati debba seguire certe condotte predeterminate dalla legge per poter risultare esente da qualsivoglia responsabilità, secondo uno schema consolidato dalla tradizione che rimanda ad un modello fondato sulla esclusività. Al contrario la norma prevede che «tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio» (art. 32, comma 1). Il comma successivo dispone che «nel valutare l'adeguato livello di sicurezza, si tiene conto in special modo dei rischi presentati dal trattamento che derivano in particolare dalla distruzione, dalla perdita, dalla modifica, dalla divulgazione non autorizzata o dall'accesso, in modo accidentale o illegale, a dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati» (art. 32, comma 2).

In definitiva il conflitto che nasce tra diritti che si incontrano, si scambiano, si scontrano nella dimensione immateriale, dunque, è governato da regole che richiamano l'*accountability*, ossia una regola di autoresponsabilità in chi agisce nell'interesse proprio, che deve dare prova allo stesso modo di aver protetto la posizione altrui. È una lo-

[24] QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale* (Italian Edition) (posizioni nel Kindle 353-356). Bollati Boringhieri. Edizione del Kindle.

gica molto diversa da quella dell'esercizio del *dominium* da parte del proprietario o del titolare di un diritto della personalità di stampo tradizionale.

In una prospettiva nient'affatto futuribile viene da chiedersi se l'organismo che deve valutare un conflitto con queste caratteristiche debba essere un giudice nazionale o piuttosto un'autorità che operi su un'area con caratteristiche più vicine a quelle che riducono il mondo a un punto, o che vivono nel "villaggio globale", reso tale dalla rete. Al riguardo certe funzioni che fino a poco tempo fa sarebbero state di competenza esclusiva dello Stato, ora sono svolte da privati, penso alle società di *rating* che svolgono un compito sicuramente di interesse generale, ma che non può dirsi di interesse pubblico, in mancanza della soggettività propria di uno Stato.

Ma c'è di più.

La tecnologia è in grado di garantire un controllo trasparente e tracciabile che per tradizione soltanto l'autorità pubblica poteva assicurare, con i registri e la relativa pubblicità degli atti. Penso alle piattaforme *blockchain* che, nate per emettere e far circolare le criptovalute, in *open source*, sono diventate *leader* del settore e stanno trasformando certe aziende, favorendo la crescita e creando nuovi modelli di *business*[25]. In altri termini quella posizione di garanzia che nell'interesse generale soltanto la funzione pubblica ha svolto storicamente è diventata di competenza della tecnologia che, al pari di un soggetto terzo, garantisce una certa funzione per chiunque sia interessato.

Del resto la tecnologia da sempre ha svolto questa funzione; così, banalmente, l'installazione di una porta blindata non contrasta con le norme a protezione della proprietà e con il rimedio dato dal ripristino del diritto, semplicemente diminuisce le occasioni di impiego di quelle norme e in questo modo rafforza il diritto di proprietà. Il pubblico ufficiale o il privato che riproduce copiando la firma altrui commette il reato di falso materiale; è dubbio che lo stesso reato sia commesso da chi impiega l'altrui firma digitale, essendo entrato in possesso delle credenziali per l'impiego[26]. Non è abrogato il reato di falso, la tecnologia ne riduce le occasioni di commetterlo. Chi riceve un atto notificato a mezzo posta elettronica certificata, non può dirsi assente, come accadrebbe per una visita dell'ufficiale giudiziario, quindi rende superflui gli artt. 140 o 660 cod. proc.

---

[25] Cfr. TOMASSINI, *Il grande salto: L'uomo, il digitale e la più importante evoluzione della nostra storia*, cit., 81 ss.

[26] Già C.M. BIANCA, *Documento digitale e atto notarile*, in *Vita not.*, 2009, 1, 449; FINOCCHIARO, *Firma digitale e firme elettroniche: profili privatistici*, Milano, 2003, 41 ss; MARELLA, *La firma digitale e le altre firme elettroniche qualificate*, in *Quaderni del notariato*, in *https://elibrary.fondazionenotariato.it/articolo.asp?art=43/4309&mn=3*, § 4, ove ulteriori riferimenti.

civ., diretti a tutelare il mittente e il destinatario. La tecnologia è in grado di dare una diversa soluzione a questi problemi, offrendo quella garanzia e quella pubblicità che altrimenti soltanto il sistema pubblicistico potrebbe garantire. Non sono abrogati gli artt. 140 e 660 cod. proc. civ., la tecnologia ne ha ridotto le occasioni di impiego.

**5. –** Dell'intelligenza artificiale si incominciano a dire tante cose, ad esempio, che, a certe condizioni, può essere creativa, come l'intelligenza umana, seppure seguendo procedure e modalità differenti: funziona in modo affatto diverso dall'intelligenza umana, ma funziona al pari dell'intelligenza umana. Così è pacifico che l'algoritmo traduttore non conosca alcuna regola grammaticale di nessuna lingua, ciononostante è innegabile che il testo tradotto abbia raggiunto un livello di approssimazione nel significato molto soddisfacente. Del resto un uccello non vola con le stesse regole con le quali vola un aeroplano, tuttavia entrambi decollano, percorrono lunghe tratte a molti metri in altezza e atterrano. Ancora, alla domanda "perché piove?", sono possibili molteplici risposte: per annaffiare i fiori, per un complesso fenomeno meteorologico spiegabile scientificamente, perché tante persone sono in strada con un ombrello aperto. Probabilmente l'algoritmo di *machine learning* darebbe quest'ultima risposta al fenomeno, l'intelligenza umana darebbe altre risposte, ma tutte le risposte hanno un alto grado di verità.

Un algoritmo di *machine learning* è in grado di comporre un brano di Chopin, avendo previamente processato tutti i brani composti da questo autore e così avendo "appresa la tecnica compositiva" nel suo linguaggio; un altro algoritmo ha fatto la stessa cosa sul repertorio dei Beatles, proponendo una nuova canzone: musica e testo. Entrambi i brani non sono copiati, quindi non è stato commesso da alcuno un plagio; con linguaggio a noi vicino, potremmo sostenere che si tratta di inediti scoperti di recente, appartenenti agli autori citati, ma sappiamo che non è così.

Si incomincia a sostenere che l'impiego dell'algoritmo di *machine learning* in ambito sanitario è capace di fornire soluzioni diagnostiche e terapeutiche molto avanzate e in un tempo strabiliante, tenuto conto della potenza di calcolo della macchina, inimmaginabile soltanto qualche anno fa. Certo è possibile che la soluzione offerta dall'algoritmo non sia condivisibile dalla mente umana, così come è quasi certo che la soluzione offerta non sia comprensibile dall'uomo nel dettaglio.

I sistemi di *machine learning* possono essere considerati come *black box* (scatole nere), cioè sistemi in cui *input* e *output* sono osservabili, mentre il funzionamento interno

rimane oscuro perfino ai suoi stessi programmatori [27]. Tale funzionamento assomiglia, quindi, a quello di un "oracolo", ma, contrariamente ai suoi antichi predecessori, ad un oracolo con altissima precisione statistica [28]. Non mi addentro oltre su questi aspetti, poiché ai fini del nostro ragionamento mi interessava sottolineare la capacità creativa dell'algoritmo che si risolve in una creatività della ricerca e in una creatività della soluzione proposta, non sempre vincolata dall'esistente rappresentato dai *big data* raccolti e processati.

Ai nostri fini interessa soltanto immaginare, magari con una punta di provocazione, se l'algoritmo possa essere esso stesso titolare di diritti, ad esempio possa essere titolare di una sorta di diritto d'autore oppure possa essere messo al riparo dal rischio di essere diffamato o denigrato per il risultato che ha offerto al pubblico o ad un cliente. In altri termini si potrebbe proporre anche a questo riguardo il tema della soggettività giuridica

---

[27] Della vicenda si è occupato il giudice amministrativo con riguardo alle scelte automatizzate nei concorsi pubblici dettando delle regole: «l'utilizzo nel procedimento amministrativo di una procedura informatica che attraverso un algoritmo conduca direttamente alla decisione finale deve ritenersi ammissibile, in via generale, nel nostro ordinamento, anche nell'attività amministrativa connotata da ambiti di discrezionalità, a condizione che siano osservati: *a*) la piena conoscibilità del modulo; *b*) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, cui competono tutte le responsabilità correlate; *c*) il carattere non discriminatorio dell'algoritmo utilizzato» (Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Foro it.*, 2020, III, c. 340); e ancora: «al fine di consentire la piena conoscibilità del modulo utilizzato e dei criteri applicati con l'algoritmo, occorre garantire un'ampia trasparenza, che deve investire ogni aspetto della formazione e dell'impiego del mezzo informatico, così da garantire la conoscibilità dell'identità dei suoi autori, il procedimento usato per la sua elaborazione, il meccanismo di decisione e l'imputabilità delle responsabilità derivanti dall'adozione del provvedimento automatico» (Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, in *Giur. it.*, 2020, 1738 (m), con nota di OROFINO e GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*); Cons. Stato, sez. per gli atti normativi, 18 ottobre 2019, n. 2636/19-1359/19, in *Foro amm.*, 2019, 1645 (m). Tutto ciò sul presupposto che "l'algoritmo a cui una amministrazione affidi un proprio processo decisionale deve essere considerato a tutti gli effetti un atto amministrativo informatico»: Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Foro it.*, 2019, III, c. 606 (nella specie, è stata ritenuta illegittima la procedura automatizzata prevista dalla l. 107/15, tesa ad attuare un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato nelle scuole perché i giudici non sono stati in grado di comprendere le modalità con le quali, attraverso l'algoritmo adoperato dall'amministrazione, sono stati assegnati i posti disponibili, essendosi verificati esiti illogici e irrazionali come il trattamento di maggior favore riservato a docenti con minori titoli e minore anzianità).

Per contro incomincia a diffondersi l'idea che, se la previsione algoritmica funziona, non è importante, né interessa, sapere perché: ESPOSITO, *Algoritmi: previsione e opacità*, *Lectio magistralis* tenuta al Festival della filosofia, Sassuolo, 2020, in *https://www.youtube.com/watch?v=8fUfgbqeAcw&ab_channel=Festivalfilosofia*.

[28] Cfr., fra i tanti, CONTISSA-LASAGNI-SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Diritto di internet*, 2019, 619 ss.; CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ.*, 1 2017, 107 ss., giunge alle medesime conclusioni studiando un'applicazione particolare sugli *smart contract*.

dell'*agency* come qualcuno ha proposto nello studio degli *smart contract* [29].

A prescindere da come sarà nel prossimo futuro, devo osservare che la soluzione ipotizzata non è affatto assurda, basti pensare che accanto alla soggettività delle persone fisiche da secoli esiste la soggettività degli enti, che il diritto considera diversamente e distintamente dalle persone fisiche che li formano. Si suole comunemente affermare che una società è terza rispetto ai soci e rispetto ai propri amministratori, poiché la soggettività è il risultato di una norma di legge che crea il proprio destinatario, oltre alla regola che questi deve osservare. Inoltre è altresì pacifico che la norma di legge crea anche la soggettività delle persone fisiche, stabilendo il momento iniziale (art. 1 cod. civ.), il momento in cui la stessa persona può disporre dei diritti dei quali poteva essere titolare in precedenza, ad esempio avendo ereditato (art. 2 cod. civ.), il momento a partire dal quale potrà votare e così via.

La stessa via è imboccata dal codificatore a proposito della responsabilità patrimoniale delle persone, l'art. 2740, comma 2, cod. civ. dispone che «le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge». A lungo c'è chi ha cercato di desumere la limitazione della responsabilità da un dogma, da una regola naturalistica, dal particolare carattere di un contratto e dalla sua vocazione a produrre effetto anche nei confronti dei terzi, dal concetto di persona giuridica. L'unica risposta plausibile è la forza della legge: è la norma di diritto positivo che può spiegare la soggettività e quella sua particolare proprietà che si riassume nel regime della responsabilità patrimoniale e della sua limitazione.

Se tutto ciò è vero allora la legge ben potrebbe creare una soggettività ulteriore, senza scomodare il diritto naturale o senza creare uno speciale dogma. C'è peraltro da chiedersi se, per risolvere i problemi prospettati, sia utile creare questa ulteriore sovrastruttura o se non sia più economico impiegare regole e principi del diritto esistente per dare una certa risposta. Questa soluzione non è diretta a salvare l'intelligenza umana, nel conflitto con l'intelligenza artificiale, sul piano etico prima ancora che giuridico, dal momento che non ritengo che la persona umana debba proteggersi da ulteriori soggettività [30].

---

[29] Danno conto del tema criticamente FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i «software agents»: un falso problema giuridico?*, in *Contr. e impresa*, 2002, 500 ss.; e SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto*, *ivi*, 2002, 57 ss.

[30] Il tema è molto dibattuto, il grande pubblico conosce la sceneggiatura di un noto film "2001: Odissea nello spazio" 2001, uscito nel 1968 diretto da Stanley Kubrick. HAL 9000 è il supercomputer di bordo della nave spaziale Discovery. Il suo nome è l'acronimo per *Heuristic ALgorithmic*" ("algoritmico euristico"). HAL 9000 dotato di intelligenza mira ad uccidere i natanti a bordo dell'astronave.

Nella stessa logica si collocano i cinque principi e le raccomandazioni dell'OCSE; questi sono i principi:

«1. L'intelligenza artificiale dovrebbe andare a vantaggio delle persone e del pianeta. Dovrà quindi favorire crescita inclusiva, sviluppo sostenibile e benessere.

Ancora non dimentichiamoci che gli ordinamenti di area continentale hanno impiegato la metafora della proprietà per spiegare fenomeni ben lontani dalla realità che caratterizza il diritto assoluto per antonomasia. Così si afferma l'esistenza della proprietà intellettuale per spiegare il diritto morale d'autore e il diritto di sfruttamento patrimoniale su un'opera dell'ingegno, ossia su quanto di più lontano ci possa essere dalla «cosa che può formare oggetto di diritti» e che per questo la legge la chiama "bene", nell'art. 810 cod. civ. Anche questo potrebbe essere un argomento che depone indirettamente a favore della qualificazione dell'algoritmo nei termini di un'*agency*, quindi di un ente con autonoma soggettività giuridica; ma la conclusione rischia di essere un po' affrettata.

La questione può soltanto essere accennata, poiché meriterebbe una ben più ampia riflessione, per di più soltanto il futuro ci potrà dire in via definitiva che cosa sia e quale portata possa avere l'intelligenza artificiale e se essa debba assumere una propria soggettività. Allo stato pare ragionevole osservare che i criteri del rischio e della imputabilità ad un soggetto esistente possano essere gli istituti capaci di risolvere la molteplicità dei problemi creati dal *machine learning*. Così, ad esempio, il criterio del rischio è quello che ci consente di affermare che chi adopera un certo strumento, ancorché si tratti di un algoritmo, deve soggiacere al principio *cuius commoda eius et incommoda*. È lo stesso principio in base al quale il proprietario o l'utilizzatore di un'animale deve rispondere sul piano della responsabilità civile per il fatto dell'animale, che altro non è se non un'intelligenza diversa dalla sua (art. 2052 cod. civ.).

Lo stesso vale per il dato di *output* che viene fornito da chi impiega il *machine learning* per effettuare una diagnosi medica o per ottenere il giudizio finale in una causa. Se

---

2. I sistemi di intelligenza artificiale dovrebbero essere progettati in modo da rispettare lo stato di diritto, i diritti umani, i valori democratici e la diversità. Inoltre, dovrebbero prevedere tutele appropriate e consentire l'intervento umano ove necessario, a garanzia di una società giusta ed equa.

3. Ci dovrebbero essere trasparenza e divulgazione responsabile per garantire che le persone capiscano i risultati basati sull'intelligenza artificiale.

4. I sistemi dotati di meccanismi di automazione dovranno funzionare in modo sicuro per tutto il loro ciclo di vita e i potenziali rischi dovranno essere continuamente valutati e gestiti.

5. Le organizzazioni e gli individui che sviluppano, distribuiscono o gestiscono sistemi di intelligenza artificiale dovrebbero essere ritenuti responsabili per il loro corretto funzionamento».

Anche la legge della fantascienza, le tre leggi della robotica scritte da Isaac Asimov, continuano a suggestionare, quantomeno l'inconscio di molti:

«1. Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, un essere umano riceva danno.

2. Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non vadano in contrasto alla Prima Legge.

3. Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché la salvaguardia di essa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge».

quei risultati risulteranno patentemente errati chi ne ha assunto (con un linguaggio antico) la paternità, il medico o il giudice, in prima battuta dovrà risponderne [31]. Non pare utile spostare l'imputazione giuridica dal soggetto che si avvale di quel risultato alla macchina che lo ha prodotto; e non soltanto perché la macchina non avrebbe la capacità finanziaria per poter rispondere del suo operato, ma perché non sarebbe di alcuna utilità.

Al contrario per il pubblico degli utenti dovrebbe essere doveroso sapere che quel brano scritto alla maniera di Chopin o quella canzone realizzata alla maniera dei Beatles sono state composte da un certo algoritmo. Il paziente che dovrà dare il proprio consenso informato certamente ha il diritto a sapere che la diagnosi è stata elaborata da un algoritmo di *machine learning* ed ha altresì il diritto di conoscere l'opinione del medico, specie se contraria a quella soluzione. Questo diritto di conoscere non è comunque finalizzato ad attribuire al computer un diritto d'autore, una soggettività o un riconoscimento professionale, ma per informare gli interessati, tra i quali i consumatori, della qualità del bene o del servizio che acquistano. Seppure con i dovuti distinguo, è quanto accade nell'etichettatura di certi cibi in cui compare la dicitura "geneticamente non modificato", oppure la dicitura che segnala la presenza o l'assenza di solfiti nei vini; allo stesso modo è utile conoscere la denominazione d'origine di un prodotto alimentare o una sua particolare proprietà legata ad un territorio.

Allo stato non mi pare che il conflitto tra algoritmi sia utile risolverlo come conflitto fra macchine su cui agisce un algoritmo. Sul piano giuridico, quel conflitto deve essere riferito a coloro che hanno una titolarità su quelle macchine che producono un risultato di cui taluno ne trae vantaggio anche economico e da cui nasce un conflitto. In altri termini, pur non potendo escludere in un futuro più o meno prossimo una certa forma di soggettività all'algoritmo di *machine learning*, attualmente, c'è una totale coincidenza fra i diritti della personalità del "padrone" e i diritti della personalità che, in ipotesi, potrebbero essere attribuiti al suo algoritmo.

In conclusione, ammesso e non concesso che l'intelligenza artificiale abbia dei diritti, questi non sono suoi, giacché sono di coloro cui il risultato dell'*output* di quell'intelligenza è imputabile o riferibile in base al criterio del rischio.

[31] Non si può poi escludere una responsabilità, eventualmente a titolo di concorso, da parte di chi ha scritto l'algoritmo o da parte di chi lo ha "allenato" creando le griglie e fornendogli i *big data* dai quali apprendere prima di elaborare una qualsiasi risposta.

JUS CIVILE

*MASSIMO ZACCHEO*

*Professore ordinario di Diritto privato – Università "La Sapienza" di Roma*

# *FALSA DEMONSTRATIO* TRA VECCHI E NUOVI DOGMI

SOMMARIO: *1.* Falsa demonstratio *da Bang a Venturelli. – 2. Le origini storiche del principio «falsa demonstratio non nocet». – 3. Dallo stralcio alla sostituzione dell'erronea indicazione. – 4. La disciplina del BGB. – 5. Il diritto italiano.*

**1.** – Lo scritto di Bang sulla *falsa demonstratio* [1], recentemente tradotto in lingua italiana, anche in virtù della sua collocazione editoriale, ha avuto ampia diffusione, tanto da costituire una citazione quasi obbligata per chiunque abbia successivamente affrontato il tema, avuto anche riguardo alle plurime prospettive di analisi che animano il lavoro, il quale non si occupa solo del diritto romano e delle esperienze giuridiche tedesche antecedenti alla codificazione, ma mette altresì a confronto questo millenario dato esperienziale con le più recenti innovazioni correlate all'affermazione della teoria negoziale nel BGB da poco entrato in vigore.

In Italia, tuttavia, la conoscenza dell'opera è rimasta limitata proprio alla sua componente romanistica, probabilmente perché solo ad essa ha dedicato attenzione Giuseppe Grosso, il quale, componendo nel 1930 quello che rimane il più attento studio italiano dedicato al principio *falsa demonstratio non nocet* nel diritto successorio romano, cita l'opera di Bang al solo scopo di procedere ad una sua puntuale demolizione, volta alla riaffermazione di quelle tesi che Bang stesso aveva provato a sua volta a confutare [2].

---

[1] F. BANG, Falsa demonstratio. *Ein Beitrag zur Lehre der Auslegung und Anfechtung*, in *JherJb*, (66) 1916, 309-399; ora nella traduzione italiana curata da F. Addis per la collana «Bebelplatz» (Pisa, 2021).

[2] Cfr. G. GROSSO, *Sulla* falsa demonstratio *nelle disposizioni d'ultima volontà*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, II, Milano, 1930, 185 ss., spec. 195, testo e nota 24; e in ID., *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto privato. Persone, obbligazioni, successioni*, Torino, 2001, 313 ss., spec. 321, testo e nota 24 (da cui le successive citazioni), il quale ribadisce la correttezza delle posizioni espresse

Gli studiosi italiani che successivamente hanno posto attenzione al tema si sono dunque limitati a riprendere le critiche di Grosso, così da collocare Bang entro il novero di coloro i quali hanno provato infruttuosamente a prospettare una posizione diversa e in quanto tale eccentrica rispetto alla tesi ormai prevalente [3].

Anche autorevoli civilisti hanno richiamato l'opera in esame, valorizzandone tuttavia la parte dedicata al diritto romano piuttosto che quella dedicata al diritto vigente, così da legittimare la convinzione che Bang sarebbe in via esclusiva un romanista o comunque uno storico del diritto, dal quale attingere solo informazioni utili per indagare le origini del tema [4].

Il presente scritto non intende, però, solo segnalare al dibattito civilistico un'opera meritevole di qualche attenzione nel tentativo di offrire una consapevole rappresentazione del

---

sul tema da F. EISELE, *Civilistische Kleinigkeiten*, IV, Falsa demonstratio non nocet, in *JherJb*, (23) 1885, 18 ss.

[3] Cfr., a titolo meramente esemplificativo, L. RAGGI, voce *«Falsa demonstratio non nocet»*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 2 s.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, *Parte speciale. Successione* ab intestato. *Successione testamentaria*, 2ª ed., Milano, 1963, 850 ss.; O. FORZIERI VANNUCCHI, *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, Milano, 1973, 150; N. RAMPAZZO, *La «falsa demonstratio» e l'oggetto dei legati*, in *Index*, 2001, 293 s., nota 74; M. TALAMANCA, *Per una rilettura di Pap. 7 Resp. D. 31, 76, 3*, in Cunabula iuris. *Studi storico giuridici per Gerardo Broggini*, Milano, 2002, 405 ss., spec. 414, testo e nota 33; M. EVANGELISTI, *Profili di rilevanza dell'errore nel diritto ereditario romano*, Ospedaletto, 2018, 9 ss.

[4] Cfr. G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 106 s., testo e nota 95, il quale, dopo aver osservato, nel testo, di non voler «approfondire in alcun modo il dibattito per quanto riguarda il diritto romano», riconosce, in nota, all'opera di Bang il merito di aver chiarito «come il diritto romano, sebbene abbia considerato questi problemi soprattutto in relazione alla materia testamentaria … non lo ignorò tuttavia neppure nel campo contrattuale» e rinvia proprio a Bang «per l'ampia rassegna contenuta nel suo saggio circa le posizioni della pandettistica e del diritto comune». Più recentemente, L. MENGONI, *Interpretazione del negozio e teoria del linguaggio (note sull'art. 625 c.c.)*, in *Jus*, 1989, 10, nota 27; in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, 318, nota 27; e in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese ed A. Nicolussi, Milano, 2011, 583, nota 27 (da cui le successive citazioni), riprendendo gli analoghi rilievi di P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, 45 s., note 30 e 31 e 163 s., nota 1, ricorda l'opera di Bang per segnalare che essa esprime una posizione difforme rispetto a quella prescelta dal *Reichsgericht* tedesco [RG, 11 marzo 1909, n. IV 304/08, in *RGZ*, (70) 1909, 391 ss.], che, sulla base del § 133 BGB, aveva offerto una lettura del principio *falsa demonstratio non nocet* diversa rispetto a quella ricavabile dal diritto romano, così da lasciar indirettamente intendere che proprio e solo a quest'ultimo Bang abbia inteso riferirsi per motivare il suo dissenso. Solo V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 329-331, note 28 e 29, precisa che Bang «affronta la questione con riguardo alle disposizioni del BGB e conclude affermando che la regola in esame vale in tutti i casi in cui il dichiarante ha sbagliato nell'uso dei mezzi dichiarativi», così da evidenziare che «in questo senso è oggi orientata la dottrina tedesca» e che «è appena il caso di ricordare che la regola *falsa demonstratio non nocet*, affermata precipuamente con riguardo ai testamenti, è stata vista come un principio generale in materia di negozio dalla dottrina pandettistica», nella quale è appunto incluso lo stesso Bang [questi passaggi si ritrovano anche nella 2ª ed. del volume, edita con il titolo *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 326 s., note 28 e 29 (da cui le successive citazioni)].

complessivo assetto "operazionale" di un istituto che sembra ancor oggi dotato di una significativa potenzialità evolutiva. Di ciò si vorrebbe dar conto anche alla luce della recentissima pubblicazione di uno studio monografico di Alberto Venturelli che, sia pure con esclusivo riguardo al diritto successorio, ha proposto un'innovativa riflessione teorico-concettuale in ordine all'utilità del principio *falsa demonstratio non nocet*, facendo da esso discendere un rimedio conservativo utile a reagire alle sopravvenienze manifestatesi nel lasso temporale intercorrente tra la redazione e l'esecuzione della scheda testamentaria [5].

L'originalità dell'angolo visuale entro il quale il problema è stato da ultimo affrontato appare, invero, meno sorprendente se gli esiti appena prospettati sono messi a confronto con taluni rilievi svolti da Bang, il quale, pur muovendosi entro i confini di un'interpretazione rivelatasi perdente perché eccessivamente fedele ad un dogma volontaristico ormai definitivamente superato, offre già interessanti accenni alla possibilità di trarre dal principio *falsa demonstratio non nocet* indicazioni utili ad un suo utilizzo in funzione propriamente correttiva – e non soltanto ermeneutica – di una dichiarazione di volontà la cui erroneità si manifesti dopo il momento della sua formazione.

**2**. – Il tema indagato da Bang è posto in una zona di confine tra errore e dissenso, così da permettere al lettore di cogliere immediatamente il senso ultimo della ricostruzione, sintetizzabile nell'idea secondo cui la *falsa demonstratio* è innocua esclusivamente quando l'errore non ha le caratteristiche per divenire causa di invalidità dell'atto negoziale e non sussistono dubbi circa la reale intenzione del dichiarante.

È la ben nota posizione di Savigny, riprodotta dai principali pandettisti, i quali trattano della *falsa demonstratio* nell'ambito dei vizi della volontà, contrapponendola all'errore sull'identità della persona o della cosa (*error in persona* o *in corpore*), inteso quale causa di insanabile invalidità. Secondo tale ricostruzione, la falsa denominazione o indicazione (*error in nomine* o *in demonstratione*) configurerebbe un «errore improprio», perché, non assumendo rilievo essenziale nell'identificazione degli elementi caratterizzanti la manifestazione di volontà, non potrebbe rivelarsi determinante della stessa così da incidere negativamente sui suoi effetti [6].

---

[5] Cfr. A. VENTURELLI, *L'indicazione falsa o erronea nell'esecuzione della volontà testamentaria*, Torino, 2020, spec. 108 ss.

[6] Cfr. F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, III, Torino, 1900, 400 s.; C.F. VON GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia, già sotto la direzione di F. Serafini, a cura di P. Cogliolo e C. Fadda,

Sotto questo profilo, il discostamento di Bang dagli autori che l'hanno preceduto è davvero modesto.

Nel § 1 del suo scritto, in cui è offerta una sintetica descrizione del dibattito dottrinale in ordine al significato della parola *demonstratio*, Bang si limita a ricordare che è rimasto isolato il tentativo di appiattirne la portata sulla generica «dichiarazione» e che può dirsi ormai prevalente tra gli interpreti l'idea secondo cui nel diritto romano si sarebbe attribuito alla *demonstratio* stessa un connotato di marginalità tale da non incidere sulla validità complessiva dell'atto [7].

L'individuazione della funzione ultima del principio *falsa demonstratio non nocet* rimane, tuttavia, saldamente affidata ad una mera reiterazione del dogma volontaristico che poco o nulla ha a che vedere con un'analisi storicamente consapevole del diritto romano. Quest'ultimo, essendo da Bang identificato con l'*usus modernus Pandectarum*, è inteso come un sistema giuridico cristallizzato, nel quale il principio stesso, ancorché con prevalente riferimento al diritto testamentario, sembrerebbe essersi affermato in modo quasi istantaneo e senza alcun contrasto, quale ipotesi residuale ispi-

---

XXX-XXXII, 1, continuazione di C.L. Arndts, traduzione e note di C. Ferrini, Milano, 1898, 584 ss.; H. DERNBURG, *Pandette*, III, *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*, trad. it. di F.B. Cicala, Torino, 1905, 271 ss., spec. 279 s., testo e nota 8; nonché, per una sostanziale ripresa di questa posizione nella dottrina italiana, R. FUBINI, *La dottrina dell'errore in diritto civile italiano*, Torino, 1902, 40 ss. e 110 ss.; F. MESSINEO, *Teoria dell'errore ostativo. Saggio di diritto privato e di dottrina generale del diritto*, Roma, 1915, 163 ss.; E. BETTI, voce *Errore (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 662; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. 2ª ed. (1960), Napoli, 2002, 162 ss.; E. FERRERO, *Il dissenso occulto nella teoria generale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 38 s.; V. PIETROBON, *op. cit.*, 55 ss., 310 ss. e 389 ss.

[7] È la stessa conclusione di P. LOTMAR, in *KritV*, (26) 1884, 220 ss., spec. 226 ss.; F. EISELE, *op. cit.*, 19 s.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, III, Torino, 1925, 149, nota 12, in contrapposizione ad A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2ª ed., nach dem Tode des Verfassers besorgt von P. Lotmar, IV, Erlangen-Leipzig, 1892, 283 ss., che aveva provato ad operare ulteriori sottodistinzioni all'interno della macro-categoria della «demonstratio», così da non escludere l'eventualità di un trattamento difforme a seconda che la falsità dell'informazione riguardi la denominazione, la descrizione dell'oggetto o la sua mera indicazione; nonché soprattutto a R. LEONHARD, *Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge*, 2ª ed., II, *Irrttumsfälle in den römischen Rechtsquellen*, in *Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts*, herausgegeben von R. Leonhard, XXII, Breslau, 1907, 12 s., testo e nota 3, secondo il quale la «demonstratio» si sarebbe progressivamente identificata con la manifestazione di volontà complessivamente intesa. Per una ripresa di quest'ultima posizione, tuttavia, cfr. anche P. RESCIGNO, *op. cit.*, 168 s.; G. CIAN, *op. cit.*, 106 s.; nonché A. VENTURELLI, *op. cit.*, 144 ss., spec. 147, il quale, pur riconoscendo che l'identificazione della «demonstratio» con la dichiarazione complessivamente intesa si risolve in una «forzatura priva di alcun collegamento con le fonti», sottolinea che il progressivo accoglimento del dogma volontaristico ha portato all'inclusione nel principio *falsa demonstratio non nocet* di situazioni fattuali – come quelle collegabili all'erronea denominazione e all'assemblaggio di informazioni non cumulabili – che hanno inevitabilmente attenuato il carattere accessorio della *demonstratio* stessa.

rata ad un'esigenza conservativa dell'interno volere del dichiarante [8].

La dottrina romanistica ha però dimostrato che un'enunciazione in termini generali ed astratti della teoria dell'errore non appartiene al diritto romano classico e trova, tutt'al più, qualche prima manifestazione solo nell'esperienza giustinianea, alla quale deve altresì riconoscersi il merito di aver dato pieno compimento all'esigenza di tutelare la volontà individuale del dichiarante, in sé e per sé considerata [9].

Una più attenta esegesi dei frammenti storicamente più antichi rivela che il principio *falsa demonstratio non nocet*, nelle sue prime manifestazioni, è stato inteso come regola di natura esclusivamente formale, finalizzata a garantire la selezione tra le informazioni essenziali del lascito e correlata all'impiego, in funzione rimediale, della tecnica dello stralcio, volta appunto a togliere quanto irrilevante anche se non conciliabile con la restante parte della disposizione [10].

L'inefficacia della specificazione falsa non dipende dunque dalla sua erroneità o dalla sua contrarietà alla volontà del dichiarante, ma è esclusivamente correlata alla sua inutilità, che ne permette l'assorbimento e il superamento in altri elementi identificativi già sufficienti ad integrare quel requisito minimo di certezza richiesto per la validità formale dell'atto [11].

---

[8] Può dunque estendersi all'opera qui presentata l'obiezione metodologica già sviluppata, in altro contesto, da F. ADDIS, Contractus in scriptis fieri placuit. *Setzer e il formalismo convenzionale*, in G. SETZER, *Sulla pattuizione dello scritto in particolare della* l. 17 cod. de fide instrumentorum, trad. a cura di F. Addis, Napoli, 2005, 32 s., il quale sottolinea «l'importanza di stabilire in via preliminare quale significato si attribuisce, di volta in volta, alle locuzioni "tradizione romanistica" e "diritto romano". Prepotente s'insinua infatti il dubbio che qui, in realtà, l'*usus modernus Pandectarum*, specie quello della seconda metà del XIX secolo, faccia velo al diritto romano *tout court* e che pertanto, in questo caso, si debba intendere null'altro che la dottrina che finì col prevalere nell'ultima Pandettistica, per poi depositarsi nel BGB».

[9] Cfr. E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, 260 ss.; ID., *«Declarare voluntatem» nella dogmatica bizantina*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, Milano, 1953, 421 ss.; ID., voce *Interpretazione dei negozi giuridici (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 902 s.; P. VOCI, *op. cit.*, 925 ss. e 1001 ss.; ID., voce *Interpretazione del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 252 ss.; e in ID., *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, 565 ss.; e, con specifico riferimento alla teorizzazione dell'errore, U. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, spec. 140 ss.

[10] Cfr. G. GROSSO, *op. cit.*, 312 s.; M. ALLARA, *Il testamento. I. Il testatore. II. La volontà testamentaria e sua manifestazione*, Padova, 1936, 151 s.; L. COSATTINI, *Divergenza fra dichiarazione e volontà nella disposizione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, 448 s.; G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, 22 s.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 186 s., testo e note 321 e 325; G. CIAN, *op. cit.*, 105 s.; O. FORZIERI VANNUCCHI, *op. cit.*, 115 ss.; L. MENGONI, *op. cit.*, 575 s.; V. PIETROBON, *op. cit.*, 251 s.; N. RAMPAZZO, *op. cit.*, 267 s. e 283 s., testo e nota 29; E. CARBONE, Falsa demonstratio *ed ermeneutica testamentaria*, in Liber amicorum *Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, Napoli, 2018, 491 s.; M. EVANGELISTI, *op. cit.*, 11 ss. e 72 ss.

[11] Cfr. A. VENTURELLI, *op. cit.*, 139 s., il quale riprende, in ordine all'importanza della certezza della de-

Secondo la ricostruzione tuttora più convincente, perlomeno nel diritto romano classico, tale conclusione avrebbe assunto i contorni di un mero corollario di un più ampio principio, compendiabile nel sintagma *falsa causa non nocet* e diretto genericamente ad escludere che la falsità della motivazione aggiunta ad un lascito comunque attuabile nel suo significato oggettivo ne condizionasse negativamente gli effetti proprio in ragione della sua marginalità formale [12].

La trasformazione di quest'ultima regola nel suo esatto contrario, attuatasi compiutamente in epoca giustinianea, avrebbe altresì mutato i connotati caratterizzanti il principio *falsa demonstratio non nocet*, rendendolo regola di validità diretta a temperare le rigide conseguenze dell'eliminazione per errore e a consentire la correzione di quest'ultimo attraverso la reinterpretazione della portata precettiva del *dictum*, da intendersi secondo il significato prescelto dal suo autore.

**3. –** La descrizione operata da Bang può essere più utilmente apprezzata solo se si prende atto che essa, anziché soffermarsi sui passaggi di un'evoluzione storica, fissa esclusivamente il momento finale di quest'ultima, indicando fino a quali conseguenze applicative può spingersi l'accoglimento del dogma volontaristico.

Decisiva importanza acquista, a tal stregua, l'analisi delle condizioni che attestino la «falsità» della *demonstratio*.

Su questo elemento, al quale è dedicata l'ultima parte del § 2, Bang entra in conflitto con la dottrina a lui precedente e la sua attenzione si sofferma, in particolare, sulle riflessioni di Eisele, che per primo aveva provato a trarre dalle fonti del diritto romano la prova della necessità di subordinare l'accertamento del carattere falso della *demonstratio* all'esegesi letterale della dichiarazione [13].

I due autori, invero, muovono da identiche premesse teorico-concettuali e, segnatamente, dalla riconduzione del principio *falsa demonstratio non nocet* entro i confini della regola di validità.

---

terminazione nel diritto romano, le considerazioni di N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, 1 s. e 39 s.

[12] Cfr. G. GROSSO, *op. cit.*, 313 ss., spec. 316 s. e 326; G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, 320 s.; L. MENGONI, *op. cit.*, 576; N. RAMPAZZO, *op. cit.*, 267 ss.; M. TALAMANCA, *op. cit.*, 407 e 412; M. EVANGELISTI, *op. cit.*, 12 s.; e, con specifico riferimento al principio *falsa causa non nocet*, G. FINAZZI, *L'«exceptio doli generalis» nel diritto ereditario romano*, Padova, 2006, 162 ss.

[13] Cfr. F. EISELE, *op. cit.*, 18 ss.

La loro divergenza si appunta, in via esclusiva, sull'impiego del materiale extra-testuale per garantire il superamento dell'informazione identificativa falsa e sulla conseguente individuazione dei connotati caratterizzanti quello che oggi non si esiterebbe ad indicare come il rimedio correlato all'applicazione del principio [14].

Secondo Eisele, per poter utilizzare elementi extra-testuali bisognerebbe preliminarmente dar conto, nella formulazione letterale della dichiarazione, dell'esistenza di elementi identificativi essenziali che rivelino la reale intenzione dell'autore. Il materiale extra-testuale, da utilizzare solo in funzione ricognitiva, servirebbe esclusivamente a superare e risolvere una contraddizione oggettiva già desumibile dall'analisi letterale, dalla quale devono ricavarsi connotati non conciliabili. Proprio per questo, la tesi si rivela più facilmente adattabile alla già richiamata riconduzione del principio *falsa demonstratio non nocet* entro i confini di una regola formale avente la tecnica dello stralcio come ineludibile risvolto rimediale.

Bang, al contrario, reputa questa conclusione incompatibile con la *ratio* volontaristica del principio stesso, la cui operatività potrebbe essere esclusa solo dalla mancata individuazione della reale intenzione del dichiarante. Il materiale extra-testuale potrebbe dunque servire non solo a chiarire quali elementi identificativi espressi risultino «veri» – *rectius*: conformi alla volontà del loro autore – ma anche e soprattutto ad indicare quale formulazione avrebbe dovuto essere scelta per garantire un'attuazione corrispondente alle reali intenzioni del dichiarante, così da permettere all'interprete la pura e semplice sostituzione di quanto voluto con quanto inesattamente manifestato.

È in tal modo superata la stessa distinzione concettuale tra oggetto dell'attività ermeneutica e materiale usato per l'individuazione del suo significato [15]. Il principio *falsa de-*

---

[14] Per una più ampia valutazione delle utilità e dei rischi di un approccio metodologico di matrice rimediale, sia consentito il rinvio a M. ZACCHEO, *Valori e principi*, in *Pers. merc.*, 2019, I, 86 ss.; ID., *Principi generali e obbligazioni*, in *Nuovo dir. civ.*, 3/2019, 5 ss.

[15] Cfr. A. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, 698 s. (da cui la successiva citazione); e in ID., *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica. Scritti di Alberto Trabucchi*, raccolti e ordinati da G. Cian e R. Pescara, Padova, 1988, 575 s.; P. RESCIGNO, *op. cit.*, 16 s., 52 ss. e 83 ss.; N. IRTI, *op. cit.*, 30 ss., spec. 36 s. e 191 s.; ID., *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, 41 ss., spec. 46; G. CIAN, *op. cit.*, 17 s. e 62 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2ª ed. a cura di G. Crifò, Milano, 1971, 423 s.; V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 211 ss. e 224 ss.; V. BARBA, *Istituzione* ex re certa *e divisione fatta dal testatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 62 ss.; G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 128 s. e 133 s; e in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori, II, Napoli, 2017, 1613 s. e 1617 s.

*monstratio non nocet*, essendo rivolto alla protezione dell'interno volere del dichiarante, conferirebbe altresì al materiale extra-testuale la possibilità di perseguire una funzione integrativo-correttiva, indicando la formulazione esatta con cui la volontà avrebbe dovuto manifestarsi e trovare attuazione.

Le potenzialità rimediali insite in quest'ultima posizione non devono essere sottovalutate, soprattutto in ambito testamentario, avuto riguardo all'elevata probabilità che il *dictum* sia eseguito in un contesto situazionale sensibilmente diverso da quello nel quale è stato perfezionato e previa individuazione di un materiale extra-testuale successivo alla redazione della scheda e potenzialmente idoneo a dar conto del modo con il quale quest'ultima è stata intesa dal *de cuius*.

Se, in particolare, dopo la redazione della scheda si determinano eventi idonei ad incidere negativamente sulla sua eseguibilità, la riaffermazione del fondamento volontaristico del principio *falsa demonstratio non nocet* legittima a chiedersi quale rilievo abbia l'eventuale prova dell'intenzione del testatore, dopo la sopravvenienza, di intendere la disposizione in un significato divergente da quello originario, al fine di chiarire se e in che misura il principio stesso autorizzi ad eseguire la disposizione secondo il nuovo significato che le ha attribuito il testatore o se, al contrario, sia necessario riaffermare la sua portata oggettiva, fatta salva, eventualmente, la possibilità di sancirne l'inefficacia attraverso il richiamo della teoria della presupposizione [16].

Contrariamente a quanto lascia intendere Bang, la questione non può essere affrontata limitandosi a riconoscere al principio la possibilità di correggere un errore ostativo [17].

La divergenza tra volontà e dichiarazione, dalla quale si fa discendere l'attribuzione di un connotato di «erroneità» all'indicazione, non può essere infatti collegata ad una falsa rappresentazione della realtà già individuabile al momento della formazione e del valido perfezionamento dell'atto, ma dipende da una più articolata sequenza, che coin-

---

[16] Al tema si sono da ultimo dedicati S. PAGLIANTINI, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000, 166 ss. e 233 ss.; ID., *L'istituzione di enti estinti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 105 ss.; ID., in *Delle successioni*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, *Artt. 565-712*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, 469 ss.; ID., *I vizi della volontà testamentaria: teoria e casistica*, in *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie. Saggi*, a cura di S. Pagliantini e A.M. Benedetti, Napoli, 2013, 4 ss.; ID., in S. PAGLIANTINI, G. NAVONE e S. BRANDANI, *Le invalidità*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, 2ª ed., II, Napoli, 2015, 921 ss.; F. GIARDINI, *Testamento e sopravvenienza*, Padova, 2003, 120 ss. e 295 ss.; F. SANGERMANO, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, Milano, 2011, 8 s., testo e nota 14 e 121 ss.

[17] Per una più ampia indicazione delle ragioni che inducono a distinguere l'errore dalla sopravvenienza, sia consentito il rinvio a M. ZACCHEO, voce *Sopravvenienza*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, *Diritto civile*, a cura di S. Martuccelli e V. Pescatore, Milano, 2011, 1638 ss.

volge il modo con il quale l'autore della dichiarazione ha inteso il significato della sua manifestazione di volontà, avuto riguardo alla sopravvenienza verificatasi dopo la redazione.

Diviene a tal stregua decisivo verificare se il *de cuius* si sia effettivamente reso conto della sopravvenienza e abbia deciso di non revocare o modificare la disposizione originaria perché convinto che essa potesse trovare comunque esecuzione nonostante quanto accaduto.

Per rispondere al quesito, non è dunque sufficiente far leva sulla generica conservazione della volontà del dichiarante, che, a ben vedere, si è manifestata in un momento successivo a quello sul quale deve concentrarsi l'attività ermeneutica, ma è necessario chiarire se il principio in esame legittimi a fissare una regola gerarchica che, in ambito rimediale, impone di attribuire preferenza all'adattamento e alla revisione della disposizione testamentaria prima di pervenire alla sua eliminazione.

A ciò si dedica lo studio monografico di Alberto Venturelli. Attraverso una più ampia valutazione sistematica del dato normativo vigente, avuto specifico riguardo alla regolamentazione espressa di talune sopravvenienze testamentarie e alla conseguente individuazione dei principi comuni da esse ricavabili, in esso si giunge alla conclusione che, in ambito testamentario, il principio *falsa demonstratio non nocet*, pur non potendo più avere un fondamento esclusivamente volontaristico, è comunque ancora idoneo a consentire l'adattamento del *dictum* alla reale intenzione del *de cuius*, purché quest'ultima risulti univocamente individuabile nel materiale extra-testuale, anche se successivo alla redazione della scheda [18].

**4.** – L'analisi di Bang non riesce a pervenire all'esito appena evocato perché deve confrontarsi con un ordinamento giuridico nel quale il principio *falsa demonstratio non nocet* non ha ricevuto alcun espresso riconoscimento normativo.

Alla questione sono dedicate le parti II, III e IV dello scritto. Dopo una rapida enunciazione della disciplina apprestata nei sistemi giuridici prussiano e bavarese (§§ 3 e 4), Bang si sofferma, in via esclusiva, sulla regolamentazione del BGB, distinguendone la

[18] Cfr. A. VENTURELLI, *op. cit.*, 1 ss. e 366 ss., il quale dedica a tal fine particolare attenzione alle ipotesi regolate dagli artt. 686, ult. co. e 734, comma 2, cod. civ., in ordine, rispettivamente, alla possibilità di salvaguardare il legato relativo ad un bene che, dopo la redazione della scheda, il testatore ha alienato e di includere nella «divisione fatta dal testatore» anche beni che, al momento della stessa redazione, non sono stati presi in esame dal *de cuius*.

portata precettiva a seconda che la *falsa demonstratio* sia individuabile in negozi a forma libera (§§ 5-7) o aventi una forma scritta *ad substantiam* (§§ 8-10).

In entrambi i casi, il principio è considerato applicabile ed idoneo a colmare quella che Bang definisce in più luoghi una vera e propria lacuna del sistema giuridico tedesco, anche se essa appare, più esattamente, come un'antinomia collegabile alla presenza di plessi normativi difficilmente adattabili tra loro perché ispirati a teorie negoziali che, subito dopo l'entrata in vigore del BGB, sono divenute sempre più inconciliabili [19].

Muovendo dall'idea secondo cui il dichiarante, pur avendo impiegato una formulazione inappropriata, ha effettivamente voluto quanto ha manifestato, Bang sostiene che il principio *falsa demonstratio non nocet* debba assumere nel diritto vigente funzione esclusivamente ermeneutica e possa essere ricavato da una più approfondita disamina delle norme dedicate all'interpretazione del negozio giuridico.

Il § 133 BGB, in particolare, imponendo d'indagare «la reale volontà» del dichiarante senza arrestarsi al «senso letterale dell'espressione», delineerebbe una regola gerarchica generale, ispirata alla prevalenza del senso soggettivo della dichiarazione sulla sua formulazione testuale.

Con specifico riferimento al testamento, il § 2084 BGB aggiunge che, nel dubbio, occorre preferire l'esito ermeneutico idoneo a garantire efficacia alla disposizione allorché essa «ammetta diverse interpretazioni». Anche in questo ambito, dunque, l'interprete dovrebbe cercare di valorizzare al massimo la reale intenzione del testatore, superando inesattezze variamente collegabili ad una formulazione letterale che si riveli connotata da un significato oggettivo difforme rispetto al modo con cui il *de cuius* l'ha intesa.

L'erroneità della *falsa demonstratio*, tuttavia, potrebbe altresì legittimare il richiamo della disciplina specificamente dedicata ai vizi della volontà e, in particolare, del § 119 BGB, che autorizza il dichiarante all'impugnazione previa dimostrazione del carattere determinante dell'errore e indipendentemente dal fatto che esso abbia negativamente inciso sul contenuto della dichiarazione o sulle sue modalità espressive [20].

---

[19] Fondamentale sul punto rimane la consultazione di W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 4ª ed., in *Enzyklopädie der Rechts– und Staatswissenschaft*, begründet von F. von Liszt und W. Kaskel, herausgegeben von H. Albach, E. Helmstädter, H. Honsell, P. Lerche und D. Nörr, Berlin-Heidelberg-New York, 1992, 45 ss.; e, in lingua italiana, di G. CIAN, *op. cit.*, 25 ss.; V. PIETROBON, *op. cit.*, 1 ss. Da ultimo, torna sul tema H. HONSELL, *Willenstheorie oder Erklärungstheorie?*, in *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess– und Wettbewerbsrecht. Festschrift für Hans Peter Walter*, herausgegeben von P. Forstmoser, H. Honsell und W. Wiegand, Bern, 2005, 335 ss.

[20] Cfr. A. VENTURELLI, *op. cit.*, 226 ss.

Ciò è ancor più evidente per l'errore testamentario, che è causa di impugnazione, ai sensi del § 2078 BGB, non solo in tutti i casi in cui la falsa rappresentazione abbia condizionato, in modo determinante, la formulazione del «contenuto» della disposizione testamentaria, ma anche quando da quest'ultima sia in qualche modo deducibile un'«erronea convinzione o aspettativa del verificarsi o non verificarsi di una circostanza» smentita dall'analisi della situazione fattuale riscontrabile al momento dell'apertura della successione [21].

Bang intuisce che dalla disciplina appena richiamata potrebbe trarsi il riconoscimento di una prevalenza del rimedio perentorio su quello conservativo e per opporsi a questo esito rileva che se il dichiarante fosse legittimato all'impugnazione, gli sarebbe concessa l'opportunità di ripensare alla stessa convenienza della sua manifestazione di volontà, approfittando dell'annullamento per sottrarsi ad un vincolo che, in realtà, lui ha liberamente accettato di costituire.

Ricondotta la *falsa demonstratio* ad un «errore sul comportamento dichiarativo» e fatta salva l'invalidità per il solo *error in corpore*, a causa dell'assenza di una volontà diretta alla creazione del vincolo negoziale, l'esecuzione di quest'ultimo nel senso voluto dal dichiarante dovrebbe essere consentita in tutti i casi in cui la *falsa demonstratio* sia conoscibile usando l'ordinaria diligenza.

In ambito testamentario ciò costituirebbe esito quasi scontato della prioritaria esigenza di tutelare l'intenzione del testatore e per gli atti *inter vivos* una conclusione pressoché identica troverebbe il conforto del § 157 BGB, che, imponendo di interpretare il contratto secondo buona fede, potrebbe comunque essere analogicamente applicabile anche ad atti unilaterali recettizi.

In entrambi i casi, l'operatività del principio non subirebbe particolari limitazioni dall'imposizione *ex lege* di un vincolo formale *ad substantiam*, perché, ove risulti univocamente accertabile la volontà del dichiarante di adempiere al vincolo stesso, l'inesattezza della formulazione potrebbe essere comunque giustificata dalla libertà espressiva consentita dalla legge e dalla conseguente necessità di intendere la forma come mero *vestimentum* di una manifestazione di volontà contenutisticamente priva di alcun condizionamento.

Non è difficile cogliere la grave lacuna teorico-concettuale che connota la ricostru-

[21] Un'ampia comparazione tra il sistema tedesco e quello spagnolo è offerta, sul punto, da E. GÓMEZ CALLE, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Pamplona, 2007, 171 ss.

zione appena sintetizzata e che impedisce a Bang di evidenziare compiutamente le ricadute applicative delle tesi alle quali vorrebbe opporsi [22].

Stante il mancato riconoscimento della portata costitutiva che la dichiarazione, specie in presenza di un vincolo formale *ad substantiam*, assume nella nascita del negozio, Bang non considera che l'attività ermeneutica deve essere intesa non come mera ricerca di una volontà individuale, in sé priva di rilevanza giuridica se non esplicitata nella manifestazione, bensì come attività diretta alla ricostruzione del significato di quest'ultima in ragione di canoni oggettivi, desunti da regole di condotta aventi un fondamento normativo idoneo a renderle verificabili [23].

Reinterpretate in questa prospettiva, le stesse previsioni richiamate da Bang conducono ad esiti diversi da quelli da lui prefigurati.

Il § 133 BGB si limita ad esprimere l'esigenza di ricostruire il *dictum* contrattuale avuto esclusivo riguardo ai termini dell'accordo accettati dai contraenti e ciò vale ad escludere che da esso si possa dedurre una indiretta rilevanza giuridica della volontà che elementi extra-testuali dimostrino essere stata manifestata secondo modalità difformi da quelle percepibili dalla controparte.

Il § 157 BGB conferisce rilevanza giuridica ad una *falsa demonstratio* conoscibile usando l'ordinaria diligenza non già per far prevalere il voluto sul dichiarato, ma per individuare con esattezza il dichiarato stesso, intendendolo nel significato più comune, indipendentemente dalle convinzioni interiori del dichiarante [24].

La buona fede, in altri termini, indica un criterio ermeneutico selettivo utilizzabile so-

---

[22] Bang si confronta, in particolare, con le posizioni di E. DANZ, *Über das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem B.G.B.*, in *JherJb*, (46) 1904, 386 ss., spec. 395 s.; ID., *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts– und Tatfrage*, 3ª ed., Jena, 1911, spec. 45 ss.; A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft: ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen*, Berlin, 1907, 455 ss.; F. ZEILER, *Die* falsa demonstratio *bei formbedürftigen Rechtsgeschäften*, in *Gruchot*, (52) 1908, 224 ss.; W. BADING, *Die Willenserklärung und ihr Verhältnis zu Irrtum und Dissens*, Diss. Jena, 1910; H. TITZE, *Die Lehre vom Mißverständnis. Eine zivilrechtliche Untersuchung*, Berlin, 1910, spec. 92 ss.

[23] È sufficiente rinviare a C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 1 ss.; G. CIAN, *op. cit.*, 41 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 321 ss.; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 379 ss.; N. IRTI, *Per una teoria analitica del contratto (a proposito di un libro di Giorgio Cian)*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 307 ss.; e in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 264 ss.; ID., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1139 ss.; e in *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, a cura di N. Irti, Padova, 2000, 609 ss. (da cui le successive citazioni); ID., *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, 84 ss.; M. ORLANDI, *La circolazione dei significati*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 583 ss.

[24] Cfr. G. CIAN, *op. cit.*, 47 ss.; V. PIETROBON, *op. cit.*, 250 ss.; A. VENTURELLI, *op. cit.*, 226 ss.

lo quando la dichiarazione presenti astrattamente una pluralità di significati, perché dà attuazione ad un principio di autoresponsabilità che vincola il dichiarante a quanto ordinariamente attribuibile alla sua condotta, a nulla rilevando che esso sia stato realmente voluto e condiviso [25].

La tutela della reale intenzione è assicurata solo dall'impugnazione per errore. L'efficacia di cui l'atto annullabile gode fino all'accoglimento dell'impugnazione, anche con specifico riferimento all'ipotesi dell'*error in corpore*, vale proprio a confermare che il valore costitutivo della dichiarazione prevale sull'intento volontaristico.

A tal stregua, il principio *falsa demonstratio non nocet* può solo legittimare marginali discostamenti dall'uso linguistico generalmente condiviso e contribuisce alla determinazione della portata giuridica di un errore comune se entrambi i contraenti abbiano inteso certe espressioni in un significato divergente da quello usuale o si siano indotte all'accordo in ragione della medesima falsa rappresentazione di una determinata circostanza fattuale.

La natura unilaterale non recettizia del testamento e l'assenza di un affidamento altrui meritevole di protezione non giustificano esiti radicalmente difformi, avuto riguardo alla stessa formulazione letterale del § 2084 BGB, il quale, se è vero che afferma in termini molto ampi un'esigenza conservativa diversa da quella perseguibile in ambito contrattuale, ne impone la tutela solo quando siano ammissibili plurime interpretazioni della disposizione analizzata, lasciando così implicitamente intendere che, negli altri casi, essa debba essere ricostruita secondo il senso letterale delle parole [26].

La conservazione è elevata dal legislatore tedesco ad obiettivo primario dell'attività ermeneutica, la quale può quindi spingersi fino al punto di arricchire il contenuto della sua ricerca facendo riferimento anche a quanto nella scheda non ha trovato puntuale emersione, purché sia preliminarmente accertata l'ambiguità delle espressioni impiegate e il materiale extra-testuale consenta di pervenire ad esiti ricostruttivi che l'analisi letterale, pur non essendo stata in grado di indicare univocamente, non è neppure sufficiente ad escludere [27].

---

[25] Sono recentemente tornati sul tema, ancorché con esclusivo riferimento all'art. 1366 cod. civ., F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 459 ss., spec. 468 s.; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015, 436 ss. (su quest'ultima opera, cfr. anche i saggi raccolti nel volume collettaneo *L'interpretazione tra legge e contratto. Dialogando con Aurelio Gentili*, Atti del Convegno, Bari, 29-30 marzo 2016, a cura di M. Pennasilico, Napoli, 2019).

[26] Cfr. A. VENTURELLI, *op. cit.*, 234 s.

[27] Solo in questa prospettiva riesce agevole comprendere perché in Germania sia ammessa quella «interpretazione integrativa» del testamento alla quale dedicano attenzione, quasi sempre manifestando perplessi-

Bang non riesce a rendersi conto di questa limitazione formale perché l'acritico richiamo al dogma volontaristico non gli consente di ricostruire con sufficiente chiarezza i connotati dell'*error in corpore*, che è ancora da lui inteso come un caso di assoluta mancanza della volontà di dichiarare.

Esso, al contrario, ricorre quando la reale intenzione non può essere in alcun modo dedotta da elementi testuali, perché la sua individuazione per effetto del materiale extratestuale non potrebbe in alcun modo legittimare una correzione del *dictum*, stante appunto l'assenza di un riscontro documentale sufficiente a ritenere assolto il vincolo formale avente valore costitutivo.

A tal stregua, la marginalità della *demonstratio* costituisce ineludibile esito rimediale di quella rigida alternativa tra eliminazione ed esecuzione in un senso corrispondente a quello oggettivo entro la quale il principio è destinato a muoversi in un ordinamento in cui esso non ha trovato puntuale esplicitazione normativa [28].

---

tà circa la sua riproposizione in Italia, P. RESCIGNO, *op. cit.*, 67 ss.; G. CIAN, *op. cit.*, 33 s.; E. PEREGO, Favor legis *e testamento*, Milano, 1970, 232 s.; V. SCALISI, *op. cit.*, 235 ss.; S. PAGLIANTINI, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, cit., 220 ss.; F. GIARDINI, *op. cit.*, 366 ss.; A. VENTURELLI, *op. cit.*, 96 ss. La ricerca e l'esecuzione di una «presumibile intenzione» del testatore costituiscono, infatti, coerente corollario dell'accoglimento del dogma dichiarazionistico, anche se possono condurre ad esiti applicativi iniqui ed arbitrari, proprio perché fatalmente collegati al perseguimento di interessi estranei a quelli del *de cuius*. Merita dunque apprezzamento la scelta compiuta dal legislatore italiano, che, evitando di codificare la figura del negozio giuridico, ha esonerato l'interprete dalla ricerca – a tratti ossessiva – di soluzioni unitarie alla quale è invece costretto il giurista tedesco. Sul tema, è sufficiente rinviare a G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 573 ss.; in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1988, a cura di G. Cian, Padova, 1991, 307 ss.; e in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, *Teoria generale e filosofia del diritto*, Milano, 1991, 63 ss.; ID., *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 676 ss.; in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, cit., 71 ss.; e in *Lezioni di diritto civile*, Presentazione di P. Perlingieri, Napoli, 1993, 210 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2ª ed., Napoli, 1997, 109 ss. e 31 ss.); N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in ID., *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 43 ss.; e in ID., *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011, 62 ss.; ID., *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 559 ss., spec. 564 s.; ID., *Testo e contesto*, cit., 134 ss.; C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico: dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 87 ss.; nonché, per una più ampia valutazione delle regole ermeneutiche degli atti unilaterali, a V. PESCATORE, *L'interpretazione degli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale*, in *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, cit., 513 ss.

[28] Cfr. G. CIAN, *op. cit.*, 101 ss., spec. 111 s.; L. MENGONI, *op. cit.*, 589 s.; V. PIETROBON, *op. cit.*, 403 ss.; nonché A. VENTURELLI, *op. cit.*, 230 ss. e 278 ss., al quale si rinvia per ampi riferimenti bibliografici dottrinali e giurisprudenziali relativi ai più recenti sviluppi del diritto tedesco.

**5.** – Le considerazioni appena svolte dimostrano che la posizione espressa da Bang può senz'altro dirsi superata, in Germania, anche per quanto riguarda l'analisi del diritto vigente.

Ciò vale a maggior ragione per il sistema giuridico italiano, caratterizzato da una regolamentazione del contratto avente indici normativi ancor più marcatamente contrari ad una riproposizione del dogma volontaristico.

L'espressa equiparazione del trattamento rimediale di qualunque forma di errore (art. 1433 cod. civ.), la necessità di subordinare l'annullamento del contratto alla prova del carattere riconoscibile dell'errore stesso (art. 1431 cod. civ.), nonché, soprattutto, l'individuazione della necessità di ricercare la «comune intenzione dei contraenti» al fine di compiere l'attività ermeneutica (art. 1362, comma 1, cod. civ.) delineano un sistema normativo univocamente diretto ad imporre al dichiarante un onere di autoresponsabilità, dal quale discende la necessità di esprimersi in un linguaggio comprensibile, pena, altrimenti, il rischio di restare vincolato alla propria dichiarazione, intesa nel suo significato oggettivo, anche quando essa non sia conforme alle sue reali intenzioni, le quali acquistano rilievo invalidante purché si riferiscano ad elementi essenziali dell'accordo ed appaiano riconoscibili usando l'ordinaria diligenza [29].

Al principio *falsa demonstratio non nocet* occorre dunque attribuire una portata marginale negli atti *inter vivos*: quand'anche non lo si ritenga assorbito dalla stessa ricerca della «comune intenzione», il puntuale rispetto del canone di totalità ermeneutica appare già sufficiente ad assicurare un trattamento rimediale conservativo a fronte delle principali ipotesi di errore ostativo comune, ove le stesse riguardino l'impiego di espressioni letterali concordemente intese secondo accezioni che si discostano da quelle usuali [30].

---

[29] Cfr. G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, 75 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 409 ss.; P. SCHLESINGER, voce *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 381 s.; ID., *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1345 ss.; e in *Studi in onore di Paolo Greco*, I, Padova, 1965, 560 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist. 2ª ed. (1969), Napoli, 2008, 106 s. e 190 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, 126 e 135; V. PIETROBON, *op. cit.*, 20 ss. e 280 ss.; A. ZIMATORE, *Presentazione*, in *Riv. sc. sup. ec. fin.*, 2005, 171; R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, I, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, 356 ss.; ID., in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Torino, 2016, 90 ss.; R. DI RAIMO, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta ed A. Orestano, *Artt. 1425-1469-bis. Leggi collegate*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 47 s.

[30] Sul canone della totalità e sulla necessità, ad esso correlata, di circoscrivere l'oggetto dell'attività dell'interprete all'accordo concretamente perfezionato, cfr. C. GRASSETTI, voce *Interpretazione dei negozi giuridici «inter vivos» (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 906; E. BETTI, *Interpretazione*

Contrariamente a quanto ipotizza Bang, non vi è alcuna necessità di fondare l'attuazione del negozio nel senso voluto dal dichiarante sul richiamo della disciplina della simulazione (§ 117 BGB), dalla quale si evincerebbe la necessità di escludere efficacia all'accordo inteso nel suo significato oggettivo e di giustificarne, invece, un'esecuzione da esso difforme, perché accettata dalle parti.

Dall'art. 1362 cod. civ. si evince, più correttamente, che l'interprete deve procedere dal testo contrattuale e riflettere sui suoi contenuti alla luce del contesto, senza alcuna possibilità di pervenire ad esiti che non trovino alcun conforto nella formulazione letterale e che mirino piuttosto a trasformare quest'ultima in un mero pretesto per la creazione *a posteriori* di una nuova manifestazione di volontà [31].

Solo a fronte di un accordo comunicativo espresso, volto a derogare concordemente a canoni linguistici usuali, il richiamo della simulazione è pertinente e vale a permettere l'esecuzione nel senso voluto dai contraenti [32].

In tutti i casi in cui, più semplicemente, le parti si sono espresse secondo modalità ambigue, esercitando in modo maldestro e impreciso il già richiamato onere di autoresponsabilità, la *falsa demonstratio* non nuoce perché non può integrare un errore essenziale e indica solo un frammento della dichiarazione avente un significato oggettivo, in sé e per sé considerato, incompatibile con il materiale ermeneutico complessivo, dal quale si evince una comune intenzione univoca e che dunque è sufficiente ad imporre all'interprete la scelta di un esito applicativo diverso da quello usuale [33].

Della simulazione potrebbe ancora aver senso parlare esclusivamente per gli atti uni-

---

*della legge e degli atti giuridici*, cit., 15 ss.; N. IRTI, *La sintassi delle clausole (note intorno all'art. 1363 c.c.)*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, cit., 331 ss.; e in ID., *Letture bettiane sul negozio giuridico*, cit., 78 ss.; ID., *Testo e contesto*, cit., 21 ss.; ID., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit., 618 s.

[31] Cfr. N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., 12 ss.; ID., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit., 611 ss.

[32] Cfr. M. ONORATO, *L'accordo d'interpretazione*, Milano, 2009, spec. 209 ss.; ID., *Clausola di significazione*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, a cura di M. Confortini, I, Torino, 2017, 1512 ss.

[33] Cfr. A.M. GAROFALO, *Le regole costitutive del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Napoli, 2018, 159 ss., spec. 161 s., il quale opportunamente distingue il caso prospettato nel testo da quello nel quale il dichiarante commette unilateralmente un errore ostativo di cui la controparte si accorge senza sollecitare alcuna correzione del medesimo. Imporre, in quest'ultima ipotesi, un'esecuzione conforme al «contenuto che dovrebbe avere secondo l'errante» è giustamente reputata dall'autore conclusione «poco persuasiva», stante la necessità di distinguere tra riconoscibilità dell'errore (che ai sensi dell'art. 1431 cod. civ. legittima soltanto l'impugnazione) e individuazione, secondo diligenza, del significato oggettivo, alla quale non si può certo pervenire solo in ragione della più o meno agevole identificabilità dell'errore stesso.

laterali tra vivi recettizi, in conformità alla linea argomentativa prescelta da chi ha individuato nell'art. 1414, ult. co., cod. civ., un indice normativo sufficiente ad estendere a tali atti disposizioni che, avuto riguardo al criterio di compatibilità *ex* art. 1324 cod. civ., sarebbero estranee a questa categoria. Muovendosi in questa direzione, tuttavia, non arrecherebbe alcun vantaggio insistere sul fatto che le parti non hanno voluto intendere il negozio nel suo significato oggettivo, essendo più semplice evidenziare che, stante la contrapposizione tra atto unilaterale ed accordo volto a renderlo simulato fissata dallo stesso art. 1414, ult. co., cod. civ., all'eventuale contegno delle parti successivo alla manifestazione dell'atto bisognerebbe attribuire una funzione preclusiva in ordine alla possibilità di far valere una differente lettura del medesimo [34].

In ogni caso, dal principio *falsa demonstratio non nocet* non può trarsi alcun indice favorevole alla riscrittura dell'accordo, essendo a tal fine necessario addivenire ad un intervento integrativo e correttivo tutt'al più compatibile con altri strumenti, come ad esempio la clausola di buona fede [35].

Avuto tuttavia esclusivo riguardo al diritto testamentario, la posizione di Bang presenta alcuni passaggi argomentativi che meritano di essere ancora oggi valorizzati.

Il legislatore italiano, a differenza di quello tedesco, ha codificato il principio *falsa demonstratio non nocet* in una disposizione – l'art. 625 cod. civ. – nella quale l'indicazione delle fonti di determinazione del materiale extra-testuale non conosce alcuna preventiva limitazione [36].

Per comprendere a che cosa il testatore intenda riferirsi, in ordine all'identificazione del beneficiario del lascito o dell'oggetto della disposizione, l'art. 625 cod. civ. impone di dedurre informazioni «dal contesto del testamento o altrimenti» e, se è agevole identi-

---

[34] È la posizione di N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., 137 s.

[35] Lo rileva con chiarezza L. MENGONI, *op. cit.*, 582 s. e 589 s., secondo il quale «perché ci sia una volontà dichiarata conforme all'intenzione occorre rettificare la dichiarazione e a ciò, l'art. 1362, per sé solo, non autorizza l'interprete: "non limitarsi al senso letterale delle parole" non vuol dire che è consentito attribuire alla dichiarazione, in base a dati extratestuali, un significato privo di ogni congruenza col testo. L'interpretazione consiste nel dispiegare i significati impliciti nella significazione letterale». La correzione nel senso voluto dal dichiarante può essere dunque tutt'al più consentita *ex* art. 1366 cod. civ., ma esclusivamente tra le parti – stante la necessità di tutelare i terzi dal rischio di indebite alterazioni del testo contrattuale, che rappresenta l'unico elemento a loro noto – e al solo scopo di attuare un precetto di eguaglianza, poiché, in caso di errore comune sul significato delle parole impiegate, «lo standard sociale a tal fine selezionato dal giudice è l'aspettativa di trattamento uguale di casi ragionevolmente analoghi». Alla conclusione prestano piena e convinta adesione anche N. IRTI, *op. ult. cit.*, 15 s.; M. ORLANDI, *Forma espressa*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Napoli, 2018, 905, nota 63.

[36] Cfr. A. VENTURELLI, *op. cit.*, spec. 321 ss., per una più ampia indagine dei lavori preparatori della norma.

ficare il «contesto» nel materiale correlato alla situazione antecedente e contemporanea alla redazione della scheda, l'uso dell'avverbio «altrimenti» autorizza a tener conto anche di tutto quanto successivo alla redazione, ivi compreso il comportamento dello stesso testatore.

Ciò non si traduce in una reiterazione della regola ermeneutica prevista, in ambito contrattuale, dall'art. 1362, comma 2, cod. civ.

Quest'ultima previsione trae la sua legittimazione da un principio di coerenza, che, muovendo dall'immediata vincolatività del contratto validamente concluso, autorizza a supporre che la condotta dei contraenti successiva al perfezionamento offra indici ermeneutici per stabilire il modo con cui le parti hanno concordemente inteso i termini del loro accordo [37].

In ambito testamentario, tale ricostruzione è smentita dal fatto che l'atto *mortis causa* non produce alcun vincolo negoziale immediato e può solo contribuire alla determinazione del termine di riferimento esterno dell'effetto successorio, che rimane per il resto integralmente affidato ad una disciplina di stampo esclusivamente normativo [38].

Il testatore può dunque tenere comportamenti che non presentano alcun collegamento con la disposizione testamentaria o si pongono con essa in evidente contrasto, sicché la *ratio* dell'impiego del materiale extra-testuale successivo alla redazione della scheda deve essere individuata, in via esclusiva, nell'esigenza di adattare il *dictum* testamentario alla reale intenzione del testatore, indipendentemente dal momento in cui quest'ultima ha trovato espressione.

È la stessa formulazione dell'art. 625 cod. civ. ad escludere che la reale intenzione del testatore debba aver trovato in qualche misura espressione nella formulazione letterale della disposizione testamentaria. La rilevanza, a fini correttivi, di elementi extra-testuali che non godono di alcun riscontro nell'esegesi letterale del *dictum* testamentario è subordinata solo alla dimostrazione della loro idoneità ad offrire informazioni univoche, perché il vincolo formale – similmente a quanto evidenzia Bang – è da intendersi come già adeguatamente soddisfatto dal valido perfezionamento della scheda.

La stessa mancanza di una disciplina organica dedicata all'interpretazione del testa-

---

[37] Cfr. P. RESCIGNO, *op. cit.*, 43 s.; V. PIETROBON, *op. cit.*, 261 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 315 ss.; N. IRTI, *op. ult. cit.*, 23 ss., spec. 30 s., 36 e 83 ss., spec. 90 ss.; V. BARBA, *op. cit.*, 55 ss.; M. ORLANDI, *op. ult. cit.*, 900 ss.

[38] Cfr. N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., 11 s., 14 s., 18 s., 76 ss., spec. 107 s., e 153 ss., spec. 162 s., ampiamente ripreso anche da N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, 30 s., 45 ss., 108 ss., spec. 111 s., 140 ss., 201 s., spec. 329 s.

mento acquista un significato diverso da quello usualmente attribuitole da chi prospetta l'applicazione analogica della regolamentazione contrattuale [39].

Il carattere «erroneo» dell'indicazione è infatti testualmente previsto dall'art. 625 cod. civ. quale condizione ineludibile per l'avvio di una sequenza correttiva destinata ad operare dopo il compimento del processo ermeneutico e l'individuazione del significato oggettivo della disposizione testamentaria.

Se dunque il materiale extra-testuale è utilizzabile anche in un momento successivo a quello nel quale si è verificata la conformità tra il *dictum* e la volontà del testatore, esso a maggior ragione è invocabile durante lo stesso compimento del procedimento ermeneutico e a fini ancora solo ricognitivi [40].

L'interprete non può in nessun caso accontentarsi della «chiarezza ed univocità» della disposizione e non ha bisogno di dar conto, nella formulazione letterale della scheda, di una sorta di anticipazione dell'esito correttivo, il quale, anziché essere collegabile alla volontà del *de cuius*, rappresenta più semplicemente una conseguenza giuridica del verificarsi della fattispecie disegnata dalla norma.

Stante il silenzio sul punto dell'art. 625 cod. civ., il carattere «erroneo» dell'indicazione testamentaria è suscettibile di correzione anche se ha assunto contorni di essenzialità, estendendosi fino al caso del vero e proprio errore sull'identità correlato allo scambio di persona o di cosa [41].

Anche questa conclusione è in qualche misura anticipata da Bang, il quale, muovendo dall'esigenza di tutelare in ogni caso la reale intenzione del testatore, esclude che, una volta individuata quest'ultima, la formulazione letterale del *dictum* possa opporsi alla sua

---

[39] Cfr. R. CARLEO, *L'interpretazione del testamento*, in *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, cit., 539 ss.; ID., *L'interpretazione del testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, a cura di G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 1475 ss.

[40] Cfr. V. PESCATORE, *Il testamento* per relationem, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, cit., 57 s.

[41] Cfr. L. COSATTINI, *op. cit.*, 449 s.; A. CICU, *Testamento*, 2ª ed., Milano, 1951, 133 s.; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 186 s.; M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951, 162 s.; G. PIAZZA, *L'identificazione del soggetto del negozio giuridico*, Napoli, 1968, 109 s.; G. CIAN, *op. cit.*, 104 s., 112 s. e 118 ss.; E. PEREGO, *op. cit.*, 158 s.; N. LIPARI, *op. cit.*, 249 s. e 340; V. SCALISI, *op. cit.*, 241 ss.; F. ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972, 109; L. MENGONI, *op. cit.*, 584 s. e 587; V. PIETROBON, *op. cit.*, 398 s.; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 188 s.; ID., *Diseredazione*, in *Le parole del diritto*, I, cit., 577 s.; S. D'ANDREA, *L'istituzione di erede*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, cit., 216 s.; S. PAGLIANTINI, in *Delle successioni*, cit., 478 s.; And. GENOVESE, *La istituzione di erede*, in *Le disposizioni in favore di persone incerte*, in *Le disposizioni testamentarie*, diretto da G. Bonilini, coordinato da V. Barba, Torino, 2012, 22; A. VENTURELLI, *op. cit.*, 295 ss.

esecuzione, anche ove sia a tal fine prodromico procedere all'integrale sostituzione dell'indicazione erronea.

Nel diritto italiano, essa è confortata da ben più solidi argomenti di natura normativa.

La limitazione dell'ambito di operatività dell'art. 625 cod. civ. al mero *error in nomine* farebbe perdere alla previsione in esame ogni utilità applicativa, perché per dimostrare che l'errore ostativo non è essenziale bisognerebbe necessariamente identificare nel testo della disposizione un qualche elemento motivazionale che riveli la difformità con l'intenzione del *de cuius*, ma il contenuto ambiguo o generico in tal modo evocato legittimerebbe il richiamo del solo art. 628 cod. civ., che distingue tra l'«indicazione» e la vera e propria «determinazione» della persona del beneficiario, confermando che per pervenire a quest'ultima è necessario impiegare, in funzione ricognitiva, elementi extra-testuali [42].

Nella prospettiva prescelta dall'art. 625 cod. civ., al contrario, l'interpretazione della disposizione si è già realizzata e ha condotto alla dimostrazione della sua «erroneità» e alla conseguente esclusione delle condizioni per invocare l'art. 628 cod. civ. Il materiale extra-testuale può dunque rivelare, nello stesso tempo, l'«erroneità» e le modalità per il suo superamento, esattamente come accade quando l'errore ostativo abbia assunto contorni di essenzialità, risolvendosi nel vero e proprio scambio.

Questo stesso errore conserva, comunque, rilievo invalidante in tutti i casi in cui non sia possibile procedere alla correzione evocata dall'art. 625 cod. civ. e, per quanto il tema continui ad essere controverso, si rivela senz'altro più coerente con l'attribuzione di valore costitutivo alla dichiarazione e con i lavori preparatori del cod. civ. vigente la posizione diretta a sostenere che, in questo caso, il trattamento rimediale dovrà essere affidato alla disciplina dell'impugnazione per errore già richiamata dall'art. 624, commi 1 e 3, cod. civ., posto che la prospettazione di una nullità *ex* art. 628 cod. civ. – come rileva Venturelli [43] – comporterebbe l'attribuzione di rilevanza giuridica ad un'ambiguità determinata solo *a posteriori* e in virtù dell'infruttuoso richiamo, in funzione integrativa, del dato extra-testuale.

Se quest'ultimo può essere utilizzato per la correzione anche se successivo alla redazione della scheda, dall'art. 625 cod. civ. è legittimo trarre un'univoca indicazione normativa favorevole all'impiego, in ambito esclusivamente testamentario, di un rimedio

---

[42] Cfr. N. IRTI, *op. ult. cit.*, 5 e 248 s.; N. LIPARI, *op. cit.*, 341 s.; E. BETTI, *op. ult. cit.*, 424 s.; L. MENGONI, *op. cit.*, 576 s. e 588. *Contra* A. TRABUCCHI, *op. cit.*, 702 s. e 706 s.

[43] A. VENTURELLI, *op. cit.*, 332 ss., spec. 346 s.; per la riaffermazione della tesi della nullità, v. invece E. CARBONE, *op. cit.*, 496 s.

conservativo-adattativo specificamente rivolto alle sopravvenienze idonee ad incidere negativamente sull'esecuzione della disposizione.

La volontà di attribuire un certo significato alle espressioni impiegate nella scheda, infatti, potrebbe essere condizionata dal momento di redazione di quest'ultima solo se la stessa si rivelasse idonea a vincolare in qualche modo il suo autore, generando effetti immediatamente capaci di provocare un mutamento della sua condizione giuridica.

Il valido perfezionamento della scheda testamentaria, tuttavia, è di per sé improduttivo di effetti, sicché l'autore della stessa è libero di ripensarne i contenuti, dando loro un significato non necessariamente coincidente con quello offerto al momento della redazione perché condizionato dai mutamenti della realtà circostante sopravvenuti alla stessa.

Ove il nuovo significato in tal modo delineatosi si riveli difforme da quello oggettivo, l'affermazione dell'impossibilità dell'adattamento condannerebbe la scheda a subire gli effetti della sopravvenienza nonostante essi siano stati in qualche modo presi in esame dal *de cuius* e ciò si tradurrebbe in un esito applicativo contrario alla prioritaria esigenza di tutelare l'«ultima volontà» del testatore, ancorché successiva alla sua manifestazione in forma documentale.

Il superamento di quest'ultima, indotto dalla correzione, è però possibile esclusivamente quando si dia prova univoca del fatto che il testatore ha inteso in tal modo le espressioni, perché egli voleva dire proprio quanto l'integrazione del materiale extra-testuale è in grado di rivelare.

La correzione, dunque, altera la portata precettiva della dichiarazione solo se appaia certo che essa corrisponde a quanto il testatore ha inteso esprimere e ciò assicura, dal punto di vista funzionale, il ristabilimento di quella conformità tra voluto e dichiarato prodromica all'attribuzione di un valore costitutivo alla stessa dichiarazione e rispettosa di quell'onere di autoresponsabilità da riconoscersi anche in ambito testamentario, perché sufficiente a dar conto della situazione riscontrabile quando il dato extra-testuale non riesca ad offrire univoche indicazioni circa il modo con cui il *de cuius* ha pensato di reagire alla sopravvenienza. Questo è dunque l'approdo della moderna ricostruzione proposta da Venturelli [44].

---

[44] Cfr. A. VENTURELLI, *op. cit.*, 366 ss., il quale valorizza, in tal modo, l'intuizione di M. ALLARA, *op. ult. cit.*, 180 s., secondo il quale l'art. 625 cod. civ. costituirebbe espressione del principio «*della libertà del contenuto della dichiarazione*», in forza del quale «viene stabilita una relazione di equivalenza tra la dichiarazione di una certa volizione ("dichiaro di volere x") e una dichiarazione di una volizione diversa ("dichiaro di volere y") qualora questa dichiarazione sia accompagnata da una volizione del valore della dichiarazione corrispondente alla prima dichiarazione ("voglio che la mia dichiarazione valga come dichiarazione di volere x")». Anche secondo F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 159 e 235 s., l'art. 628 cod. civ. confermereb-

Nessuno spazio è offerto alla valutazione di un'intenzione presumibile del *de cuius* né, tantomeno, si ammette una correzione plasmata sul significato maggiormente funzionale a garantire l'eseguibilità della disposizione, perché altrimenti si lascerebbe all'interprete l'arbitrio di scegliere, anche alla luce della sopravvenienza, che cosa sarebbe stato meglio per il testatore.

L'art. 625 cod. civ. legittima esclusivamente una revisione conforme alla reale intenzione del *de cuius*, resa univocamente conoscibile dal materiale extra-testuale.

L'esecuzione della scheda nel suo significato oggettivo continua a rimanere, nonostante la sopravvenienza, l'unico esito applicativo coerentemente correlato alla mancata dimostrazione della divergente intenzione del *de cuius*, il quale subisce dunque gli effetti di un malaccorto impiego di espressioni inidonee ad esprimere i suoi intenti, in tutti i casi in cui questi ultimi non abbiano trovato univoca manifestazione in circostanze extra-testuali dalle quali dedurre il suo errore.

La riproposizione di rilievi genericamente volontaristici è in tal modo opportunamente scongiurata.

A Bang può senz'altro riconoscersi il merito di aver provato, con gli argomenti del suo tempo, a conferire al principio *falsa demonstratio non nocet* una centralità già preclusa dalle scelte del legislatore tedesco, ma solo un'analisi sistematicamente correlata ad una disciplina normativa espressa può davvero legittimare il tentativo di attualizzare il principio, riproponendo le esigenze protettive da esso tutelate in un contesto ormai radicalmente diverso da quello che ne ha determinato la nascita.

---

be «la necessità di risalire dalla dichiarazione alla volontà del testatore», consentendo «la determinazione in via interpretativa, sulla base della dichiarazione, ma col sussidio di elementi estranei alla stessa, della persona o cosa considerata dal testatore», sicché all'art. 625 cod. civ. spetterebbe il compito di rafforzare il *favor testamenti*, inteso come «motivo anche e soprattutto interpretativo, nel quale il principio generale della conservazione del negozio assume lo speciale significato del rispetto della volontà del testatore, non contro, ma certamente oltre, la dichiarazione testamentaria». Su quest'ultima conclusione, cfr. anche R. FRANCO, *Revoca del legato mediante alienazione e interpretazione della volontà*, Napoli, 2014, 88 ss., spec. 94; E. CARBONE, *op. cit.*, 495 s.

JUS CIVILE

*LUIGI PELLECCHI*

*Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano – Università di Pavia*

# «*IN PARI CAUSA TURPITUDINIS REPETITIO CESSAT*»: SULL'USO DEL DIRITTO ROMANO NEL DIBATTITO CIVILISTICO ODIERNO [*]

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. Il sistema romano delle* condictiones *tra rappresentazioni canoniche e interpretazioni singolari. – 3. I testi addotti a sostegno dell'interpretazione singolare. – 4. Esegesi differenti. – 5. L'illiceità dello scopo come profilo assorbente della fattispecie: una testimonianza ulteriore relativa alla* datio *con* turpitudo utriusque. *– 6. (segue) Una testimonianza ulteriore relativa alla* datio *con* turpitudo accipientis dumtaxat. *– 7. Riepilogo. – 8. Classicità e significato della massima* «in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis». *– 9. Applicazioni della massima oltre il perimetro della* condictio *e della* retentio. *– 10.* Turpitudo utriusque *e parità relativa: la flessibilità assicurata dal sistema romano delle* actiones *e la sua singolare convergenza con alcune (ri)letture dell'art. 2035 cod. civ.*

**1. –** È noto che l'art. 2035 del Codice civile nega la ripetizione a colui che abbia eseguito una prestazione «che anche da parte sua costituisce offesa al buon costume». Anche è noto che il primo corollario pratico della disposizione ha messo costantemente a disagio l'accademia e soprattutto le corti. Escludere la ripetizione significa infatti permettere che a trattenere la prestazione sia un soggetto che pure ha partecipato a pieno titolo all'operazione immorale (l'abbia o non l'abbia poi eseguita a sua volta). Per questo motivo – a dispetto della latitudine dell'enunciato legislativo e del principio in cui gli stessi estensori del Codice ne additavano implicitamente la *ratio* («*nemo auditur turpitu-*

[*] Il testo riprende e approfondisce la relazione presentata per la *Giornata di studio sulle restituzioni* (Università di Padova, Dipartimento di Diritto privato e critica del diritto, 23 ottobre 2017). La letteratura discussa nelle note è quella considerata al momento della consegna del testo agli organizzatori dell'incontro (ottobre 2018) per la prevista pubblicazione. Per completezza, si segnalano le integrazioni seguenti: alla nt. 5, alla bibl. di area francese, *adde* J.-Y. Garaud, *L'office de l'arbitre en arbitrage commercial: caractérisation de l'illicéité et mise en œuvre des sanctions*, in *Rev. de l'arbitrage*, 2019, 173 ss.; alle ntt. 37-38, come una riproposizione della tesi di Honell, *adde* J. Meier, *Das subjektive System der Geschäftsführung ohne Auftrag: Die §§ 677-686 BGB im Lichte der zweigliedrigen subjektiven Theorie*, Mohr Siebeck, 2019, 301 s.; alla nt. 101, ai fini di un inquadramento processualistico dello sch. 1 *ad Bas.* 17.1.46, *adde* S. Sciortino, *Il nome dell'azione nel libellus conventionis giustinianeo*, Giappichelli, 2018, 113 s.

*dinem suam allegans*», secondo la variante più nota del brocardo)[1] – la giurisprudenza si è sempre sforzata di attribuire all'articolo un raggio d'applicazione il più ridotto possibile. Dunque non stupisce che intorno alla metà degli anni Sessanta del secolo scorso un osservatore illustre potesse affermare che la norma aveva subito come un processo di erosione, «lenta penetrante continua»[2].

Un bilancio aggiornato, alla fine del decennio appena trascorso, suggerisce che dall'erosione si sia passati a una metamorfosi vera e propria[3]. Il merito è di un intenso dibattito dottrinale, che ha investito sia l'art. 2035 nello specifico, sia le norme (per certi versi) omologhe di altri codici europei[4], sia l'applicazione non codificata, da parte di altri paesi ancora, della regola del diniego di ripetizione (o regola della *retentio*, se la si guarda dal lato del percettore)[5].

Se all'esito di un dibattito tanto ricco si può parlare addirittura di metamorfosi è perché la discussione ha finito per spostare la percezione stessa del fondamento dell'art. 2035 e del divieto di ripetizione. Non che il punto possa dirsi acquisito, almeno in Italia. Ma la sensazione è che a raccogliere i consensi maggiori sia ora la prospettiva tracciata dall'analisi economica del diritto, la quale spiega la regola della *retentio* con una logica di tipo dissuasivo. Vietare di ripetere la prestazione sorretta da un'intesa turpe anche dal lato del *solvens* – si dice – significherebbe scoraggiare la conclusione di accordi illeciti[6].

Chi si accosti a questo dibattito come storico del diritto trova un motivo d'interesse supplementare nel fatto che anche l'esperienza romana ha potuto giocarvi un ruolo non

---

[1] Cfr. quanto indicato nella *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli*, in *Codice Civile. Testo e Relazione ministeriale*, Istituto Poligrafico dello Stato, 1943, 178 s., nr. 790: «L'irripetibilità di quanto sia stato prestato in una situazione di turpitudine reciproca o anche imputabile soltanto al *solvens* (art. 2035) risponde alle finalità dell'ordinamento giuridico, che non può dare tutela a chi non ne è degno».

[2] P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, 2.

[3] Cfr. F.P. PATTI, *«In pari causa turpitudinis», cinquantanni dopo*, in *Liber amicorum P. Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, II, Editoriale Scientifica, 2018, 1537 ss., specie 1538 s., 1567 s.

[4] Vale a dire, Germania, Austria e Svizzera: cfr. *BGB*, § 817 S. 2; *ABGB*, § 1174; *OR*, art. 66.

[5] Per la Francia – specie dopo la recente riforma che ha eliminato il riferimento ai buoni costumi dalla disciplina del Code Civil – vd. in part. J.-B. SEUBE, *Le juge et les restitutions*, in *Revue de contrats*, 2016, 411 ss.; per l'Inghilterra – specie dopo la recente presa di posizione dell'House of Lords nella causa *Patel v. Mirza* – vd. B. HÄCKE, *The Impact of Illegality and Immorality on Contract and Restitution from a Civilian Angle*, in S. GREEN-A. BOGG (eds.), *Illegality after Patel v. Mirza*, Bloomsbury, 2018, 329 ss.

[6] Vd. meglio *infra* in corrispondenza della nt. 28. Per le altre spiegazioni che si contendono il campo – sanzione civilistica / preclusione di un abuso della pretesa restitutoria (per evitare cioè al *solvens* di recuperare la prestazione dopo aver ottenuto l'adempimento dell'*accipiens*) – vd. la recentissima messa a punto di PATTI, *«In pari causa turpitudinis»*, cit., 1543 ss.

di maniera. Il merito è di Donato Carusi, che in una serie di brillanti interventi ha mostrato come una parte del disagio italiano verso l'art. 2035 dipenda dal progressivo abbandono delle sue radici storiche [7]; in particolare dalla «declinante coscienza delle origini romanistiche della *retentio*, e la memoria invece della massima *nemo auditur turpitudinem suam allegans*», che lo studioso segnala come il frutto di una «eccessiva generalizzazione medievale» [8].

L'interesse verso l'intervento di Carusi si fa peraltro ancora più forte, non appena si accorge che nel riandare a quella peculiare *actio* romana – la *condictio* – da cui germogliò la regola conservata dall'art. 2035, lo studioso ne propone una rappresentazione piuttosto lontana da quanto si legge nei manuali più rappresentativi della romanistica italiana. Per una prima parte – che concerne la cornice per così dire dogmatica degli impieghi complessivi della *condictio*, quale azione in ripetizione – il quadro tracciato dal civilista di Genova guarda piuttosto Oltralpe, a quei romanisti di area tedesca che, com'è noto, sono sollecitati molto più di noi a occuparsi (anche) di diritto civile. Nel caso specifico, lo studioso di riferimento è Heinrich Honsell, autore di un'importante monografia sulla norma tedesca gemella dell'art. 2035 [9]. Per un'altra parte – che investe nello specifico la *ratio* della disposizione – lo studioso italiano ha superato addirittura il suo *auctor*, nel senso che della regola romana, che nega la *repetitio* a chi condivida con l'*accipiens* l'immoralità del negozio, egli è arrivato a proporre una spiegazione ancora più eterodossa, nel metodo e nel merito.

Nonostante il tempo trascorso – più di mezzo secolo dalla Habilitationschrift di Honsell, circa un quarto di secolo dalla (parziale) riproposizione italiana delle sue tesi – si può ben dire che il tema rimane sul tavolo. Gli storici del diritto non hanno prestato all'intervento di Carusi l'attenzione che pure avrebbe meritato, tant'è che nei pochi manuali recenti che espongono il regime delle dazioni illecite e della loro ripetibilità, la rappresentazione continua ad essere quella consueta [10]. E persino da parte della romani-

---

[7] D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 Cod. civ. tra vecchie e nuove immoralità*, Jovene, 1995, 69 ss.; *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 495 ss.; *La rilevanza del negozio nullo*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 348 ss. *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio del notariato*, diretto da P. Perlingieri, ESI, 2004, 282 ss.

[8] *Illiceità del contratto*, cit., 501.

[9] H. HONSELL, *Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte*, Beck, 1974, 65 ss. Sulle radici romanistiche del § 817 S. 2 del *BGB*, l'a. è tornato in due contributi più recenti: cfr. ID., *§ 817 Satz 2 BGB – eine "Drehkrankheit des Rechtsempfindens"? in* R. ZIMMERMANN u. a. (hgbs.) *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Müller, 1999, 477; *Die Rechtsgeschichte und ihre Bedeutung für die Privatrechtsdogmatik, in* H.Ch. GRIGOLEIT-J. PETERSEN (hgbs.) *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, De Gruyter, 2017, 22 s.

[10] Vd. *infra* nt. 22.

stica tedesca le tesi che costituiscono il modello dichiarato del civilista italiano – le tesi cioè di Honsell – hanno trovato valutazioni piuttosto cursorie e in parte anche discordanti [11]. Sicché, quando si leggono l'uno e l'altro autore, resta il dubbio che essi attribuiscano al diritto romano aspetti che non è affatto chiaro se appartenessero effettivamente a quel mondo. Ritornare sul tema non è dunque opportuno al solo scopo di riannodare i fili di un significativo confronto tra civilisti e storici del diritto, ma pure per contribuire a fare chiarezza su un aspetto in sé, e saliente, dell'esperienza giuridica romana.

**2. –** L'assunto di base di Honsell, nella riformulazione offertane da Carusi, è che la regola scolpita nella massima «*in pari causa turpitudinis repetitio cessat*» «nasce in Roma quale eccezione alla logica generale che presiede alla *datio ob rem*» [12].

Per comprendere che cosa esattamente compendi l'affermazione riprodotta, occorre approfondirla partitamente e a ritroso. Di seguito chiariremo perciò: [*a*] in che cosa consistesse una *datio ob rem*; [*b*] quale fosse, secondo Honsell e Carusi, la logica generale di tale fattispecie; [*c*] perché la regola del divieto di ripetizione servisse a disattenderla.

[*a*] Intorno al primo aspetto ci si può limitare ad alcune affermazioni generali, su cui si registra un consenso diffuso. Con l'espressione *datio ob rem* (ma meglio si farebbe a dire "*ob rem dare*", dato che le fonti romane non sembrano conoscere la relativa nominalizzazione) s'indica un'alienazione realizzata in vista di una *res* ulteriore, da intendere in senso ampio, come integrazione di un risultato programmato tra alienante e acquirente [13]. È probabile che lo schema servisse in origine per inquadrare operazioni sinallagmatiche non riconducibili agli schemi contrattuali tipici (per es. una permuta, oppure il fatto di affrancare dietro corrispettivo uno schiavo [14]). E anche se più tardi il ventaglio venne allargandosi oltre il *synallagma* [15], si può ragionare, per semplicità, sullo schema consueto

[11] Vd. *infra* nt. 30.

[12] CARUSI, *Illiceità del contratto*, cit., 501.

[13] Sul significato originario di *res* («bien, propriété, possession, intérêt dans qualque chose») vd. A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire Étimologique de la Langue Latine*, Klincksieck, rist. 1994, 571.

[14] Vd. per es. Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5 §§ 1-2.

[15] Costituiscono operazioni non sinallagmatiche: il *dare dotis nomine ante nuptias* (Ulp. 3 *disp.* D. 12.4.6 e D. 23.1.10, Paul. 17 *ad Plaut.* D. 12.4.9 pr.); il *dare propter condicionem* (ossia per soddisfare una condizione apposta a un legato o a una istituzione d'erede: Paul. 17 *ad Plaut.* D. 12.6.65.3, Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.1.1); il *donare mortis causa* (almeno secondo la tesi della scuola sabiniana: Paul 6 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 39.6.35.3 e D. 12.4.12, Iul. 10 *dig.* D. 12.1.19 pr.); il *solvere* un debito nelle mani di un *falsus procurator* (Paul. 3 *ad Sab.* D. 12.4.14). Sull'estensione del modello oltre l'ambito primigenio del *synallagma*, mi permetto di rinviare a L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione e le qualificazioni del dare in Paul. 17 ad*

delle convenzioni atipiche, che è del resto l'unico preso in considerazione da Honsell e Carusi: dunque *do ut des* / *do ut facias* (comprendendo in questa seconda classe anche l'ipotesi del *do ne facias*).

Nella rappresentazione che ne offrono normalmente i manuali romanistici, la ripetibilità del *dare ob rem* risulta governata da due livelli di partizioni, che servono a isolare tre classi complessive di casi e di soluzioni.

La partizione di prima livello del *dare ob rem* distingue tra liceità e illiceità della *res*. Se la *datio*, vale a dire la prima prestazione, viene eseguita in vista di una controprestazione lecita (come nei due casi di cui abbiamo detto: una permuta o la liberazione di uno schiavo), l'alienante potrà ricorrere alla *condictio*, per ripetere la *datio*, solo se l'*accipiens* non corrisponde con la controprestazione attesa (dunque *re non secuta*). A mo' d'inciso si può notare che la *condictio* cd. *ob rem dati re non secuta* (come si usa etichettare questa applicazione dell'azione in ripetizione, insieme a formule equivalenti [16]) assunse le sembianze di una risoluzione per inadempimento, specie a partire dal momento in cui i contratti sinallagmatici atipici finirono per essere salvaguardati anche con un'azione diretta all'adempimento [17].

La partizione di secondo livello si riferisce invece al caso che la (prima) prestazione serva a dare esecuzione a un accordo illecito. Se alla *datio* si procede *ob rem turpem*, occorre infatti ulteriormente distinguere. Se l'illecito sta esclusivamente nel comportamento del percettore, il quale si fa pagare per astenersi da un delitto o per compiere una prestazione già dovuta ad altro titolo (per es. se si fa pagare per restituire la cosa che gli è stata comodata), allora la *condictio* è sempre ammissibile e perciò la *datio* sempre ripetibile [18]. Se viceversa anche il *solvens* coltiva con l'operazione un suo interesse illecito –

---

*Plaut. D.12.6.65. Contributo allo studio della condictio*, in *SDHI*, 1998, 69 ss., spec. 140 ss.; *adde* J.D. HARKE, *Das klassische römische Kondiktionensystem*, in *IVRA*, 2003/2007, 56 ss. e ora CANNATA, *Istituzioni di diritto* romano, II/2, Giappichelli, 2018, 112 ss.

[16] L'etichetta di maggior fortuna fu senz'altro quella di *condictio causa data causa non secuta*, con cui i Compilatori rubricarono il titolo D. 12.4. Sulla sinonimia (non originaria) di *res* e *causa* nel campo delle qualificazioni del *dare* (ripetibile: *infra* in corrispondenza della nt. 36), rinvio ancora a PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 90 ss. e ntt. 76-79.

[17] Cfr. P. CERAMI, s.v. *Risoluzione (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 1290; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, 843 s. e 858. Sul versante civilistico cfr. E. BARGELLI, *Il Sinallagma rovesciato*, Giuffrè, 2010, 59 s.; R.E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2012, 40.

[18] Quanto alla prima classe di casi – quella del pagamento disposto per evitare che l'acquirente tenga un comportamento vietato – le fonti la concretizzano attraverso i seguenti esempi: *ne sacrilegium* / *furtum* / *iniuriam mihi facias*, *ne hominem occidas* (Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5 frr. 2 pr. e 4.2), *ne calumniae causa negotium*

per es. perché cerca di ottenere una sentenza di favore, oppure di sottrarsi alle conseguenze legali cui dovrebbe andare incontro per il fatto di essere stato colto in flagrante reato – allora la *datio* non si può ripetere mai [19].

Di nuovo a mo' d'inciso, aggiungeremo che quest'ultima regola – che si traduce nel diniego della *condictio* – si applica anche quando la (prima) prestazione ha di mira un risultato che è illecito solo dal punto di vista del *solvens.* Nelle fonti romane quest'ultima ipotesi si concretizza però solo col caso del pagamento fatto a una prostituta, e nemmeno con una valutazione unanime dei giuristi (oltre che dei romanisti) [20]. Si tratta perciò di

---

*facias* (ossia per astenersi dall'intentare a carico d'altri un giudizio calunnioso: Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.6 frr. 1 pr. e 5.1, su cui vd. meglio *infra* § 6). La seconda classe di casi – pagamento disposto affinché l'acquirente tenga un comportamento al quale sarebbe già di per sé obbligato – si riduce alle ipotesi del debitore che si faccia pagare per rendere un bene che dovrebbe comunque restituire sulla base di un titolo negoziale (deposito, comodato, *stipulatio*, legato *per damnationem*: Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5.2.1, Paul. 5 *ad Plaut.* D. 12.5.9, Ulp. 43 *ad Sab.* D. 27.3.5) oppure come conseguenza di un furto o di una situazione prossima al furto (Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 12.6.36, Diocl. – Maxim. CI. 4.7.6-7). A questo secondo gruppo di casi può assimilarsi l'ipotesi del ladro (o del complice) che, spacciandosi come persona informata dei fatti, si faccia pagare per dare indicazioni sul recupero della refurtiva (Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5.4.4). Un'ipotesi ulteriore doveva essere invece materia di *ius controversum*. Si tratta del caso di chi paghi il giudice affinché riconosca la ragione che ha (*ut secundum me iudex in bona causa pronuntiaret*). Ulpiano (26 *ad ed.* D. 12.5.2.2) ricorda che anche in questo caso esisteva un orientamento volto a riconoscere al *solvens* il diritto di recuperare il pagato (*est quidem relatum condictioni locum esse*: verosimilmente perché il pagamento poteva appunto essere inquadrato come sollecitazione di un atto che per il percettore, in quanto giudice, era comunque dovuto). D'altro canto, l'atto poteva pure essere letto come una compartecipazione del *solvens* alla illecita condotta del giudice, tanto più dopo l'intervento di una costituzione di Antonino Caracalla con la quale s'era stabilito di punire con la perdita automatica della lite colui che «diffidando di ricevere una giusta sentenza avesse affidato le proprie sorti processuali al potere corruttivo del denaro» (*diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposuerit*: Ant. CI. 7.49.1). È probabile perciò che Ulpiano concludesse in questo caso per l'irripetibilità del pagato, sulla base della regola che ci si appresta a esporre nel testo: cfr. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, cit.,* 847; in senso contrario CANNATA, *Istituzioni*, cit., II/2.111 nt. 332.

[19] L'ipotesi del pagamento eseguito *ut male iudicetur* è proposta in Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.5.3; quella dell'adultero *qui redemerit se* è invece illustrata in Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5.4 pr. (su cui vd. comunque meglio *infra* § 10). Alla prima ipotesi – dato il comune sfondo giudiziario – può essere avvicinato il caso di chi accetti del denaro per intentare a carico di un terzo un processo calunnioso (Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.6 frr. 1 pr. e 3.3, su cui vd. meglio *infra* § 6). Alla seconda ipotesi – trattandosi pur sempre di un pagamento effettuato per sottrarsi alle conseguenze penali delle proprie azioni – si può accostare il caso dell'*index* che venda a un ladro il proprio silenzio (Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5.4.1, Iul. 3 *ad Urs. Fer.* D. 12.5.5, sui quali vd. rispettivamente §§ 10 e 4). Casi ulteriori di *turpitudo utriusque* sono poi: quello del marito che accetti del denaro per permettere al terzo di giacere con la propria moglie (*uxorem promercalem habere*: Dioc. – Maxim. CI. 7.4.5); quello di chi paghi per potersi comunque congiungere con una persona al di fuori di una relazione matrimoniale o di concubinato legittima (*ob stuprum*: Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5.4 pr.; cfr. TH. A.J. MCGINN, *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome*, Oxford University Press, 1998, 190 e nt. 389); quello del *suffragator* che accetti denaro per interporre i propri uffici nell'assegnazione di una carica pubblica (Iul. CTh. 2.29.1, su cui vd. meglio *infra* § 5).

[20] L'ipotesi è esposta in Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5.4.3, dove si contrappongono la visione di Labeone e

un'ipotesi che possiamo lasciare sullo sfondo del nostro discorso [21].

Riassumendo, l'inquadramento tradizionale prospetta: una ripetibilità condizionata per il *dare ob rem honestam* (dove la condizione è rappresentata dall'inadempimento dell'*accipens*); una ripetibilità assoluta nel caso di *turpitudo accipientis dumtaxat*; una *retentio* parimenti assoluta nel caso di *turpitudo utriusque* [22].

[*b*] Detto della *datio ob rem*, si può passare alla questione ulteriore, che è quella della logica sottesa alle regole con cui si sanciva, a seconda dei casi, la ripetibilità o l'irripetibilità della *datio ob rem turpem*. È infatti a questo livello che la spiegazione proposta da Honsell e Carusi inizia a differenziarsi da quella canonica.

Il fatto che la *datio* segnata dalla *turpitudo* del solo *accipiens* si ripeta sempre, mentre quella segnata dalla *turpitudo* di entrambe le parti non si ripeta mai, viene di solito rappresentato come un regime appositamente elaborato per disciplinare il fenomeno delle dazioni illecite. Per Honsell e Carusi, invece, le cose non stanno esattamente così. A giudizio dei due autori, il regime ora descritto andrebbe piuttosto rappresentato come una convergenza tra norme ordinarie del *dare ob rem* e correttivi specifici; correttivi resi necessari dal fatto che la fattispecie del *dare ob rem* la sola cosa che richiedeva era che la prestazione corrisposta (per prima) fosse finalizzata a un certo risultato, indipendentemente dai contenuti, leciti o illeciti, del medesimo. Sarebbe stata insomma l'atipicità di

---

Marcello, da un lato e quella di Ulpiano, dall'altro lato. Per i primi il corrispettivo versato a una prostituta è irripetibile data la *turpitudo* di entrambe le parti. Per Ulpiano, invece, proprio la bassezza che connotava il generale stile di vita della meretrice escludeva che fosse disonesto da parte sua ricevere del denaro (*illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix*); di qui la conclusione che l'irripetibilità del corrispettivo andasse appoggiata sulla diversa *ratio* (rispetto all'opinione di Labeone e Marcello) che nel caso di specie a essere *turpis* fosse la sola condotta del cliente: *sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis*. Va tuttavia precisato che l'avversativa finale è stata sospettata – anche di recente (cfr. M.F. MEROTTO, *Il corpo mercificato. Per una rilettura del meretricio nel diritto romano*, in L. GAROFALO [a c. di] *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, II, Pacini, 2017, 274 ss.) – di essere il frutto di un intervento compilatorio inserito per amore di simmetria, allo scopo cioè di poter attribuire una concreta ipotesi alla casella della *turpitudo dantis dumtaxat*, delineata in via generale nella *divisio* dell'*ob rem dare* che apre il tit. D. 12.5, e di cui diremo *infra* al § 3.

[21] Per il perdurante confronto svolto sul passo da parte delle corti italiane, vd. comunque A. RINAUDO, *«Quod meretrici datur, repeti non potest». La nova ratio di D. 12.5.4.3 nella giurisprudenza italiana*, in F. ZUCCOTTI-M.A. FENOCCHIO (curr.) *A P. Zannini: Scritti di diritto romano e giusanticistici*, Led, 2018, 275 ss.

[22] Per la manualistica italiana meno recente basterà citare A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*[4], Utet, 1990, 503; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, 1990, 248 e 613; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*[2], Palumbo, 1994, 167 s. Per la manualistica più recente – la quale non sempre dedica però spazio al regime delle dazioni illecite – vd. A. CORBINO, *Diritto privato romano*[3], Cedam, 2014, 704 s. e soprattutto L. SOLIDORO, in A. LOVATO-S. PULIATTI-L. SOLIDORO, *Diritto provato romano*[2], Giappichelli, 2017, 577 s., nonché CANNATA, *Istituzioni*, cit. II/2.110 ss.

fondo della fattispecie a imporre di coordinarne le regole alla fenomenologia delle dazioni illecite; e questo coordinamento si sarebbe infine risolto nella previsione di due correttivi specifici e complementari.

Per vedere come funzioni in concreto il meccanismo immaginato da Honsell e Carusi, conviene partire da una delle fattispecie che si è soliti inquadrare come *turpitudo accipientis dumtaxat*, vale a dire che taluno versi del denaro per assicurarsi che il percettore si astenga da un determinato illecito, ad es. dall'ingiuriarlo. In base a quello che Honsell chiama la «Grundregel» e Carusi la «logica generale» del *dare ob rem*[23], la *condictio* sarebbe spettata soltanto *re non secuta*, ossia se il percettore avesse comunque ingiuriato la controparte. Dato tuttavia che nell'ipotesi opposta un'applicazione troppo rigorosa della fattispecie avrebbe significato avallare l'operazione, i giuristi si sarebbero risolti a correggerla, ammettendo anche in questo caso il ricorso alla *condictio*, e giustificandolo con la disonestà di cui la controparte aveva comunque dato prova, pretendendo di essere pagata.

Sul piano sistematico questo inquadramento non è senza conseguenze. Ad avviso di Honsell la *condictio ob turpem causam* sarebbe stata infatti ipostatizzata, come forma autonoma di ripetizione, soltanto dai Giustinianei, che l'avrebbero distinta dalla *condictio* cd. *ob rem dati re non secuta* per mezzo della creazione di due distinte rubriche, sia nel Digesto (D. 12.4, 12.5) sia nel Codice (CI. 4.6, 4.7). Alla ripetibilità delle prestazioni disposte *ob turpem causam* i giuristi classici avrebbero invece riconosciuto uno spazio piuttosto ridotto: essa era accordata (esclusivamente) *re secuta*, in relazione a una *datio ob rem* sulla quale stendeva il proprio velo la turpitudine del solo *accipiens*.

In modo pressoché speculare, sempre secondo lo studioso tedesco, i giuristi avrebbero formalizzato il diniego di *condictio* in cui invece incorreva colui che si fosse disposto alla *datio* per uno scopo turpe tanto quanto quello del percettore, ad es. per indurlo a commettere un omicidio. Ad avviso di Honsell, nei confronti dell'omicida la ripetizione sarebbe risultata preclusa già in linea di principio (trattandosi di una *res secuta*). Viceversa, la «Grundregel» del *dare ob rem* avrebbe aperto la strada alla *condictio* nell'ipotesi opposta (di *res non secuta*, di fronte a un omicidio non consumato, nel nostro esempio). Costretti ad aggiustare nuovamente lo schema, i giuristi si sarebbero perciò risolti a escludere la *condictio* anche per questa seconda ipotesi.

[*c*] Giunti a questo punto, resterebbe da muovere l'ultimo passo, andando alla ragione di questa seconda correzione e perciò al cuore della protostoria dell'art. 2035 cod. civ. (oltre che della norma corrispondente del *BGB*). A questo stadio le strade di Honsell e

[23] HONSELL, *Die Rückabwicklung*, cit., 88; CARUSI, *Contratto illecito*, cit., 70; *Illiceità*, cit., 500; *Le obbligazioni*, cit., 290.

Carusi tuttavia si separano, ed emerge – romanisticamente parlando – l'aspetto più innovativo delle tesi del civilista italiano.

Si sa che nei passi raccolti nella Compilazione giustinianea il divieto di ripetere la prestazione, quando col negozio *dans* e *accipiens* coltivino entrambi un obiettivo illecito, si basa su una motivazione che chiama in causa la poziorità del possesso. È il celebre adagio «*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*» [24]. Honsell non ha dubbi che si tratti di una motivazione calzante. A suo giudizio, la *causa* illecita priva il percettore di una *causa retinendi*, ma d'altro canto la controparte, anticipando il corrispettivo, ha comunque commesso anch'essa un illecito. L'una e l'altra parte si trovano insomma in posizioni equiparabili, creando uno stallo, giuridicamente, che impedisce di prendere posizione. È dunque una «Gleichgewichtsidee» – come lo studioso tedesco la definisce – che sta dietro la regola fissata dai giuristi romani [25].

Per Carusi, viceversa, basare il diniego della *condictio* sulla poziorità del possesso significa offrire una motivazione tautologica e nemmeno genuina, nel senso che a inserirla nei testi della giurisprudenza classica sarebbero stati soltanto i compilatori del *Corpus Iuris* [26]. Una volta rimasto senza una motivazione originale (se davvero si fosse trattato d'una interpolazione) e – aggiungeremmo noi – trovandosi comunque senza una motivazione appagante (data l'intrinseca tautologia imputata alla massima), lo studioso sceglie di attribuire alla regola romana quella che potremmo definire una motivazione latente. La regola che nega la *condictio* al *solvens*, che non si sia visto corrispondere la controprestazione illecita, «rivela l'attitudine a non incoraggiare l'esecuzione dell'*accipiens*» [27]. In altre parole, sapendo che l'ordinamento gli assicurerebbe comunque la *retentio*, e dunque la possibilità di trattenere il corrispettivo ricevuto in anticipo, il percettore perderebbe ogni interesse all'esecuzione del patto. Con il che sarebbe infine svelata la finalità già romana della regola. Assicurare all'*accipiens* una *retentio* incondizionata servirebbe indirettamente a scoraggiare la realizzazione di quegli atti illeciti per i quali il *solvens* ha incautamente pagato in anticipo [28].

Su questo piano, Carusi fa dunque segnare una singolare coincidenza tra il pensiero dei giuristi romani e quegli studi di analisi economica del diritto da cui viene la spiega-

---

[24] Per le fonti vd. *infra* § 8.

[25] HONSELL, *Die Rückabwicklung*, cit., 63.

[26] Vd. meglio *infra* in corrispondenza delle ntt. 51 e 53.

[27] CARUSI, *Contratto illecito*, cit., 71.

[28] Cfr. anche CARUSI, *Illiceità*, cit., 500: ««La nostra regola nasce (…) con l'obiettiva funzionalità di disincentivare il comportamento avuto di mira dal *tradens*, togliendo all'*accipiens* (…) ogni interesse ad osservarlo».

zione più recente della *ratio* dell'art. 2035 e delle omologhe regole europee. Come si è detto (§ 1), la tendenza attuale è di vedere queste disposizioni come espressione di un meccanismo di prevenzione degli illeciti: da un lato, perché tramite loro si toglierebbe all'*accipiens* ogni interesse di onorare la propria parte del patto; dall'altro lato – e parallelamente – perché il divieto di ripetizione dovrebbe funzionare come un disincentivo anche nei confronti del *solvens*, il quale, pagando in anticipo, sa che finirebbe per perdere il controllo della prestazione [29].

Sennonché, agli occhi di uno storico, questa coincidenza tra l'antico e la moderna analisi economica del diritto appare doppiamente singolare. Non è soltanto la circostanza che abbiamo ricordato in apertura, vale a dire che Carusi prenda le mosse da un inquadramento dogmatico del meccanismo dell'*ob rem dare* che sembra non corrispondere alle rappresentazioni di gran parte della manualistica del diritto privato romano (non solo italiana) [30]. Nel suo esito ultimo la tesi dello studioso colpisce soprattutto per il fatto che nei testi giuridici romani è rarissimo trovare delle soluzioni che risultino ispirate da calcoli di tipo economico (nel caso di specie basati sulla capacità della norma di condizionare il comportamento dei consociati) [31].

La tesi è insomma molto suggestiva e induce ad approfondirla da almeno due punti di vista. In primo luogo, è davvero nei termini ora riassunti che i giuristi romani inquadravano la fenomenologia del *dare ob rem turpem*? E in secondo luogo, quando essi dichiaravano irripetibile quanto prestato per una *turpitudo* reciproca, davvero lo facevano in

---

[29] Per un quadro ragionato di questo orientamento, comprensivo delle critiche rivoltegli, vd. ora PATTI, *«In pari causa turpitudinis»*, cit., 1545 ss. e ntt. 45-49.

[30] Va segnalato infatti che anche la romanistica tedesca non si è mostrata affatto unanime verso la ricostruzione di Honsell. Il più delle volte le adesioni si limitano infatti alla rappresentazione della *condictio ob turpem causam* come semplice correttivo delle regole dell'*ob rem dari*; correttivo chiamato in causa al solo scopo di consentire la ripetibilità *re secuta*: cfr. F. STURM, *Quod meretrici datur repeti non potes*t, in H.P. BENÖHR (hrg.), *Iuris professio. Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag*, Böhlau, 1986, 284 s. e in part. nt. 19; B. KUPISCH, s.v. *Arricchimento nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, I, Utet, 1987, 429 s. (il quale però, pur presentando la *datio ob turpem causam* come «un caso particolare della *datio ob rem*», aggiunge che la relativa *condictio* doveva comunque essere più antica della *condictio ob rem*); D. LIEBS, *The History of the Roman Condictio up to Justinian*, in N. MACCORMICK-P BIRKS (eds), *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Oxford University Press, 1986, 174; ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., 845; HARKE, *Das klassische römische Kondiktionensystem*, cit., 53 s. Anche nel manuale di TH. MAYER MALY, *Römisches Privatrecht*[2], Springer, 1999, 157, e soprattutto in M. KASER-R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*[19], Beck, 2008, 266, il regime della ripetibilità delle dazioni turpi continua a essere rappresentato nei termini consueti (vd. *supra* in corrispondenza della nt. 22).

[31] Vd. i risultati emersi nella XI edizione del *Cedant*, presentati ora in E. LO CASCIO-D. MANTOVANI (curr.). *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, Iuss Press, 2018; ivi (p. 793 ss.) soprattutto il bilancio stilato da D. MANTOVANI, *Inter aequum et utile. Il diritto come economia nel mondo romano*.

ragione di un'esigenza di prevenzione? Per rispondere, occorre naturalmente lasciare la parola alle fonti. Inizieremo dai (non molti) testi su cui l'*auctor* di Carusi ha poggiato la sua tesi (§ 3), per poi spiegare per quali motivi è necessario allargare lo sguardo (§§ 4-7). Dopodiché verremo alla radicalizzazione impressa dal civilista italiano, e alla sua messa in liquidazione della massima «*in pari causa turpitudinis repetitio cessat*» (§§ 8-10).

**3. –** La tesi di Honsell poggia su due testi. In via principale su un passaggio – per non dire un inciso – di un lungo brano di Paolo; di rincalzo su un rescritto di Diocleziano e Massimiano, in cui si legge un inciso coincidente.

Il brano di Paolo – da cui anche noi partiremo – consiste in un estratto degli *Ad Sabinum libri*, dal taglio fortemente sistematico. Proprio per questo i Compilatori del Digesto lo collocarono in testa al titolo dedicato alla *condictio ob turpem causam*, salvo poi inframmezzarlo con estratti dell'*Ad edictum* di Ulpiano, di cui non occorre qui dare conto [32].

> Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.5.1: *Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque.* [1] *Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est.* [2] *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest*.
>
> [D. 12.5.3] *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur* [33].

Nella prima parte dell'estratto (fr. 1 *pr.*), Paolo espone le varie categorie dell'*ob rem dare* attraverso una *diairesis* progressiva, scandita dalle formule che sarebbero divenute poi canoniche. A un primo livello sta per la verità una distinzione preliminare, tra *dare ob rem* e *dare ob causam*. Il *dare ob causam* esorbita tuttavia dal nostro discorso. Grazie

---

[32] Per una loro rassegna *per indicem* vd. comunque *supra* ntt. 18-19.

[33] «Tutto quel che si aliena, lo si aliena o per un risultato o per una causa, e per un risultato o turpe od onesto, e se turpe, o in modo tale che la turpitudine sia dell'alienante, non dell'acquirente, oppure che sia del solo acquirente oppure di entrambi. [1] Quanto dunque alienato per un risultato onesto si può ripetere esclusivamente a condizione che il risultato, in funzione del quale si è alienato, non venga conseguito. [2] Se invece vi sia stato un turpe motivo dell'acquirente, può ripetersi nonostante il risultato venga conseguito. [D. 12.5.3] Laddove vi sia poi di mezzo una turpitudine sia dell'alienante sia dell'acquirente, diremo che non si può ripetere: per es. se venga dato del denaro per giudicare con frode.

ad altri testi della Compilazione, si sa infatti che l'etichetta, quando non va presa semplicemente come sinonimo per *dare ob rem* [34], si riferisce a donazioni remuneratorie; cioè a prestazioni che proprio in quanto espressione di una *causa donandi* non si possono impugnare [35].

Fissata questa prima distinzione, la *diairesis* procede secondo le direttrici che conosciamo: il *dare ob rem* è distinto a seconda che la *res* sia *turpis* oppure *honesta*, e la prima sottoclasse ulteriormente ripartita a seconda che la *turpitudo* sia del solo *dans*, del solo *accipiens* o di entrambi i soggetti.

Delineate le singole classi, si passa al regime della ripetibilità. Abbandonando l'ordine adottato nella parte iniziale del passo (allo scopo di scomporre sempre e solo la prima classe individuata al livello precedente), Paolo procede giustapponendo innanzitutto il regime del *dare ob rem honestam* e delle dazioni segnate dalla *turpitudo* del solo *accipiens*. Nel primo caso (fr. 5.1) la prestazione si può ripetere «esclusivamente a condizione che il risultato, in funzione del quale si è alienato, non venga conseguito» (*ita … si res, propter quam datum est, secuta non est*). Nel secondo caso (fr. 5.2) la ripetizione è ammessa «nonostante il risultato venga conseguito» (*etiamsi res secuta sit*).

Proprio quest'ultima affermazione costituisce per Honsell la chiave per accedere a quel che i giuristi romani pensavano della fenomenologia complessiva del *dare ob rem* [36]. Grammaticalmente, una proposizione di tipo concessivo esprime un rapporto di causalità non rispettato; sicché la relazione che essa instaura con la proposizione principale, è opposta alla relazione che la proposizione principale instaurerebbe appunto con una subordinata causale. Applicato alle parole di Paolo, ciò vuol dire che l'affermazione "spetta la *condictio*, nonostante la *res s*ia *secuta*" è esattamente il contrario che dire "spetta la *condictio*, perché la *res* non è *secuta*".

È da questa premessa linguistica che deriva la conclusione di Honsell. Se Paolo, quando deve parlare delle conseguenze del *dare ob rem turpem*, affronta il problema soltanto per l'ipotesi della *res secuta* e, per di più, ammettendone la ripetibilità in forma meramente concessiva ("si può ripetere, nonostante il risultato sia stato conseguito"), significa che nell'ipotesi opposta – della *res non secuta* – la ripetibilità della dazione rap-

---

[34] Cfr. *supra* nt. 16.

[35] I testi in questione sono Pomp. *27 ad Q. Muc.* D. 12.6.52 e Paul 17 *ad Plaut.* D. 12.6.65.2; per la relativa esegesi rinvio a PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 94 ss.

[36] Cfr. anche C. SYKORA, *Die Kondiktionssperre des § 817 Satz 2 BGB. Eine Untersuchung zur Rückabwicklung gesetzes- und sittenwidriger Geschäfte im Lichte der jüngeren Rechtsprechung*, Tectum, 2011, 14 e nt. 53.

presentava ai suoi occhi la conseguenza del normale principio di causalità che governava il *dare ob rem* [37].

Nella visione propugnata dallo studioso tedesco, quando fosse mancata la controprestazione, Paolo non avrebbe insomma giudicato che il *dare ob rem turpem* fosse ripetibile in quanto turpe, ma in quanto *dare ob rem*; vale a dire, per il fatto in sé che non si fosse raggiunto lo scopo. E a rovescio, quando si arrivato (all'altezza del fr. 3) alla casella della *turpitudo utriusque*, e quando a proposito di quest'altra classe di casi si dice che la prestazione è irripetibile, il giurista si sarebbe riferito implicitamente al (solo) caso in cui la controparte non avesse eseguito la controprestazione attesa. E questo perché se la controprestazione fosse intervenuta, l'irripetibilità sarebbe discesa ancora una volta dai principi generali, ossia dal fatto che in caso d'adempimento non si può ripetere ciò che si è alienato in vista di una controprestazione [38].

Lo stesso modo di vedere, come si accennava, Honsell [39] trova che stia al fondo di un rescritto di Diocleziano e Massimiano. A questo secondo testo si potrebbe per la verità aggiungere un brano ulteriore di Paolo, non segnalato in questa connessione dallo studioso tedesco. In entrambi i testi la ripetibilità del *dare ob rem turpem* è predicata infatti con formule concessive, analoghe a quella che abbiamo appena commentato:

> Diocl. – Maxim. CI 4.7.4: *Quotiens accipientis, non etiam dantis turpis invenitur causa, licet haec secuta fuerit, datum condici tantum, non etiam usurae peti possunt* [40].

> Paul. 5 *ad Plaut.* D. 12.5.9 pr.: *Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, condictione me recte acturum responsum est: quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est* [41].

---

[37] Cfr. HONSELL, *Die Rückabwicklung*, cit., 83: «Dieser Satz» – vale a dire quella con cui, al fr. 5.1, Paolo esprime il regime del *dare ob rem* (*honestam*) – «leitet über zur ersten Besonderheit der *condictio ob rem*: In Abweichung von der Grundregel kann bei *turpitudo* (allein) auf seiten des Empfängers das Geleistete selbst dann zurückgefordert werden, wenn der bezweckte Erfolg eingetreten ist».

[38] Cfr. HONSELL, *Die Rückabwicklung*, cit., 85: «Ist das Delikt begangen, so hat der Leistende alles erreicht, für eine Kondiktion ist – entsprechend der Grundregel der *condictio ob rem* – kein Raum».

[39] *Die Rückabwicklung*, cit., 83 nt. 8.

[40] «Ogniqualvolta si rinvenga una turpe motivazione dell'acquirente, ma non dell'alienante, se anche la si sarà conseguita, oggetto di *condictio* può essere solo quanto alienato, senza che possano chiedersi anche gli interessi».

[41] «Per il caso in cui ti abbia dato in comodato vestiti da usare e poi ti versassi un prezzo per recuperarli, si è stabilito per responso che io potrei correttamente ricorrere alla *condictio*: difatti, per quanto si sia alienato in vista di un risultato e la motivazione si sia realizzata, tuttavia si è alienato turpemente».

**4. –** Detto del ragionamento di Honsell, possiamo venire alla critica. Una prima serie di osservazioni riguarda i testi che abbiamo appena discusso. Non c'è dubbio che Paolo, in due occasioni, e poi la cancelleria di Diocleziano descrivono la ripetibilità delle dazioni illecite avendo sempre come riferimento l'ipotesi di un accordo a cui il percettore ha dato esecuzione (dunque *re* / *causa secuta*). Ed è vero anche – ma si dovrebbe dire: soprattutto – che in tutti tre i testi, se si sottolinea la circostanza dell'intervenuto adempimento dell'*accipiens*, lo si fa per sottolinearne l'irrilevanza quanto al diritto del *solvens* di recuperare la *datio*. Da tutto ciò non discende però in modo univoco che l'ambito di applicazione della cd. *condictio ob turpem causam* si riducesse all'ipotesi tanto circoscritta, raffigurata dallo studioso tedesco. La cosa è presto detta per il primo testo di Paolo, mentre richiede un ragionamento più sottile per gli altri due.

Il tratto caratteristico di D. 12.5.1 è senz'altro l'ambizione di presentare un quadro sistematico (ancorché sintetico) dell'*ob rem dare* e delle regole correlate della ripetibilità. La sensazione è però che per esporre le conseguenze prima del *dare ob rem honestam* e poi della prima classe del *dare ob rem turpem* (*turpitudo accipientis dumtaxat*), Paolo si serva dello schema espositivo della *differentia*. In altre parole, una volta presentato il regime della prima classe di accordi (*res honesta*: dove la prestazione può ripetersi esclusivamente alla condizione che non segua la controprestazione), il regime della seconda classe (*res turpis* dal lato del percettore) è presentato focalizzandosi esclusivamente sulla differenza specifica; la quale differenza specifica stava appunto nel fatto che la prestazione, in questo secondo caso, si ripete indipendentemente dal fatto che sia intervenuta la controprestazione. Dunque, è vero che nel § 2 di D. 12.5.1 ci si serve di una proposizione concessiva, ma lo si fa per mantenere la simmetria del discorso impostato al § 1. Anche dal punto di vista sintattico, la simmetria dei due passaggi risalta chiaramente, dal modo in cui il loro autore coordina le protasi dei due periodi ipotetici: *ita … si* al § 1, *etiam si* al § 2 [42].

Per gli interventi raccolti sotto CI. 4.7.4 e D. 12.5.9 pr. una spiegazione del genere evidentemente non vale. I due testi non ambiscono infatti a offrire una sistematica dell'*ob rem dare*, ma si limitano a illustrare una certa soluzione giuridica, in risposta a un interrogativo sollevato sul punto. CI. 4.7.4, come si è detto, propone un rescritto, cioè

[42] Nello stesso senso, pur dando apparentemente meno peso alla scelta espositiva di Paolo, vd. anche R.A. MEYER-SPASCHE, *The Recovery of Benefits Conferred under Illegal or Immoral Transactions. A Historical and Comparative Study with particular emphasis on the Law of Unjustified Enrichment* (2002) (unpublished Ph.D. thesis, University of Aberdeen), consultabile all'indirizzo: https://core.ac.uk/download/pdf/176942.pdf.

una risposta imperiale; D. 12.5.9 pr. un responso giurisprudenziale (non importa se raccolto da Paolo o già dall'autore dell'opera che Paolo commentava, vale a dire Plauzio). Proprio in questa comune natura di fondo dei due interventi – nel presentarsi cioè entrambi come prese di posizione sollecitate da una domanda iniziale – si cela una chiave alternativa per spiegare, diversamente da Honsell, perché in entrambi i casi si parli delle dazioni estorte dall'*accipiens* come di un qualcosa che il *solvens* ha il diritto di ripetere a prescindere dall'integrarsi della controprestazione (*licet* / *quamvis causa secuta sit*).

Il dato da cui occorre partire, a questo proposito, è che il contenuto tanto di un rescritto quanto di un responso può facilmente dipendere dal modo in cui l'interrogante ha prospettato la questione su cui desiderava avere risposta. Nel sottolineare che la prestazione eseguita dall'*accipiens* non incide sul diritto del *solvens* di recuperare la propria, non è perciò detto che i due testi sottolineassero il profilo evidenziato da Honsell, vale a dire che in questa sua particolare applicazione la *condictio* serviva (soltanto) a correggere una disfunzione dello schema sinallagmatico dell'*ob rem dare*. Una spiegazione altrettanto plausibile è che il dubbio, se l'equilibrio sinallagmatico non meritasse di essere rispettato anche in casi come questi, fosse stato sollevato per primo proprio dall'interrogante. La replica – espressa tanto nel rescritto, quanto nel responso – è appunto che la ripetizione di quanto dato *ob rem turpem* compete nonostante la controprestazione.

A conferma di questa prospettiva mi sembra si possa addurre un ulteriore intervento giurisprudenziale, ripreso nel Digesto:

> Iul. 3 *ad Urs. Ferocem* D. 12.5.5 pr.: *Si a servo meo pecuniam quis accepisset, ne furtum ab eo factum indicaret, sive indicasset sive non, repetitionem fore eius pecuniae Proculus respondit*[43].

Il testo consiste di nuovo in un responso, questa volta di Proculo, raccolto e rilanciato da Giuliano. Il caso nasce dalla condotta di uno schiavo che versa del denaro per evitare di essere indicato come autore di un furto (*ne furtum ab eo factum indicaret*). Se all'operazione non avesse partecipato un soggetto *alieni iuris*, la *condictio* certamente sarebbe risultata preclusa, perché chi paga per assicurarsi l'impunità da un delitto si comporta in modo turpe, tanto quanto colui che accetta un simile pagamento[44]. In questo caso, tuttavia, il fat-

[43] «Per il caso che uno prendesse del denaro da uno schiavo di mia proprietà, allo scopo di non denunciare il furto da lui commesso, Proculo ha stabilito con responso che quel denaro sarebbe ripetibile, a prescindere che (l'accipiente) avesse denunciato oppure no».

[44] Cfr. Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5.4.1, *infra* § 10.

to che il denaro appartenga in definitiva al padrone del *solvens* e che questi risulti estraneo all'intesa, permette di valutare diversamente l'accaduto, come se la condotta turpe, considerate le parti in causa, fosse solo quella del percettore, convenuto con la *condictio*[45].

Ai nostri fini, il punto saliente dell'intervento di Proculo risiede nella precisazione finale del brano, quando si osserva che al proprietario del *solvens* la ripetizione compete tanto che l'*accipiens* abbia denunciato lo schiavo, quanto che non l'abbia fatto (*sive indicasset sive non*). A differenza di D. 12.5.9 pr. e di CI. 4.7.4, l'impiego della *condictio* non è presentato qui in forma concessiva, ma il senso di fondo non cambia. La differenza – che rende ragione della diversa costruzione sintattica – è che in quest'ultimo caso chi ha posto il quesito non doveva disporre di dati certi in ordine all'adempimento dell'*accipiens*. Per questo (sul punto in questione) gli si risponde che l'intervento della controprestazione costituisce un dato comunque irrilevante ai fini della ripetizione.

Èinsomma guardando al contesto della *disputatio fori* che può essere inquadrata un'affermazione come quella che si legge in chiusura di D. 12.5.5 pr., così come quelle parallele di D. 12.5.9 pr. e CI. 4.7.4. A chi domandava (o prospettava) se le regole dell'*ob rem dare* precludessero la ripetizione, una volta intervenuto l'adempimento dell'*accipiens*, si trattava di rispondere che così non è, dato che nel caso del *dare ob rem turpem* l'adempimento costituisce un dato superfluo.

Oltre a offrire una sponda per l'interpretazione di D. 12.5.9 pr. e CI. 4.7.4, la testimonianza di Proculo (e Giuliano) mi pare però che proietti una luce critica sulla tesi di Honsell anche da un secondo punto di vista. L'affermazione che la ripetizione compete sia che la controparte abbia corrisposto a sua volta la prestazione (*sive indicasset*) sia che non l'abbia fatto (*sive non*) si può conciliare con la tesi dello studioso tedesco solo concedendo che Proculo sottintendesse che la *condictio* spettava nel primo caso *ob turpem causam* e nel secondo *re non secuta*. Questa interpretazione del testo è tuttavia la meno economica. Più semplice è pensare che il giurista guardasse alla ripetibilità della prestazione attraverso un'unica lente – quella della *turpitudo*, appunto – e che fosse la lente in questione a rendere irrilevante se la controprestazione dell'*accipiens* fosse intervenuta o meno. Ed in effetti, se ci si sposta, come subito faremo, fuori dalle *sedes* specifiche della *condictio ob turpem causam* previste dai Compilatori (D. 12.5, CI. 4.7), questa sensazione si fa, via via, più consistente.

---

[45] Sul punto – specie per le ragioni che escludono che quella propugnata da Proculo fosse un'applicazione della *condictio ex causa furtiva* – seguo l'esegesi di D. DAUBE, *Turpitude in Digest 12.5.5* (1986) ora in *Collected Studies in Roman Law*, II, Klostermann, 1991, 1403 ss. Sul pt. vd. ora anche E. METZGER, *Quare? Argument in David Daube after Karl Popper*, in *Roman Legal Tradition*, 2004, 52 ss.

**5. –** Nel 326 la cancelleria di Giuliano l'Apostata varava un editto – pervenutoci per il tramite del Codice Teodosiano – volto ad arginare la mala pratica delle raccomandazioni volte a fare assegnare le cariche pubbliche a prescindere dal merito dei candidati. Nello specifico si trattava di stabilire se una volta che il *suffragator* si fosse fatto pagare, per il suo intervento, il raccomandato potesse ripetere la prestazione. Tenendo fede al programma enunciato due anni prima, al momento di essere proclamato *Augustus*[46] e spinto forse anche da una serie di cause portate nel frattempo davanti al suo stesso tribunale[47], l'imperatore introduce la decisione nei seguenti termini:

> Imp. Iulianus ad populum, CTh. 2.29.1 (prima parte): *Foedis commentis, quae bonorum merito deferuntur, quidam occupare meruerunt et quum meruissent in republica quolibet pacto versari, repetendam sibi pecuniam, quam inhoneste solverant, imprudentius atque inhonestius arbitrantur*[48].

Le parole riportate introducono una dura presa di posizione dell'Imperatore, il quale, nella parte propriamente dispositiva della costituzione statuisce tre cose: [*a*] che alle persone che (malamente) pretendono la restituzione del denaro versato vanno assimilati coloro che si siano reimpossessati unilateralmente dei beni alienati ai *sollecitatores*; [*b*] che a chi ha pagato è preclusa ogni facoltà di ripetizione, mentre chi è rientrato in possesso

---

[46] Cfr. Amm. 20.5.7: *Ut autem rerum integer ordo servetur, praemiaque virorum fortium maneant incorrupta, nec honores ambitio praeripiat clandestina, id sub reverenda consilii vestri facie statuo, ut neque civilis quisquam iudex nec militiae rector, alio quodam praeter merita suffragante, ad potiorem veniat gradum, non sine detrimento pudoris eo, qui pro quolibet petere temptaverit discessuro* («Ma affinché l'ordine si mantenga intatto e le ricompense dei valorosi non divengano oggetto di corruzione, né intrighi clandestini portino ad usurpazione di cariche, stabilisco, alla presenza della nostra venerabile assemblea, che nessun governatore civile né comandante militare raggiunga un grado superiore con appoggi che non siano i suoi meriti; e chiunque cercherà di ottenere per qualcuno un beneficio, non se la caverà senza vergogna» [trad. M. Caltabiano]). Dell'editto programmatico – riportato dallo storico – Giuliano avrebbe dato lettura nel 360, a *Lutetia Parisiorum*, davanti alle truppe galliche in rivolta. C'è tuttavia chi ne posticipa la promulgazione di due anni, tra l'altro proprio per la convergenza di motivi con il provvedimento del 362 (CTh. 2.29.1) che segue nel testo: cfr. A. MARCONE, *La corruzione nella tarda antichità*, in *RSA*, 2006, 118. Per un inquadramento dei predecessori di Giuliano verso il *suffragium*, vd. J. DEN BOEFT, et al., *Philological and Historical Commentary on Ammianus Marcellinus' Res Gestae*, XX, Brill, 1987, 124 ss.

[47] Cfr. Amm. Marc. 22.6.1-5; che i fatti narrati dallo storico possano aver concorso alla promulgazione dell'editto del 362, si può tuttavia ammettere solo attribuendo ad Ammiano una conoscenza non perfetta dell'editto in questione: cfr. J. DEN BOEFT, et al., *Philological and Historical Commentary on Ammianus Marcellinus'Res* Gestae, *X*XII, Brill, 67.

[48] «Con espedienti vergognosi alcuni si sono sistemati in posti che spetterebbero alle persone che lo meritano e, dopo aver preso possesso della carica pubblica grazie a una qualche pattuizione, si credono in diritto di riavere il denaro che avevano versato in modo disonesto, con ancora più imprudenza e disonestà».

del bene alienato lo dovrà restituire; [*c*] che una somma ulteriore, corrispondente all'importo della dazione, sarà devoluta in ogni caso al fisco, a mo' di sanzione [49].

Ai fini del nostro discorso ciò che rileva dell'editto di Giuliano non è tanto il regime che abbiamo succintamente richiamato, quanto il modo in cui nel prologo viene presentata la situazione che ha provocato il duro intervento imperiale. Contro chi si dirige l'invettiva di Giuliano? Parafrasandola, contro quelle persone che, dopo aver brigato e ottenuto col denaro cariche che si sarebbero dovute assegnare guardando unicamente ai meriti degli aspiranti, si sono convinti, in modo ancora più sconsiderato e disonesto, di poter ripetere quanto pagato.

Ora, chi volesse applicare le nomenclature di Honsell alla fattispecie evocata dalla cancelleria imperiale, dovrebbe concludere di essere in presenza di un'intesa che non solo sottintende una *turpitudo utriusque* (di chi solleciti e di chi accetti di suffragare per denaro [50]), ma che anche ha avuto piena esecuzione (avendo ottenuto il sollecitante l'ufficio cui ambiva). Tuttavia – ed è appunto questo l'aspetto significativo, che mina l'impianto dello studioso tedesco – per dire che versato al *suffragator* non si può ripetere, l'editto di Giuliano non si rifà alla presunta regola base dell'*ob rem dare* (vale a dire il conseguimento dello scopo). A interessare è soltanto l'aspetto illecito e riprovevole dell'accaduto, sul quale s'insiste calcando particolarmente la mano sulla condotta complessiva degli attori, ai quali viene imputato dapprima d'aver stretto intese illecite, poi d'aver dato loro esecuzione, versando denaro *inhoneste*, e infine, con disonestà (e sconsideratezza) ancora maggiore, di aver preteso di quel denaro la restituzione.

Certamente è vero che la costituzione trasuda di un'enfasi morale che manca agli scritti giurisprudenziali (i quali, per esempio, non bollano mai la pretesa di ripetere i pa-

---

[49] CTh. 2.29.1 (seconda parte): *Alii etiam, quae tunc donaverant vel potius proiecerant ob immeritas causas, invadenda denuo crediderunt. Sed quia leges Romanae huiusmodi contractus penitus ignorant, omnem repetendi eorum, quae prodige nefarieque proiecerunt, copiam prohibemus. Qui itaque repetere nititur vel repetiisse convincitur, et, quod dedit, apud suffragatorem eius manebit vel extortum restituet, et alterum tantum fisci viribus inferre cogatur* («Altri hanno poi pensato di poter tornare ad aggredire i beni che a suo tempo avevano donato, se non proprio svenduto per motivi ingiustificati. Atteso però che le leggi romane non contemplano affatto contratti di questo tipo, proibiamo qualsiasi facoltà di ripetizione di quanto gettarono con troppa leggerezza e scelleratezza. Pertanto, chiunque tenti di agire in giudizio per la ripetizione, o che sia provato aver ripetuto, sappia che non solo resterà al raccomandante quel che diede o che comunque restituirà quanto estorto, ma anche che altrettanto sarà costretto a versare al personale del fisco»).

[50] Nonostante il testo dell'editto insista in particolare sulla bassezza dei sollecitanti, contro i quali il provvedimento del resto si dirige, è implicito che agli occhi del sovrano fosse da biasimare la condotta stessa dei *sollecitatores*. In questo senso, basti considerare che nell'editto programmatico del 360/362 (supra nt. 46) la minaccia per chi si fosse attentato a fare da mediatore era di svergognarlo (*non sine detrimento pudoris, eo qui pro quolibet petere temptaverit*: «non senza macchiarsi di vergogna per chi si sarà attentato d'intercedere per chiunque altro»).

gamenti illeciti come una disonestà ancora maggiore dei pagamenti stessi). Ma non è questo un buon motivo per non riconoscere, come già aveva riconosciuto J. Godefroy nel suo monumentale commento al Codice Teodosiano, che la sostanza del criterio normativo adottato dalla cancelleria imperiale è la stessa delle fonti classiche: chi ha pagato per un suo obiettivo illecito, non può pretendere che gli sia restituito il denaro [51].

Se dunque lo si accosta alle nomenclature di Honsell, la sensazione è che l'editto di Giuliano sconfessi l'idea che la regola «*in pari causa turpitudinis repetitio cessat*» costituisse una regola residuale, chiamata in causa solo quando il *solvens* cercava di recuperare una propria prestazione illecita, giustificandosi con l'inadempimento di controparte. La fattispecie – giova ribadirlo – è in questo caso quella di una *res secuta*, ma per negare la *condictio* l'imperatore non si richiama affatto alla logica dello scambio. Il suo editto non dice che non si può ripetere quanto pagato ai *sollecitatores* perché l'obiettivo è stato raggiunto. Quel che si dice è che la dazione è disonesta, ed ancor più disonesto è chiederne la restituzione.

**6. –** Per completare la verifica delle nomenclature proposte da Honsell – e passare perciò dalla casella della *turpitudo utriusque* a quella della *turpitudo accipientis dumtaxat* – possiamo tornare alla Compilazione giustinianea e alla letteratura giurisprudenziale. Il brano che ci accingiamo a presentare proviene infatti dall'*Ad edictum* di Ulpiano, pur se non si riferiva all'analisi specifica della *condictio*. Il discorso prende infatti le mosse dall'*actio in factum de calumniatoribus*, un'azione che non ha corrispondenze nel diritto civile odierno e della quale è perciò opportuno precisare quali fossero le caratteristiche principali, prima di passare alla porzione del commento del giurista severiano che specificamente interessa.

L'azione a carico dei *calmunniatores* era un'azione penale pretoria. Essa sanzionava, in particolare, chi si fosse fatto pagare «per condurre o per astenersi dal condurre un giudizio calunnioso» (come si esprimeva l'editto: *in eum qui, ut negotium faceret vel non*

[51] Cfr. *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis Jacobi Gothofredi*, I, apud Weidmanno, 1736, 253 s., *ad* CTh. 2.29.1; si tratta, come è noto, della ristampa all'*editio postuma* del 1665. Nella (copiosa) letteratura contemporanea il punto è stato ben ripreso soprattutto da C. COLLOT, *La pratique et l'institution du suffragium au Bas-Empire*, in *RHD*, 1965, 195 ss.; D. LIEBS, *Ämterkauf und Ämterpatronage in der Spätantike*, in *ZSS*, 1978, 180 s.; N. HAYASHI, *Il suffragium dell'imperatore Giuliano e di Teodosio I*, in *AARC*, 1995, 463 s.; B. MALAVÉ OSUNA, *Suffragium: un crimen publicum en la frontera de la legalidad*, in *SDHI*, 2003, 312 ss. In senso contrario vd. M.U. SPERANDIO, *Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Jovene, 1998, 211 ss., con la bibl. citata alle ntt. 66 e 71.

*faceret, pecunia accepisse dicetur*)[52]. Il convenuto era punito per il solo fatto di avere accettato o preteso il denaro, indipendentemente dall'esito dell'intesa (*sive fecit sive non fecit.,* come chiosa Ulpiano, a proposito di colui che si fosse fatto pagare per promuovere il giudizio calunnioso ai danni di un terzo)[53]. Inoltre, legittimata attiva alla pena era sempre la vittima (dunque anche solo potenziale) della calunnia, sia che avesse pagato essa stessa (o altri per lei) allo scopo di evitare il giudizio, sia che il pagamento fosse stato fatto da un terzo in suo danno (cioè per indure il percettore alla calunnia)[54]. Infine, la pena in cui incorreva il *calumniator* era di importo variabile: nel quadruplo di quanto ricevuto, se non era decorso il termine annale di decadenza delle azioni penali pretorie (computato dal momento in cui fosse stato possibile esperirle); nei limiti dell'arricchimento iniziale (*in id quod ad eum pervenit*), se il termine in questione era scaduto[55].

La porzione del commento di Ulpiano su cui dovremo concentrare la nostra attenzione riguardava il concorso – determinato dalle ragioni che diremo – tra l'*actio de calumniatoribus* e la *condictio*. Sul piano pratico il problema era di stabilire se il concorso dovesse essere elettivo, cumulativo, oppure da regolare in forma ibrida, nel senso di accordare l'azione penale nel triplo, anziché nel quadruplo, se si fosse già esperita la *condictio*, in modo da dedurre dalla pena la porzione recuperata nel primo giudizio. Ulpiano opta per la prima soluzione (concorso elettivo) e su questa base chiude questa frazione del commento con il seguente corollario: (data la coincidenza del *petitum*) nel caso in cui competa la *condictio*, non vi è necessità di accordare la variante *in simplum* dell'*actio de calumniatoribus*, prevista dall'editto oltre il termine annale[56].

---

[52] Per la ricostruzione dell'editto vd. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*: *Ein Versuch Zu Dessen Wiederherstellung*[3], Tauchnitz, 1927, 106 ss. Non è possibile discutere in questa sede le due proposte ricostruttive più recenti di J. GARCIA CAMIÑAS, *Ensayo de reconstrucción del título IX del edicto perpetuo: de calumniatoribus*, Monografias de Universidade Santiago de Compostela, 1994, 116-122 e R. DOMINGO, *¿Existió un título IX De calumniatoribus en el Edicto del pretor*?, in *SDHI*, 1994, 637 ss.

[53] Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.6.3.1.

[54] Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.6.3.3.

[55] Cfr. LENEL, *Das Edictum Perpetuum,* cit. 106 e nt. 9; per il computo del termine cfr. Gai 4 *ad ed. prov.* D. 3.6.6.

[56] Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.6.5.1 (seconda parte): *Quare si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio, an vero in triplum danda sit? an exemplo furis et in quadruplum actionem damus et condictionem? sed puto sufficere alterutram actionem. ubi autem condictio competit, ibi non est necesse post annum dare in factum actionem* («Ragion per cui, se si sarà esercitata la *condictio* quest'altra azione viene meno del tutto o va accordata nel triplo? Oppure ancora, analogamente al caso del ladro, accordiamo sia l'azione nel quadruplo sia la *condictio*? La mia opinione è però che basti l'una o l'altra azione, e che poi, quando compete la *condictio*, non occorra accordare oltre il termine annale l'azione *in factum*»). La congruenza logica del testo evita di dover adottare la complessa riformulazione proposta da J. GARCIA CAMIÑAS, *La acción edictal de calumnia al cuádruplo*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2001, 361 s.

Il punto successivo, affrontato dal giurista, è la conseguenza logica del fatto che l'azione penale competeva, come si è detto, in due casi, e cioè quando il *calumniator* si fosse fatto pagare per calunniare un terzo oppure per astenersi dal calunniare il *solvens*. Ulpiano doveva perciò precisare se il concorso con la *condictio* si desse in entrambe le ipotesi. E sono proprio le parole, usate dal giurista per introdurre il punto, a rivelare tutta la tensione tra il modo di vedere che verosimilmente le ispira e quello che gli schemi di Honsell vorrebbero attribuire ai giuristi romani:

> Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.6.5.1 (prima parte): *Sed etiam praeter hanc actionem condictio competit, si sola turpitudo accipientis versetur: nam si et dantis, melior causa erit possidentis* [57].

A fare da sfondo alle parole di Ulpiano è una considerazione direi quasi banale. È come se si volesse avvertire il lettore che, delle due ipotesi in cui è accordata l'*actio de calumniatoribus*, l'una realizza una *turpitudo accipientis dumtaxat*, mentre l'altra una *turpitudo utriusque*. Il che è piuttosto ovvio. Quando il *solvens* paga per evitare di essere trascinato in una causa temeraria, la *turpitudo* è in effetti soltanto del percettore. Viceversa, se la persona è pagata per trascinare nella lite temeraria un terzo, la *turpitudo* è pure del *solvens*. Per questo – è la conclusione di Ulpiano – solo nel primo caso può porsi la questione di un concorso con la *condictio*, dal momento che nel secondo caso la ripetizione sarebbe preclusa dalla regola che in presenza di una *turpitudo utriusque* premia il possessore.

Se l'affermazione in questione, tutto sommato scontata, si rivela preziosa per giudicare della bontà delle tesi di Honsell, è a causa del secondo dettaglio relativo all'*actio de calumniatoribus* di cui prima si diceva. Al *calumniator* la pena era cioè comminata per il solo fatto di aver ricevuto il denaro, senza badare se la lite temeraria fosse stata poi effettivamente ingaggiata. Ebbene, lo stesso valeva per la *condictio*, nel senso che anche dal punto di vista della *condictio* era indifferente se l'*accipiens* avesse poi onorato l'impegno (astenendosi dall'intentare la lite contro il *solvens*) oppure no.

Questa circostanza – indifferente per l'esercizio dell'una come dell'altra azione – non è però indifferente per lo schema nomenclatorio di Honsell. E non lo è, perché lo schema in questione vorrebbe che il *calumniator* rispondesse con la *condictio* sulla base di due titoli alternativi: "*re non secuta*", quando abbia intascato il denaro e si sia rimangiato poi le parole; "*ob turpem causam*", quando abbia onorato l'accordo.

---

[57] «Oltre a questa azione compete però anche la *condictio*, purché di mezzo ci sia una turpitudine del solo acquirente: difatti, se (ve ne sia) pure dell'alienante, prevarrà la condizione di possessore».

Non sarà però sfuggito che Ulpiano non fa affatto questa distinzione. Dalla sua prosa risulta che il *solvens* ha il diritto di recuperare il pagamento per il fatto in sé che l'acquisto dell'*accipiens* è un acquisto turpe. Perciò, delle due l'una. O si concede che il giurista, al momento d'introdurre il tema del concorso con la *condictio*, si sia dimenticato di precisare che l'*actio de calumniatoribus* concorreva con entrambe le forme di ripetizione (ossia, in un caso, con la *condictio* c.d. *ob rem dati re non secuta* e, nell'altro caso, con la *condictio ob turpem causam*), oppure non resta che ammettere che ai suoi occhi il tipo di *condictio* che si affiancava all'*actio de calumniatoribus* era sempre lo stesso: si trattava cioè di una *condictio* fondata sulla disonestà (nel caso imputabile al solo percettore) e prescindeva dal fatto che costui avesse o meno tenuto fede al suo impegno.

**7. –** Le considerazioni svolte nei §§ precedenti dimostrano che l'inquadramento proposto a suo tempo da Honsell, per descrivere il regime della (ir)ripetibilità delle dazioni illecite, non corrisponde fino in fondo allo spirito delle soluzioni romane. Non è vero che quella che si usa denominare *condictio ob turpem causam* fosse una forma di ripetizione chiamata in causa al solo scopo di evitare che un percettore disonesto si riparasse dietro le regole del *synallagma* e pretendesse perciò di trattenere la prestazione ricevuta dal *solvens* quando avesse corrisposto la propria. E non è vero, a rovescio, che la regola che si usa riassumere nel brocardo «*in pari causa turpitudinis repetitio cessat*» fosse chiamata in causa al solo scopo di evitare che un *solvens*, parimenti disonesto, invocasse le regole del *synallagma* per recuperare la prestazione anticipata, quando la controparte non avesse corrisposto a sua volta. Gli ultimi due testi analizzati – il passo di Ulpiano e l'editto di Giuliano – smentiscono questa rappresentazione.

Di fronte a dazioni che presuppongono scambi evidentemente illeciti (nel caso discusso da Ulpiano: con una illiceità rimproverabile al solo *accipiens*, nella fattispecie disciplinata da Giuliano: ad entrambe le parti), né il giurista né l'imperatore mostrano di prendere in minima considerazione la logica dello scambio. Nessuno dei due attribuisce importanza al fatto se la *res*, la controprestazione, sia o meno intervenuta; né si dice che lo scopo delle soluzioni propugnate è d'introdurre dei correttivi per rimediare alle aberrazioni che la logica dello scambio potrebbe comportare in dati casi.

Grazie agli interventi riprodotti in D. 3.6.5.1 e in CTh. 2.29.1 si delinea dunque meglio quel che da un testo come D. 12.5.5 si poteva intuire soltanto. Nel modo di rappresentare le cose dei giuristi romani, per giudicare della ripetibilità di una prestazione, l'aspetto determinante non è se l'obiettivo turpe, cui la prestazione è legata, sia stato o

meno raggiunto; l'essenziale è appunto che l'obiettivo sia riprovevole. Il che è come dire che agli occhi della giurisprudenza la *turpitudo* impronta di sé l'accaduto, facendo passare in secondo piano ogni altra qualificazione che pure potrebbe astrattamente concorrere al fine di ammettere o di negare la *condictio*.

È da questo punto di vista che si spiega nel modo più piano per quale ragione i giuristi sentano molto raramente l'esigenza di precisare se la controprestazione illecita, che ci si attendeva dal percettore, sia intervenuta o meno. Quando s'incontra questo genere di precisazione, o si ha a che fare con affermazioni dettate per spirito sistematico (come avviene in D. 12.5.1.2, dove si tratta di esprimere *per differentiam* la distanza della *condictio* cd. *ob rem dati* dalla *condictio ob turpem causam*), o si ha a che fare con affermazioni sollecitate dalla *disputatio fori* (come in D. 12.5.9 pr. o in CI. 4.7.4, dove si tratta di neutralizzare l'argomento che l'esecuzione della controprestazione dà comunque diritto all'*accipiens* di trattenere la prestazione estorta).

Al di fuori di situazioni di questo tipo, i giuristi normalmente tacciono della questione. E ne tacciono perché dal loro punto di vista ciò che rileva, ai fini della *repetitio*, è unicamente che l'intesa sia turpe. È questa circostanza che a seconda dei casi fonda o esclude la *condictio*: quando esecrabile sia soltanto la condotta dell'*accipiens*, il pagamento si ripete sempre, senza badare se la controprestazione attesa dal percettore sia intervenuta o meno (come è detto in D. 12.5.5); quando esecrabile sia anche la condotta del *solvens*, non si ripete mai.

**8. –** Caduta la parte discussa della tesi di Honsell, cade di conseguenza quanto Carusi ha attribuito all'esperienza romana derivandolo direttamente dallo studioso tedesco. Resta ora da vedere che cosa debba dirsi del resto dell'innovativo affresco realizzato dal civilista di Genova. Come si è avvertito all'inizio del saggio (§§ 1-2), per quest'altra parte la curiosità sta nel sapere se abbia ragione Carusi ad attribuire alla regola romana della irripetibilità delle dazioni illecite una *ratio* non dissimile da quella che l'analisi economica del diritto ha finito per attribuire all'art. 2035 del Codice civile (e alle disposizioni e ai principi omologhi riconosciuti in altri paesi europei).

La *ratio* in questione, come si è anticipato, sarebbe quella della prevenzione. «La nostra regola» – scrive infatti Carusi, riferendosi all'esperienza romana – «nasce (…) con l'obiettiva funzionalità di disincentivare il comportamento avuto di mira dal *tradens*, togliendo all'*accipiens* (…) ogni interesse ad osservarlo» [58]. Se l'autore parla di «obiettiva

[58] CARUSI, *Illicità*, cit., 500; sostanzialmente negli stessi termini ID., *Le obbligazioni*, cit., 290 s.

funzionalità», è perché la *ratio* indicata trascende quanto esprimono le fonti romane, la cui spiegazione della regola della *retentio* è ben diversa. Di quest'ultima Carusi però si libera con un giudizio tranchant. «La compilazione giustinianea» – dunque gli artefici di Digesto e Codice, non la giurisprudenza classica – «consegna la *retentio* ai posteri offrendone una spiegazione puramente tautologica: *melior est condicio possidentis*» [59].

Per rendere più spedita la verifica della tesi del civilista genovese, giova precisare che tra le due asserzioni, di cui essa si compone, corre una sorta di consequenzialità. Intendo dire che in tanto potrà credersi che i giuristi romani vedessero nella regola della *retentio* uno strumento creato in funzione dissuasiva, ossia per dissuadere i consociati dallo stringere accordi illeciti, in quanto si escluda che risalga ai giuristi stessi la (diversa) spiegazione che si legge nei loro interventi raccolti nella Compilazione giustinianea. Il rapporto tra le due asserzioni permetterà di concentraci sulla sola premessa del ragionamento, senza affrontarne la conclusione; tanto più che, prima di poterla accettare, quest'ultima andrebbe comunque calata entro la più generale questione della teorizzazione romana sulla funzione dissuasiva della pena [60].

Concentrandoci dunque sulla sola prima parte del ragionamento, va detto che essa si espone a due ordini di rilievi, di metodo e merito. Sul piano del metodo va rilevato anzitutto che Carusi risolve il problema della manipolazione giustinianea limitandosi a richiamare un lavoro giovanile di Arnaldo Biscardi [61], nel quale si sosteneva la fattura compilatoria di tutta la seconda parte di Paul. 3 *quaest.* D. 12.5.8 [62]. Il passo in questione

---

[59] *Ibidem*.

[60] Sul tema vd. in prima approssimazione O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Edizioni AV, 1992, 255 ss., (con bibl.), A. WACKE, *Le finalità della sanzione penale nelle fonti romane*, in *Index*, 37, 2009, 137 ss.; B. SANTALUCIA, *Metu coercendos esse homines putaverunt. Osservazioni sulla funzione della pena nell'età del Principato*, in A. CALORE-A. SCIUMÈ (curr.), *La funzione della pena in prospettiva storica ed attuale*, Giuffrè, 2013, 15 ss.

[61] CARUSI, *Illiceità*, cit., 500 nt. 12; ID., *Le obbligazioni*, cit., 291 nt. 718. Lo scritto citato di Biscardi – *Sul negozio giuridico illecito: turpitudo utriusque*, in *Foro it.*, 1938, 357 ss. – esponeva in una prospettiva più circoscritta lo scritto coevo *Ancora in tema di collisione*, in *SDHI*, 1938, 493 ss.

[62] Paul. 3 *quaest.* D. 12.5.8: *Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen si solveris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitudo, superesset: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est.* («Se ti sarai impegnato con una stipulazione in favore di Tizio sulla base di una motivazione turpe, per quanto tu lo possa respingere, se chiede l'adempimento, con l'eccezione di dolo o con una eccezione modellata sul fatto, tuttavia, se avrai pagato, non potrai ripetere, per il fatto che una volta caduta la causa prossima, rappresentata dalla stipulazione, la quale sarebbe priva d'effetti a causa dell'eccezione, comunque rimarrebbe la causa remota, ossia la turpitudine; d'altra parte, se vi sia una turpe motivazione in capo sia all'alienante sia all'acquirente, è migliore la condizione di possessore e pertanto

è in effetti l'unico del titolo del Digesto dedicato alla *condictio ob turpem causam* in cui si citi la massima della prevalenza del *possessor*. Sennonché la medesima massima compare anche in altri testi. Uno è quello di Ulpiano, appena commentato, sul concorso tra la *condictio* e l'azione penale a carico dei *calumniatores*. Dopodiché occorre sicuramente aggiungere due testi ulteriori [63]: una *quaestio* di Papiniano, in cui si discute se una donna, che aveva in programma di sposare lo zio materno, abbia o meno il diritto di recuperare quanto anticipatogli a titolo di dote [64]; quindi un rescritto di Caracalla, che per come è presentato nel *Codex Iustinianus* non si lascia invece agganciare a un caso di partenza preciso [65].

Il primo difetto del modo di procedere di Carusi è di non essersi reco conto che il per il suo *auctor secundus* questi altri testi non destavano alcun sospetto. Anzi, ad avviso di Biscardi, sia la regola della *retentio* sia la massima che la incorporava, riflettevano uno dei punti di equilibrio raggiunti dal diritto classico per correggere gli effetti civili dell'astrattezza della *datio* e della *stipulatio* [66]. Soltanto in D. 12.5.8 la massima «*melior est*

---

viene meno la possibilità di ripetere, anche se si è adempiuto in base a una stipulazione»). Del testo riportato, ad essere interpolato, secondo Biscardi, sarebbe il lungo tratto *quoniam – solutum est*, che i Compilatori avrebbero sostituito a un laconico *constat*.

[63] Escluderei invece l'ulteriore passo richiamato da BISCARDI, *Ancora in tema di collisione*, cit., 493, e cioè Ulp. 70 *ad ed.* D. 50.17.154, che attiene piuttosto al regime degli interdetti possessori: vd. *infra* nt. 71.

[64] Pap. 11 *quaest.* D. 12.7.5: *Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit neque nupsit: an eandem repetere possit, quaesitum est. dixi, cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem et in delicto pari potiorem esse possessorem: quam rationem fortassis aliquem secutum respondere non habituram mulierem condictionem: sed recte defendi non turpem causam in proposito quam nullam fuisse, cum pecunia quae daretur in dotem converti nequiret: non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse* («Allo zio materno la nipote trasferì del denaro in dote, avendo intenzione di sposarlo, ma non si sposò. È stata posta la questione se potesse ripetere quel denaro. Ho detto che la *condictio* viene meno quando si paga del denaro per una turpe motivazione dell'alienante e dell'acquirente, e che a parità di diritto prevale il possessore: adottando questo principio, uno potrebbe rispondere che alla donna non dovrà spettare la *condictio*; ma si può sostenere correttamente la tesi che nel caso di specie ricorra una motivazione non turpe, bensì inesistente, atteso che il denaro, che è stato trasferito, non avrebbe potuto convertirsi in dote: e infatti lo si è trasferito a motivo non di un'unione illecita, ma di matrimonio»).

[65] Ant. CI. 4.7.2: *Cum te propter turpem causam contra disciplinam temporum meorum domum adversariae dedisse profitearis, frustra eam restitui tibi desideras, cum in pari causa possessoris melior condicio habeatur* («Dal momento che riconosci di aver alienato la casa alla tua avversaria per una turpe motivazione, disattendendo la retta condotta che la mia epoca impone, pretendi inutilmente che la casa ti sia restituita, dal momento che a parità di causa prevale la condizione di possessore»).

[66] Cfr. BISCARDI, *Sul negozio giuridico illecito*, cit., 358: «Se noi guardiamo le cose dal punto di vista del *ius honorarium* non stentiamo ad accorgerci come la preferenza attribuita al *possessor* abbia a suo fondamento esclusivo la parità di non diritto alla tutela giudiziaria da una parte e dall'altra». In termini identici l'a. si esprimeva nel saggio parallelo *Ancora in tema di collisione*, cit., 498; ivi (p. 499) anche la precisazione ulteriore che «la massima "*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*" non rappresenta

*condicio possidentis*» sarebbe stata insomma estranea al dettato originario del testo; ma per una ragione del tutto contingente (nel senso che Biscardi pensava che i Compilatori se ne fossero serviti all'interno di una complessa e pasticciata motivazione, nel tentativo di conciliare le soluzioni dei giuristi classici con le nuove teorizzazioni bizantine sul regime dell'illiceità dei contratti [67]).

Per trovare una base appropriata alla propria tesi, Carusi avrebbe fatto dunque meglio a guardare in un'altra direzione. Proprio in Germania, una quindicina d'anni dopo l'intervento di Biscardi, un'importante monografia sulla natura e il regime della *condictio* sarebbe arrivata in effetti a denunciare la mano postclassica dietro qualsiasi attestazione del principio della poziorità del possesso [68]. Ma con quali argomenti? Quello di fondo – iniziando dunque a passare dal metodo al merito – è che un giurista classico non si sarebbe mai servito del lessico delle azioni reali in un ambito come quello della *condictio*, dove la legittimazione passiva del percettore non dipendeva in alcun modo dal fatto che egli avesse conservato o meno l'oggetto della *datio* [69].

Il rilievo si colloca dunque tra il dogmatico e il lessicale, ma trascura due cose. La prima – già obiettata alla tesi dell'interpolazione [70] – è che anche nei giudizi possessori e petitori l'illecito reciproco andava a vantaggio del possessore; sicché il principio della poziorità del possesso potrebbe essersi sviluppato in quell'ambito – complici anche altre

---

per diritto classico una deviazione da cui sono informate le altre applicazioni della regola, la quale fa del possesso il criterio discretivo di una preferenza legale».

[67] Motivazione che invece non è pasticciata affatto; cfr. per es. la chiara esegesi di R. LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e di tradizione romanistica*, Giappichelli, 2010, 35 ss. Va anche osservato che la posizione di Biscardi è stata equivocata da Carusi fin dal suo primo intervento, da cui poi discendono a cascata le sintesi richiamate *supra* in corrispondenza della nt. 61; cfr. infatti *Contratto illecito*, cit. 8: «Superata la dicotomia dei sistemi» – vale a dire il sistema civile e quello pretorio, a cui Biscardi riconduceva ogni meccanismo volto a correggere gli effetti dell'astrattezza di *datio* e *stipulatio* – «il diritto postclassico sancisce in via generale l'irrilevanza dell'accordo illecito (…) Ma il frammento di Paolo che esclude la ripetizione, ed altri affini sulla *condictio ob turpem causam* restano incorporati nella Compilazione giustinianea; nel nuovo contesto essi sollecitano nuove concettualizzazioni, ed è così che in via d'interpolazione comparirebbe il riferimento al *possesso* quale nuovo fondamento della *soluti retentio*».

[68] Il riferimento è a F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Böhlau, 1952, 187 s.

[69] Cfr. SCHWARZ, *op. cit.*, 188: «Hier aber, im Kondiktionrecht, wo es nur um den einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe wegen ungerechtfertigen Erwerbs geht, ist die Berufung auf die *melior causa possidentis* für das klassische Recht auffällig. Denn in dem praktisch häufigsten Fall der *datio certae pacuniae* kam es nicht darauf an, ob der Empfänger diese Geldstücke noch besaß-muß er zurückgeben, dann ändert an seiner Leistungspflicht die Tatsache nichts, daß er das Geld ausgegeben hat».

[70] Cfr. HONSELL, *Die Rückabwicklung*, cit., 90 e nt. 4; MEYER-SPASCHE, *The Recovery*, cit., 34. Senza entrare nel merito, dubbi rispetto alla tesi di Schwarz erano peraltro già stati espressi da H.H. *SEILER*, *§ 817 S. 2 BGB und das römische Recht*, in *Festschrift für W. Felgentraeger, Schwartz,* 1969, 381 nt. 16.

sue applicazioni – e di lì essere stato poi trasfuso a supporto del regime della *condictio* [71]. Ma soprattutto – io direi – la tesi dell'interpolazione trascura che proprio nel campo della *condictio* e della *turpitudo utriusque* il termine *possessor* risulta particolarmente calzante come significante valoriale. Esso evoca infatti, in modo quasi istintivo, che l'*accipiens* non è un *giusto* proprietario del bene, ma uno che semplicemente approfitta dello stato di fatto.

Un secondo argomento portato contro il *dictum* classico – un argomento che nella sostanza si può attribuire anche a Carusi – è che motivare la regola della *retentio* con la poziorità del possesso significa in realtà non motivare affatto [72]. L'appunto coglierebbe tuttavia nel segno se la regola romana si limitasse a esprimere quel che apparentemente le si vuole far dire, e cioè che nel caso di turpitudine doppia non si dà ripetizione perché la posizione dell'*accipiens* prevale su quella del *solvens* [73]. Sennonché, il difetto dell'icastica *sententia* di Carusi sta proprio nel ridurre la spiegazione delle fonti romane al brocardo «*melior est condicio possidentis*». Così facendo, si trascura però il punto essenziale, e cioè che l'adagio romano non si limita a prendere atto della poziorità del possesso, e nemmeno presenta la poziorità del possesso come una conseguenza del diniego della *condictio*. L'elemento centrale delle formule impiegate dai giureconsulti è la condizione di parità in cui si trovano le parti.

La cosa emerge nitidamente dai testi linguisticamente più vicini al nostro brocardo, quelli cioè di Papiniano e Caracalla incidentalmente ricordati un attimo fa. *In delicto pari potiorem esse possessorem dixi* («a parità di delitto ho detto che prevale il possesso-

---

[71] Per il principio che la comune scorrettezza va a discapito del *petitor*, cfr. Ulp. 75 *ad ed.* D. 50.17.154 (sulla scia di LENEL, *Pal.* II/855 nt. 4, riferito al procedimento interdittale da D. DAUBE, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, in *ZSS*, 1959, 249 ss.); Lab.-Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.7.3; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.13. La poziorità del *possessor* nel caso di parità di diritto (anziché d'illecito) tra lui e il *petitor* è invece predicata a proposito del doppio acquisto in buona fede da diversi *non domini* (Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.9.4, oltre che forse Paul. 20 *ad ed.* D. 50.17.128 pr.) e del concorso di pegni costituiti in favore di due creditori diversi da due diversi *non domini* (Paul. 14 *ad Plaut.* D. 20.4.14) oppure costituiti dal proprietario, ma contemporaneamente e *in solidum* (Iul. 49 *dig.* D. 43.33.1.1, Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.1.10).

[72] Così, espressamente, SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., 188: «Außerdem ist das hier nur ein formales Prinzip, das über die innere Berechtigung des Behaltendürfens nichts aussagt»; quanto alla riferibilità dell'argomento a Carusi (ed altri) vd. alla nt. successiva.

[73] In sostanza, come se stesse in questa posizione, e cioè nel *possesso*, il fondamento della *retentio*; cfr. l'ultimo periodo della citazione di Carusi, riprodotta *supra* alla nt. 67. Per un giudizio che sembra muovere da un disagio analogo verso il *dictum* romano, vd. G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, ESI, 2013, 106: «Certo stride l'affermazione secondo cui in caso di uguale turpitudine *melior est condicio possidentis*. La regola non fa che registrare un dato di fatto: colui che ha ricevuto il pagamento e non deve restituirlo si trova in una situazione nettamente più favorevole di colui che l'ha effettuato».

re»): così recitava la prosa icastica di Papiniano. E lungo la stessa linea ripeteva, qualche anno più tardi, la cancelleria di Caracalla: *in pari causa turpi possessoris melior condicio habetur* («a parità di turpe motivazione ha la meglio la condizione di possessore»). Il modo di vedere che filtra dalle fonti romane è insomma lineare. I giuristi non dicono che il *possessor*, ossia l'acquirente, prevale perché l'alienante non ha la *condictio*. È piuttosto il contrario, vale a dire che il *possessor* non ha la *condictio* (e dunque prevale) perché lui e l'avversario pari sono. Il che significa che è la parità di posizione ad assicurare la *retentio*.

Il passo successivo è di rendersi conto che questo modo di vedere è la diretta conseguenza della rappresentazione messa a fuoco nei precedenti §§ (attraverso la lettura di D. 12.5.5, CTh. 2.29.1, D. 3.6.5.1). Il fatto che sia la parità nel delitto a determinare il diniego della *condictio*, dipende infatti, a sua volta, dal fatto che nel giudicare della ripetibilità di una prestazione disposta per una *causa turpis* il punto di diritto non verte sull'esecuzione del *synallagma*, ma unicamente sui contenuti illeciti dell'accordo in cui s'inquadra la prestazione. Sicché, se al percettore si può chiedere, normalmente, di restituire il pagamento estorto illecitamente, questa possibilità viene meno se l'operazione illecita è stata condivisa in partenza, per non dire suggerita, da chi lo ha pagato. La ragione prima della regola romana risiede dunque nel fatto che fintanto che il discorso ruota intorno alla causa della *datio* e ai suoi contenuti illeciti, non c'è ragione, se la *turpitudo* è di entrambe le parti, di assecondare il *solvens* piuttosto che l'*accipiens*.

Va però detto che questa impostazione deriva a sua volta da una circostanza ancora più a monte, che deriva dalla natura stessa della *condictio*. Uno degli aspetti più caratteristici di questa azione processuale romana – quando la si impiegava per la ripetizione del dato – è che il relativo programma di giudizio verteva esclusivamente sulla *causa* della *datio* e, simmetricamente, della *retentio*. Per questo, quando la causa era illecita per entrambe le parti, si determinava uno stallo, rispetto al complesso della *causa petendi*, che impediva di decidere quale delle due parti avesse torto o ragione. Ed era questa la ragione ultima per cui nel caso di *par turpitudo* prevaleva il possessore: perché l'indegcidibilità sulla causa – e dunque della causa – obbligava a lasciare le cose come stavano.

**9. –** Prima di riprendere quest'ultimo punto – per vedere come gli stessi romani sapessero comunque temperare la regola della *retentio*, approfittando di una certa elasticità del loro sistema processuale – occorre soffermarsi su un ultimo aspetto della «spiegazione consegnata ai posteri dalla Compilazione», per rifarsi all'elegante formula di Carusi.

Si è detto sopra che lo studioso insiste sul fatto che il raggio d'azione della regola del-

la *retentio* era limitato, dai romani, a quegli accordi sinallagmatici in cui la controprestazione consisteva in un comportamento di per sé immorale e perciò «fuori mercato»[74]. L'affermazione è senz'altro esatta per quanto riguarda l'applicazione della regola in sé, nel senso che le fonti romane effettivamente l'associano ad accordi in cui l'*accipiens* si fa pagare per tenere una condotta che normalmente costituisce essa stessa un delitto[75]. Questo però non vuol dire che la motivazione che sorregge la regola non sia espressione di un principio più generale. Sarà insomma vero, come dice il civilista di Genova, che chi riporta la regola della *retentio* al brocardo «*nemo auditur turpitudinem suam allegans*», finisce per sposare «una eccessiva generalizzazione medievale»[76]. Ma è vero anche che già i romani, dietro alla regola, vedevano all'opera un principio valido oltre la sfera del *dare ob rem* (*turpem*) e della *condictio*.

Un esempio istruttivo delle capacità espansive del principio si ricava da una discussione sulle regole della citazione in giudizio, presentata nel Digesto attraverso la giustapposizione di due brani di Ulpiano e Paolo. Prima di venire al punto, giova ricordare che ancora nel processo formulare, una volta effettuata regolarmente l'*in ius vocatio*, il citante poteva costringere il citato a seguirlo coattivamente davanti al magistrato[77]. L'interesse del *vocans* sarebbe stato tuttavia frustrato, se un terzo si fosse mezzo di mezzo, e con la forza avesse allontanato il *vocatus*, così da impedirne la comparizione. Per scongiurare questo risultato e assicurare così a un tempo sia il buon esito della citazione sia il regolare avvio della fase *in iure*, l'editto del pretore garantiva che il *vocans* avrebbe usufruito di un'azione penale, a carico appunto di colui che «allontani a forza chi sarà stato citato in giudizio» (come si esprimeva l'editto: *in eum qui in ius vocabitur vi eximat*)[78].

Nel commentare il regime dell'azione, Ulpiano sottopone al lettore una questione particolare. Come ci si dovrebbe regolare se un terzo allontanasse a forza un *vocatus* che il *vocans* non poteva citare in giudizio? Il caso era stato affrontato già dal giurista repubblicano Ofilio, di cui Ulpiano recupera l'avviso, integrandolo con una propria motivazione:

---

[74] Cfr. CARUSI, *Contratto illecito*, cit., 72; ID., *Illiceità*, cit., 500 s.

[75] Vd. il catalogo di fattispecie approntato *supra* alle ntt. 18-20.

[76] Vd. *supra* in corrispondenza della nt. 8.

[77] Cfr. I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Jovene, 1984, 292 ss., con l'indicazione delle eccezioni che legittimavano il *vocatus* a non dare seguito alla pretesa del *vocans* di seguirlo immediatamente davanti al magistrato.

[78] Sulla ricostruzione della relativa clausola edittale, vd. LENEL, *Das Edictum*, cit., 73 s., insieme alla bibl. raccolta in P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Duncker-Humblot, 2002, 48 nt. 28.

> Ulp. 5 *ad ed.* D. 2.7.1.2: *Ofilius putat locum hoc edicto non esse, si persona, quae in ius vocari non potuit, exempta est, veluti parens et patronus ceteraeque personae: quae sententia mihi videtur verior, et sane si deliquit qui vocat, non deliquit qui exemit* [79].

Per mettere esattamente a fuoco il caso, va ricordato che al composito regime dell'*in ius vocatio* romana apparteneva una norma ulteriore, anch'essa edittale, con la quale si faceva divieto al figlio emancipato e allo schiavo liberato di citare in giudizio, rispettivamente, l'ascendente e il manomissore (oltre ad alcuni parenti di quest'ultimo), senza aver prima chiesto al pretore una speciale autorizzazione in tal senso [80]. Di qui la questione: se un liberto – senza curarsi della prescritta autorizzazione – avesse citato in giudizio il proprio patrono, e se un terzo si fosse interposto con la forza, impedendo che la citazione facesse il suo corso, si sarebbe dovuto applicare quell'altro editto, che appunto vietava di allontanare con la forza il *vocatus*? Il giurista Ofilio rispondeva di no e Ulpiano soggiungeva che in un caso del genere l'intervento violento del terzo costituiva una forma di eterodifesa legittima, con la motivazione che «se chi cita delinque, evidentemente non delinque chi allontana (la persona citata)» [81].

Immediatamente a seguire – e senza che sia ben chiaro se per un errore di coordinamento o piuttosto per la deliberata intenzione di segnalare una motivazione alternativa [82] – i Compilatori del Digesto esposero una considerazione ulteriore, che risaliva al *calamus* di Paolo:

---

[79] «Ofilio è dell'idea che questo editto non si applichi se viene allontanata a forza una persona che (il citante) non ha facoltà di citare in giudizio, per es. l'ascendente o il patrono e le persone ulteriori: questa affermazione mi pare la più veritiera, perché evidentemente se chi cita delinque, non delinque chi allontana a forza».

[80] Ulp. 5 *ad ed.* D. 2.4.4.1: *Praetor ait: 'parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet'*(«Stabilisce il pretore: 'nessuno citi in giudizio senza il mio permesso l'ascendente, il patrono, la patrona, i figli o gli ascendenti del patrono e della patrona'»); sull'editto in questione vd. sempre LENEL, *Das Edictum*, cit., 68 s.

[81] Per questa lettura della motivazione «*et sane si deliquit qui vocat, non deliquit qui exemit*», vd. BUTI, *Il praetor*, cit., 246; incidentalmente anche D. MANTOVANI, *Un'integrazione alla Palingenesi leneliana dei Digesta di Giuliano (Paul. 1 ad edict. D. 2.4.19, 21 e l'in ius vocari de domo sua)*, in *AUPA*, 2005, 152 nt. 23.

[82] Sul piano del diritto della Compilazione, un giudizio sulla coesistenza delle due motivazioni è reso ulteriormente complicato dalla incerta tradizione testuale dei Basilici. Nel codice del cd. *Florilegium Ambrosianum* è ricordata solo la motivazione di Paolo (Bas. 7.13 fr. 2), mentre la fattispecie prospettata da Ulpiano è riprodotta sì senza motivazione, ma per ben due volte (Bas. 7.13 frr. 1.2 e 4); il che ha fatto giudicare ora un passo ora l'altro come uno scolio, finito per essere incorporato nel testo: cfr. le opposte indicazioni offerte dalle edizioni Heimb. I/301 nt. *q* e Schelt. I/371 *ad l.* 9.

Paul. 4 *ad ed.* D. 2.7.2: *Nam cum uterque contra edictum faciat, et libertus qui patronum vocat, et is qui patronum vi eximat: deteriore tamen loco libertus est, qui in simili delicto petitoris partes sustinet*[83].

Paolo inquadrava dunque il caso diversamente da Ulpiano. A suo giudizio, il terzo che ricorre alla forza per allontanare il *vocatus* e impedirne la comparizione è autore anch'egli di un illecito. Il diverso inquadramento del caso non ne muta tuttavia l'esito. Anche per Paolo, insomma, se l'intervento del terzo ha impedito di far comparire un patrono citato senza autorizzazione, il liberto non potrà pretendere che l'autore della *vis* risponda nei suoi confronti con la prevista penale. Solo che la soluzione viene fatta ora dipendere da un ragionamento d'altro tipo. Quel che dice Paolo è che entrambi i protagonisti del caso hanno sì violato le regole dell'*in ius vocatio* (il liberto non avendo chiesto preventivamente l'autorizzazione del magistrato, il terzo essendo ricorso alla forza); ma proprio per questo «il liberto si trova nella condizione peggiore» dato che «in una situazione come di parità d'illeciti sostiene il ruolo di attore».

Di quest'ultima affermazione sono da notare due cose. La prima è che il giurista non parla di una situazione di *par delictum*, ma di *simile delictum*. In effetti, i due protagonisti non sono legati da una condotta comune, ma da due condotte autonome, che violano due dispositivi diversi dell'editto pretorio. Tuttavia, dal momento che le due disposizioni mirano entrambe a garantire il corretto svolgimento dell'*in ius vocatio*, si può dire che il delitto commesso dall'uno sia simile a quello commesso dall'altro. Ed è grazie proprio a questa similitudine che il giurista si può rifare alla fattispecie della *turpitudo* reciproca *turpitudo* e alle sue regole. Negare l'azione per la pena al liberto, che si è visto portar via con la forza il patrono citato a comparire, è insomma una soluzione simmetrica al negare la *condictio* a chi abbia pagato l'*accipiens* per realizzare un illecito comune a lui e all'*accipiens*.

La seconda cosa da osservare è come Paolo, nel motivare il diniego dell'azione penale, faccia affiorare il corollario della poziorità del possesso. Si tratta della stessa formula presente nei testi relativi alla *condictio*, però presentata in una variante che al *possessor* sostituisce il *petitor* e (simmetricamente) alla poziorità dell'uno la *deterior condicio* dell'altro. La cosa si spiega col fatto che nel dare e avere che deriverebbe dalle condotte dei due protagonisti – il liberto, che ha citato il patrono senza autorizzazione e il terzo,

[83] «Difatti, se anche violano entrambi l'editto, e cioè tanto il liberto che cita in giudizio il patrono, quanto chi con la forza fa allontanare il patrono, tuttavia a trovarsi in una posizione peggiore è il liberto, il quale in una condizione come di parità di delitto sostiene il ruolo di attore».

autore della *vis* – è solo il primo che potrebbe pretendere qualcosa dall'altro. Non viceversa, perché del delitto commesso contro il patrono il liberto risponde unicamente verso il patrono stesso. Il fatto che soltanto il liberto abbia qualcosa a pretendere dal terzo, e non viceversa, fa dunque di lui un *petitor* (e della controparte implicitamente un *possessor*). Ed è precisamente questa condizione a renderne *deterior* la posizione (e implicitamente poziore la posizione dell'altro). Il liberto dovrebbe infatti fondare la sua pretesa alla pena su un delitto a cui ha dato causa egli stesso, con la sua condotta illecita. Con la conseguenza che in una situazione in cui entrambe le parti si rimpallano di aver commesso un delitto sostanzialmente analogo, non c'è ragione di assecondare l'una piuttosto che l'altra. Nella situazione data, allo stesso modo della regola «*in pari causa turiptudinis repetitio cessat*», la cosa più equa è di lasciare le cose come stanno, negando, a chi chiede di colpire l'altro, questa possibilità.

**10. –** La spiegazione di Paolo, con cui i Compilatori completarono il discorso di Ulpiano presentato in D. 2.7.1, ci ricorda che la regola «*in pari causa turpitudinis repetitio cessat*» era espressione di un principio che non esauriva il suo raggio d'azione con la *condictio*; a differenza di quanto lascia intendere Carusi, esso era richiamato in contesti che nulla avevano a che fare con lo scambio di prestazioni illecite. D'altro canto, è vero anche che non si trattava di un principio che i giuristi generalizzassero in misura indiscriminata, o senza tenere conto che su piani diversi, da quello su cui obbligava a litigare la *condictio*, la posizione di parità tra le parti di un accordo illecito, tra chi dà e chi riceve, poteva rivelarsi non così perfetta.

Per recuperare quest'altro punto, che alla fine del § 8 era stato lasciato in sospeso, occorre cedere per un'ultima volta ancora la parola a Ulpiano:

Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.7.1: *Proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit, Pomponius libro vicensimo octavo recte scribit posse eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem vel vincula.*

Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5.4 pr.-1: *Idem* (…) *si quis in adulterio deprehensus redemerit se: cessat enim repetitio* (…) *Item si dederit fur, ne proderetur, quoniam utriusque turpitudo versatur, cessat repetitio* [85]

[85] «Lo stesso (…) se uno, colto in flagrante adulterio, si sarà riscattato: la ripetizione viene infatti meno. (…) O ancora, se un ladro avrà versato (alcunché) per non essere denunciato: dal momento che di mezzo c'è una turpitudine di entrambe le parti, la ripetizione viene meno».

*quamquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus. sed et si, ne prodatur ab eo qui deprehenderit, alienaverit, succurri ei per hoc edictum videtur, quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quae diximus* [84].

Gli estratti riprodotti provengono ancora una volta dall'*Ad edictum*. Quello meno corposo apparteneva all'analisi della *condictio* (e in particolare di quelle fattispecie in cui l'azione era impiegata per recuperare le prestazioni estorte dall'*accipiens*) [86]. L'intervento maggiore – dal quale dobbiamo partire – si riferiva invece all'analisi dell'editto *Quod metus causa*.

Dell'editto in questione non è ben chiaro quale fosse di preciso il tenore. Nella sostanza c'è però accordo sul fatto che il magistrato s'impegnava a vanificare tutti quei profitti derivati dalle minacce rivolte ad altri. Gli strumenti conseguenti erano vari, ma tutti volti a ripristinare, direttamente o indirettamente, la situazione patrimoniale di partenza [87]. Naturalmente, era essenziale per i giuristi precisare i caratteri stessi del *metus*, cioè del timore serio, incidente e illegittimo, indotto dalla *vis*. Ed è in questa prospettiva [88] che Ulpiano propone al lettore la discussione riprodotta in D. 4.2.7.1.

---

[84] «E dunque, nell'ipotesi che un soggetto, colto in flagranza di furto, di adulterio o di un altro illecito, abbia versato alcunché oppure si sia obbligato, scrive correttamente Pomponio che può avere riguardo a questo editto: ha avuto infatti paura o della morte o della prigione, per quanto sia vero che non è lecito uccidere qualsivoglia adultero o il ladro, salvo che non si difenda a mano armata; tuttavia li si sarebbe potuti uccidere anche illegittimamente, e pertanto si sarà trattato di un timore giustificato. Ma pure se avrà versato (alcunché) per non essere denunciato da chi lo avesse sorpreso, sembra che vada soccorso con questo editto, per il fatto che se lo si fosse denunciato, egli avrebbe potuto incappare in quanto abbiamo detto».

[86] Per questa partizione del commento di Ulpiano, vd. LIEBS, *The history*, cit., 167 s.; PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 134 s.

[87] Cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.1 pr.: *Ait praetor: 'quod metus causa gestum erit, ratum non habebo'* («Stabilisce il pretore: 'Quanto sarà realizzato a motivo di timore, non lo ratificherò'»). Discusso è in particolare se nell'albo pretorio, al seguito di questa prima clausola, che annunciava (quantomeno) la concessione di una *restitutio in integrum* e d'una *exceptio*, ne seguisse un'altra con la promessa di accordare l'*actio quod metus causa*: cfr. sul pt. l'ampia rassegna approntata da ult. da E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e actio in rem scripta*, Giuffrè, 2011, 30 s. nt. 43. Per parte sua l'a. conclude (p. 57 s.) che la clausola edittale fosse unica, ma presentasse una versione più estesa rispetto a quanto riprodotto in D. 4.2.1 pr., in cui sarebbero stati delineati i principali caratteri della stessa *actio quod metus causa* (condanna al quadruplo entro l'anno e *nisi restituetur*; *in simplum* oltre l'anno; *in id quod ad eum pervenit* nei confronti dell'erede).

[88] Cfr. LENEL, *Pal.* II/461 nt. 1; A. D'ORS, *El Comentario de Ulpiano* a *los edictos del metus*, in *AHDE*, 1981, 239 s.

Protagonista del caso – discusso in prima battuta anche attraverso la mediazione di Pomponio – è la persona colta in flagrante mentre commette un furto, un adulterio (giacendo con una donna sposata) o un qualche altro crimine (*aliud flagitium*, le tracce del quale si perdono però nel seguito del discorso [89]). La persona in questione versa o promette un corrispettivo (*vel dedit aliquid vel se obligavit*) per evitare una reazione della vittima che potrebbe anche essere estrema, atteso che in determinati casi era addirittura permesso di uccidere l'amante o il ladro colti in flagrante. In particolare, era legittima l'uccisione dell'*adulterus*, quando a scoprirlo in casa propria fosse stato un marito di condizione sociale superiore [90]; l'uccisione del *fur* era invece legittima quando lo si fosse sorpreso munito di un'arma (come precisa nel testo lo stesso Ulpiano, apparentemente dimentico, anche se forse solo per economia del discorso, dell'ipotesi ulteriore del *fur nocturnus* [91]).

In casi del genere, il timore di essere uccisi o di finire ai ceppi (*vincula*, come soggiunge il brano, senza che sia dato in effetti capire a quale situazione si faccia riferimento di preciso [92]) legittima l'applicazione dell'editto *Quod metus causa*. Di conseguenza, se s'immagina che un corrispettivo sia stato versato, il *solvens* potrà richiederne la restituzione; se invece s'immagina che il corrispettivo sia stato semplicemente promesso, il *promissor* potrà chiedere che l'obbligazione assunta sia annullata. Naturalmente, Ulpiano sa perfettamente che l'uccisione del ladro o dell'adultero era permessa solo in casi eccezionali. Ma il fatto stesso che si trattasse di una possibilità contemplata rendeva credibile la minaccia portata da chi avrebbe potuto approfittare delle circostanze; sicché an-

---

[89] Sui dubbi sollevati da questo riferimento poco perspicuo, oltre che dal successivo riferimento ai *vincula*, vd. da ult. CALORE, *Actio quod metus causa*, cit., 87 nt. 56, 99 nt. 87.

[90] Per un quadro delle situazioni che determinavano le condizioni cui la legge subordinava il *ius occidendi* del marito vd. PH. MOREAU, *Loi Iulia réprimant l'adultère et d'autres délits sexuels*, in J.-L. FERRARY-PH. MOREAU (eds.), *Lepor. Leges Populi Romani*, Paris 2007, URL: http://www.cn-telma.fr/lepor/notice432; date de mise à jour: 2017-11-20.

[91] Cfr. Ulp. 37 *ad ed.* D. 48.8.9: *Furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit* («Se uno avrà ucciso un ladro notturno, a questa condizione soltanto sopporterà la cosa impunemente: che non abbia potuto risparmiarlo senza mettersi a rischio»).

[92] L'idea di fondo è che si faccia riferimento a un incarceramento privato, illegittimo: cfr. A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano: dai Severi a Giustiniano*, Cacucci, 1994, 48 s. È tuttavia possibile che il discorso si legasse specificamente alla disciplina dell'*adulterium*, dato che l'omonima *lex Iulia* autorizzava il marito, che non volesse o potesse uccidere l'amante della moglie colto in flagrante, a trattenerlo per non più di venti ore *testandae eius rei causa* (Ulp. 2 *ad leg. Iul. de adult.* D. 48.5.26 pr. [*infra* nt. 95], PS. 2.26.3). Come si traducesse in concreto questo *retinere* non è chiaro, ma è significativo che il lessico impiegato dai giuristi per riferirvisi, si avvicini talvolta a quello, appunto, della carcerazione: cfr. il parallelismo tra Ulp. 2 *ad leg. Iul. de adult.* D. 48.5.26.4 e Call. 6 *de cogn.* D. 48.3.13.

che al di fuori di quei casi eccezionali ci si sarebbe comunque potuti appellare all'editto (*sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus*).

Sottesa a questa prima parte della rappresentazione di Ulpiano sta dunque una sorta di décalage. Il giurista muove da una situazione in cui si presume che la pressione sul ladro o sull'adultero sia massima, dato che la persona offesa potrebbe legittimamente mettere a morte (o ai ceppi) il *deprehensus*. Dopodiché passa a una situazione in cui la pressione cede qualcosa della sua intensità, nel senso che il ladro o l'adultero pagano per timore di una reazione illegittima (e che in astratto si avrebbe perciò meno ragione di temere). Giunto a questo punto, Ulpiano presenta tuttavia una terza ipotesi, con la quale viene ulteriormente allungata la distanza dalla fattispecie di partenza. La nuova domanda è infatti come regolarsi quando il reato non sia scoperto dalla vittima (derubato o marito) ma da un terzo, e quando perciò il corrispettivo risulti versato per non essere denunciati (*ne prodatur*). La risposta dell'autore è che l'editto sul *metus* dovrà trovare applicazione anche in questo caso, per il fatto che se il terzo lo avesse denunciato, il colpevole avrebbe potuto trovarsi nella medesima situazione di prima (*potuerit ea pati quae diximus*), vale a dire con una parte offesa che avrebbe potuto ucciderlo (o metterlo ai ceppi) più o meno legittimamente.

Del lungo discorso presentato in D. 4.2.7.1, il dato che si lascia sintetizzare è dunque questo: che agli occhi di Ulpiano subiscono un'estorsione, e possono perciò recuperare quanto pagato, ai sensi dell'editto sul *metus*, tanto coloro che sotto la minaccia di essere uccisi versano del denaro al marito dell'amante o alla persona che stavano per derubare, quanto coloro che pagano un terzo, temendo che una sua denuncia alla parte offesa possa innescare lo stesso genere di reazione. Ai fini del nostro discorso il dato non è di poco conto, e la sua rilevanza emerge non appena si provi a guardare alle fattispecie discusse da Ulpiano con il prisma della *condictio*, anziché dell'editto *Quod metus causa*. Sotto quest'altra lente non c'è infatti dubbio che le situazioni affrontate andrebbero ricondotte alla classe della *turpitudo utriusque*, dunque escludendo che il *solvens* possa ripetere quanto versato. È sempre Ulpiano a dirlo nell'altro estratto accostato sopra a D. 4.2.7.1, alla cui esegesi dobbiamo ora passare.

In D. 12.5.4. pr.-1 – dedotta la fattispecie di partenza, che non rileva ai nostri fini [93] – risultano prospettate due ipotesi. La seconda (presentata al § 1 del brano) è quella del ladro che versi qualcosa per non essere denunciato (*si dederit fur ne proderetur*). Dato che il percettore è evidentemente un terzo, il caso si può riportare senza troppe difficoltà

[93] Ovverosia, il dare un corrispettivo *ob stuprum*, vd. *supra* nt. 19.

all'ipotesi conclusiva di D. 4.2.7.1, sia pure con una doppia avvertenza, vale a dire che il caso riguarda solo il *fur* (e non l'*adulter*) e che il discorso, nella sua genericità, vale per una qualunque denuncia di furto (e non solo per la denuncia minacciata da chi ha colto il ladro in flagrante).

Qualche precisazione in più si rende invece necessaria per coordinare a D. 4.2.7.1 l'ipotesi iniziale di D. 12.5.4 (quella cioè presentata nel § *pr.*). Il caso qui si riferisce esplicitamente a un'ipotesi di flagranza (*si quis in adulterio deprehensus*), declinata però solo con riguardo alla persona di chi ha commesso adulterio (e non anche del ladro [94]). Si dice poi della persona in questione che "compra se stessa" (*redemerit se*), ossia che si riscatta pagando un corrispettivo. Il percettore deve perciò essere o la persona che legittimamente deteneva l'adultero (il che riporta in via principale al marito dell'adultera e dunque a D. 4.2.7.1 [95]) oppure un terzo, che ha mediato affinché l'*adulter* fosse liberato [96]. Nel primo caso il percettore è passibile di *lenocinium* [97]; nel secondo di un crimine assimilabile [98]. Dal che si capisce per quale ragione il pagamento configuri una turpitudine doppia, tale da escludere la *condictio*: il *solvens* paga infatti per evitare le conseguenze del proprio crimine (l'adulterio), mentre l'*accipiens* commette a sua volta un reato (il *lenocinium*, appunto, o il crimine ad esso assimilato) [99].

---

[94] Per le ragioni vd. *infra* nt. 99.

[95] In via principale, perché il potere di trattenere l'*adulter* era riconosciuto dalla legge al solo marito, e solo per via d'interpretazione si arrivò a riconoscere lo stesso potere al *pater* della correa: cfr. Ulp. 2 *ad leg. Iul. de adult.* D. 48.5.26 pr.-1: *Capite quinto legis Iuliae ita cavetur, ut viro adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti testandae eius rei causa sine fraude sua iure liceat*. [1] *Ego arbitror etiam in patre id servandum, quod in marito expressum est* («Nel capo quinto della legge Giulia è stabilito che al marito, che non voglia o non abbia facoltà di uccidere l'adultero colto con la propria moglie, sia lecito trattenerlo per non più di venti ore continue, diurne e notturne, a motivo di attestare la cosa e senza frode da parte sua. [1] Io sono dell'idea che quanto viene statuito espressamente per il marito, vada fatto salvo anche per il padre»).

[96] Cfr. Scaev. 4 *reg.* D. 48.5.15 pr.: *Is, cuius ope consilio dolo malo factum est, ut vir feminave in adulterio deprehensi pecunia aliave qua pactione se redimerent, eadem poena damnatur, quae constituta est in eos, qui lenocinii crimine damnantur* («Colui per aiuto o istigazione del quale è stato intenzionalmente fatto sì che l'uomo e la donna colti in adulterio si riscattassero con una somma di denaro o una qualche pattuizione, venga condannato alla medesima pena fissata a carico di coloro che sono condannati per il reato di lenocinio»).

[97] Cfr. Ulp. 4 *de adult*. D. 48.5.30 pr.: *Mariti lenocinium lex coercuit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque dimisit* («La legge sanziona il lenocinio del marito che non scacciò la moglie colta in adulterio e lasciò andare l'adultero»).

[98] Vd. il testo riportato due note sopra.

[99] Al tempo stesso – nell'ideale parallelismo che si sta allestendo tra D. 4.2.7.1 e D. 12.5.4 pr.-1 – si spiega con ciò perché il secondo brano circoscriva all'*adulter* il caso del *deprehensus* che paghi per liberarsi. A differenza del marito tradito, il derubato non aveva infatti alcun obbligo di uccidere o di perseguire in

A voler tirare le somme, si può dire allora che D. 4.2.7.1 e D. 12.5.4 pr.-1, nonostante presentino fattispecie composite e di estensione diversa, lasciano comunque registrare alcune sovrapposizioni significative. Questa (parziale) sovrapponibilità si può schematizzare come segue.

[*a*] Chi paga, per non essere denunciato di furto, partecipa a un'intesa che è turpe dal lato suo come da quello del percettore; il che esclude la possibilità di ricorrere alla *condictio* per ripetere il pagamento. Tuttavia [$a_1$] se il terzo ha colto il colpevole sul fatto e si è fatto pagare, approfittando del timore che la cosa mettesse a rischio la sua incolumità, allora il ladro, appellandosi all'editto sul *metus*, può costringere il percettore a restituire il corrispettivo.

Allo stesso modo [*b*] l'amante che paga il marito di un'adultera, perché lo lasci andare (oppure che paghi un terzo, perché non chiami il marito), risulta parte di un'intesa vicendevolmente turpe e non può perciò, lui nemmeno, ripetere il pagamento con la *condictio*. Se però [$b_1$] il corrispettivo è versato perché l'amante ha paura che il marito lo uccida (legittimamente o meno), allora potrà pretendere, sempre grazie all'editto sul *metus*, che il pagamento gli sia restituito.

Ebbene, se lo si guarda con gli occhi di un civilista contemporaneo, mi pare che il confronto tra D. 4.2.7.1 e D. 12.5.4 pr.-1 offra un dato eclatante, che rischia di sfuggire se alla disciplina romana delle dazioni "fuori mercato" ci si accosta, come ha fatto Carusi, attraverso i soli passi canonici, raccolti nei titoli della Compilazione giustinianea dedicati alla *condictio ob turpem causam*. Il dato eclatante è che in una serie di casi speciali [$a_1$-$b_1$], rispetto ai termini generali con cui le fattispecie vengono impostate e affrontate sul terreno della *condictio* [*a*-*b*], il *solvens* si vede riconosciuta sul piano dell'editto *Quod metus causa* quella restituzione che sull'altro piano gli è invece preclusa. Il che è come dire che quel pagamento che su un certo piano (quello della *condictio*, più generale) viene liquidato come doppiamente turpe, su di un altro piano (speciale, legato all'editto sul *metus*) può invece considerarsi come il frutto di un'estorsione.

Da dove veniva la possibilità di questa doppia qualificazione? La risposta va cercata nella duttilità del processo romano; nella sua capacità – si potrebbe dire – di servirsi di schemi che riuscivano a selezionare profili diversi del caso, mettendo l'accento sulle circostanze che apparivano, volta per volta, come le più rilevanti. Nella *condictio ob turpem causam* – è l'occasione per ribadire quando detto alla fine del § 8 – l'attenzione verte esclusivamente sulla causa dell'attribuzione, la quale viene valutata per il suo contenu-

giudizio il ladro, e poteva anzi chiudere con lui ogni pendenza accettando dei pagamenti transattivi: cfr. ad es. Ulp. 37 *ad ed.* D. 47.2.52.26, Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47.2.55.5.

to, in termini obiettivi e generali. Su questo piano, chi paga per sottrarsi alle conseguenze penali delle proprie azioni, conclude un (secondo) illecito di cui è parte tanto quanto il percettore. Su questo piano – che è l'unico che si possa prendere in considerazione con la *condictio* – all'alienante non spetta alcuna ripetizione, mancando una ragione logica perché costui debba prevalere sul piano della causa rispetto all'avversario. L'ordinamento registra perciò l'impasse, a cui conducono le regole dell'azione, e lascia che le cose restino come stanno.

Diversamente vanno le cose sul piano dell'editto *Quod metus causa*, editto che è ispirato da un punto di vista più soggettivo e personale e permette di valutare le posizioni di forza che hanno portato le parti a concludere l'accordo illecito. Nella catena di esempi portati da Ulpiano in D. 4.2.7.1, il timore del ladro o dell'adultero di esporre la propria persona a ripercussioni tanto gravi, quali erano quelle che il percettore poteva provocare direttamente o anche soltanto innescare (denunciando il reato alla vittima), determinano una situazione di tale asimmetria tra i contraenti, che diventa necessario graduare le posizioni dell'uno e dell'altro.

Quasi a prevenire lo stupore che poteva nascere, nel constatare che l'editto sul *metus* finiva in questo modo per agevolare una persona che aveva comunque commesso un reato, Paolo commentava: «il pretore non considera se l'alienante sia un adultero, ma esclusivamente il fatto che il percettore abbia acquistato grazie al timore indotto di morire» [100]. Parole simili potrebbero usarsi a proposito della compresenza di editto e *condictio* (*ob turpem causam*). Nella logica obiettiva, astratta e per certi versi neutra dell'azione in ripetizione, il timore del *solvens* non ha possibilità d'imporsi come elemento rilevante. Affinché cali la cappa della doppia *turpitudo* e della regola della *retentio*, ciò che conta è che chi paga, paghi per sottrarsi alle conseguenze del reato. Sul piano dell'editto *Quod metus causa* la diversa posizione di forza negoziale delle parti pesa invece eccome, e assicura al *solvens* la possibilità di costringere l'*accipiens* a restituire la prestazione [101]. Sicché, se l'adagio «*in pari causa turpitudinis repetitio cessat*» continua a valere in linea

[100] Cfr. Paul. 11 *ad ed.* D. 4.2.8 pr.: (…) *et praetor non respicit., an adulter sit qui dedit, sed hoc solum, quod hic accepit metu mortis illato*.

[101] Sia pure nell'ambito di una contrapposizione un po' pedestre tra azioni (e regole) di stretto diritto, da un lato, e azioni (e regole) pretorie, assunte come più umane (*filagathòterai*), dall'altro lato, il punto indicato sembrerebbe evocato anche nello sch. 1 *ad Bas.* 17.1.46 (Schelt. V/1736, Heimb. III/16). Ai sensi della *condictio* – afferma lo scoliaste – chi paga per sottrarsi alle conseguenze del commesso adulterio è semplicemente un alienante (*dedokòs*), che con l'acquirente condivide una condotta vergognosa; ai sensi invece dell'editto sul *metus*, si paga per il timore di essere uccisi o di finire ai ceppi, e dunque rispetto alla controparte si assume la veste di un supplice (*dèomenos*).

di principio anche per un caso come il nostro – di chi paga, perché sorpreso in un reato flagrante e in circostanze tali da far temere della propria incolumità – di fatto i suoi effetti sono come congelati, grazie alla concorrenza della disciplina edittale.

Questa compresenza di *condictio* e disciplina del *metus* – o per meglio dire: questo temperare con la seconda le rigidità della prima – non dovrebbe suonare come un qualcosa di eccezionalmente remoto per chi sia oggi chiamato a confrontarsi con l'art. 2035 del Codice civile e con le sue problematiche. In un importante contributo sulla fenomenologia delle restituzioni contrattuali, Elena Bargelli ha scritto che «dall'affermazione del carattere bilaterale della partecipazione all'illiceità deriva che entrambi i contraenti debbano essere in una posizione di parità di potere contrattuale. Sicché sorge l'interrogativo se il divieto di ripetizione si applichi là dove emergano circostanze capaci di far presumere la maggior debolezza di una delle parti» [102]. Dopo una rassegna copiosa – che partiva da quel fondamentale saggio, della fine degli anni Sessanta del secolo scorso, da cui anche in questa sede si è preso le mosse [103], per arrivare alle nuove consapevolezze portate dall'analisi economica del diritto – l'autrice concludeva che là dove si diano «condizioni ostative all'espressione di un libero consenso», lì il peso dell'immoralità del negozio andrebbe spostato per intero sulla parte che abbia profittato della propria posizione, escludendo dunque la regola della *retentio* [104].

In concreto, mi sembra che il risultato non sia così distante da quello che i romani raggiungevano col loro tipico argomentare, basato sulla natura delle azioni. Certo, ora il piano è quello dei diritti soggettivi, e della giusta aspirazione del civilista di portarli a sistema. Ma la convergenza – mi pare – rimane. E sarà forse una coincidenza confortante per chi crede che un confronto tra giuristi positivi e storici del diritto possa continuare ad essere proficuo, beninteso nel rispetto delle reciproche specificità d'interessi e, soprattutto, di metodi.

---

[102] *Il sinallagma rovesciato*, cit., 244.

[103] RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, cit., 42 ss.

[104] Ivi, p. 245.

JUS CIVILE

*ELENA BARGELLI*

*Professore ordinario di Diritto privato – Università di Pisa*

# LOCAZIONE ABITATIVA E SOSTENIBILITÀ DEL CANONE OLTRE L'EMERGENZA

SOMMARIO: *1. Locazione ed emergenza sanitaria. – 2. "Cura Italia" e piano "microeconomico": principi generali e norme eccezionali. – 2.1. Piano "macroeconomico" fra emergenza e gestione del medio periodo: la sospensione degli sfratti. – 2.2. Le misure di sostegno pubblico al pagamento del canone. – 3. I problemi causati dall'emergenza. – 3.1. Problemi contingenti: l'inutilità e l'impossibilità sopravvenuta del godimento. – 4. Oltre l'emergenza: "morosità incolpevole", tolleranza e inesigibilità temporanea. – 4.1. L'eccessiva onerosità sopravvenuta del canone e i rimedi contrattuali. – 5. La sostenibilità oltre l'emergenza: l'innesto necessario fra privato e pubblico.*

**1.** – Negli ultimi 15 anni la locazione abitativa ha subito il contraccolpo di due principali ondate di crisi: quella finanziaria del 2008, combinata con la crisi del mercato immobiliare e la recessione economica, fino alla più recente emergenza sanitaria da COVID-19, a sua volta portatrice di un'ulteriore crisi economica. In passato, alle crisi è seguita una legislazione speciale che ha introdotto misure di sostegno dei conduttori – appartenenti a categorie "vulnerabili" previamente individuate – tese a fronteggiare il rischio di sfratti e attinte a fondi pubblici all'uopo messi a disposizione, ma destinate a essere reiterate anche al di là della contingente onda d'urto: basti menzionare il Fondo per gli inquilini morosi incolpevoli (art. 6, comma 5, d.l. 31 agosto 2013, n. 102, convertito dalla l. 28 ottobre 2013, n. 124) [1].

Dalle misure di contenimento della pandemia è scaturita una vera e propria legislazione di emergenza, dal carattere tipicamente transitorio (d.l. n. 18/2020, c.d. Cura Italia). Rispetto al passato, essa ha posto soprattutto l'accento sul sottotipo non abitativo,

[1] Misure di garanzia contro il rischio del mancato pagamento delle rate del mutuo sono state istituite anche nel settore dell'acquisto della proprietà della prima abitazione: v. art. 1, par. 48, lett. c), l. n. 147/2013, istitutivo del Fondo di garanzia per la prima casa.

per ragioni alquanto ovvie: la concreta destinazione all'attività economica o professionale che colora la causa del contratto, infatti, è resa temporaneamente impossibile o notevolmente più difficile dalle misure governative di contenimento e di prevenzione della diffusione del virus, così riducendo in modo drastico l'interesse locativo e alterando l'equilibrio economico del contratto a causa delle mutate condizioni del mercato [2].

La locazione abitativa è stata colpita in modo evidentemente differente dalle misure di contenimento della pandemia, che non hanno reso generalmente impossibile il godimento dell'alloggio, semmai rendendolo addirittura più intenso e necessario, se relativo alla dimora primaria. Piuttosto, i principali problemi conseguenti alla crisi sanitaria hanno riguardato: il temporaneo venir meno dello scopo abitativo "secondario", nel caso delle locazioni per motivi di lavoro o di studio; l'impossibilità o notevole difficoltà oggettiva di rispettare il termine per il rilascio dell'immobile; l'onerosità sopravvenuta, determinata, alternativamente o cumulativamente, dalla difficoltà a onorare il pagamento del canone – in connessione con il clima generale di crisi economica –, nonché dall'incipiente diverso equilibrio fra le condizioni pattuite in origine e il livello del canone sopravvenuto, in ragione del tipo di alloggio nel mercato delle locazioni.

La riflessione che qui si propone muove dal discernere i problemi contingenti da quelli di più lungo periodo, destinati a proiettarsi oltre l'attuale pandemia, per valutare le risposte della legislazione dell'emergenza, guardando al duplice piano "micro" e "macro". Essa si concentra, poi, sugli effetti della crisi sanitaria sul classico problema della sopravvenuta insostenibilità del canone, destinati a non esaurirsi nel più breve raggio temporale. Tale problema suscita vari ordini di interrogativi: se e quali rimedi offra attualmente la disciplina generale delle obbligazioni e del contratto; se siano auspicabili riforme delle sopravvenienze collocate sul piano della disciplina generale del contratto ovvero del tipo locativo; se sia sufficiente il diritto dei contratti o sia necessario chiamare in gioco leve di tipo pubblicistico.

---

[2] Sul tema, G. CARAPEZZA FIGLIO, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno e resp.*, 2020, 698 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *www.giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020; A.A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per misure di contenimento pandemico*, in *il caso.it*, 23 aprile 2020; V. ROPPO, in V. ROPPO-R. NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in *www.Giustiziainsieme.it*; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *www.giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020.

**2.** – La legislazione di emergenza ha reagito ai problemi sopra enunciati predisponendo due ordini di disposizioni, collocabili sul piano "microeconomico" e "macroeconomico". Sotto quest'ultimo profilo viene in gioco essenzialmente una disposizione dal tenore generale, destinata a incidere sul ritardo o, più in generale, sull'inadempimento di obbligazioni contrattuali dovute all'attuazione delle stesse misure di contenimento (art. 91 Decreto "Cura Italia"). Nel puntualizzare la necessità di valutare il rispetto di tali misure nell'applicazione degli artt. 1218 e 1223 cod. civ. al fine di escludere la responsabilità del debitore – anche relativamente all'operare di decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti –, tale norma si rivolge, idealmente, all'autorità giudiziaria, cui viene imposto di valutare, nel giudizio sull'*an* o sul *quantum* della responsabilità del debitore, il *factum principis*. Con riguardo alla sfera di operatività dell'art. 1218 cod. civ., la disposizione è pressoché ridondante se riferita all'adempimento delle prestazioni di cose determinate o di servizi, in quanto la mancata responsabilità per il ritardo si ricaverebbe comunque dall'applicazione dell'impossibilità temporanea o, più in generale, della causa non imputabile.

Meno scontata, a prima vista, sembrerebbe l'esenzione dalla responsabilità per il ritardo con riguardo alle obbligazioni pecuniarie, in virtù dell'adagio che ritiene inconciliabile l'impossibilità della prestazione con l'appartenenza a un *genus*[3]. In realtà, le misure di contenimento della pandemia hanno dato linfa e fertile terreno di applicazione alla corrente di pensiero che, attenuando il rigore del requisito dell'assolutezza, assume una nozione relativa dell'impossibilità, commisurata al contenuto del concreto rapporto[4] e per altro verso, ammette, anche rispetto alle obbligazioni pecuniarie, il concetto di inesigibilità[5]; nonché a quella che, rileggendo la causa non imputabile alla luce della clausola della correttezza (art. 1175 cod. civ.), conferisce rilevanza anche alla notevole difficoltà di adempiere: al fine di liberare il debitore o, comunque, per esonerarlo dalla responsabilità per il ritardo[6].

Tenuto conto di questo sfondo concettuale, può concludersi che l'art. 91 citato abbia una portata generale e risponda a principi niente affatto eccezionali, limitandosi a tipiz-

---

[3] Ricorda l'adagio Corte di cassazione, Relazione tematica 8 luglio 2020, n. 56, *https://www.cortedicassazione.it*, 2.

[4] L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vigente),* in *Enc. dir*., XXXIX, Milano, 1988, 1072 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 465 s., 477.

[5] L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, loc. cit.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 476.

[6] U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Tratt. Cicu-Messineo, XIV, t. 2, Milano, 1984, 71 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 474 ss.

zare una causa non imputabile tanto imprevedibile, eccezionale e improvvisa da non lasciare comunque adito a dubbi circa la sua rilevanza ai fini dell'esclusione o dell'attenuazione della responsabilità [7]. Diversamente può concludersi a proposito del riferimento alle decadenze, per le quali la disposizione possiede una portata innovativa ed eccezionale, in quanto consente al giudice una valutazione che gli è generalmente preclusa dal carattere inesorabile dell'istituto.

In virtù della sua portata generale, è possibile sostenere che questa disposizione possa essere invocata non soltanto per giustificare i ritardi nel pagamento del canone strettamente conseguenti alle misure restrittive della libertà personale dovute al contenimento della pandemia (si pensi a casi di impossibilità o difficoltà a recarsi presso la banca o l'ufficio postale per i pagamenti, nel caso di persone sprovviste di *home banking*); ma possa altresì orientare l'autorità giudiziaria nella valutazione della responsabilità del debitore anche dopo l'esaurimento o l'attenuazione delle sopra menzionate misure, là dove queste abbiano comportato ulteriori e conseguenti difficoltà oggettive a rispettare le scadenze contrattuali (si pensi a conduttori a scopo abitativo colpiti dalla pandemia nel cuore delle loro attività economiche, che si trovano all'improvviso privi degli introiti necessari al pagamento del canone) [8].

**2.1.** – La legislazione emergenziale si è concentrata prevalentemente su un piano più generale rispetto a quello strettamente privatistico.

Gli interventi collocabili sul livello "macro" hanno attinto al bagaglio degli attrezzi delle politiche pubbliche già predisposti in occasione di crisi precedenti e volti a fronteggiare situazioni di precarietà abitativa derivanti, alternativamente o cumulativamente, dall'insostenibilità del canone, ovvero dalla scarsità dell'offerta degli alloggi, suscettibile di rendere intollerabili gli sfratti che, per le condizioni di vulnerabilità del conduttore o dei suoi familiari, avrebbero rischiato, in ultima analisi, di gravare sulla collettività [9].

Si è dunque provveduto, innanzitutto, a una (inizialmente generalizzata) sospensione

---

[7] Anche in altre fasi storiche l'emanazione della legislazione di emergenza ha sollecitato riflessioni sul rapporto fra diritto generale e particolare: per tutti, F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Riv. dir. comm*., 1919, I, 1 ss.

[8] V. *infra*.

[9] Sul tema, per una visione comparatistica, *Loss of Homes and Evictions across Europe. A Comparative Legal and Policy Examination*, a cura di P. Kenna, S. Nasarre-Aznar, P. Sparkes, C. Schmid, Cheltenham, 2018.

di tutti i provvedimenti di rilascio degli immobili (anche a uso non abitativo), operante automaticamente, senza necessità di istanza da parte del conduttore, fino al 1° settembre 2020 (art. 103, comma 6). La sospensione è stata in seguito reiterata, dal d.l. n. 34/2020 (c.d. decreto "Rilancio"), fino al 31 dicembre 2020 e, con il successivo Decreto Milleproroghe, fino al 30 giugno 2021, "limitatamente ai provvedimenti di rilascio adottati per mancato pagamento del canone alle scadenze e ai provvedimenti di rilascio conseguenti all'adozione, ai sensi dell'art. 586, comma 2, cod. proc. civ., del decreto di trasferimento di immobili pignorati ed abitati dal debitore e dai suoi familiari." Tale sospensione, inizialmente fondata sull'impossibilità di eseguire i provvedimenti di rilascio a causa delle misure di contenimento disposte per contrastare la pandemia – oltre che sulla loro inopportunità in una fase di persistenti rischi e incertezze, dove la casa (home) acquisisce il ruolo quasi primigenio di rifugio – si è trasformata, in seguito, in una misura di sostegno dei conduttori in difficoltà nel pagamento del canone (e, in generale, dei debitori abitanti l'immobile pignorato). Tale sospensione, evidentemente, ha un'ispirazione del tutto differente rispetto a quella disposta dall'art. 6, l. n. 431/1998 e in seguito reiterata, tramite leggi speciali e temporanee: motivata dall'inadeguata offerta di abitazioni in aree geografiche densamente popolate, unita all'inesigibilità del rilascio in situazioni, previamente tipizzate, di vulnerabilità del conduttore o del suo nucleo familiare. In questa, infatti, i casi di provvedimento di rilascio per morosità erano esclusi ed era dovuta la maggiorazione del canone pattuito. Si comprende perché, già a partire dal 2013, in una fase connotata dalla crisi finanziaria ed economica, il legislatore avesse finito per abbandonare tali misure di sospensione a favore del sostegno ai conduttori in mora "incolpevole".

La sospensione temporanea degli sfratti costituisce una misura necessitata in presenza dell'emergenza sanitaria e delle misure di contenimento del virus e come tale è stata messa in pratica nella generalità dei sistemi europei [10]; peraltro, vieppiù in questa contingenza, essa risponde allo standard di tutela del diritto al "respect for the home" raccomandato dall'art. 8 CEDU [11], come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [12]. D'altra

[10] V. Model Emergency Housing Legislation. Protecting the Right to Housing during COVID-19, in *https://www.justiceinitiative.org*, 6.

[11] È da ritenere che la sospensione, come configurata dal primo provvedimento restrittivo, operasse anche rispetto alle occupazioni *sine titulo* di immobili motivate dall'esigenza abitativa primaria. È dubbio, invece, che le misure di sospensione più recenti si estendano a tali situazioni, anche se il perdurare della situazione di difficoltà generale e la concreta assenza di possibilità di alloggio alternative renderebbe comunque lo spossessamento immediato contrastante con l'interpretazione data all'art. 8 CEDU dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

[12] Si rinvia, per una più diffusa analisi sul tema, a E. BARGELLI, *La costituziobalizzazione del diritto pri-*

parte, si tratta di una misura che non può essere reiterata nel più lungo periodo senza prevedere misure di compensazione del sacrificio subito dalla proprietà privata per avere dovuto sostenere unilateralmente il costo della garanzia di un diritto sociale [13].

**2.2.** – Il provvedimento "Cura Italia" si è altresì preoccupato delle difficoltà economiche indotte dalla crisi sanitaria: ampiamente noti, infatti, sono i nessi del mercato "degli affitti" con altri mercati (del lavoro, degli acquisti immobiliari), nonché con la domanda di residenze turistiche o, più generalmente, secondarie. Al fine di fronteggiare l'incipiente problema della sostenibilità del canone, quindi, esso ha rivitalizzato il Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione (art. 65) – istituito dalla l. n. 431/1998 (art. 11) e più recentemente divenuto desueto – mettendo a disposizione 60 milioni di euro; ha rimpinguato con 9.5 milioni il sopra citato Fondo destinato agli inquilini in mora incolpevole: per tali intendosi quella dovuta alla perdita di lavoro per licenziamento; ad accordi aziendali o sindacali con consistente riduzione dell'orario di lavoro; alla cassa integrazione ordinaria o straordinaria che limiti notevolmente la capacità reddituale, al mancato rinnovo di contratti a termine o di lavoro atipici; alle cessazioni di attività libero-professionali o di imprese registrate, derivanti da cause di forza maggiore o da perdita di avviamento in misura consistente; a malattia grave, infortunio o decesso di un componente del nucleo familiare che abbia comportato o la riduzione del reddito complessivo del nucleo medesimo o la necessità dell'impiego di parte notevole del reddito per fronteggiare rilevanti spese mediche e assistenziali (art. 6, comma 5, d.l. n. 102/2013).

Si tratta di misure che, ora, si sommano alla sospensione degli sfratti [14] e tornano a soccorrere la fascia di popolazione che, pur non potendo accedere alla locazione pubblica – perché non ne possiede i requisiti o perché, pur essendone dotata, è rimasta fuori dalle graduatorie per mera insufficienza degli alloggi disponibili –, non riesce a sostenere i canoni alle condizioni di mercato, né ha i mezzi per l'acquisto di un'abitazione.

Considerata la prevedibile onda lunga della pandemia sull'occupazione e sui redditi,

---

*vato attraverso il diritto europeo. Il right to respect for the home ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Europa e diritto privato*, 2019, 51 ss.

[13] Si tratta di un tema già sollevato dalla dottrina, in passato, a proposito della graduazione e della proroga degli sfratti (U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980, 200 s.) e da tempo chiaramente espresso anche dalla Corte costituzionale (15 gennaio 1976, n. 89, in *Giur. it.*, 1976, I, 880).

[14] *Retro*, 2.1.

tali misure avranno una proiezione temporale che andrà oltre l'attuale contingenza, riproponendo le perplessità già avanzate in passato. Ciò può dirsi, in particolare, a proposito del sostegno economico all'accesso alle abitazioni in locazione, che ha manifestato criticità nella sua ultraventennale applicazione pratica [15]: essa, infatti, costituisce una circostanza suscettibile di interferire con la determinazione del livello di mercato dei canoni e, in particolare, a favorirne l'innalzamento, traducendosi, in ultima analisi, in un mezzo di finanziamento della proprietà privata. Si è dunque rivelato preferibile, perché più mirato, il Fondo destinato agli inquilini morosi incolpevoli.

Perplessità ingenera anche la mancanza, nella disciplina emergenziale statale, dell'indicazione di un criterio generale e uniforme cui le Amministrazioni pubbliche debbano attenersi per alleviare le eventuali difficoltà dei conduttori tenuti al canone ERP, la cui gestione – ovvero, l'eventuale temporanea sospensione o parziale sostegno con fondi pubblici – resta interamente rimessa alle regioni e ai comuni.

**3.** – Se si eccettua l'art. 91, la legislazione di emergenza ha in larga misura lasciato i problemi più attinenti al piano "micro" ai rimedi messi a disposizione dalla disciplina generale del contratto e da quella speciale della locazione.

Quattro sono i principali scenari problematici che si aprono all'interprete: a) l'impossibilità temporanea di fruire dell'alloggio; b) la sopravvenuta inutilità dello stesso; c) l'insostenibilità del canone dovuta al repentino peggioramento delle condizioni economiche del conduttore, oppure d) al mutamento repentino delle condizioni del mercato delle locazioni e alla drastica riduzione del livello dei canoni in rapporto a quello pattuito.

I primi due problemi rivestono un carattere più contingente, i secondi pongono problemi destinati a sopravvivere alla fase emergenziale. Tutti offrono, per un verso, terreno fertile per l'applicazione della clausola generale della correttezza nel suo ruolo classico di "valvola di sicurezza" del diritto delle obbligazioni; per un altro verso, sfidano l'attuale parte generale del contratto, evidenziandone le lacune e rivitalizzando istituti pressoché desueti, come la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 cod. civ.).

**3.1.** – Il tema del venir meno dell'interesse abitativo è venuto in gioco a seguito della chiusura o dello svolgimento online delle attività didattiche o lavorative, su cui si è inne-

[15] V. l'analisi di M. BALDINI, *Housing Policy Toward the Rental Sector in Italy: a Distributive Assessment*, in *Housing Studies*, 27, 2012, 563 ss.

stata la libera scelta del conduttore di trasferirsi in un'altra residenza costituente domicilio familiare. La posizione del conduttore abitativo, *prima facie*, è diversa da quella di chi ha preso in locazione un immobile per svolgere un'attività professionale, commerciale o alberghiera, il cui svolgimento viene inibito dalle misure del Governo: nel caso in questione, infatti, non è impedito né reso più disagevole l'uso abitativo convenuto.

La legislazione di emergenza, come si è visto, contempla l'impossibilità sopravvenuta e temporanea del godimento derivante da circostanze soggettive, seppure di patente oggettività (il prolungato ricovero ospedaliero da COVID o una misura restrittiva della libertà di spostamento): il debitore può essere così esonerato da responsabilità per il ritardo nel pagamento del canone (art. 91 del decreto "Cura Italia, art. 1218 cod. civ.), oppure, eventualmente, nell'inesigibilità di una quota del canone (per esempio, per le utenze, se in questo incluse), in base al bilanciamento di interessi che l'applicazione della clausola di buona fede, calata nel caso concreto, porta con sé.

All'impossibilità temporanea e/o parziale del godimento neppure la disciplina del tipo e del sottotipo offre soluzioni ad hoc, contemplando, nondimeno, la possibile riduzione del corrispettivo là dove la privazione del godimento derivi da vizi (art. 1578 cod. civ.) o dalla necessità di riparazioni (art. 1584 cod. civ.): cioè da una parziale e oggettiva impossibilità della prestazione dal lato del locatore, in sé e per sé considerata.

In condizioni di normalità, la legislazione speciale mette a unilaterale disposizione del conduttore un rimedio efficace rispetto al sopravvenire di circostanze anche attinenti alla sua sfera privata – purché oggettivamente rilevanti – che gli abbiano reso gravosa la prosecuzione del rapporto [16]: il recesso per gravi motivi (art. 4, l. n. 431/1998). Esso è assoggettato, però, a un preavviso di 6 mesi, che, nello scenario dell'emergenza pandemica, rischia di renderlo concretamente ineffettivo.

A seguito della chiusura improvvisa e temporanea delle attività lavorative o didattiche, l'interesse del conduttore, invece, potrebbe essere quello a recedere immediatamente, o a ottenere una riduzione del canone in ragione della sospensione della ragione abitativa che ha giustificato la stipulazione del contratto. Ciò si apprezza, in particolare, in relazione alla locazione per studenti universitari, ovvero a quel sottotipo della locazione abitativa, tipizzato (v. DM 30 dicembre 2002), ove l'esigenza di frequentare un determinato corso di studi risulta espressamente dal modello contrattuale e costituisce la specifica causa che ne consente la sottrazione alla disciplina di cui alla l. n. 431/1998 (art. 5). Ora, se per le locazioni concluse dopo l'esplosione della pandemia l'eventualità di even-

[16] Cass. 11 marzo 2011, n. 5911, in *Arch. loc. cond.*, 2011, 654.

tuali, future misure restrittive costituirà verosimilmente oggetto di un'apposita clausola contrattuale – e, comunque, non potrà più dirsi imprevedibile –, per quelle in corso al momento dell'emanazione delle misure restrittive, in mancanza di determinazioni convenzionali, sorge il problema se le cause del venir meno dell'interesse abitativo possano mettere in discussione la distribuzione del rischio fra le parti desumibile dalla disciplina del tipo. In senso affermativo è possibile addurre l'argomento fondato sul loro carattere eccezionale, imprevedibile, straordinario e oggettivamente esorbitante dall'alea normale che il conduttore si assume al momento della stipulazione del contratto: concernente circostanze magari improvvise e concretamente imprevedibili, tali da rendere non più utile il bene locato, ma pur sempre, almeno in astratto, ipotizzabili ed attinenti alla sua sfera di interessi. Onde la concessione del diritto di recesso succitato. Il preavviso di sei mesi, rispetto a questo raggio di situazioni, mira a realizzare un contemperamento fra l'interesse del conduttore a lasciare l'immobile e quello del locatore ad usufruire di un lasso di tempo sufficiente per trovare un nuovo contraente.

Rispetto all'emergenza pandemica, invece, l'inerenza dell'uso abitativo secondario alla causa del contratto, il carattere esorbitante dell'evento rispetto all'alea normale e l'impossibilità o la notevole difficoltà, per il locatore, di rimettere il bene sul mercato – il tutto combinato con la clausola della correttezza – portano a concludere che si determini un'alterazione dell'equilibrio contrattuale tale da avvicinare questo tipo locativo (pur senza equipararlo) a quello a uso non abitativo funzionale allo svolgimento di un'attività commerciale o professionale inibita [17]. Cosicché, se il conduttore esibisse un interesse oggettivo allo scioglimento immediato del contratto (si pensi a chi consegue la laurea durante o subito dopo la chiusura delle attività didattiche in presenza o a chi frequenta un corso che non riprenderà in presenza neppure nell'anno accademico successivo), i fattori sopra evocati – la caduta del presupposto sottostante alla conclusione del contratto e l'assoluta straordinarietà e imprevedibilità dell'evento – potrebbe collocare il rimedio da lui invocabile nell'area dell'istituto di diritto vivente della presupposizione [18].

---

[17] Si veda, sul punto, l'orientamento adottato dal Tribunale di Roma in tema di rimedi manutentivi dei contratti di locazione commerciale: Trib. Roma, 29 maggio 2020, 25 luglio 2020, 27 agosto 2020, in *I contratti, 2021*, 19 ss., con nota di R. GELLI, *Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commercial e affitto di azienda*.

[18] Nell'impossibilità di dar conto dell'ingente letteratura sull'argomento, si rinvia a una limitata lista di autori: A. BELFIORE, *La presupposizione*, Torino, 1998; M. BESSONE-A. D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir*., XXXV, 1986, 326 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997; A. CATAUDELLA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2016, 789 ss.; M. MAGGIOLO, *Presupposizione e premesse del contratto*, in

Se, invece, il conduttore avesse interesse a mantenere il rapporto contrattuale e a ottenere una temporanea sospensione o diminuzione del canone corrispondente all'interruzione dell'interesse abitativo per il *factum principis*, l'unica via da percorrere – in assenza di un "diritto all'autoriduzione" – è quella di assimilare questa situazione a quella della sopravvenuta, parziale e transitoria impossibilità di garantire al conduttore l'uso convenuto (e, più in particolare, quello intorno al quale è costruita la regolamentazione normativa), interpretando in modo estensivo il concetto di "privazione del godimento".

**4.** – Le questioni riconducibili all'insostenibilità sopravvenuta del canone sono destinate ad avere un impatto non transeunte, in quanto riconnesse agli effetti della pandemia, nel medio e lungo corso, sul mercato del lavoro e delle locazioni.

Punto di avvio della riflessione è il concetto di "morosità incolpevole", già coniato dalla legislazione speciale in conseguenza della prima crisi immobiliare successiva a quella finanziaria del 2008. Definita come "una situazione di sopravvenuta impossibilità a provvedere al pagamento del canone locativo a ragione della perdita o consistente riduzione della capacità reddituale del nucleo familiare" (art. 1, decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 14 maggio 2014), della "morosità incolpevole" si è fatto un reiterato uso in conseguenza del ricorrere delle crisi del settore immobiliare o che su questo si riverberano, al fine di giustificare il sostegno di diritto pubblico nei confronti dei conduttori che si trovano nella situazione sopra descritta. Ai fini dell'accesso al fondo, la "morosità incolpevole" acquisisce rilievo allorché i conduttori, oltre a rispettare i parametri ISE/ISEE previsti dal decreto e risiedere nell'alloggio da oltre un anno, siano destinatari di un atto di intimazione di sfratto per morosità: la valutazione della situazione di difficoltà economica del conduttore, quindi, ha luogo a contratto risolto, nella fase dell'esecuzione dello sfratto.

A un concetto analogo di mora incolpevole si è ispirata altresì la legislazione dell'emergenza in soccorso dei mutuatari in difficoltà in conseguenza della crisi finanziaria, nell'istituire un fondo perspicuamente destinato a finanziare le richieste di sospensione dei pagamenti delle rate (il c.d. fondo Gasparrini: art. 2, commi 475 ss., l. n. 244 del 24/12/2007). Inizialmente destinato ai mutui accesi per l'acquisto della prima casa, il fondo, rifinanziato dal Decreto Cura Italia, confermato dal Decreto Liquidità e, poi, dal Decreto Ristori (Decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137), ha visto allargata la platea di

---

*Giustiziacivile.com*., 2014; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 363 ss.

potenziali beneficiari in conseguenza della pandemia. Rispetto alla misura adottata nel settore della locazione, questa, più convincentemente, mira a prevenire la morosità e l'attivazione delle procedure esecutive, ma si ispira all'idea comune di alleviare le situazioni di sopravvenuta insostenibilità dei pagamenti periodici dovuti agli effetti dei mutamenti macroeconomici sui singoli rapporti contrattuali.

È evidente che il legislatore abbia adoperato o evocato la "morosità incolpevole" – con il suo retroterra di "unaffordability" dipendente dalla crisi economica generale – senza attribuire all'aggettivo nessun significato sistematico: intendendo riassumere con tale espressione – ai soli fini, appunto, dell'accesso al sostegno pubblico – situazioni ben definite in cui il mancato o ritardato adempimento dell'obbligazione pecuniaria dipenda da una riduzione del reddito familiare, dovuta alla perdita, totale o parziale, dell'occupazione.

Nondimeno, se di tale comune concetto la legislazione speciale si è avvalsa così spesso nell'arco di oltre dieci anni, privilegiando settori che implicano rapporti contrattuali di durata e toccano bisogni primari (l'abitazione), è del tutto legittimo chiedersi in che limiti tale espressione abbia una vocazione più generale e trovi cittadinanza anche nei rapporti fra privati, per poi ulteriormente domandarsi come essa si declini e quali rimedi sia in grado di attivare, al di là degli stretti confini dell'eventuale accesso al fondo pubblico.

Un primo indizio a favore della rilevanza della "morosità incolpevole" anche nei rapporti fra privati si ritrae dalla disciplina extracodicistica del tipo abitativo: dove, già nella fase precedente allo sfratto, quando ancora il rapporto contrattuale è in essere, l'autorità giudiziaria è chiamata a una valutazione circa la "non imputabilità" del ritardato o mancato adempimento nel corso del giudizio di risoluzione per morosità, ai fini della concessione di un termine di grazia e di un diritto di sanatoria (art. 55, l. n. 392/1978). In particolare, in presenza di comprovate condizioni di difficoltà del conduttore che non ha sanato la mora in udienza, il giudice può assegnargli un termine non superiore a giorni novanta per farlo; quando, poi, la mora è conseguente alle precarie condizioni economiche del conduttore, insorte dopo la stipulazione del contratto e dipendenti da disoccupazione, malattie o gravi, comprovate condizioni di difficoltà, il termine per la sanatoria si allunga fino a centoventi giorni (purché, però, l'inadempienza non si sia protrattasi per più di due mesi).

Non può sottacersi che l'aver collocato (*rectius*, confinato) in una fase di già conclamata conflittualità la valutazione della situazione di disperata impotenza finanziaria del conduttore desti più di una perplessità: più ancora, in quanto il suo effetto è di prolungare la durata del procedimento giudiziale di sfratto per morosità fino a ulteriori 120 giorni, senza nessuna garanzia che il conduttore sarà in grado di sanare la mora al termine di

questo periodo e, piuttosto, con la ragionevole presunzione che non lo sarà, vista la gravità delle cause a fondamento del suo inadempimento. L'ulteriore conseguenza è non soltanto l'esacerbarsi della conflittualità fra le parti, ma il rischio di demotivare i potenziali locatori a immettere sul mercato gli immobili in locazione a scopo abitativo primario, considerata la potenziale farraginosità del procedimento di sfratto.

Occorre chiedersi, allora, se la sussistenza di comprovate difficoltà economiche del conduttore rilevi anche precedentemente alla fase patologia e giudiziale. In senso affermativo soccorre una prospettiva interpretativa tesa, per un verso, a valorizzare i profili della relazione, della durata e dell'interesse alla conservazione del rapporto nel rileggere la disciplina generale del contratto e delle obbligazioni [19]; per un altro verso, a mettere a fuoco la finalizzazione del contratto a soddisfare esigenze relative a beni e a servizi primari, anche al di là di una logica meramente commutativa e in un'ottica di umanizzazione dei rapporti contrattuali [20], che, soprattutto in una fase di crisi destinata a colpire l'intera collettività (addirittura globale), non può non richiedere anche doveri di solidarietà nei rapporti individuali.

Questa prospettiva interpretativa ha trovato riscontro nella giurisprudenza maturata a proposito della locazione a uso diverso da quello abitativo ben prima dell'attuale periodo di crisi, là dove si è mostrata disposta a valorizzare l'atteggiamento di ripetuta, abituale tolleranza del locatore rispetto a ritardi pregressi al fine di negargli la facoltà di avvalersi della clausola risolutiva espressa [21]. Traspaiono già, da questo orientamento, l'importanza della relazione e dell'affidamento, nonché i loro possibili riverberi sull'esercizio dei rimedi contrattuali, sulla valutazione del comportamento processuale contraddittorio di una delle parti e sulla conservazione del rapporto, anche indipendentemente dal peso dell'interesse locativo implicato. Si è evocato, a tal fine, il concetto di tolleranza, che si sostanzia in un atteggiamento passivo del titolare di un diritto rispetto all'altrui violazione, capace di ingenerare affidamenti ma non di precludere la valutazione di illiceità dell'altrui condotta [22].

Al di là della tutela dell'affidamento ingenerato da una condotta di acquiescenza di fronte all'inadempimento del conduttore, occorre sondare una strada ulteriore: se, cioè, le circostanze che rendono "incolpevole" la mora riescano a entrare nella cruna della causa

---

[19] Si tratta di una prospettiva valorizzata dai contributi monografici in materia di contratti di durata, che è qui possibile richiamare solo a titolo esemplificativo: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit.; in *Prospettiva comparata*, v. W. DORALT, *Langzeitverträge*, Tübingen, 2018.

[20] L. NOGLER-U. REIFNER, *Life Time Contracts*, The Hague, 2014, XVII ss.

[21] Cass. 9 febbraio 1998, n. 1316, in *Giur. It.*, 1999, 273.

[22] Sulla tolleranza, in generale, S. PATTI, *Tolleranza (atti di)*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992.

non imputabile ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. Il concetto di "morosità incolpevole", invero, si è già fatto strada nella giurisprudenza nei casi in cui – a proposito della locazione commerciale – è stata accolta l'opposizione allo sfratto ed imputato alla contingenza sanitaria il mancato adempimento dell'obbligo di pagamento del canone, con concomitante riferimento all'art. 1464 cod. civ. al fine di giustificare la riduzione del canone in virtù dell'impossibilità parziale temporanea del godimento dell'immobile [23]. Nella locazione per uso abitativo primario tale aggancio normativo, come si è già precisato, non è immediatamente utilizzabile. Tuttavia, la rilettura della causa non imputabile alla luce della clausola della correttezza – che rinvia al valore e al peso degli interessi coinvolti: qui, quelli che fanno da corona al concetto di home [24] – induce a concludere che le contingenze eccezionali, inaspettate e inevitabili in cui può essersi trovato il conduttore pur dopo l'immediata vigenza delle misure restrittive ed in conseguenza della loro "onda lunga", possano configurarsi come cause di temporanea inesigibilità della prestazione nei tempi o nella misura originariamente concordata [25]. Ne deriva la necessità, per il locatore, di mitigare la sua pretesa alla luce delle contingenze sopravvenute e di un contemperamento dell'interesse suo e del conduttore, scegliendo la soluzione capace di prevenire l'insorgere di una patologia del rapporto contrattuale nell'ambito di un'articolata e flessibile gamma di possibilità: la concessione di termini di grazia, di sospensioni dei pagamenti, di una riduzione degli importi periodici dovuti. L'entità e la durata saranno determinate alla luce del ragionevole affidamento che il conduttore riesca a uscire dalla situazione di difficoltà finanziaria in cui si trova, tenuto conto del prolungarsi delle difficili contingenze economiche generali.

Il reiterarsi della crisi sanitaria oltre il breve periodo pone anche la domanda se la difficoltà economica del conduttore possa giustificare un vero e proprio obbligo di rinegoziazione delle condizioni economiche in corso di rapporto in una situazione eccezionale come quella attuale (lasciando impregiudicata, cioè, la questione della sua generale ammissibilità nel diritto vigente) [26]. Quando sia in gioco la mera insostenibilità soggettiva di

---

[23] Trib. Venezia, 28 luglio 2020, n. 5480, in *dejure.it*; Trib. Roma, 25 luglio 2020, in *dejure.it*; *contra*, Trib. Pordenone, 8 luglio 2020, in *dejure.it*.

[24] Si rinvia a E. BARGELLI, *Costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo: il right to respect for the home ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Europa e dir. priv.*, 2019.

[25] È la linea di ragionamento sottesa alla prospettazione di "contratti di durata per l'esistenza della persona": v. A. NICOLUSSI, *Etica del contratto e "contratti di 'durata' per l'esistenza della persona*, in *Life Time Contracts*, cit., 153 ss.; l'implicita base teorica del ragionamento si rinviene nella letteratura citata retro, note 4, 5, 6.

[26] L'ammissibilità di tale rimedio, com'è noto, trova il sostegno di una parte della dottrina (v., per tutti, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; la tesi è ripresa in

un canone in sé non eccessivo – in quanto in linea con le condizioni attuali di mercato – è da escludere che sia giustificato un obbligo di rinegoziazione al ribasso del canone, in quanto si rischierebbe di far gravare unilateralmente e sproporzionalmente sul locatore le difficoltà economiche del conduttore, anche se dipendenti da una contingenza generale (salvo quanto si dirà più oltre, a proposito delle forme di presa in carico della collettività del sacrificio sopportato dai proprietari) [27].

La questione si pone, invece, allorché il corrispettivo concordato originariamente sia divenuto eccessivo rispetto alle condizioni di mercato post pandemia.

**4.1.** – La questione sollevata alla fine del paragrafo precedente scaturisce dai dati statistici messi a disposizione dai professionisti del mercato immobiliare, che hanno registrato un aumento dell'offerta di immobili quale conseguenza del calo della domanda di abitazioni, dovuto al crollo dei mercati collaterali rispetto a quello della dimora primaria (B&B e locazioni per ragioni di studio e di lavoro, colpite dalla riduzione dei flussi turistici e dalla diffusione dello *smart working* e della didattica a distanza) [28]. In tale situazione, si registra una tendenza al ribasso del livello dei canoni, anche dovuta all'aumento statistico dei casi di opzione a favore del canone concordato.

È appena il caso di ricordare che a una contingenza opposta dovette far fronte la legislazione d'emergenza conseguente alle crisi causate dalle due guerre mondiali, quando la drastica riduzione di alloggi disponibili impose al legislatore provvedimenti eccezionali di congelamento dei canoni [29].

All'obiettivo di prevenire incrementi in corso di rapporto, invero, si è ispirata sempre la legislazione speciale sul tipo abitativo: anche quella attualmente vigente, infatti, si ba-

---

vari scritti successivi: per es., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 1046 ss.) e, ora, l'avallo della Relazione tematica della Corte di Cassazione, n. 56/20, cit., 20 ss.; sono state prospettate, anche di recente, tesi critiche (da ultimo, E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018); per una ricostruzione alternativa, v. F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e diritto privato*, 2019, 585 ss. Per una sintesi del dibattito, P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., Aggiornamento, ****** 2011, 812 s.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in C. e i., 2002, 774 ss.

[27] V. *infra*, 4.1. e 5.

[28] *https://www.mutuionline.it/news/mutuionline-informa/coronavirus-gli-effetti-sul-mercato-degli-affitti-00031074.asp*.

[29] Per un'analisi più dettagliata, v. E. BARGELLI, *Proprietà e locazione. Prelazione e valore di scambio*, Torino, 2004, 69 ss.

sa sull'assunto dell'immodificabilità del canone per tutta la durata del contratto e fino al secondo rinnovo, quando le parti possono attivare la procedura che consente la prosecuzione del rapporto a nuove condizioni (art. 2, l. n. 431/1998). L'evidente obiettivo è quello di mettere in sicurezza il conduttore, impedendo incrementi di canone non solo nel corso di un rapporto avente una durata minima legale (a parte l'aggiornamento in base all'indice ISTAT, ove previsto dal contratto: art. 32, l. n. 392/1978), ma anche per l'ulteriore periodo di rinnovo. Non è consentito, infatti, dare disdetta alla prima scadenza al fine di maggiorare il corrispettivo, anche qualora tale richiesta fosse motivata dalla parziale ristrutturazione dell'immobile (fra le ragioni di recesso alla prima scadenza, infatti, è annoverata solo "l'integrale ristrutturazione dell'immobile" nel quale si trova l'appartamento ovvero la sua demolizione o radicale trasformazione per realizzare nuove costruzioni: art. 3, lett. e), l. n. 431/1998) [30]. La rigidità della disciplina del tipo abitativo sotto il profilo dell'equilibrio economico del contratto ha, dunque, una sua intima coerenza, anche se presenta qualche ovvio svantaggio: per esempio, finisce per disincentivare gli investimenti nel miglioramento della qualità degli immobili manente *locatione* (un profilo della regolamentazione legislativa da ritenersi ancora inadeguato) [31].

Il conduttore in difficoltà che si trovi a dover pagare un canone divenuto eccessivo rispetto ai livelli del mercato potrebbe teoricamente attingere alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, sperando nell'eventualità dell'offerta di riconduzione a equità del contratto [32]. Sembra plausibile ritenere, infatti, che l'art. 1467 cod. civ. possa essere applicato anche quando la contingenza eccezionale e imprevedibile comporti un abbassamento del livello dei canoni nel mercato tale da non rendere quelli pattuiti oggettivamente eccessivi (se, per esempio, lo scarto si attesta in una percentuale del 10% [33]): purché, però, quella stessa contingenza abbia peggiorato le condizioni economiche del conduttore, rendendo per lui comunque eccessivo il canone concordato in origine.

Una soluzione di questo tipo, tuttavia, non offrirebbe garanzie di soddisfazione dell'interesse del conduttore alla conservazione della propria dimora. In questa eccezionale

---

[30] E. BARGELLI, *Le locazioni abitative*, in *Tratt. Dei contratti*, a cura di ROPPO, II, *Cessione e uso di beni*, Milano, 2014, 1109 s.

[31] E. BARGELLI, *op. ult. cit.*

[32] Nega la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di un contratto a canone concordato, subordinandola alla prova (in concreto non data) del peggioramento della condizione patrimoniale del conduttore, Trib. Pisa, 30 giugno 2020, in *Dir. e giustizia*, 17 agosto 2020.

[33] Secondo quanto riporta *https://www.mutuionline.it/news/mutuionline-informa/coronavirus-gli-effetti-sul-mercato-degli-affitti-00031074.asp*, la riduzione sarebbe dello 0,9%, nel primo semestre 2020, per bilocali e trilocali.

contingenza, un obbligo di rinegoziazione del canone sarebbe non solo più funzionale a questo fine, ma potrebbe indurre il locatore renitente a rinunciare alla speranza di ricavare, da una nuova locazione, un corrispettivo frutto di precedenti e migliori condizioni di mercato e a non imbarcarsi in una procedura di sfratto anche per lui potenzialmente complessa e costosa [34]. Del resto, che, in una così straordinaria situazione, la rinegoziazione del canone risponda al canone della buona fede oggettiva – con il suo implicito carico di bilanciamento di interessi – e persino della ragionevolezza lo dimostra la sua spontanea e consensuale attuazione in una percentuale rilevante di rapporti di locazione post pandemia e, con ciò, la sua rispondenza a una normatività sociale prima che giuridica. Lo conferma altresì che ne abbiano fatto una sorta di parola d'ordine le associazioni rappresentative degli inquilini e dei consumatori [35].

Nel più lungo periodo, tuttavia, lasciare la soluzione del problema della sopravvenuta insostenibilità del canone al braccio armato di un rimedio giudiziale di rinegoziazione non sarebbe soddisfacente. Al di là delle situazioni *extra ordinem* in cui esso potrebbe operare come *ratio extrema*, un generalizzato obbligo di rinegoziazione in via giudiziale del canone, in dipendenza del mutamento delle condizioni economiche di una delle parti e delle alterazioni del mercato immobiliare e del lavoro desterebbe più di una perplessità, almeno all'interno della sfera di applicazione della l. n. 431/1998. Ove, infatti, la facoltà di chiederla fosse attribuita a entrambe le parti (in ragione della frequente natura non professionale del locatore), esporrebbe il conduttore alle fluttuazioni verso l'alto (persino alle bolle) del mercato immobiliare, ovvero allo scenario che la legislazione del settore abitativo ha sempre inteso scongiurare attraverso il dogma dell'immutabilità del canone in corso di rapporto. Ove, invece, fosse prevista a unilaterale vantaggio del conduttore a uso abitativo primario, rischierebbe di alterare il bilanciamento di interessi che il legislatore ha tracciato attraverso la previsione di una durata minima inderogabile e, in ultima analisi, di deprimere l'offerta di immobili destinata a tale finalità.

Assai preferibile sarebbe, anche nel più lungo periodo, reiterare e rafforzare gli incentivi pubblici ad aderire ai canoni concordati, in fase di negoziazione e di rinegoziazione del contratto: in questa direzione si è già mossa qualche amministrazione pubblica pro-

[34] V., a proposito di un caso di locazione commerciale, l'ordinanza del Trib. Milano, 21 ottobre 2020 e il commento di A. CELESTE, *Invito del magistrato alla rinegoziazione del cacone di locazione, stante il (passato) lockdown e il (probabile) coprifuoco*, in *Immobili & proprietà*, 2020, 709 ss.

[35] L'opportunità di promuovere forme stragiudiziali e assistite di rinegoziazione è già emersa nel dibattito: A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *www.giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020.; M. RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea grezza*, in *www.diritto.bancario.it*, 23 aprile 2020.

muovendo, fra le associazioni maggiormente rappresentative dei proprietari e degli inquilini, "accordi territoriali sugli affitti" [36].

**5.** – Fra i problemi su sui si sono soffermate queste pagine, quello della sostenibilità del canone "libero" – sia nella fase dell'accesso all'alloggio sia nel corso del rapporto – è certamente destinato a permanere anche oltre l'emergenza sanitaria. Si tratta, infatti, di un problema classico del mercato delle locazioni abitative, sempre strisciante e riacutizzatosi in un recente passato, in occasione della recessione economica conseguente alla crisi finanziaria intorno agli anni dieci di questo secolo.

L'attuale emergenza sanitaria ha spinto a sondare i confini della causa non imputabile e dell'inesigibilità nelle obbligazioni pecuniarie e a sottoporre a una sorta di stress test i rimedi contrattuali – anche non codificati – rispetto alle sopravvenienze. È stato detto che, per i contratti di "puro" diritto civile o commerciale, il Covid-19 abbia segnato "il trionfo dei regimi delle sopravvenienze (impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta) e dell'inadempimento" [37]. L'affermazione è certamente vera anche per la locazione abitativa, seppure in misura più limitata rispetto al tipo commerciale e ad altri contratti di durata.

Intorno al tipo abitativo si è condensato un concetto ad alta densità evocativa – la "morosità incolpevole" – che, pur applicato dal legislatore speciale ed emergenziale per attivare fondi destinati a prevenire sfratti conseguenti alla sopravvenuta insostenibilità del canone e la risoluzione di determinate categorie di finanziamenti, trova cittadinanza anche nei rapporti fra privati, oltre il settore della locazione (e del mutuo) e, potenzialmente, al di là dell'emergenza.

Con l'occhio rivolto al più lungo termine, l'impatto della pandemia ha offerta alla dottrina l'occasione per tornare sul tema della riforma della disciplina generale del contratto e dell'introduzione di strumenti diretti all'adeguamento alle sopravvenienze e alla manutenzione del rapporto (fra tutti, lo strumento controverso della rinegoziazione) [38]: anche in vista di obiettivi di giustizia sociale [39]. Non vi è dubbio che la disciplina genera-

---

[36] *https://www.gonews.it/2020/06/25/riduzione-affitti-firenze-patti-territoriali/*.

[37] V. ROPPO, *op. loc. cit.*

[38] F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 129 ss.; v. altresì la proposta dell'Associazione civilisti italiani, *Una riflessione e una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in *www.civilisti italiani.eu*.

[39] E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. Civ.*, 2020, 242 ss.

le del contratto (e, in particolare, dei contratti di durata) si gioverebbe di una tale riforma; è invece dubbio, per le ragioni accennate nelle pagine precedenti, che di questa si avvantaggerebbe in modo rilevante la locazione abitativa, seppure, a sua volta, bisognosa di più di un ritocco sotto il profilo della disciplina della formazione e del governo del rapporto contrattuale.

Né sarebbe auspicabile che il problema della sostenibilità fosse risolto, strutturalmente, con una riforma del tipo abitativo che reintroducesse forme di controllo del canone legale ispirate alla giustizia distributiva o elargisse irrealistici termini di grazia per l'inquilino moroso, sulla falsariga degli interventi vincolistici del passato, affidati in larga misura allo strumento delle norme imperative. È pressoché unanime, infatti, la valutazione negativa di questo tipo di limiti ("dirigistici") dell'autonomia privata, tipici del rent control di prima generazione [40].

Non che il settore della locazione abitativa, pur dopo il fallimento della legge del 1978, sia alieno dallo sperimentare l'uso di rimedi contrattuali classici con l'obiettivo di conseguire più ampie finalità pubbliche. Basti pensare non solo alla riconferma dell'inderogabilità in pejus almeno dell'essenziale architrave posto a protezione del conduttore [41], ma anche all'inedita introduzione della nullità per l'omessa registrazione del contratto di locazione (art. 13, l. n. 431/1998), al fine di combattere l'evasione fiscale [42]: un obiettivo, peraltro, assai meglio conseguito attraverso il sistema facoltativo di tassazione separato dei redditi da locazione ad aliquote fisse (la nota «cedolare secca») [43].

Nondimeno, il modello cui il legislatore è approdato venti anni fa riconduce la disciplina dei rapporti fra locatore e conduttore entro il raggio della giustizia commutativa, ispirandosi a una generale tendenza – nominata, con termine icastico, "regulatory equilibrium" [44] – riscontrabile in un largo numero di sistemi dell'Europea occidentale e successiva ai superati regimi vincolistici.

---

[40] Per un'analisi e una comparazione delle due generazioni di rent control, R. ARNOTT, *Time for Revisionism on Rent Control, in Journal of Economic Perspectives*, 1995, 9, 99 ss. Per un quadro comparato delle discipline della locazione abitativa in Europa, T. CROOK-P.A. KEMP, *Private Rental Housing – Comparative Perspectives*, Cheltenham, 2014.

[41] E. BARGELLI, *Le locazioni abitative*, cit.

[42] F. PADOVINI, *Locazioni abitative, patti contrari alla legge e registrazione: dal rapporto di fatto all'efficacia ultrattiva?*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 985 ss.

[43] Si rinvia a E. BARGELLI-R. BIANCHI, *Black market and residential tenancy contracts in Southern Europe: New trends in private law measures*, in *Tenancy Law and Housing Policy in Europe*, a cura di C. Schmid, Edward Elgar Publishing, 2018, 117 ss.

[44] Per l'esposizione di questo concetto, v. C. Schmid, Introduction, in C. SCHMID, *Tenancy Law and Housing policy in Europe. Towards a Regulatory Equilibrium*, Cheltenham-Northampton, 2018, 5 ff.

Ciò non significa precludere a priori residuali effetti distributivi conseguenti all'applicazione delle clausole generali, nell'ottica di una valutazione caso per caso [45]. Si intende piuttosto rimarcare che, nel settore della locazione della residenza primaria, caratterizzato dalla presenza percentualmente prevalente di due soggetti non professionisti, dominato dalla contrattazione individuale (seppur condotta, spesso, sulla base di modelli standard) e rivolto alla soddisfazione di un bisogno essenziale, perseguire la regolazione del mercato o addirittura finalità distributive attraverso il mero potenziamento dei rimedi contrattuali a favore del conduttore produrrebbe effetti in ultima analisi negativi sull'offerta degli alloggi da concedere in godimento a scopo abitativo: il cui incremento, al contrario, deve costituire un obiettivo da promuovere.

D'altra parte, per far fronte al problema della sostenibilità non sarebbe possibile far affidamento sulle sole locazioni di diritto pubblico, vista l'attuale scarsità dell'offerta di alloggi ERP (anche a causa delle successive ondate di privatizzazioni), l'incremento dei potenziali beneficiari e le loro persistenti criticità [46].

Merita, piuttosto, di essere consolidata la tendenza all'innesto, nel regime privatistico, di misure di "riconoscimento sociale" del sacrificio accettato dai locatori [47] per effetto della loro disponibilità alla negoziazione e alla rinegoziazione del canone inferiore al livello del mercato. Viene in gioco, in particolare, il tema delle misure idonee a rendere appetibile il canone concordato dalle associazioni rappresentative dei conduttori e dei proprietari: un'opzione messa a disposizione delle parti dalla legge che smantellò l'equo canone (art. 2, l. 431/1998), già accompagnandola da timidi benefici (sul piano fiscale come dei diritti contrattuali del locatore).

Pur territorialmente diversificato, tale canone si attesta, statisticamente, a un livello significativamente inferiore rispetto a quello di mercato (fino alla metà [48]) e, dunque, costituisce un mezzo effettivo per fronteggiare il problema della sostenibilità anche in corso di rapporto: oltre a svolgere un ruolo ulteriore di indiretto calmiere del mercato e di prevenzione degli sfratti e a favorire la registrazione dei contratti e la loro sottrazione al "mercato nero".

Lo strumento finora più efficace per indurre i locatori ad accettare tale canone – fin dall'inizio o in corso di rapporto – si è rivelato, invero, la leva fiscale, concretatasi in un articolato sistema di agevolazioni ed incentivi. Applicato in modo sempre più incisivo a

---

[45] *Retro*.

[46] T. POGGIO-D. BOREIKO, *L'affitto sociale in Italia: criticità e prospettive*, in *Pol. dir.*, 2018, 45 ff.

[47] In generale, E. NAVARRETTA, op. ult. cit., 242 ss.; A. NICOLUSSI, op. ult. cit., 154.

[48] V., più ampiamente, E. BARGELLI-R. BIANCHI, *La locazione abitativa a vent'anni dalla riforma del 1998*, in *Polis*, 2018, 19 ss.

partire dal 2011, tramite l'introduzione della sopra menzionata – e, invero, controversa – «cedolare secca» e, poi, l'adozione di aliquote IMU e TASI agevolate [49], tale sistema ha progressivamente indotto un incremento della percentuale di contratti a canone concordato, che, invece, ha stentato a decollare nel primo decennio successivo all'entrata in vigore della legge del 1998.

All'idea dell'innesto del diritto pubblico sul diritto privato si è ispirata altresì la recente Legge di bilancio 2021, che concede al proprietario disposto a rinegoziare al ribasso il canone un contributo (da elargire mediante credito di imposta) a fondo perduto, purché l'immobile si trovi un comune ad alta densità abitativa e costituisca la dimora principale del conduttore.

La linea qui suggerita, in conclusione, né auspica un ritorno del dirigismo tipico del rent control classico, né si rivolge al diritto privato regolatorio – efficacemente invocabile in mercati globali e dominati dalla contrattazione di massa – e all'interscambiabilità fra diritto privato e diritto pubblico [50]. Essa, piuttosto, si appella alla sinergia fra strumenti dell'uno e dell'altro di questi sottoinsiemi al fine di fronteggiare il problema dell'insostenibilità (anche) sopravvenuta del canone indotta da circostanze oggettive: fra le quali, accanto a forme di vulnerabilità del nucleo familiare, ha acquisito una rilevanza sempre maggiore la perdita, totale o parziale, dell'occupazione [51]. La prospettiva qui auspicata appare congrua quando il settore economico in cui si inserisce il tipo contrattuale è dominato da variabili locali e gli obiettivi generali da perseguire involgono l'appagamento di bisogni primari che il mercato si dimostra inidoneo a soddisfare adeguatamente [52].

---

[49] *https://www.amministrazionicomunali.it/iuc/novita_iuc.php#.*

[50] A. ZOPPINI, *Diritto privato Vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Il diritto civile, e gli altri*, a cura di V. Roppo e P. Sirena, Milano, 2013, 371 ss.

[51] Non è possibile richiamare, se non per rinvio, il tema della (superata) dicotomia fra pubblico e privato: U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 191 ss. (ora in *Immagini del diritto privato, Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, 105 ss.); I. POPULIZIO, *Per un modello teorico della "grande dicotomia" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XLIII, n. 2 (dicembre 2013).

[52] Lo conferma il recente *Report on access to decent and affordable housing for all* (2019/2187(INI)) approvata dal Parlamento europeo il 21 gennaio 2021.

JUS CIVILE

*MASSIMO SARACENO*

*Notaio*

# IL PATTO MARCIANO NELLA DISCIPLINA DELL'ART. *48-BIS* T.U.B. [1]

SOMMARIO: *1. L'art. 48-bis del T.U.B. nel quadro della tradizionale ricostruzione del patto marciano: specialità e non eccezionalità della disposizione. – 2. La stipulazione del patto. – 3. Interferenze fra la garanzia ipotecaria e l'alienazione in garanzia. – 4. L'inadempimento e il procedimento di stima. – 5. Implicazioni in tema di imposte indirette.*

**1. –** L'art. *48-bis* T.U.B., introdotto dall'art. 2, comma 1, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni dalla l. 30 giugno 2016, n. 119, (d'ora in avanti anche art. 48-*bis*), s'inscrive in un rinnovato quadro normativo delle garanzie reali cc.dd. atipiche, non fondate cioè su un potere eteronomo di soddisfazione delle ragioni creditorie, ma incentrato su forme di autotutela *in executivis* finalizzate a sopperire all'inefficienza del sistema giudiziario di recupero del credito.

Del patto marciano, modellato alla stregua di un'alienazione dell'immobile sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, il detto art. 48-*bis* fornisce la più compiuta disciplina rispetto ai frammenti offerti dalla più recente normativa speciale, segnatamente contenuta nell'art. 11-*quaterdecies* del d.l. 30 settembre 2005, n. 203 (prestito vitalizio ipotecario), nell'art. 120-*quinquesdecies* T.U.B. (credito ipotecario ai consumatori), nell'art. 6, comma 2, art. 4, comma 1, lett. b) e comma 2, e art. 5, d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170 (contratti di garanzia finanziaria), nell'art. 1, comma 7, del d.l. n. 59/2016 (pegno non possessorio) e nell'art. 1, comma 78, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (*leasing* abitativo). Normativa che evidenzia, nel suo complesso, la meritevolezza degli interessi che stanno alla base del patto marciano, che si sostanzia – con ciò supe-

[1] Il presente lavoro riproduce quanto già pubblicato nel volume *"70 Anni della Scuola di Notariato di Roma",* a cura della *Fondazione Anselmo Anselmi*, Roma, 2019, 369 ss.

rando il divieto del patto commissorio – nell'esigenza del debitore[2] di evitare un'appropriazione incontrollata dei beni oggetto di garanzia da parte del creditore, con un suo possibile ingiustificato arricchimento, attraverso un meccanismo (comune a tutte le norme sopra richiamate) di restituzione al debitore dell'eccedenza fra il valore del bene oggetto della garanzia (previa stima effettuata da un terzo imparziale) e l'ammontare del debito e, pertanto, di riproporzionamento dei valori in gioco (importo del debito e valore del bene). Un congegno negoziale, dunque, in cui il trasferimento non è la conseguenza di un negozio tipico che svolge indirettamente una funzione di garanzia, ma è causalmente giustificato dalla funzione "principale" di garanzia in cui la condizione di inadempimento contribuisce a delineare la causa concreta del trasferimento, *conforman-*

[2] La protezione del debitore è argomento di antica concezione. Le origini vanno ricercate nel diritto romano quando Costantino, mosso dalla spinta solidaristica sostenuta dal cristianesimo, introdusse il divieto del patto commissorio (per i precedenti cfr. V. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio,* in *Trattato di diritto privato,* diretto da P. Rescigno, XIX, UTET, 1997, 557 ss.; per un'analisi storica e comparatistica cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie,* Edizioni Scientifiche Italiane, 2000; M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio,* in *Enciclopedia Giuridica Treccani,* XXII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, 6; F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia,* in *Diritto civile,* diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, 2009, 2; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio,* Giuffrè, 1957; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Giappichelli, 2000, e *Patto commissorio, proprietà e mercato. Appunti per una ricerca,* in *Riv. crit. dir. priv.,* I, 1997, 119; F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio,* Giuffrè, 1999). Il nostro ordinamento prevede tuttora tale divieto all'art. 2744 cod. civ.: *"è nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno*". Le ragioni del divieto per tradizione risiedono nella considerazione che il patto commissorio consentirebbe una "realizzazione coattiva della pretesa creditoria" rimessa alla volontà dei privati. Oltretutto ciò avverrebbe in un contesto contrattuale di prevedibile squilibrio di forze (E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazioni di obbligazioni,* in *Riv. dir. comm.,* II, 1931, 699). L'interpretazione che vede nel divieto del patto commissorio essenzialmente uno strumento di tutela del contraente debole è tralatiziamente sostenuta dalla costante giurisprudenza (Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Corr. Giur.,* IV, 2016, 486, con nota di F. SCARDINO; Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.,* II, 2013, 719; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Foro it.,* I, 1996, 3491; Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, in *Vita not.,* V, 1983, 966, con nota di G. NAPOLEONE). In base ad altra dottrina, si è sostenuto che l'eventuale sproporzione tra ammontare del debito e valore del bene su cui il creditore dovrebbe soddisfarsi possa danneggiare (oltre al debitore) anche gli altri creditori in violazione del principio della *par condicio* (F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto,* in *Riv. dir. proc.,* II, 1946, 146; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare, in Riv. dir. comm.,* II, 1946, 69); sulla scia di questa corrente interpretativa, risulta preferibile la tesi che individuava la *ratio* dell'art. 2744 cod. civ. nella tutela congiunta della *par condicio* e del debitore, per cui ved. L. BARBIERA, *Garanzie del credito ed autonomia privata,* Jovene, 1971, 261; volendo cfr. anche G. RISPOLI, *Ai confini del divieto di patto commissorio,* nota a Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262, in *Giur. it.*, X, 2013, 2023, secondo cui l'art. 2744 cod. civ. deve considerarsi violato solo quando "l'operazione posta in essere sia idonea a determinare un reale pregiudizio alle ragioni degli ulteriori creditori", e che "l'indicatore della liceità o meno del patto andrebbe ravvisato nella capienza del patrimonio residuo del debitore".

*do sul piano reale la situazione giuridica dominicale oggetto di trasferimento* [3] e, così, superando definitivamente le più antiche posizioni giurisprudenziali le quali, dalla sentenza della Cassazione a sezioni unite del 1989 in poi, avevano bandito la liceità delle alienazioni in garanzia perché in contrasto con il divieto del patto commissorio [4].

In realtà, la ricostruzione causale del congegno negoziale di "marca marciana" è ben più variegata e complessa rispetto a quanto sopra sostenuto in chiave apparentemente assertiva [5], ma un'analisi esaustiva delle posizioni dottrinali stratificatesi nel corso degli ultimi venti anni esulerebbe dai limiti del presente lavoro, finalizzato ad offrire alcuni spunti di riflessione – a beneficio degli operatori pratici – su uno dei "marciani secondi" [6] e, segnatamente, su quello a garanzia dei finanziamenti alle imprese, per come enucleato nella disciplina dell'art. 48-*bis.*

In passato, sul piano strutturale, si era soliti distinguere tra alienazione in garanzia sospensivamente condizionata e vendita a scopo di garanzia con patto di riscatto. La linea di discrimine veniva tradizionalmente individuata nel momento di produzione dell'effet-

---

[3] G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile, primo semestre 2016.*

[4] Si tratta della Cass. civ., sez. un., sent. 3 aprile 1989, n. 1611, nella quale viene ben evidenziato che la struttura dell'alienazione (sospensivamente condizionata all'inadempimento ovvero risolutivamente condizionata all'adempimento) non incide sulla portata materiale del divieto, che trova applicazione in tutti i casi in cui la causa della vendita venga piegata a uno scopo illecito di garanzia. La norma di cui all'art. 2744 cod. civ. costituisce una novità rispetto al ristretto ambito di applicazione del divieto delineato nel codice del 1865 in cui la nullità era prevista nelle sole ipotesi di dazione di pegno e anticresi. Nonostante, peraltro, la veste formale del patto commissorio illecito sia limitata ai soli casi di alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento da parte del debitore ipotecario (quindi come patto aggiunto alla costituzione di ipoteca), è ormai pacifico che il divieto si applichi anche alle alienazioni in garanzia autonome e alle vendite risolutivamente condizionate o con patto di riscatto.

[5] Si va dalla ricostruzione volta a configurare il patto marciano come una *datio in solutum* preventiva o "anticipata" (da ultimo S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento* in *I nuovi marciani* di G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, Giappichelli, 2017, 42 ss.) all'autorevole pensiero di chi, invece, ponendo il trasferimento marciano al di fuori della fase attuativa dell'obbligazione, ne coglie l'essenza funzionale nel ruolo di strumento di autosoddisfacimento delle ragioni creditorie con una collocazione plastica a valle sia dell'attuazione del rapporto obbligatorio che della disciplina convenzionale dell'inadempimento e, segnatamente, nella fase di realizzazione coattiva del credito (A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2017, 1398 ss.). Sia consentito condividere quest'ultima impostazione anche se è innegabile che, essendo il trasferimento condizionato pattuito in un momento anteriore all'inadempimento, la funzione di realizzazione coattiva del credito resti sullo sfondo, in quanto solo eventuale, dovendosi piuttosto apprezzare l'interesse causalmente rilevante del creditore ad essere prima di tutto garantito per l'eventualità dell'inadempimento mediante il ricorso a strumenti atipici di garanzia.

[6] L'espressione è di A.A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, in *Riv. Dir. Civ.*, IV, 2017, 813 ss., il quale ravvisa nei marciani di diritto speciale un sottotipo di quello che, denominato "marciano primo", dovrebbe trovare una disciplina codicistica generale in un novello art. 2744-*bis* cod. civ.

to traslativo: con la scadenza del termine per l'adempimento nell'alienazione sospensivamente condizionata ovvero immediatamente con la stipula dell'atto, nella vendita con patto di riscatto, ma con consolidamento dell'effetto traslativo solo in caso di mancata restituzione della somma mutuata nel termine previsto per l'esercizio del diritto di riscatto. La giurisprudenza di legittimità [7], nelle prime applicazioni di tali fattispecie, ritenne che solo la prima fattispecie rientrasse nell'ambito applicativo dell'art. 2744 cod. civ. mentre la vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia, al contrario, potesse ritenersi lecita, al di là del motivo addotto dalle parti, anche nell'ipotesi – espressamente considerata – in cui l'intento concreto fosse quello di creare la garanzia per un credito attraverso, ad esempio, il trasferimento immediato di un bene senza pagamento del prezzo, ma tramite contestuale erogazione di un mutuo il cui credito andasse a compensarsi con quello relativo al prezzo della vendita; oppure, ancora, quando il prezzo venisse corrisposto, ma costituisse esso stesso il finanziamento garantito dal trasferimento del bene [8].

La Cassazione [9], nel tempo, propose una diversa interpretazione: l'indice di liceità della vendita con patto di riscatto venne individuato nella causa effettiva dell'operazione negoziale [10] svalutando, conseguentemente, il momento di produzione dell'effetto traslativo, da non considerarsi più così determinante nell'apprezzamento della meritevolezza dei divisati interessi.

Quando la causa del negozio fosse, pertanto, quella di garantire un mutuo, essa si presterebbe ad eludere in ogni caso, mediante procedimento simulatorio, il divieto del patto commissorio, così realizzandosi, al di là della struttura in concreto utilizzata, un negozio in frode alla legge, ai sensi dell'art. 1344 cod. civ.

Tale orientamento, inizialmente disatteso, trovò conforto in due pronunce a Sezioni Unite della Cassazione [11], nelle quali si affermò a chiare lettere che nella vendita con pat-

---

[7] Cass., 10 marzo 1979, n. 1493, in *Mass. giur. it.,* 1979; Cass., 15 settembre 1970, n. 1426, in *Mass. Giust. civ.,* 1970.

[8] A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto,* in *Commentario al codice civile,* diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, 1987, 224 e, *amplius*, *Appunti sui negozi traslativi atipici. Corso di diritto civile,* Giuffrè, 2007; P. GRECO-G. COTTINO, *Vendita,* in *Commentario al codice civile,* diretto da A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli e Società Editoriale del Foro Italiano, 1981, 331.

[9] Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, cit., 966; cfr. anche l'isolata Cass., 10 febbraio 1961, n. 288, in *Foro it.,* VII, 1961, 1155.

[10] Cfr. in proposito, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta,* UTET, 1972, 613, e V. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 557 ss., che distingue tra compravendita e alienazione a scopo di garanzia.

[11] Cass., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. giur.,* 1989, 522, con nota d F. Mariconda, ed in *Giust. civ.,* I, 1989, 1569, con nota di N. Canessa; Cass., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Foro it.,* I, 1990, 205, con nota di G. Valcavi.

to di riscatto la causa di garanzia è incompatibile con quella della vendita quando il denaro non sia versato dal compratore a titolo di pagamento del prezzo, ma di erogazione di un mutuo, e altresì quando il trasferimento del bene crei una posizione di garanzia suscettibile di evolversi in base all'adempimento del debitore. La precarietà di una simile situazione – si sostenne – costituisce nondimeno elemento rivelatore della causa di garanzia, indirizzata all'elusione di una norma imperativa [12].

Il problema della compatibilità tra patto commissorio e patto marciano trova le sue radici nel *sale and lease back* (c.d. vendita con leasing di ritorno).

Si tratta di un contratto atipico contenente due negozi legati da un fine unico: vendita e locazione finanziaria [13]. È il caso tipico di un'impresa che vende un suo bene strumentale ad una società finanziaria, la quale ne paga il corrispettivo e contestualmente lo (ri)cede in leasing all'impresa, con la previsione di un canone periodico per l'utilizzo e della facoltà di riacquisto alla scadenza del contratto ad un prezzo predeterminato. In questo caso il canone non solo rappresenterebbe il corrispettivo della locazione, ma anche una modalità di rimborso del finanziamento.

La giurisprudenza di legittimità [14], nonostante abbia riconosciuto la liceità dell'operazione suddetta, ha affermato che la struttura negoziale prescelta non debba comunque essere in concreto attuata al fine di aggirare il divieto sancito dall'art. 2744 cod. civ.

L*'excursus* storico appena delineato consente di affermare come, analogamente a quanto avvenuto per l'apprezzamento della meritevolezza di altre strutture negoziali atipiche, da una concezione della causa del contratto di tipo formale, indifferente per sua natura alle esigenze pratiche, si sia passati ad una concezione della causa in concreto, tesa a favorire i rapporti economici e la libera formazione della volontà contrattuale [15]. Se ciò è distintamente rinvenibile nella "causa di leasing" [16], non si vede perché la causa di garanzia, esimendosi dal ledere in concreto norme imperative, debba essere esclusa a prescindere da qualsiasi contestualizzazione. Sulla scorta di quanto detto, la Cassazione ha riqualificato il patto marciano come rimedio per la validità di un negozio altrimenti

[12] Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, cit., 719.

[13] Cfr. A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio,* in *Giur. comm.,* IV, 2000, 489; M. NATALE, *Lease back e strutture utili di patto marciano,* in *Riv. dir. civ.,* VI, 2015, 1595.

[14] Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, con nota di G. Cassano, *Il contratto di sale and lease back,* in *Giur. it.,* V, 2005, 925; Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, cit., 3491.

[15] Cfr. U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti,* Giappichelli Editore, 2000.

[16] Cfr. Cass., 9 settembre 2014, n. 18920, in *Not.,* I, 2015, 77; Cass., 13 dicembre 1989, n. 5573, in *Giust. civ.,* I, 1990, 28.

illecito, in particolare enunciando che: *"il patto marciano... esclude l'illiceità della causa del negozio, la quale non sussiste pur in presenza di costituzione di garanzie che presuppongono un trasferimento di proprietà, qualora queste risultino inserite entro schemi negoziali che tale abuso escludono in radice, come nel caso del pegno irregolare, del riporto finanziario e del c.d. patto marciano"* [17].

Il definitivo superamento delle impostazioni tradizionali, imperniate intorno all'esigenza di evitare una coazione morale a danno del debitore, il quale si vedrebbe costretto a consentire il trasferimento della proprietà in favore del creditore ipotecario in dispregio della *par condicio creditorum*, ha comportato la riconduzione del fondamento del divieto del patto commissorio all'obiettivo di evitare situazioni di oggettivo squilibrio sinallagmatico fra le prestazioni contrattuali indipendenti da situazioni soggettive di approfittamento di qualsiasi stato di *bis*ogno in cui versa, in ipotesi, il debitore alienante.

Il recupero della liceità delle alienazioni in garanzia, qualora strutturate in maniera tale da assicurare un corretto proporzionamento dei valori in gioco attraverso il ricorso a una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed operata da un terzo imparziale che sia volta a stabilire quale sia l'eventuale importo che il creditore sia tenuto a restituire a fronte del definitivo incameramento della proprietà del bene del debitore, consente pertanto di affermare la generalizzata validità del patto marciano, ancora prima e indipendentemente dalla previsione di norme settoriali. La previsione che il creditore versi al debitore la differenza tra l'ammontare del credito e il valore del bene del quale abbia conseguito o venduto la proprietà, dietro stima di un terzo imparziale, erige il patto marciano a correttivo in grado di eliminare la circostanza che il creditore possa abusare dello stato di bisogno del debitore, acquisendo un bene dal valore non proporzionato al debito.

La disciplina dell'art. 48-*bis*, per quanto speciale, perché fondata sulla necessaria sussistenza di presupposti soggettivi e oggettivi del finanziamento cui accede il patto marciano, non può essere dunque riguardata come normativa eccezionale insuscettibile di applicazione analogica, in quanto portatrice di valori generalizzabili anche al di fuori del contesto normativo in cui tale patto marciano è normativamente inserito [18]. Un meccani-

---

[17] Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Giur. it.,* XI, 2015, 2341, con nota di V. VITI: la sentenza riprende testualmente il principio già enunciato da Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, cit., 925, e Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, cit., 719; cfr. anche A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. Not*., III, 2016, p.751 ss.

[18] M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Studio CNN 1-2017/C*, il quale ricostruisce la fattispecie come "epifania settoriale di una regola generale"; in termini critici S. PA-

smo procedimentale, quindi, estensibile su base pattizia anche ai rapporti privatistici di diritto comune, sia pure nei limiti in cui non vengano derogate regole di pubblicità immobiliare, quali quella contenuta nel comma 4, cioè l'efficacia prenotativa dell'ipoteca rispetto alla trascrizione del patto marciano, ovvero quella di cui al comma 9 che, attribuendo al creditore il potere di rendere la dichiarazione unilaterale di avveramento della condizione sospensiva di inadempimento, inverte il principio generale di cui all'art. 2668, cod. civ., in virtù del quale la dichiarazione di avveramento della condizione sospensiva può essere unilateralmente resa da colui a danno del quale l'evento si è verificato (cioè il debitore alienante); o, ancora, non si introducano deroghe ai principi processualcivilistici in tema di espropriazione forzata, come quella di cui al comma 10, che attribuisce al giudice dell'esecuzione, quando il diritto reale immobiliare già oggetto del patto di cui al comma 1 sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione, il potere di accertare il verificarsi della condizione sospensiva di inadempimento e darne atto con decreto, così determinando la produzione dell'effetto traslativo in favore del creditore con il quale sia stato stipulato il patto marciano, fissando il termine entro il quale il creditore deve versare una somma non inferiore alle spese di esecuzione e, ove vi siano, ai crediti aventi diritto di prelazione anteriore a quello dell'istante.

Sotto quest'ultimo profilo, la tutela della *par condicio creditorum* nei marciani di diritti comune non sembra essere in alcun modo compromessa. Ove, infatti, vi siano creditori iscritti anteriori alla trascrizione del patto, ad essi quest'ultima trascrizione risulterà inopponibile, fatta comunque salva l'esperibilità della revocatoria; mentre, invece, l'impossibilità dei creditori iscritti successivamente alla trascrizione del patto di esercitare l'azione esecutiva e, pertanto, di far valere le proprie cause di prelazione non preclude loro il diritto di agire sul credito costituito dal supero che il creditore assistito dal patto dovrà restituire al debitore in caso di eccedenza fra il valore di stima e l'importo del debito, sia pure con gli evidenti limiti della volatilità del danaro [19].

La particolare disciplina di cui al comma 10 dell'art. 48-*bis* non sarà, invece, generalizzabile, in quanto norma eccezionale che attribuisce al giudice il potere – in deroga alle regole di pubblicità immobiliare dall'applicazione delle quali sarebbe derivata l'inoppo-

---

GLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento* cit., 44; S. PAGLIANTINI, *Nuovi Modelli di garanzie patrimoniali – spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità di trattamento e principio di proporzionalità delle garanzie?,* in *Giur.It.*, 2017, 1715 ss.; S. PAGLIANTINI, *La progressiva erosione dell'art. 2744 e le alchimie del legislatore. Per una prima lettura dell'art. 48 bis T.U.B.,* in *Nuove leg. civ. comm.,* V, 2016, 948.

[19] Così A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art.48 bis T.U.B.: è davvero patto marciano?,* in *Corr.Giur.*, 2016, 1477 ss.

nibilità della trascrizione del patto ai creditori precedentemente iscritti – di dar atto dell'avveramento della condizione sospensiva e determinare il trasferimento in favore del creditore assistito dalla garanzia marciana in luogo dello svolgimento della procedura di subastazione dell'immobile secondo le regole ordinarie della vendita forzata.

Né sembra precluso all'autonomia privata qualificare l'inadempimento, nei marciani di diritto comune, con i caratteri rafforzativi di cui al comma 5 dell'art.48 bis, i quali al più esaltano il grado di protezione del debitore alienante fino a quando l'inadempimento non appaia così grave da indurre il creditore ad attivare la peculiare garanzia reale costituita a proprio favore.

Più problematica appare l'esportazione della disciplina dell'art. 48-*bis* in altre figure negoziali caratterizzati da una forte asimmetria, cioè da una peculiare debolezza del soggetto finanziato, come ad esempio nel prestito vitalizio ipotecario dove il congegno del patto marciano è affidato ad un meccanismo obbligatorio, fondato su un mandato irrevocabile in *rem propriam* ad alienare che accede necessariamente ad una pregressa garanzia ipotecaria (senza che sia espressamente prevista, come nell'art. 48-*bis*, un'alienazione in garanzia sottoposta alla condizione sospensiva dell'inadempimento), ovvero nel credito ipotecario ai consumatori su immobili residenziali, in cui in realtà non è esclusa la possibilità di prevedere un'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento, ma con i limiti propri dell'esdebitazione e della necessità che il patto marciano sia pattuito contestualmente al finanziamento, che sono caratteristiche essenziali proprie di quest'ultima forma di finanziamento (ai consumatori).

**2. –** A caratterizzare il patto marciano tra banche e imprese, l'art. 48-*bis* prevede lo schema strutturale del trasferimento sospensivamente condizionato.

In linea astratta, il legislatore della novella avrebbe potuto lasciare aperte, alternativamente, più strade attraverso le quali conformare la garanzia marciana senza impingere nel divieto di cui all'art. 2744 cod. civ. evolutivamente reinterpretato, e segnatamente:

1. Trasferimento del bene in garanzia sotto la condizione sospensiva dell'inadempimento;
2. Trasferimento del bene in garanzia sotto la condizione risolutiva dell'adempimento;
3. Trasferimento in garanzia *tout court* del bene al creditore, con la previsione dell'obbligo di ritrasferimento in capo al debitore al momento dell'adempimento;
4. Mandato a vendere il bene in caso di inadempimento trattenendo il prezzo senza dar luogo a trasferimenti al momento della conclusione del contratto di finanziamento (e quindi – con soluzione sostanzialmente analoga a quella fatta propria dalla normativa in

tema di prestito vitalizio ipotecario – con compensazione fra il debito garantito e l'obbligazione del creditore/mandatario di rimettere al debitore *ex* art.1713 cod. civ. quanto ricavato dalla vendita sino a concorrenza del credito garantito);

5. Contratto preliminare di trasferimento del bene condizionato all'inadempimento.

Le conseguenze di ciascun negozio sono comprensibilmente differenti.

Nella prima fattispecie – trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento – il debitore conserva la disponibilità del bene. Si applicheranno gli artt. 1353 ss. cod. civ., con particolare riferimento all'art. 1357 cod. civ., per gli atti di disposizione e all'art. 1361 cod. civ., per gli atti di amministrazione. Gli atti di disposizione del bene ceduto in garanzia posti in essere dal debitore-proprietario saranno leciti, ma inopponibili all'acquirente sotto condizione sospensiva che vanti a proprio favore una trascrizione prioritaria e potranno, ovviamente, essere volontariamente sottoposti a condizione risolutiva in cui l'evento dedotto in condizione è il medesimo di quello dedotto nella precedente condizione sospensiva, di talché il medesimo evento determinerà nel contempo la definitiva efficacia del primo atto di alienazione e la risoluzione degli effetti di quello successivo [20].

È stato giustamente rilevato come la retroattività tipica degli effetti scaturenti dall'avveramento della condizione andrebbe opportunamente esclusa dal patto per accordo tra le parti, ai sensi dell'art. 1360 cod. civ. [21]. In caso contrario, il creditore si troverebbe responsabile di tutte le spese e imposte inerenti al bene fin dal momento della conclusione del contratto.

Diversamente, il trasferimento in garanzia sotto condizione risolutiva dell'adempimento priva da subito il debitore della proprietà del bene, impedendo così che possano essere compiuti atti di disposizione e amministrazione pregiudizievoli per il creditore, sul quale graveranno spese e imposte.

Un mandato a vendere, strutturalmente diverso dal trasferimento condizionato, non comportando alcun effetto traslativo immediato del bene, incontrerebbe invece problemi di rilievo pubblicistico al pari di un trasferimento in garanzia *tout court,* nel quale il de-

---

[20] S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano fra tipicità e atipicità*, in *Riv. Not.*, III, 2017, 591 ss.

[21] Ved., *amplius,* F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, 1996, 375; A. FALZEA, *Condizione,* in *Enciclopedia Giuridica Treccani,* VII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1998, 3; A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato,* Giuffrè, 1975, 140; sulla retroattività della condizione cfr. anche M. COSTANZA, *Condizione nel contratto,* in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca,* a cura di F. Galgano, Zanichelli e Società Editoriale del Foro Italiano, 1997, 122.

bitore riceve tutela esclusivamente con la previsione di un mero obbligo di ritrasferimento per il caso dell'adempimento [22].

In quest'ultimo caso la tutela del creditore si ridurrebbe su un piano essenzialmente obbligatorio qualora il debitore alieni a terzi il bene nelle more del finanziamento. Sebbene sia possibile rintracciare una "presunzione" di trascrivibilità insita nell'art. 2645 cod. civ., affermandone il suo contenuto "elastico", il principio di tipicità della trascrizione [23] impone di escludere una autonoma trascrivibilità del mandato a vendere [24].

In linea astratta, *nulla quaestio* in ordine all'ammissibilità di un mandato irrevocabile (in *rem propriam ex* art. 1723, comma 2, cod. civ.) a vendere a favore della banca mutuante che, in luogo della stipula del patto marciano *ex* art. 48-*bis*, preferisca inserire una clausola nel contratto di mutuo che le conferisce poi la legittimazione ad alienare il bene in caso di inadempimento del debitore – mutuatario [25].

Tale struttura pattizia si presterebbe, peraltro, a eludere il complesso di cautele apprestato dall'art. 48-*bis* a tutela del debitore sia sul piano della qualificazione dell'inadempimento di cui al comma 5 che in ordine alle altre cautele procedimentali elette a "marcatore d'identità"[26] del patto marciano disegnato dal legislatore del 2016.

Nel caso, invece, della cessione con obbligo di ritrasferimento, l'art. 2645-*bis,* cod. civ. potrebbe in astratto trovare applicazione solo in relazione a finanziamenti di durata infratriennale, atteso che gli effetti della trascrizione di cui trattasi cessano al trascorrere massimo di tre anni [27].

Anche, in tal caso, peraltro, al di là degli aspetti relativi alla pubblicità immobiliare, il trasferimento immediato della proprietà in favore del creditore, sia pure temperato dall'obbligo di ritrasferimento, mal si concilierebbe con le tutele procedimentali previste dalla novella di cui all'art. 48-*bis*.

Formalmente l'inversione strutturale del patto quale alienazione sottoposta a condizione risolutiva di adempimento non avrebbe costituito un eccesso di garanzia (per il

---

[22] Cfr. in particolare D. CENNI, *Mandato ad alienare a scopo di garanzia,* in *Not.*, I, 1998, 61 ss.; C. Licini, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile,* in *Riv. not.,* I, 1996, 1058; R. GENGHINI, *Patto commissario e procura a vendere,* in *Contr. impr.,* I, 1995, 260 ss.

[23] Per tutti ved. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze,* in *Trattato della trascrizione,* diretto da F. Gazzoni e E. Gabrielli, Utet, I, 2012, 85.

[24] Ved. Anche R. CALVO, *La proprietà del mandatario,* Cedam, 1996.

[25] R. LENZI, *La cessione in garanzia, Studio CNN 341-2009/C*, in *Studi e materiali*, I, 2010, 3 ss.

[26] Si esprime in tali termini S. PAGLIANTINI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?,* cit., 7.

[27] S. CAMPOLATTARO, cit., 591 ss.

creditore) e di responsabilità patrimoniale (per il debitore)[28], ma la scelta del legislatore non sembra consentire una deroga pattizia allo schema negoziale previsto.

E ciò non tanto in quanto la procedimentalizzazione dell'acquisto della proprietà da parte del creditore, che dà luogo a una fattispecie acquisitiva a formazione progressiva in cui l'effetto traslativo non è automaticamente riconnesso all'inadempimento ma consegue a una dichiarazione del creditore di volersi avvalere del patto, appaia incompatibile con l'automatismo – tipico della condizione risolutiva di adempimento – del consolidamento dell'acquisto della proprietà in capo al creditore all'atto dell'inadempimento; dal momento che, specularmente, potrebbe convenirsi anche nel meccanismo negoziale dell'alienazione sottoposta a condizione risolutiva la posposizione di tale effetto di consolidamento dell'effetto traslativo al momento della dichiarazione del creditore di volersi avvalere del patto[29].

Piuttosto, l'incompatibilità dell'alienazione sotto condizione risolutiva deve essere affermata con la particolare disciplina di cui al comma 10 dell'art. 48-*bis* che, come si è detto, pur non costituendo norma eccezionale, presenta lo *stigma di una specialità di trattamento*[30], la quale mette tra parentesi tutti i marciani di diritto comune[31].

In altri termini, rispetto al modello generale di patto marciano o, se si preferisce, al patto marciano di diritto comune, sicuramente modellabile alla stregua di un'alienazione risolutivamente condizionata, il sottotipo afferente al credito (bancario) alle imprese di

---

[28] Così S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento,* cit., 93.

[29] L'automatismo del consolidarsi dell'effetto traslativo all'atto dell'inadempimento costituisce uno dei motivi che inducono parte della dottrina (cfr. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento,* cit., 93) a ritenere incompatibile con lo schema dell'art. 48 bis l'alienazione sotto condizione risolutiva di adempimento. Ulteriore motivo di inammissibilità dell'alienazione della condizione risolutiva risiede, secondo l'autore, nella circostanza che la stima del bene, nella logica dell'art. 48 bis, è da compiersi al tempo dell'inadempimento, mentre in caso di condizione risolutiva essa è anticipata al momento della stipula. Anche sotto tale profilo, peraltro, non è da escludersi che, almeno in linea astratta, la stima venga concordemente riferita, nel patto, al momento dell'inadempimento (qualificato), cosicché il creditore consoliderà il proprio acquisto solo al momento in cui restituirà al debitore la differenza fra il valore di perizia a tale data rispetto al debito.

[30] L'espressione è di S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento,* cit., 95, nota 191.

[31] In senso contrario si esprime A.A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"*, cit., 818 s., secondo il quale *"la struttura risolutivamente condizionata – proprio perché realizza già in prevenzione l'effetto traslativo – è quella che, nell'alternativa con la struttura sospensiva condizionata, risulta di per sé stessa idonea a portare vantaggi maggiori nella posizione del creditore garantito nei confronti della posizione del debitore e dei creditori chirografari di questi".* Nello stesso senso si esprime A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi,* cit., 1416.

cui all'art. 48-*bis* è configurabile come contratto legalmente tipico governato da norme tendenzialmente cogenti che conferiscono un carattere rigido a tali convenzioni speciali, anche sul piano della conformazione della struttura traslativa [32].

Sul piano formale, non viene menzionata la possibilità che il patto marciano possa essere contratto attraverso una scrittura privata autenticata, di per sé sufficiente alla trascrizione. L'opzione legislativa rivolta a privilegiare la forma dell'atto pubblico si spiega, a mente dell'art. 474, comma 2, cod. proc. civ. con il rilievo che esso solo (e non la scrittura privata autenticata) consente l'esecuzione forzata per il rilascio dell'immobile successivamente all'avverarsi della condizione. Si ritiene, comunque, che tale forma non sia richiesta *ad substantiam* e che, comunque, sia valido un patto marciano stipulato con scrittura privata autenticata [33].

Il comma 4 di cui all'art. 48-*bis,* nonostante si presti ad interpretazioni estensive, sembrerebbe non consentire la stipula del patto marciano se non contestualmente alla conclusione di un contratto di finanziamento o in sede di modifica delle condizioni contrattuali di un rapporto ancora in essere [34].

La successiva modifica delle condizioni contrattuali potrà anche avvenire in sede di surrogazione per volontà del debitore secondo lo schema negoziale dell'art. 120-*quater,* T.U.B. (a differenza di ciò che accade nel credito ipotecario ai consumatori dove, *ex* art. 120-*quinquiedecies,* T.U.B., ciò non è consentito), nel senso che la banca a favore della quale opera la surrogazione potrà, oltre che annotare a proprio favore l'ipoteca già esistente, anche richiedere il trasferimento in garanzia sotto la condizione sospensiva dell'inadempimento.

---

[32] Sul carattere cogente della disciplina dei sottotipi di marciano di nuovo conio cfr. A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., 1414, il quale peraltro ammette poi la derogabilità della struttura del patto a favore del modello dell'alienazione risolutivamente condizionata. Appare suggestiva l'idea di D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis TUB*, in *Riv. Not.,* 2016, 1127, secondo il quale è ipotizzabile l'apertura, nelle medesime fattispecie prese in esame dall'art. 48-*bis*, verso marciani anche strutturalmente diversi dall'alienazione in garanzia sospensivamente condizionata, purché venga mantenuto per il debitore un grado di tutela almeno pari a quello offerto dalla disciplina settoriale, soprattutto in ordine al c.d. inadempimento qualificato onde impedire che qualsiasi morosità, anche meno grave, possa consentire al creditore l'esercizio della facoltà di dar luogo al trasferimento. In realtà la rigidità procedimentale prevista dall'art. 48-*bis*, che ruota intorno ad una precisa valutazione legale tipica operata dal legislatore per i finanziamenti concessi da Banche a imprese e non garantiti da abitazioni principali del proprietario, sembra impedire il ricorso a strutture marciane atipiche, anche se modellate con lo stesso grado di tutela del debitore.

[33] A. BARLETTA, *Patto Marciano o patto "marziano"*, in *Tavolo di studio sulle esecuzioni italiane a cura dell'associazione T.S.E.I. (T6)*, n. 4-17, 9 marzo 2017, 25.

[34] S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. 119/2016: il c.d. patto marciano,* in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2016, 3, il quale ipotizza, appunto, che la clausola marciana possa essere aggiunta con atto notarile ai contratti di finanziamento già in essere alla data di entrata in vigore della legge.

Nonostante il silenzio della norma, non è da escludersi, a meno di non voler accogliere un'interpretazione eccezionalmente restrittiva non fondata su alcuna ragione logica, che il finanziamento possa nascere *ab initio* assistito da una garanzia ipotecaria (anche per i finanziamenti concessi dopo l'entrata in vigore della legge) con un patto di futura alienazione in garanzia tutte le volte in cui al momento del finanziamento non sia stipulabile un atto ad effetti reali (sia pure differiti per il meccanismo condizionale) per motivi urbanistici (necessità di previa regolarizzazione urbanistica) o catastali (mancanza di deposito della planimetria catastale o difformità della stessa dallo stato di fatto). In questo modo il creditore sarebbe *medio tempore* garantito dall'ipoteca con un effetto prenotativo rispetto alla futura alienazione da stipularsi nel prosieguo ove sopraggiungano in futuro le condizioni per la commerciabilità su base negoziale dell'immobile [35].

È evidente che quando l'alienazione in garanzia sia conclusa successivamente, in sede di modifica delle condizioni contrattuali, essa conviverà con una preesistente ipoteca, che produce un singolare effetto prenotativo rispetto alla trascrizione dell'alienazione in garanzia, nel senso che le iscrizioni e trascrizioni successive all'iscrizione ipotecaria, ma anteriori alla trascrizione dell'alienazione, saranno inopponibili al creditore/acquirente e ai successivi aventi causa.

Il limite alla stipula di un patto marciano successivo alla concessione del finanziamento deve piuttosto ravvisarsi nell'impossibilità che esso consegua a un inadempimento grave del debitore, secondo i canoni dell'art. 1455 cod. civ. e dell'art. 40 T.U.B., giac-

---

[35] In senso contrario N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016 n. 119*, in *Le Nuove leg. civ. comm.*, V, 2017, 1018, il quale rileva la tendenziale inutilità della sovrapposizione della garanzia ipotecaria con quella marciana e che *"la conclusione ab initio del patto di cui all'art.48-bis T.U.B., in caso di presenza di ostacoli tecnici all'operare del marciano, consentirà comunque al creditore di ricorrere al processo esecutivo, nell'ambito del quale far valere, proprio in applicazione del comma 13 bis, la prelazione nascente dall'alienazione condizionata"*. In realtà, ove sussistano impedimenti di ordine formale (per motivi urbanistici e/o catastali) all'alienazione, al creditore non sarà solo preclusa la facoltà di avvalersi del patto secondo il procedimento "negoziale" di cui ai commi da 5 a 8 (e consentita, invece, la procedura giudiziale esecutiva all'interno della quale far valere la prelazione di cui al comma 13-*bis*), ma sarà impedita *ab origine* la stipula dell'alienazione condizionata, che è fattispecie traslativa perfetta sul piano strutturale, salvo il differimento dell'effetto traslativo al momento dell'inadempimento, la quale pertanto richiede il rispetto di tutte le menzioni formali prescritte dalla legge. Conviene sulla cumulabilità della garanzia ipotecaria con l'alienazione in garanzia, anche per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della novella, D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis TUB*, cit., 1123, il quale pone l'accento sulla diversità dei presupposti per l'escutibilità dell'ipoteca e per l'efficacia del trasferimento condizionato *ex* art. 48-*bis* T.U.B: mentre la prima è escutibile al ricorrere di un evento convenzionalmente stabilito dalle parti (mancato pagamento da parte del debitore, recesso o risoluzione del contratto), nel patto marciano di cui all'art. 48-*bis* T.U.B. il creditore dovrà attendere *almeno* nove mesi dal mancato adempimento da parte del debitore prima di esercitare la facoltà di avvalersi del patto.

ché in tal caso difetterebbe la possibilità di avveramento dell'evento dedotto nella condizione sospensiva apposta all'alienazione e orienterebbe l'interprete verso una qualificazione della fattispecie quale *datio in solutum* [36].

La stipula del patto deve avvenire nel rispetto delle prelazioni legali, in quanto connaturata alle funzione delle stesse è la loro prevalenza sui trasferimenti di carattere negoziale con esse incompatibili: la natura di garanzia del trasferimento marciano non incide sulla necessità del rispetto degli interessi di coloro che vantino sul bene un diritto di prelazione legale, e a conclusione non diversa dovrebbe pervenire anche nella diversa prospettiva (qui non condivisa) della ricostruzione del patto marciano quale *datio in solutum* preventiva [37]. Ciò dovrebbe, conseguentemente, comportare il subentro del prelazionario riscattante al creditore marciano in tutti i casi in cui sia stata omessa la *denuntiatio* con le modalità di volta in volta disciplinate dalla legge e il prelazionario intenda esercitare il diritto di riscatto.

**3. –** Il comma 4 dell'art. 48-*bis* contempla un singolare effetto prenotativo dell'ipoteca, già eventualmente iscritta a favore del medesimo creditore nei confronti del quale viene successivamente trascritto il patto marciano [38], consistente nell'anticipazione degli effetti della trascrizione del patto al momento dell'iscrizione ipotecaria, di guisa che il marciano trascritto prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite posteriormente all'iscrizione ipotecaria vantata dalla banca creditrice.

Poiché la trascrizione del patto prevale anche sulla trascrizione degli eventuali pigno-

---

[36] S. PAGLIANTINI, *Sull'art.48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento,* cit., 93. Sotto questo profilo, desta qualche perplessità l'impostazione di N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016 n. 119*, cit., 1015, il quale ritiene che, quando si verifichi l'inadempimento e il creditore attivi il marciano, l'alienazione svolge una funzione che non è di garanzia, bensì solutoria, comportando l'estinzione dell'obbligazione e ponendosi quale alternativa (possibile, ma non necessaria) al processo esecutivo. In realtà appare più corretto apprezzare l'aspetto funzionale del negozio, che vale a colorare causalmente la fattispecie, al momento della sua conclusione, che in ipotesi è sempre anteriore all'inadempimento; pertanto, il patto marciano "speciale" di cui all'art.48 bis T.U.B., al pari di quello di diritto comune, svolge sempre una funzione di garanzia, essendo il meccanismo dell'alienazione negoziale soltanto una modalità, alternativa all'escussione giudiziale della garanzia ipotecaria, di soddisfacimento delle ragioni creditorie. Altro è il patto concluso successivo all'inadempimento, che svolge un'evidente funzione solutoria, ed è sostanzialmente assimilabile ad una *datio in solutum*.

[37] Così S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. 119/2016: il c.d. patto marciano,* cit., 14.

[38] Si tratta, come anticipato nel testo, dell'ipotesi in cui il finanziamento originariamente garantito dall'ipoteca venga poi garantito pure dal patto marciano.

ramenti [39] anteriori alla trascrizione del patto medesimo, con il solo limite di un decreto di vendita, di un'ordinanza di aggiudicazione ovvero di assegnazione, è stato sostenuto [40] che detta disposizione contenga una deroga agli artt. 2913 e 2914 cod. civ.

In realtà, la deroga è solo apparente sol che si consideri che l'efficacia prenotativa dell'ipoteca determina l'anticipazione cronologica degli effetti della trascrizione del patto al momento dell'iscrizione ipotecaria, il che giustifica – in perfetta coerenza con il disposto degli artt. 2913 e 2914 cod. civ. – la prevalenza sulla trascrizione dei pignoramenti successivi.

L'anomalia, che costituisce un *unicum* nel sistema della pubblicità immobiliare, risiede piuttosto nel legame effettuale instaurato fra un'iscrizione e una trascrizione senza che fra le due forme di pubblicità vi sia "alcuna forma di affinità strutturale, se non la funzione di garantire la medesima obbligazione" [41].

L'effetto prenotativo delineato dell'art. 48-*bis,* comma 4, non è soggetto ai limiti temporali tipici della sequenza preliminare – definitivo previsti dall'art. 2645-*bis* cod. civ. ma perdurerà per tutto il tempo di validità temporale della garanzia ipotecaria, cioè venti anni, salva la rinnovazione, sul presupposto della persistenza del rapporto obbligatorio.

È, però, necessario che vi sia una corrispondenza soggettiva fra il creditore ipotecario e quello a favore del quale sia trascritto il patto, salvi i casi di: i) alienazione a favore di società controllate o collegate rispetto al creditore ipotecario (confermato dal primo comma dell'art. 48-*bis*); ii) surrogazione, nel senso che ove l'ipoteca risulti iscritta a favore di ALFA e poi annotata di surrogazione *ex* art. 2843 cod. civ. a favore di BETA, il trasferimento dovrà avvenire a favore di BETA; iii) cartolarizzazione del mutuo ipotecario, nel qual caso il subentro nella garanzia ipotecaria costituisce un effetto *ope legis* della cartolarizzazione *ex* art. 58, T.U.B., senza necessità di annotazione a favore della società di cartolarizzazione e in questo caso, pertanto, il trasferimento potrà a favore della società di cartolarizzazione.

---

[39] Deve ritenersi che ad un risultato analogo si giunge anche allorché, nella sequenza sopra descritta, intervenga in luogo della trascrizione del pignoramento, il fallimento del datore della garanzia marciana. In tal senso si esprime G. PETRELLI, *Rassegna novità normative di interesse notarile I semestre 2016,* cit.

[40] S. PAGLIANTINI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?,*cit., 2.

[41] S. PAGLIANTINI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?,*cit., 2; A. SCOTTI, *La c.d. revocatoria semplificata ex artt. 2929-bis c.c. e art. 64, ultimo comma l.f. fra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi,* in *Riv. Dir. Comm*., 2016, 491.

È, altresì, necessaria una corrispondenza dell'oggetto fra l'ipoteca e il trasferimento in garanzia, non escludendosi peraltro l'ipotesi in cui l'alienazione in garanzia abbia ad oggetto più beni rispetto a quello ipotecato, ma in questo caso l'effetto prenotativo andrà declinato solo rispetto a quei beni che costituiscano oggetto di entrambe le garanzie.

Tale inopponibilità delle iscrizioni e trascrizioni *medio tempore* eseguite non deve indurre a ritenere che, ove il creditore intenda avvalersi del patto marciano in caso di inadempimento, si produca un effetto purgativo analogo a quello che si verifica nella vendita forzata, nel senso che l'inopponibilità sarà relativa all'acquirente sotto condizione e ai suoi aventi causa, ma non vi sarà alcuna cancellazione dei gravami sul bene *ex* art. 586, cod. proc. civ. [42], né il trasferimento in garanzia potrà dirsi assimilabile *quoad effectum* alla vendita forzata, soprattutto sul piano della disciplina della garanzia per i vizi (che nella vendita forzata è esclusa *ex* art. 2922 cod. civ., mentre qui deve necessariamente trovare applicazione la disciplina generale di cui agli artt. 1490 ss., cod. civ.) ma anche per quel particolare aspetto della riapertura dei termini per il condono di eventuali irregolarità urbanistiche (non trovando pertanto applicazione la disciplina di cui all'art. 46, ultimo comma, D.P.R. n. 380/01).

È evidente che in caso di coesistenza delle due garanzie (ipoteca e alienazione in garanzia), verificatosi l'inadempimento, una volta che il creditore abbia scelto di avvalersi del patto marciano attivando la procedura di notifica al debitore e a tutti i creditori iscritti, l'ipoteca si estingue in quanto ormai gravante su bene proprio del creditore. E ciò anche quando residui un credito insoddisfatto perché il valore di stima è inferiore all'ammontare del debito, potendo in questo caso il creditore insoddisfatto aggredire eventuali altri beni del debitore ma non quello trasferito per effetto del patto, ormai proprio del creditore.

Il problema non si porrebbe in radice ove si ammettesse l'operatività, anche nel finanziamento alle imprese, dell'effetto di esdebitazione tipico, invece, del finanziamento ai consumatori di cui all'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. e del prestito vitalizio ipotecario.

Nonostante talune aperture dottrinali [43] volte ad ammettere il pieno effetto esdebitati-

---

[42] Né è previsto alcun rimedio speciale analogo a quello di cui all'art. 13, comma 4-*quinquies*, d.l. 22 ottobre 2016, n.193, convertito nella l. 1 dicembre 2016, n. 225, ai sensi del quale *"le iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli sui terreni di proprietà dell'ISMEA in favore dei creditori del compratore ai sensi dell'art. 1523 del codice civile sono da considerarsi nulle e sono cancellate dalla competente conservatoria dei registri immobiliari su semplice richiesta dell'Istituto e senza oneri per lo stesso".*

[43] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento,* cit., 56 ss., A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero patto marciano?*, cit., 1477 ss.

vo ai finanziamenti di cui all'art. 48-*bis*, vuoi anche per effetto di un'applicazione analogica dell'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. (salva la facoltà delle parti di apporre una clausola in senso contrario), appare più convincente la ricostruzione di un'autorevole dottrina [44] la quale, facendo leva sulla natura di limitazione della responsabilità patrimoniale dell'effetto esdebitativo, ne circoscrive la portata applicativa ai casi espressamente previsti, alla stregua di ogni altra limitazione di responsabilità patrimoniale *ex* art. 2740, comma 2, cod. civ. che, com'è noto, costituisce una norma eccezionale insuscettibile di applicazione analogica.

È plausibile ritenere, quindi, che tale particolare effetto sia stato previsto dal legislatore bancario nel settore del credito ai consumatori quale specifico beneficio riservato a una categoria di soggetti ritenuti economicamente più deboli del finanziatore, di guisa che neanche sotto il profilo dell'*eadem ratio* potrebbe giustificarsi un'applicazione analogica ai finanziamenti bancari alle imprese e, ancor meno, ai patti marciani di diritto comune. Nulla esclude, peraltro, che le parti diano luogo a un meccanismo di esdebitazione pattizia mercè l'inserzione di una clausola espressa nel contratto di finanziamento che implichi la totale estinzione dell'obbligazione, anche se il valore del bene risulti inferiore all'importo del debito residuo [45].

Come già accennato, se l'ipoteca abbia ad oggetto più beni e il patto marciano riguardi uno solo di essi, l'ipoteca si estingue solo per il bene per cui si verifica detta coincidenza, ma il creditore parzialmente insoddisfatto potrà attivare la procedura espropriativa sugli altri avvalendosi dell'ipoteca [46].

Viceversa, nell'ipotesi in cui residui una plusvalenza, il creditore soddisfatto sarà te-

---

[44] A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., 1413; per l'identificazione nell'effetto esdebitativo previsto dall'art.120-*quinquiesdecies*, comma 3, T.U.B., di una limitazione della responsabilità patrimoniale cfr. anche F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori,* in *I nuovi marciani* di G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, Giappichelli, 2017, 177 ss.

[45] È stato sostenuto (cfr., in particolare, M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, cit.) che il patto marciano con clausola di esdebitazione sarebbe equiparabile, *quoad effectum*, alla *datio in solutum* in quanto in entrambi i casi non si porrebbe un problema di restituzione dell'eccedenza al debitore. In realtà, al di là del dato empirico che in entrambe le fattispecie l'effetto traslativo in favore del creditore non si accompagna ad alcun obbligo restitutorio a carico di quest'ultimo, permane la fondamentale differenza che nella *datio in solutum* si prescinde completamente dalla stima del bene mentre nel patto marciano con clausola pattizia di esdebitazione il presupposto è proprio costituito dalla previa valutazione del bene in misura maggiore rispetto al debito residuo.

[46] Si è ritenuto (S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., 68) che in tal caso il marciano, consentendo al creditore parzialmente insoddisfatto, di agire esecutivamente sugli altri cespiti nella veste di creditore ipotecario, finisca per alterare l'equilibrio fra la regola (par condicio) ed eccezione (la preferenza).

nuto alla sua restituzione al debitore finanziato, e ciò indipendentemente dall'eventuale sussistenza di creditori o titolari di diritti reali parziari perdenti nel conflitto con il finanziatore che si sia avvalso del patto trascritto con "grado" poziore rispetto ai primi: nessun obbligo di versamento diretto a carico del finanziatore emerge dalla disciplina speciale *ex* art. 48-*bis* né esso può ricavarsi dal sistema, dal momento che l'unica disposizione codicistica che prevede la facoltà dei titolari dei diritti parziari "soccombenti" di far valere le proprie ragioni sul ricavato dell'espropriazione è l'art. 2812 cod. civ., norma imperniata su un meccanismo di vendita giudiziale con annesso accertamento dei diritti dei creditori e degli altri titolari dei diritti parziari insoddisfatti, la cui portata applicativa non può estendersi a un'ipotesi di vendita negoziale, sia pure in funzione di garanzia.

Inoltre, il novero delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo ai terzi a vario titolo aventi causa dal debitore finanziato è suscettibile di moltiplicarsi a dismisura ove si consideri che costui potrebbe non solo aver concesso a terzi diritti reali di godimento, ma anche promesso in vendita il bene con un preliminare trascritto *ex* art. 2645-*bis* cod. civ. dopo della trascrizione del patto marciano (o prima della trascrizione del patto ma dopo l'iscrizione dell'ipoteca) o aver subito l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale o altra formalità inopponibile al finanziatore.

Ciò accentua il rischio di una certa "volatilità" della somma distribuenda, che però non è evitabile se non in via legislativa, salvo non voler ipotizzare congegni negoziali (perfettamente ammissibili) che attribuiscano al finanziatore la legittimazione a procedere alla distribuzione del *surplus* fra i creditori perdenti, magari anche designando il finanziatore quale *trustee* di tale somma per il conseguimento dello scopo del soddisfacimento degli interessi di tali creditori.

Altre questioni connesse alle precedenti sono: i) se i terzi aventi causa dal debitore finanziato "perdenti" ai sensi del comma 4 dell'art. 48-*bis*, i quali si rendano adempienti in luogo del debitore, possano surrogarsi *ex* art. 1203, n. 3 cod. civ. subentrando per l'effetto nella garanzia marciana *ex* art. 1204 cod. civ. e, ampliando la prospettiva, ii) se vi sia spazio per l'ammissibilità delle altre forme di pagamento con surrogazione, compresa quella per volontà del debitore *ex* artt. 1202 cod. civ. e 120-*quater* T.U.B [47].

Nonostante la sostituzione di un creditore a un altro nel rapporto obbligatorio sia sicuramente consentita anche nei finanziamenti alle imprese disciplinati dall'art. 48-*bis*, rimane il problema di verificare come si renda compatibile il meccanismo dell'alienazione

[47] Con espressa esclusione delle imprese diverse dalle cc.dd. microimprese, come definite dall'art. 1, comma 1, lett. *f*), d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11.

sospensivamente condizionata con il subentro nelle garanzie che, a mente dell'art. 1204 cod. civ., di tale sostituzione costituisce un naturale corollario.

In via di prima approssimazione, potrebbe ritenersi che la regola pubblicitaria sancita dall'art. 2843 cod. civ., che contempla l'annotazione quale formalità necessaria all'individuazione del creditore surrogato da eseguirsi a margine di un'iscrizione (e non di una trascrizione), non osti sul piano sistematico ad affermare l'ammissibilità di un'annotazione (non prevista dalla legge) a margine della trascrizione del patto marciano a favore del creditore surrogato [48]. In realtà, ad avviso di chi scrive, l'annotazione a margine della trascrizione non è formalità che si attaglia alla circolazione dell'immobile dal creditore originario a quello surrogato, sia pure sotto la medesima condizione sospensiva di inadempimento del debitore in virtù dei principi generali codificati all'art. 1357 cod. civ.: l'alienazione sotto condizione da un creditore all'altro, quale forma di subentro nella garanzia (artt. 1204 cod. civ. e 120-*quater* T.U.B.), implica necessariamente una nuova trascrizione contro il creditore alienante e a favore del creditore acquirente nel rispetto dello statuto normativo della pubblicità immobiliare degli atti comportanti il trasferimento di un diritto reale e, in particolare, delle disposizioni di cui agli artt. 2644 e 2650 cod. civ.

Fin qui, dunque, l'interferenza ha riguardato l'ipotesi della coesistenza fra l'ipoteca a favore del creditore e il patto marciano a favore del medesimo, il quale abbia deciso di avvalersi del patto.

Ma può anche verificarsi l'ipotesi in cui l'alienazione in garanzia verta su immobili già concessi in garanzia in favore di terzi, i quali attivino la procedura esecutiva a garanzia del proprio credito per un pignoramento trascritto prima della trascrizione del patto, ma dopo l'iscrizione dell'ipoteca (fattispecie presa in esame dal comma 4 che rinvia al comma 10 dell'art. 48-*bis*).

Il comma 10 dell'art. 48-*bis* dovrebbe anche applicarsi anche ai casi in cui l'ipoteca per la quale si procede sia iscritta prima dell'ipoteca con effetto prenotativo rispetto alla successiva trascrizione del patto marciano, con la conseguenza che anche in questo caso l'immobile non

---

[48] Sulla non tassatività delle annotazioni, in generale, cfr. G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 186. In particolare, una volta ritenuto condivisibile il più recente orientamento giurisprudenziale di legittimità (Cass. civ., sez. I, sent. 19 giugno 2008, n. 16669) secondo il quale l'annotazione *ex* art. 2843 cod. civ. non svolge alcuna funzione costitutiva della garanzia, ma ha solo la più limitata funzione di individuare il soggetto legittimato ad escuterla, sembrerebbe aperta la strada per estenderne la portata anche al di fuori dei casi espressamente previsti, come ad esempio un'annotazione a margine della trascrizione del patto marciano a favore del creditore surrogato.

verrà subastato, ferma restando la prelazione del creditore anteriormente iscritto e, quindi, l'obbligo del creditore che si avvale del patto marciano di depositare una somma necessaria per il soddisfacimento delle ragioni del creditore con diritto ipotecario poziore.

In questo caso troverà applicazione la disciplina prevista nel comma 10 dell'art. 48-*bis,* che conduce comunque al trasferimento in proprietà definitiva del bene a favore del creditore con cui è stato stipulato il patto marciano; disciplina la quale si caratterizza per il fatto che sarà il giudice dell'esecuzione ad accertare l'inadempimento ordinando al creditore di versare, entro un determinato termine, una somma non inferiore alle spese di esecuzione e, ove vi siano, ai creditori aventi diritto di prelazione poziori a quello dell'istante, ovvero pari all'eventuale differenza fra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempiuto. In altri termini, poiché ai sensi dell'art. 48-*bis,* comma 13-*bis,* il patto a scopo di garanzia è equiparato all'ipoteca ai fini del concorso fra creditori, il creditore garantito dal patto marciano potrebbe essere costretto, pur mantenendo la proprietà dell'immobile, a restituire tutto o parte del valore di quanto ricevuto, se concorrono creditori assistiti da cause di prelazione poziori. Avvenuto il versamento, il giudice provvede con decreto a dare atto dell'avveramento della condizione; decreto ovviamente da annotarsi *ex* art. 2668 cod. civ.

Può discutersi se in questa particolare ipotesi di svolgimento della procedura esecutiva, il cui epilogo è comunque rappresentato dall'accertamento della condizione sospensiva apposta al patto marciano e non da un decreto di trasferimento, il creditore possa chiedere nello stesso decreto l'inserimento dell'ordine di cancellazione delle formalità anteriori in analogia a quanto previsto dall'art. 586, cod. proc. civ. [49].

La facoltà per il creditore di ottenere il trasferimento in proprio favore all'interno di procedimento giudiziario può essere altresì essere esercitata anche quando, dopo la trascrizione del patto marciano, sopravviene il fallimento del titolare del diritto reale im-

[49] La natura endoprocedimentale del trasferimento marciano induce a ritenere applicabile a tale fattispecie l'art. 586 cod. proc. civ. e a consentire, pertanto, al giudice dell'esecuzione di inserire, nel decreto con cui si dà atto dell'avveramento della condizione, l'ordine di cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni pregiudizievoli. Anzi, l'esercizio in sede esecutiva del diritto potestativo che si fonda sul patto è l'unica possibilità per ottenere tale effetto purgativo. Per le stesse ragioni potrebbero ritenersi poi applicabili al trasferimento, in via analogica, le altre disposizioni preordinate alla stabilità della vendita forzata (artt. 630 cod. pro. civ., 187-*bis* disp. att. cod. proc. civ., 2929 cod. civ.) anche se, tecnicamente, l'effetto traslativo non è riconducibile al decreto, che si limita solo a dare atto dell'avveramento della condizione sospensiva, ma all'alienazione in garanzia sospensivamente condizionata, cioè a una fattispecie propriamente negoziale. L'applicazione analogica dello statuto normativo in tema di vendita forzata si giustifica piuttosto in virtù delle garanzie procedimentali del procedimento marciano disciplinato da detto comma 10 dell'art. 48-*bis*.

mobiliare e il creditore sia ammesso al passivo: in tal caso il creditore potrà presentare istanza al giudice delegato perché, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, provveda a norma del comma 10, in quanto compatibile.

In sede di distribuzione del ricavato, si tiene conto anche qui del "grado" risultante dalla trascrizione del patto marciano, equiparato ad un'ipoteca.

Nonostante il silenzio della legge, sembra per identità di *ratio* che la disciplina, dettata per il caso di fallimento, sia estensibile alla procedura di concordato preventivo, nonché alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

La disciplina del comma 10 dell'art. 48-*bis* non trova, invece, applicazione, pur nel silenzio della disposizione, quando il pignoramento a favore di terzi sia stato trascritto prima della trascrizione del patto marciano (nei casi in cui quest'ultimo non sia preceduto da alcuna iscrizione ipotecaria con efficacia prenotativa) ovvero prima dell'iscrizione ipotecaria con efficacia prenotativa rispetto alla trascrizione del patto marciano, in applicazione del generale principio di cui all'art. 2913 cod. civ.

In tal caso, l'inopponibilità del patto marciano al creditore che vanti una trascrizione anteriore del pignoramento legittimerà quest'ultimo a subastare l'immobile secondo le regole ordinarie [50].

Qualora invece il bene si trovi gravato da precedente ipoteca per un diverso credito a favore di altro soggetto e ad essere inadempiuto sia il credito con garanzia marciana, l'unica differenza rispetto alla precedente situazione consisterà nel fatto che il procedimento sarà avviato dal creditore marciano, il quale avrà l'onere di trascrivere il pignoramento a proprio favore quale atto propedeutico all'attivazione della peculiare procedura esecutiva disciplinata dal comma 10 dell'art. 48-*bis*.

La natura tipica della garanzia reale da assegnare al patto marciano si riscontra nell'assimilazione, contenuta nel comma 13-*bis* dell'art. 48-*bis*, fra il patto marciano e la garanzia ipotecaria sul piano della prelazione e giustifica l'espressa previsione del comma 1 dell'art. 48-*bis*, secondo cui nella nota di trascrizione (nel quadro D) occorre riportare la somma per cui il debito è garantito attraverso il patto marciano, gli interessi e le annualità che il credito produce nonché il tempo dell'esigibilità.

La trascrizione del patto produce, poi, gli effetti dell'art. 2855 cod. civ., assimilando *quoad effectum* la notificazione di volersi avvalere del patto al pignoramento, nel senso che la trascrizione fa collocare nello stesso grado il capitale, le spese e gli interessi come

[50] Nello stesso senso S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., 76.

indicato nell'art. 2855 cod. civ., con la precisazione che la collocazione degli interessi è limitata alle due annate anteriori e quella in corso al giorno della notificazione della dichiarazione del creditore suindicata.

Voglio, da ultimo, notare come il legislatore abbia perso un'importante occasione per introdurre, così come è avvenuto nella disciplina del prestito vitalizio ipotecario, una deroga all'art. 2652, comma 1, nn. 7 e 8 cod. civ., e ciononostante l'evidente interesse del finanziatore professionale ad evitare, una volta ottenuto o venduto l'immobile, giudizi radicati o dall'erede vero o dal legittimario leso o pretermesso che possano compromettere l'esito della complessa fattispecie negoziale avente ad oggetto l'immobile a suo tempo concesso in garanzia.

Una peculiare applicazione del patto marciano di cui all'art. 48-*bis* potrebbe essere ipotizzata per i mutui edilizi, tenendo presente che il meccanismo di pubblicità (annotazione a margine della trascrizione del patto) dell'avveramento o del non avveramento della condizione sospensiva di inadempimento apposta al trasferimento del terreno edificabile in garanzia mal si concilia con il successivo frazionamento del mutuo sulle singole unità immobiliari, che dà vita ad una pluralità di rapporti giuridici autonomi, ciascuno dei quali destinato ad evolversi in maniera diversa.

In questo caso riterrei necessario che il mutuo edilizio sia assistito nella sua fase genetica dalla garanzia ipotecaria *ex* art. 39 T.U.B [51].

---

[51] Ritiene che sia ammissibile un mutuo edilizio garantito dal solo patto marciano, anche ove non assistito da garanzia ipotecaria, sostanzialmente riproducendo in via negoziale il meccanismo di cui all'art. 39, comma 6, T.U.B., N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016 n. 119*, cit., 1019. In sostanza si ipotizza che il finanziamento sia *ab origine* garantito da un'alienazione sospensivamente condizionata del terreno edificabile su cui è destinato ad essere eretto il fabbricato e, successivamente all'edificazione, si proceda al frazionamento del mutuo e della garanzia marciana con annotamento a margine della trascrizione. In realtà a questa soluzione sembrano ostare, *de iure condito*, due ordini di considerazioni: 1) se è sicuramente lecito riprodurre in via negoziale il contenuto dell'art. 39 T.U.B. in ordine al frazionamento del mutuo, cioè alla sostituzione di una pluralità di rapporti obbligatori in luogo dell'unico originario rapporto, non altrettanto può dirsi per il frazionamento della garanzia che, in materia ipotecaria, è consentito in quanto costituente una deroga al principio dell'indivisibilità dell'ipoteca di cui all'art. 2809 comma 2 cod. civ., ma non si attaglia a forme di garanzie atipiche, quale quella in oggetto; 2) la stipula di tanti marciani quante sono le unità immobiliari di cui si compone il complesso in luogo dell'unico, originario, patto marciano presupporrebbe l'annotamento di mancato avveramento della condizione sospensiva di inadempimento e l'esecuzione di tante formalità di trascrizione quanti sono i marciani corrispondenti alle unità immobiliari, il che è evidentemente un meccanismo sostanzialmente diverso dall'annotamento di frazionamento ipotecario a margine dell'originaria ipoteca. Anche G. PETRELLI, *Rassegna Novità Normative di interesse notarile I semestre 2016*, cit., ritiene compatibile il patto marciano con la disciplina del finanziamento fondiario in generale (anche adattata al mutuo edilizio) e, a mio avviso in linea con quanto esposto nel testo, opta per l'idea secondo la quale nel finanziamento fondiario il patto marciano non è che una delle garanzie che

Ultimata la costruzione, si procederà al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca [52] *ex* art. 39, commi 6 ss., T.U.B., e contestualmente, si potrà addivenire alla stipula di tanti patti marciani quante sono le unità immobiliari frazionate.

All'imprenditore costruttore andrà espressamente attribuita, nei singoli patti marciani, la facoltà di vendere l'immobile con i seguenti distinguo: 1) se l'acquirente non procede all'accollo della quota di mutuo frazionato, ma estingue con parte del prezzo detta quota di mutuo frazionato, si procederà alla cancellazione dell'ipoteca *ex* art. 40-*bis* T.U.B. e all'annotazione del mancato avveramento della condizione sospensiva apposta al patto *ex* art. 48-*bis*, comma 13; 2) se l'acquirente procede all'accollo della quota di mutuo frazionato, il debitore accollato trasferirà all'acquirente-accollante un diritto di proprietà sotto la condizione risolutiva dell'inadempimento del medesimo acquirente accollante. In caso di inadempimento, si verificherà la condizione sospensiva apposta al patto marciano nonché contestualmente la condizione risolutiva apposta alla vendita dal debitore al terzo e si procederà ai relativi annotamenti. In caso di adempimento, il creditore ipotecario procederà all'annotamento di mancato avveramento della condizione sospensiva ex art. 48-*bis*, comma 13*,* e l'acquirente procederà all'annotamento di mancato avveramento della condizione risolutiva *ex* art. 2668, ultimo comma, cod. civ.

Potrebbe discutersi se, ove l'acquirente acquisti (con accollo di mutuo frazionato) l'immobile destinandolo a propria abitazione (o dei suoi familiari), il patto marciano non possa continuare a garantire l'adempimento in quanto *contra legem;* ove si propenda per l'inammissibilità del patto marciano in questa ipotesi, il finanziato e la banca dovranno risolvere pattiziamente il patto marciano [53] e la banca continuerà ad essere garantita solo dall'ipoteca frazionata [54].

---

concorre alla complessiva operazione e concludendo che, pertanto, esso debba aggiungersi alla garanzia ipotecaria iscritta a norma dell'art. 39 T.U.B.

[52] Invero, come sopra detto, solo la garanzia ipotecaria consente – in deroga al principio di indivisibilità dell'ipoteca – il frazionamento ipotecario quale corollario del frazionamento del mutuo in quote, che impedisce al creditore ipotecario di escutere la garanzia ipotecaria per beni diversi da quelli relativamente ai quali si sia verificato l'inadempimento. Sulla riconducibilità del frazionamento dell'ipoteca all'istituto della divisione (in senso lato) cfr. Cass., 14 dicembre 1990, n. 11916.

[53] Salvo che non sia prevista nel patto marciano la caducazione automatica degli effetti del patto ove il finanziato o un suo avente causa adibisca l'immobile ad abitazione principale: in tal caso residuerebbe l'obbligo delle parti di stipulare un atto di constatazione della sopravvenuta inefficacia del patto ai fini del relativo annotamento.

[54] N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016 n.* 119, cit., 1019 nota 60, il quale osserva che l'eventualità che l'immobile di fatto sia destinato ad abitazione principale del proprietario o dei soggetti individuati dal comma 3 è teoricamente sempre presente e che il suo verificarsi non può riportare la fattispecie *contra legem.* In realtà appare corretto distinguere l'ipotesi in cui in sede di concessione del fi-

Non mi pare, invece, che sia un ostacolo la necessità del requisito soggettivo della qualifica di imprenditore del soggetto finanziato, in quanto tale qualifica non difetta al momento genetico della stipula del mutuo edilizio, né la mancanza di tale requisito soggettivo in capo all'accollante può rendere invalido l'accollo (che continua a rimanere cumulativo, salva la dichiarazione espressa di liberazione da parte dell'accollatario) o il patto marciano precedentemente stipulato [55].

In ogni caso, quand'anche si ritenesse tale qualifica soggettiva un requisito per il valido mantenimento dell'efficacia dell'alienazione in garanzia precedentemente stipulata, il suddescritto meccanismo potrebbe comunque trovare applicazione in tutti i casi in cui oggetto del trasferimento sia un immobile a destinazione non abitativa in favore di altro imprenditore.

**4. –** L'analisi fin qui svolta deve portare a considerare come fondamentale, ai fini dell'esatto svolgimento del procedimento marciano, il momento in cui il diritto potestativo del creditore possa essere esercitato. Ci si chiede allora se sia possibile derogare alla definizione di inadempimento contenuta nel comma 5 dell'art. 48-*bis,* la cui disciplina si distanzia dall'art. 40, comma 2, T.U.B., che richiede il mancato pagamento di almeno sette rate perché la banca sia legittimata ad agire per la risoluzione del contratto.

A condizione che detta deroga sia volta a favore del debitore, non ostano ragioni ad escluderla. L'inciso *"quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso di rate mensili, o per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una rata",* induce ad ammettere la previsione pattizia di un numero di rate superiore ovvero di un numero maggiore di mesi ritardo dalla scadenza [56]. È opportuno evidenziare l'assenza di una qualsivoglia

---

nanziamento l'alienazione in garanzia verta su un immobile adibito o da adibirsi ad abitazione principale del proprietario ovvero, il che sembra equivalente, in cui l'acquirente dal finanziato (accollante una quota del debito) dichiari di voler destinare l'immobile oggetto della garanzia marciana ad abitazione principale, nei quali casi è da ritenersi che sussista un impedimento oggettivo a dedurre quel determinato immobile come oggetto del patto, rispetto alla diversa fattispecie in cui *ex post* l'immobile sia destinato di fatto ad abitazione principale del proprietario ma non sia stato acquistato manifestando tale intento. In quest'ultimo caso, infatti, la destinazione di fatto è irrilevante ai fini dell'ipotetica paralizzazione della facoltà di avvalersi del patto marciano da parte del creditore.

[55] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., 50, prospetta il dubbio se, ove l'accollo sia liberatorio e quindi l'unico soggetto obbligato resti l'accollante (in ipotesi consumatore), non trovi piuttosto applicazione la disciplina dell'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B.

[56] A. BARLETTA, *Patto Marciano o patto "marziano*", cit., p. 30.

procedura autonoma che accerti i presupposti dell'inadempimento: al creditore è consentita una autotutela esecutiva di natura solutoria, parallela e alternativa alla possibilità di agire in giudizio – verosimilmente tramite il rito sommario di cognizione (artt. 702-*bis* ss. cod. civ.) – al fine di ottenere un accertamento *ex* art. 2909 cod. civ. [57]

All'inadempimento del debitore segue la dichiarazione del creditore di volersi avvalere del patto, che concreta l'esercizio di un vero e proprio diritto potestativo alternativo a quello di voler agire con le forme ordinarie dell'espropriazione forzata, da notificarsi secondo le ordinarie regole processualcivilistiche di cui agli artt. 137 ss. cod. proc. civ. al debitore o, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titoli trascritti o iscritti sull'immobile.

Il momento qualificante dell'intero procedimento disegnato dall'art.48 *bis* risiede nella necessità di stima del bene oggetto della garanzia marciana, assolutamente indispensabile per non ricadere nella previsione dell'art. 2744 cod. civ., al fine di consentire al debitore di riappropriarsi dell'eccedenza del valore del bene rispetto all'entità del debito garantito.

Già nel marciano di diritto comune la giurisprudenza è assolutamente unanime nel ritenere che il patto debba contemplare "un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto affidata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta che a quei parametri farà riferimento (cfr. art. 1349, cod. civ.) [58]". Il rinvio all'art. 1349 cod. civ., contenente la disciplina dell'arbitraggio, spiega il significato della "valutazione imparziale" quale necessario elemento del contratto. Dovendo il bene essere accertato da un perito-arbitratore al tempo dell'inadempimento, l'applicazione di criteri "automatici" stabiliti *ex ante* solleva diversamente qualche perplessità, poiché in questo modo la valutazione potrebbe non corrispondere al valore di mercato di quel bene [59].

L'incertezza permane in merito al differente trattamento riservato dal legislatore quanto alla scelta del perito nelle ipotesi di finanziamento ai consumatori e finanziamento alle imprese: nel primo caso il perito è scelto dalle parti e solamente in caso di manca-

---

[57] Tale accertamento giudiziale potrà essere chiesto dal finanziatore in caso di contestazioni del debitore, ma più verosimilmente esso sarà instaurato dal debitore, il quale preferibilmente agirà in sede cautelare *ex* art. 700 cod. proc. civ. per ottenere un'inibitoria provvisoria e urgente, al fine di evitare la cancellazione della condizione sospensiva, previo accertamento sommario dell'insussistenza dell'inadempimento.

[58] Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.

[59] In proposito, M. FRAGALI, *Del mutuo,* in *Commentario al codice civile,* diretto da A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli e Società Editoriale del Foro Italiano, 1966, 257.

to accordo viene nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui al terzo comma dell'art. 696, cod. proc. civ. (comma 4, lett. d), art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B.). Nel secondo caso, invece, il perito sarà esclusivamente nominato dal Presidente del Tribunale del luogo in cui si trova l'immobile e dovrà procedere alla stima con relazione giurata in conformità ai criteri di cui all'art. 568 cod. proc. civ. (art. 48-*bis*, comma 6).

Si potrebbe discutere se tale discrasia, che comporta una più rigida procedimentalizzazione dell'effetto acquisitivo conseguente all'inadempimento del debitore, possa essere attenuata mediante una deroga convenzionale all'art. 48-*bis*, comma 6 prescindendo dal decreto di nomina del Presidente del Tribunale, ferma comunque l'esigenza di assicurare la terzietà e indipendenza del perito al fine di una sua valutazione oggettiva, da operare sulla base dell'equo apprezzamento.

Sul punto è stato osservato come la necessità di una nomina giudiziale si ponga in relazione alle peculiari limitazioni delle ragioni dei terzi (creditori e aventi causa) in conseguenza dell'esercizio di un diritto potestativo del creditore che trova il proprio titolo su un patto trascritto, diversamente da quanto avviene nella disciplina dei consumatori [60].

Trattandosi di un procedimento di volontaria giurisdizione, al perito non potrà essere riconosciuta la qualifica di ausiliario giudiziario. Il rinvio alle norme sull'arbitraggio chiarisce il carattere privatistico della stima e dei poteri dello stimatore.

In presenza di un patto puramente condizionato, la circostanza che il creditore debba versare al debitore l'eccedenza rispetto al valore di stima e non a quello eventuale di realizzo, persuade circa l'essenziale accuratezza da porre nella valutazione del bene al momento della conclusione del contratto, tenendo "anche conto della banca dati dell'Osservatorio del mercato immobiliare dell'Agenzia delle entrate" (art. *120-duodecies*). Come una garanzia marciana su di un bene di valore inferiore al credito può risultare un impedimento per il creditore, allo stesso modo un bene di valore superiore al credito può non rispondere all'interesse creditorio: il rischio che i beni non siano di alcuna futura utilità si somma con la contingenza di dover "anticipare" rilevanti ed ulteriori somme di denaro.

---

[60] D. CRIVELLARI-A. DI LORENZO-A. BARLETTA, *T6 (2017), «Patto Marciano o "Marziano"? – alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia»*, Associazione Tavolo di Studio sulle Esecuzioni Italiane (T.S.E.I.), n. 4-17, 9 marzo 2017, 34. Pur convenendo sull'inderogabilità della disposizione, e dunque sull'impossibilità di convenire *ex ante* ovvero *ex post* il ricorso a un terzo arbitratore di nomina pattizia, ad avviso di chi scrive tale inderogabilità non è correlata alle limitazioni che derivano per i terzi dalla trascrizione del patto, ma trova la propria giustificazione nella rigida procedimentalizzazione del marciano a garanzia di finanziamenti alle imprese rispetto a quello previsto per i consumatori caratterizzato da una maggiore libertà delle forme.

La stima deve essere comunicata secondo le modalità di cui all'art. 48, comma 6 ai soggetti ivi indicati e, in caso di mancata contestazione [61], cristallizza il valore dell'immobile oggetto della garanzia marciana determinando, al momento della comunicazione al creditore, il momento di avveramento dell'evento dedotto nella condizione sospensiva, ma soltanto nella sola ipotesi in cui il valore stimato sia inferiore al debito garantito, dal momento che se esso fosse superiore tale effetto sarebbe postergato al momento del pagamento dell'eccedenza fra il valore stimato del bene e il debito garantito.

In entrambi i casi l'annotamento di cancellazione della condizione sospensiva apposta al patto marciano potrà avvenire, ai sensi dell'art. 48-*bis*, comma 9, sulla base di una dichiarazione unilaterale del creditore (in espressa deroga all'art. 2668, comma 3 cod. civ. [62]) nella quale attesta, in forma di dichiarazione sostitutiva di atto notorio, l'inadem-

[61] Nonostante il tenore letterale del comma 7, dell'art. 48-*bis* limiti il potere di contestazione della stima al debitore, si ritiene possibile attribuire anche al finanziatore tale facoltà da esercitarsi mediante l'instaurazione di un processo di cognizione volto ad accertare il valore dell'immobile da parte del giudice, il quale a questo punto potrà avvalersi di un consulente d'ufficio, che agirà al di fuori del contesto normativo di cui all'art. 1349 cod. civ. Altra questione è se rimettibile all'autonomia privata la componibilità delle eventuali contestazioni sorte riguardo la stima del valore dell'immobile. Sembra, sul punto, convincente l'opinione di chi ritiene (D. CRIVELLARI-A. DI LORENZO-A. BARLETTA, *T6 (2017), «Patto Marciano o "Marziano"? – alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia,* cit. 37) ammissibile una determinazione convenzionale del valore di stima, ma solo *in melius*, cioè maggiore di quella risultante dalla perizia, in quanto un'eventuale determinazione convenzionale per un importo inferiore si porrebbe in contraddizione con la funzione di garanzia del patto marciano contro il pericolo di depauperamento del debitore nonché con l'esigenza di *par condicio creditorum,* che si vuole fra l'altro scongiurare con il medesimo patto. Il raggio d'azione dell'autonomia privata nella determinazione convenzionale delle modalità di realizzazione degli interessi in gioco può altresì essere ampliato, secondo l'accordo sottoscritto fra ABI e Confindustria nel febbraio 2018, fino a prevedere che in caso di stima del valore dell'immobile che si discosti sensibilmente da una soglia predeterminata dai contraenti, ciascuno di essi può interrompere l'attivazione della clausola marciana e azionare l'ordinaria procedura esecutiva; o, ancora, le parti potrebbero prevedere che, in caso di vendita ad una somma inferiore rispetto al credito residuo vantato dalla banca, si produca l'effetto esdebitatorio in favore dell'impresa debitrice pur in essenza di un'espressa previsione legislativa.

[62] Nel caso di specie, in applicazione dell'art. 2668, comma 3, cod. civ. (con disposizione speculare a quella contenuta nell'art. 2655, comma 4 per l'avveramento della condizione risolutiva), la dichiarazione sarebbe dovuta provenire dal debitore, cioè dal soggetto a danno del quale si verifica l'effetto ablativo del diritto reale immobiliare oggetto della garanzia marciana. In alternativa, il finanziatore avrebbe dovuto agire in sede contenziosa per ottenere una sentenza di accertamento dell'avveramento della condizione; invece, con norma contenente un evidente favor per il creditore, è consentito che sia il creditore/acquirente a rendere la dichiarazione (in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata) suscettibile di essere annotata a margine della trascrizione dell'alienazione marciano, con conseguenze irreversibili sul piano della pubblicità immobiliare. È stato notato da D. CRIVELLARI-A. DI LORENZO-A. BARLETTA, *T6 (2017), «Patto Marciano o "Marziano"? – alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia,* cit., 40 che tale disciplina riduce grandemente la difesa del debitore rispetto a eventuali iniziative abusive del finanziatore a fronte delle quali l'unica tutela possibile per il debitore è di tipo preventivo – inibitorio, anche in sede cautelare *ex* art. 700 cod. proc. civ. (da esperire preferibilmente subito dopo la notifica dell'esercizio del diritto potestativo) ovvero di tipo risarcitorio dopo la cancellazione dell'annotazione.

pimento del debitore, producendo altresì l'estratto autentico delle scritture contabili.

Di non chiara esegesi è l'inciso della disposizione che prescrive l'esibizione al notaio dell'estratto autentico delle scritture contabili, dovendosi escludere che il pubblico ufficiale abbia un potere/dovere di accertamento a fini probatori se non nei casi macroscopici in cui l'estratto delle scritture non evidenzi né il nome del debitore né l'ammontare del debito inadempiuto. L'esibizione dell'estratto al notaio esaurisce l'onere del creditore, non essendo richiesta né l'allegazione all'atto né l'esibizione al funzionario dei registri immobiliari competente ad effettuare l'annotamento.

Appare, invece, oltremodo opportuno – pur nel silenzio normativo – che si dia conto della data di avveramento dell'evento dedotto in condizione sospensiva, coincidente – come si è detto – con il momento di comunicazione della stima nell'ipotesi in cui il valore stimato sia inferiore al debito garantito ovvero con il pagamento dell'eccedenza al debitore nell'ipotesi inversa [63].

La decorrenza dell'effetto traslativo segue l'applicazione della regola generale di cui all'art. 1360 cod. civ. e, pertanto, avrà portata retroattiva, salva una diversa volontà delle parti [64].

L'accertamento dell'inadempimento del debitore segue, invece, una strada affatto diversa nell'ipotesi, già analizzata al precedente par. 3, in cui il finanziatore intenda esercitare il proprio diritto potestativo all'interno di un procedimento esecutivo instaurato da terzi ovvero da sé stesso previa trascrizione del pignoramento a proprio favore (art. 48-*bis*, comma 10).

In tal caso, sarà il giudice dell'esecuzione ad accertare con ordinanza l'inadempimento e a nominare l'esperto stimatore attraverso un incidente giurisdizionale affatto peculiare in quanto destinato ad aprire una parentesi di accertamento all'interno del procedimento esecutivo, che dovrà necessariamente avvenire nel contradditorio fra il finanziatore, il debitore e gli altri eventuali creditori estranei al patto ma interessati alla distribuzione della somma ricavata [65].

---

[63] In questo caso, rientrando la fattispecie marciana nell'alveo dei trasferimenti negoziali, è necessario che vengano rispettate le disposizioni di cui all'art. 35, comma 22, l. n. 223/2006 (da verificare) in ordine alla tracciabilità dei mezzi di pagamento, pur non costituendo – in senso tecnico – il versamento di tale eccedenza il pagamento di un corrispettivo.

[64] È ragionevole ritenere che nella prassi il creditore tenderà a far inserire nel patto marciano una espressa deroga alla retroattività della condizione al fine di evitare che il creditore sopporti le spese e gli oneri sin dal momento della conclusione del patto.

[65] Tale accertamento giudiziale avrà natura sommaria e sarà inidoneo al giudicato, ma sarà comunque preordinato a cristallizzarsi in effetti giuridici dotati di stabilità. Il decreto che accerta l'inadempimento sa-

Accertato l'inadempimento, il giudice dell'esecuzione emetterà il decreto che dà atto della condizione, costituente titolo per l'annotamento di cancellazione di cui all'art. 2668 cod. civ. [66].

Nell'ipotesi contraria di adempimento del debitore, si dovrà procedere alla cancellazione della trascrizione del patto sulla base di una dichiarazione del creditore, sempre con la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, di mancato avveramento della condizione.

Il comma 13 dell'art. 48-*bis*, nel prevedere l'annotamento del mancato avveramento della condizione sospensiva dell'alienazione in garanzia, supera il silenzio codicistico sul punto, con ciò avallando normativamente le posizioni della giurisprudenza della Cassazione [67], che avevano ammesso tale forma di pubblicità, sia pure *"al fine di far conoscere ai terzi la definitiva inefficacia del contratto traslativo del diritto reale"*, cioè con un'efficacia di pubblicità notizia, sicuramente utile per motivi di conoscibilità legale, ma non necessaria per assicurare la continuità delle trascrizioni.

Invero, tutte le ipotesi prese in esame dall'art. 2655 cod. civ. si caratterizzano per l'avvenuta risoluzione dell'effetto traslativo, la quale giustifica l'applicazione della regola della continuità, nel senso che una trascrizione contro l'alienante che sia stato ripristinato nella titolarità del proprio diritto non potrà produrre i propri effetti sino a che non sia stato eseguito l'annotamento, mentre non avrebbe senso l'applicazione delle medesima regola quando il diritto reale non è mai uscito dalla sfera patrimoniale dell'alienante stesso per non essersi mai avverata la condizione sospensiva. In questo caso, si può al più ipotizzare – superando il passo della Relazione al Re in cui addirittura si sosteneva l'inutilità dell'annotamento del mancato avveramento della condizione sospensiva *incombendo sui terzi l'onere di accertare preventivamente se la condizione si sia o meno verificata* – una cancellazione della condizione sospensiva mancata con effetti solo notiziali in un'ottica evolutiva del principio di tassatività delle annotazioni [68].

---

rà, al pari di ogni altro atto esecutivo, contestabile con il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 cod. proc. civ.

[66] Per i problemi relativi all'eventuale ordine di cancellazione delle formalità pregiudizievoli contenute nel decreto si invia alla nota 41.

[67] Cass. 17 dicembre 1991, n. 13589 e, ancor prima, Cass. 17 maggio 1974, n. 1468, che ipotizzava addirittura la necessità di cancellazione dell'intero atto trascritto.

[68] In tal senso, autorevolmente, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile,* diretto da R. Sacco, UTET, 2012, 176 s. e da ultimo anche G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., 194. Secondo tale ultimo autore, infatti, mentre per le annotazioni con efficacia di continuità delle trascrizioni *ex* art. 2655 cod. civ. vige un principio (sia pure non di tassati-

Il carattere imperativo del lemma utilizzato del comma 13 (*Il creditore provvede...*) non può indurre l'interprete a una conclusione diversa circa il mero carattere notiziale della pubblicità del mancato avveramento della condizione sospensiva la cui omissione, pertanto, non influisce in alcun modo sull'efficacia delle successive trascrizioni o iscrizioni eseguite contro l'alienante.

**5. –** In via deduttiva rispetto alla ricostruzione che vede nel patto marciano di cui all'art. 48-*bis* un'alienazione con colorazione causale tipica delle alienazioni in garanzia nelle quali, come si è detto nell'*incipit* del presente lavoro, la condizione di inadempimento non si riduce a mero elemento accidentale del negozio ma inerisce alla stessa causa in concreto dell'assetto di interessi divisato dalle parti, può affermarsi la piena riconducibilità dell'intera operazione nell'ambito di applicazione dell'art. 15 D.P.R. n. 601/1973, con conseguente applicazione dell'imposta sostitutiva ivi prevista in luogo delle ordinarie imposte di registro, ipotecaria e catastale.

La scomposizione del congegno negoziale in una pluralità di atti consistenti, in primo luogo, nel finanziamento (purché a medio o lungo termine, cioè di durata superiore a diciotto mesi) e nel contestuale o successivo e autonomo patto marciano [69], nonché nei successivi atti di avveramento o di mancato avveramento della condizione sospensiva o di inadempimento, non è di ostacolo, anzi avalla tale conclusione, dal momento che il detto art. 15 valorizza – ai fini dell'applicazione sostitutiva – il nesso teleologico tra il finanziamento in sé e tutti gli atti finalizzati a darvi esecuzione e, pertanto, avvinti da un legame funzionale preordinato ad attuare l'intera "operazione". Qualsiasi atto esecutivo dell'operazione negoziale di finanziamento che presenti i requisiti soggettivi e oggettivi previsti dal predetto art. 15 è suscettibile di essere assoggettato al regime sostitutivo, rimanendo solo esclusi dal regime di esenzione solo gli atti 'giudiziari' relativi alle operazioni di finanziamento [70].

---

vità) di tipicità, nel senso che le fattispecie annotabili a tali fini devono essere riconducibili ad atti e provvedimenti latamente "risolutori", non altrettanto può dirsi per le cancellazioni a fini di pubblicità notizia, per le quali la pubblicità è da ammettersi anche se non prevista dalla legge.

[69] Non assume alcuna rilevanza la contestualità o meno della stipula del patto marciano rispetto al finanziamento. Ciò che rileva infatti è solo l'unità funzionale che si va a comporre tra il contratto che dà origine al 'rapporto' di finanziamento e l'atto (o gli atti) ad esso teleologicamente collegati, anche se non contestuali: del resto non si dubita che qualsiasi garanzia accessoria ai finanziamenti di cui all'art. 15 D.P.R. n. 601/1973, anche se rilasciata successivamente all'erogazione del finanziamento, sia riconducibili al medesimo regime sostitutivo.

[70] In tal senso A. PISCHETOLA, *Trasferimenti immobiliari a scopo di garanzia nelle recenti riforme del credito bancario: inferenze fiscali, Studio CNN 157-2017/T,* approvato dalla Commissione Studi Tributari in data 14 dicembre 2017.

D'altra parte la stessa amministrazione finanziaria, con Circ. 240/E del 22 dicembre 1999, ha sottolineato che "*la Corte di Cassazione, in merito alla qualificazione del presupposto oggettivo delle agevolazioni di cui al DPR n. 601, ha più volte precisato che con la locuzione "operazione di finanziamento a medio e lungo termine*", *la norma in esame si è voluta riferire esclusivamente al contenuto e alla finalità dell'operazione medesima, qualunque possa essere, cioè, la forma o la struttura giuridica adottata nei singoli casi, richiedendosi soltanto che le parti abbiano contrattualmente stabilito una durata della stessa superiore a 18 mesi*." Nel contenuto di una siffatta operazione di finanziamento rientra evidentemente, quale momento esecutivo del medesimo, qualsiasi atto destinato a dare in via strumentale attuazione e compimento all'obbligo di restituzione della somma finanziata.

La struttura della garanzia è indifferente alla valutazione dell'impatto fiscale, e pertanto anche gli atti conseguenti, quali quelli di avveramento o di non avveramento della condizione di inadempimento, pur non costituendo garanzie in senso tecnico, sono attratti dal medesimo regime fiscale sostitutivo.

Si potrebbe al più discutere se, alla luce dell'espressa esclusione dal regime sostitutivo degli atti giudiziari, rimanga fuori dal perimetro di applicazione dell'art. 15 D.P.R. n. 601/73 l'ipotesi disciplinata dal comma 10 dell'art. 48-*bis* che, come si accennato sopra nel testo, dà luogo a un trasferimento endoprocedimentale all'interno della procedura esecutiva incardinata da creditori terzi ovvero dal medesimo finanziatore. In realtà, se si pone mente al rilievo che con il decreto previsto dal comma 10 il giudice dell'esecuzione dà soltanto atto dell'avveramento della condizione [71] (apposta negozialmente al patto) è agevole constatare come l'effetto traslativo (e il conseguente profilo impositivo) sia, anche in questo caso, riconducibile all'alienazione in garanzia accessoria al finanziamento.

È appena il caso di sottolineare che, in conseguenza delle modifiche apportate all'art. 17, D.P.R. n. 601/1973 ad opera dell'art. 12, comma 4, d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9, l'imposta sostitutiva (che sostituisce, come detto, l'imposta di registro, l'imposta ipotecaria e l'imposta di bollo) si applica soltanto se nell'atto di finanziamento sia contenuta specifica opzione scritta per l'applicazione dell'imposta sostitutiva [72].

---

[71] Probabilmente è l'annotamento di cancellazione della condizione sospensiva *ex* art. 2668 cod. civ. che, in quanto riconducibile al decreto, sconterà in questa fattispecie particolare l'ordinaria imposta ipotecaria nella misura fissa di euro 200 (duecento).

[72] Occorre anche porre mente Cass. 16 gennaio 2015, sent. n. 695, nella quale si nega l'applicabilità del regime dell'imposta sostitutiva ai finanziamenti contratti con il fine di estinguere debiti finanziari pregressi,

L'opzione, che deve essere esercitata da entrambe le parti del contratto, deve avvenire in forma scritta e, stando alla lettera della disposizione, deve essere contestuale all'atto di finanziamento.

Qualche criticità potrebbe, pertanto, verificarsi nelle ipotesi in cui la garanzia marciana acceda ad un finanziamento pregresso nel quale non sia stata esercitata l'opzione per l'imposta sostitutiva, come ad esempio nei casi in cui il finanziamento originario sia stato stipulato antecedentemente alla modifica del detto art. 17 D.P.R. n. 601/73. In tal caso, l'alienazione in garanzia dovrà essere coeva a una modifica del finanziamento con espresso esercizio in atto dell'opzione per l'imposta sostitutiva.

---

ritenendo di non ricomprendere tra i finanziamenti agevolati ai fini del tributo quelli aventi a oggetto "i rimborsi dei finanziamenti a breve termine". La sentenza, non supportata da alcun fondamento normativo, si pone in antitesi con la risoluzione dell'Agenzia delle entrate 13 settembre 2011, n. 121/E; risoluzione che aveva chiarito, con vigore e senza riserve, come l'utilizzo, contrattualmente previsto, delle somme finanziate non avesse alcun rilievo ai fini dell'applicabilità, o meno, del regime di cui agli artt. 15 ss., D.P.R. n. 601/1973. Secondo la risoluzione, infatti, la logica sottesa al regime dell'imposta sostitutiva sui finanziamenti sarebbe da individuarsi esclusivamente nell'esigenza di favorire l'accesso al credito, incrementando la possibilità del soggetto richiedente di attingere a risorse finanziarie, senza che, quindi, la destinazione ultima del finanziamento possa rivestire alcun rilievo. Il legislatore fiscale non avrebbe infatti in alcun modo inteso, rileva correttamente l'Amministrazione, "specificare l'effettivo utilizzo cui avrebbero dovuto essere destinate le somme messe a disposizione dall'istituto finanziario erogante". La possibilità di optare per l'applicazione del regime agevolato sarebbe dunque subordinata, a condizione che venga concessa al debitore la disponibilità di effettive risorse finanziarie, esclusivamente al ricorrere dei seguenti presupposti: 1) l'inclusione del soggetto erogante tra quelli elencati dalla norma; 2) la durata contrattuale del finanziamento superiore a 18 mesi. In presenza del verificarsi di tali requisiti, una determinata operazione di finanziamento rientra (laddove venga esercitata l'opzione nel relativo contratto) necessariamente nel campo di applicazione dell'imposta sostitutiva, anche qualora, specifica *apertis verbis* l'Amministrazione finanziaria, il finanziamento sia stato contratto "al fine di estinguere precedenti esposizioni debitorie".

JUS CIVILE

*SARA SCOLA*

*Assegnista di ricerca – Università di Verona*

# COINTESTAZIONE DEL CONTO CORRENTE BANCARIO E MORTE DI UNO DEI CORRENTISTI [*]

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. La cointestazione del conto corrente bancario: inquadramento della fattispecie. – 3. La sorte del contratto di conto corrente bancario alla morte di uno dei correntisti. – 4. La legittimazione del cointestatario superstite a operare sul conto corrente bancario già cointestato anche al de cuius. – 5. La titolarità delle somme giacenti sul conto corrente già cointestato al correntista superstite e al correntista defunto.*

**1.** – La cointestazione del conto corrente bancario solleva da molto tempo problematiche di indubbia complessità che si agitano lungo diversi piani di indagine e risultano a tutt'oggi prive di una univoca soluzione.

Un primo ordine di problemi è legato al riferimento normativo – quantomai scarno – che impone all'interprete un'intensa e per nulla agevole attività ermeneutica; a ciò, si aggiunge il fatto che, sul piano applicativo, l'operatore del diritto è, sovente, chiamato a compiere un necessario – e a sua volta per nulla agevole – coordinamento con altre regole che, più o meno direttamente, governano la materia e, di fatto, alimentano il novero delle questioni controverse.

Peraltro, il quadro si arricchisce – e al contempo si complica – allorquando si discuta delle sorti del conto corrente bancario cointestato alla morte di uno dei correntisti e vengano, così, a contrapporsi, da un lato, le pretese del cointestatario superstite e, dall'altro, quelle degli eredi del cointestatario defunto.

---

[*] Lo scritto è destinato agli Atti del Convegno "Nuovi modelli di diritto successorio: prospettive interne, europee e comparate", organizzato dall'Università degli Studi di Trieste e tenutosi in videoconferenza l'11 dicembre 2020. Lo scritto rientra inoltre nell'attività di ricerca del gruppo "Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali" nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona "Diritto, Cambiamenti e Tecnologie".

Premessa del discorso per un'indagine del fenomeno in parola non può che essere, dunque, l'esile dato legislativo dedicato alla fattispecie: entro le maglie della già lacunosa disciplina dedicata al conto corrente bancario [1], si inserisce, infatti, l'unica norma contemplata dal Codice civile in materia di cointestazione dello stesso.

Si tratta, evidentemente, dell'art. 1854 cod. civ., il quale, parlando della cointestazione del conto corrente bancario – con facoltà, per i correntisti, di compiere operazioni anche separatamente –, afferma che gli intestatari sono considerati creditori o debitori in solido dei saldi del conto.

Il legislatore intende, così, disciplinare la fattispecie – di gran lunga più frequente nella pratica e sulla quale si concentreranno le riflessioni delle pagine che seguono – della cointestazione con firma e disponibilità disgiunte per ciascun correntista, benché non si tratti di un effetto *ex lege*, ma di una conseguenza che necessita di apposita pattuizione, come disvela lo stesso tenore della norma [2].

---

[1] Per i profili che verranno qui sviluppati, assume un precipuo rilievo il deposito in conto corrente: per una distinzione tra i diversi depositi bancari, v., ad es., F. CRISCUOLO-S. MAZZOTTA, *Il deposito bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari, in Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Milano, 2016, 764 s. e 775 ss.; v. altresì, anche con particolare riferimento al problema della cointestazione tra coniugi, E. TOMAT, *Versamenti in conto corrente cointestato, animus donandi e donazione di beni futuri*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, I, 597. Sull'inquadramento giuridico del contratto di conto corrente bancario, v. G. CAVALLI, *Conto corrente*, *II, Conto corrente bancario*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 1 ss.; v. altresì, anche relativamente alla questione della tipicità o meno di detto contratto, V. SANTORO, sub *1852 c.c.*, in *Il Codice civile. Commentario, Il conto corrente bancario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, 7 ss., il quale condivide la tesi della tipicità; in senso conforme, v. pure S. PAGLIANTINI-F. BARTOLINI, *Il conto corrente bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, cit., 1573, i quali delineano il contratto di conto corrente bancario come contratto-strumento, evidenziando che lo stesso «costituisce, da una parte, lo strumento (o la cornice) dell'operazione complessiva, e, dall'altra, il mezzo (insostituibile) per la gestione di tutti i rapporti banca/cliente»; contra, nel senso dell'atipicità del contratto di conto corrente bancario, anche sulla base del rilievo che il legislatore, all'art. 1852 cod. civ., «disciplina semplicemente gli effetti del regolamento in conto corrente di operazioni bancarie tipiche; rimanendo fuori della legge la previsione di un rapporto autonomo di conto corrente bancario», G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, I, Milano, 1981, 481 ss. (questi aspetti verranno ripresi anche alla nota 33). Sulle differenze tra conto corrente bancario e conto corrente ordinario, v., ancora. G. MOLLE, *I contratti bancari*, cit., 483 ss., nonché G. CAVALLI, *Conto corrente*, cit., 1 s.; sul punto v. anche F. Martorano, Contratto di conto corrente, in *Enc. dir*., IX, 1961, 660 s., il quale mette però in luce i punti di contatto tra i due istituti.

[2] V. S. TROIANO, *I prelievi da conto corrente cointestato al de cuius tra sottrazione di beni ereditari e accettazione tacita dell'eredità*, in S. SCOLA-M. TESCARO (a cura di), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, I, Esperienze italiane, Napoli, 2019, 91 s., il quale rimarca che la pattuizione in parola può avvenire al momento dell'apertura del conto o anche in un momento successivo, mentre, in mancanza di essa, il conto corrente cointestato potrà essere utilizzato solo a firma congiunta, ossia con ordini di disposizione che devono necessariamente provenire da tutti i cointestatari. In giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass. 5 luglio 2000, n. 8961, in *Pluris*, secondo la quale «la firma congiunta rappresenta la regola e la firma disgiunta l'eccezione».

Molteplici sono le ricadute applicative della disposizione in esame, la quali, come vedremo, coinvolgono tanto il profilo della legittimazione a operare sul conto quanto la questione della titolarità delle somme oggetto del conto medesimo [3].

**2.** – La possibilità, per ciascun intestatario, di prelevare in ogni momento l'intero saldo del conto corrente bancario – liberando così la banca da ogni responsabilità per il caso in cui esegua il pagamento o l'accreditamento delle somme depositate in favore di uno solo dei titolari del conto – rappresenta, senza dubbio, una delle conseguenze applicative più dirompenti che discendono dal dettato normativo dell'art. 1854 cod. civ. [4].

Ben possiamo affermare, quindi, che attraverso la previsione in parola si sia voluto codificare un generale principio in virtù del quale la cointestazione del conto bancario (con firma e disponibilità disgiunte) [5] conferisce ad ogni correntista la piena legittimazione a operare sullo stesso, secondo il criterio della solidarietà attiva.

Tuttavia, da lungo tempo si è da più parti rimarcato che altra, e diversa, questione è quella attinente all'effettiva titolarità delle somme giacenti sul conto bancario cointestato.

Per quanto concerne quest'ultimo profilo, vi è senz'altro una presunzione circa il fatto che le somme appartengano, in egual misura, a tutti i correntisti, la quale trova, del resto, un fondamento nel fatto che, in tale circostanza, anche i terzi sono ragionevolmente portati a credere che le somme giacenti sul conto bancario siano comuni a tutti gli intestatari e che, quindi, vi sia una contitolarità sostanziale e non soltanto formale del denaro versato sullo stesso.

Tuttavia, si tratta di una presunzione senz'altro vincibile attraverso idonea prova contraria.

È pur vero, infatti, che l'art. 1854 cod. civ., laddove prevede semplicemente che «gli intestatari sono considerati creditori o debitori in solido dei saldi del conto», non contempla la possibilità di alcuna prova contraria in ordine alla reale appartenenza delle

---

[3] V. *sub* §§ 4-5.

[4] *Ex multis*, Cass. 7 aprile 2017, n. 9063, in *Pluris*, la quale, tra l'altro, evidenzia che anche sul fronte passivo l'art. 1854 cod. civ. comporta che, in caso di cointestazione, tutti gli intestatari siano solidalmente responsabili nei confronti della banca del saldo passivo derivante dall'utilizzo dell'apertura di credito, a prescindere dalla riferibilità di tale rapporto ad uno soltanto dei correntisti.

[5] L'art. 1854 cod. civ. ha, peraltro, una portata ancor più ampia, essendo applicabile non solo al conto corrente bancario cointestato, ma anche al libretto di risparmio e al conto di deposito titoli: v. P. SIRENA, *Cointestazione dei conti correnti bancari e comunione legale dei beni: le ricadute nel trattamento successorio*, in *Familia*, 2016, 412; per il conto di deposito titoli, v. pure Cass. 1° ottobre 2012, n. 16671, in *Foro it.*, 2013, 2, I, 566 s.

somme presenti sul conto intestato a più persone, chiudendo così, in apparenza, le porte alla possibilità per i correntisti di provare una diversa situazione giuridica riguardo alla titolarità delle somme versate sul conto bancario.

Tuttavia, a ben vedere, l'art. 1854 cod. civ. riguarda esclusivamente i rapporti esterni tra i correntisti e la banca depositaria, non anche, invece, i rapporti interni tra i singoli intestatari del rapporto bancario.

In quest'ultimo caso, la norma in esame cede il passo all'art. 1298 cod. civ. in materia di obbligazioni solidali, il cui secondo comma, come noto, prevede che «le parti di ciascuno si presumono uguali, se non risulta diversamente», con ciò rendendo pienamente ammissibile, nei rapporti interni tra cointestatari, la prova dell'appartenenza delle somme depositate in misura diversa rispetto a quanto risulterebbe in forza della suddetta presunzione di parità [6].

La soluzione testé illustrata sembra essere l'unica plausibile alla luce della lettera dei riferimenti normativi già citati e appare, peraltro, suffragata da una serie di ulteriori elementi.

Già le *rationes* sottese alle due norme qui prese in considerazione lasciano trasparire

---

[6] Detta soluzione accomuna dottrina e giurisprudenza, sin da epoche remote: in dottrina, v., *ex multis*, G. FERRI, *Conto corrente di corrispondenza*, in *Enc. dir*., IX, 1961, 670; tra le pronunce più significative sul tema, v. Cass. 9 luglio 1989, n. 3241, in Banca borsa, 1991, II, 1 ss. (relativa a una cointestazione tra coniugi), così massimata: «nel conto corrente bancario cointestato a più persone, con facoltà di compiere operazioni anche separatamente, i rapporti interni fra i correntisti sono regolati non dall'art. 1854 cod. civ., che riguarda i rapporti fra i medesimi e la banca, ma dall'art. 1298, 2° comma, cod. civ., in base al quale il debito od il credito solidale si dividono in quote uguali solo se non risulti diversamente; pertanto, ove il saldo attivo del conto cointestato a due coniugi risulti discendere dal versamento di somme di pertinenza di uno soltanto di essi (…) si deve escludere che l'altro coniuge, nel rapporto interno, possa avanzare diritti sul saldo medesimo». Anche le pronunce successive si sono assestate su tale orientamento: si veda, ex multis, nelle sentenze di legittimità, Cass. 22 febbraio 2018, n. 4320 (in motivazione), in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2019, 185 ss., con nota di C. FAVILLI, *Fattispecie controverse di accettazione tacita dell'eredità*, Cass. 30 maggio 2013, n. 13614, in *Giur. it*., 2014, 569 ss., con nota di G. NAVONE, *La cointestazione del conto corrente bancario e della cassetta di sicurezza: riflessi sulla titolarità delle somme e dei beni depositati*; Cass. 24 febbraio 2010, n. 4496 e Cass. 5 dicembre 2008, n. 28839, entrambe in *Pluris*, nonché Cass. 22 ottobre 1994, n. 8718, in *Banca borsa*, 1995, II, 554 ss.; nelle pronunce di merito, v. Trib. Roma, sez. XVII, 12 marzo 2020, in *Pluris*, Trib. Roma, 6 giugno 2017, n. 11451, in *Fam. dir*., 2018, 687 ss., con nota di V. RESTUCCIA, *La cointestazione del conto corrente bancario non integra sempre una ipotesi di donazione indiretta*; Trib. Bari, 23 ottobre 2013, reperibile sul sito *www.ordineavvocati.bari.it*, Trib. Salerno, sez. II, 25 ottobre 2011, in *Pluris*; Trib. Genova, 21 novembre 2006, in *Pluris*; Trib. Roma, 15 giugno 2004, n. 18857, massima in *De Jure*; Trib. Salerno, 29 gennaio 2001, massima in *Giur. mer*., 2002, 409 s., nonché Trib. Verona, 28 ottobre 1994, massima in *Pluris*. Si consideri, però, un recente e, invero, criticabile arresto della S.C. che sembra voler mettere in discussione il portato dell'orientamento tradizionale (si tratta di Cass., ord. 3 settembre 2019, n. 21963, sulla quale v. infra, nel testo, nonché alle note 14-19).

la differente funzione che compete alle stesse: se, infatti, l'art. 1854 cod. civ. è volto a salvaguardare le esigenze di certezza e sicurezza dei traffici giuridici, sia nei confronti dell'istituto di credito sia nei confronti dei terzi, evitando che eccezioni da più parti sollevate, anche a solo scopo ostruzionistico, possano comprimere la legittimazione a operare sul conto e minare il regolare svolgimento del rapporto contrattuale banca-correntisti, la norma di cui all'art. 1298, comma 2, cod. civ., contemplando espressamente la possibilità di fornire prova contraria in ordine alla ripartizione interna delle posizioni giuridiche nascenti dall'obbligazione, mira a tutelare i diritti che, diffomemente da quanto risulterebbe dalla presunzione di parità prevista dalla medesima norma, ciascun titolare vanta sulle somme depositate sul conto [7].

Peraltro tale inquadramento trova pure un conforto normativo nella disciplina fiscale in materia di imposta sulle successioni e donazioni, la quale, nello stabilire una presunzione di appartenenza all'attivo ereditario della quota del cointestatario defunto sui saldi dei conti correnti e depositi cointestati al *de cuius* e ad altre persone, è chiara nel precisare che le quote di ciascun cointestatario si presumono uguali «se non risultano diversamente determinate» [8].

Ecco, dunque, che anche da questa prospettiva appare del tutto legittimo per ciascun correntista fornire prova contraria in ordine alla titolarità effettiva delle somme depositate sul conto cointestato [9].

---

[7] Illustra chiaramente la funzione e l'utilità operativa dell'art. 1298 cod. civ., A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni, Milano, 2019, 106, il quale ben evidenzia che «l'art. 1298 c.c. dà rilevanza agli interessi sostanziali, coinvolti dall'obbligazione solidale, dei singoli condebitori (o concreditori), che erano passati in secondo piano nella fase di esecuzione dell'obbligazione, e quindi nei rapporti (esterni) col comune creditore (o debitore)».

[8] L'art. 11, comma 2, d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 (Testo Unico delle imposte sulle successioni e donazioni) indica espressamente che «(...) per i crediti di pertinenza del defunto e di altre persone, compresi quelli derivanti da depositi bancari e da conti correnti bancari e postali cointestati, le quote di ciascuno si considerano uguali se non risultano diversamente determinate». Evidenzia questo aspetto anche E. MINERVINI, *In tema di conto corrente bancario cointestato e di morte del cointestatario*, in *Banca borsa*, 2017, 753 s.; v. pure G. VACCARO, *Anamorfosi della cointestazione del conto corrente bancario nei rapporti tra cointestatari e incidenza probatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 528.

[9] Il principio è applicato in giurisprudenza: v., *ex multis*, Cass. 5 febbraio 2010, n. 2686, in *Banca borsa*, 2011, II, 461 ss., con nota di M. RUBINO DE RITIS, *La cointestazione del conto corrente bancario nell'interesse di uno solo dei contitolari*, nella quale si è ribadito che, ove il saldo attivo del conto bancario risulti discendere dal versamento di somme di pertinenza di uno solo dei correntisti, si deve escludere che l'altro possa, nel rapporto interno, avanzare diritti sul saldo medesimo e, in forza di tale principio, è stata confermata la sentenza di merito nella parte in cui aveva ritenuto che due conti correnti, entrambi cointestati a un fratello e a una sorella, fossero di spettanza esclusiva della sorella dal momento che era stato provato

Tale prova potrà essere data anche mediante presunzioni, purché gravi, precise e concordanti, dalla parte che deduca una situazione giuridica diversa da quella risultante dalla cointestazione stessa [10].

Pare superfluo rimarcare come la prova relativa alla "reale" appartenenza delle somme versate sul conto possa generare contenziosi di non poco momento, se si considerano, ad esempio, le difficoltà nelle quali si imbatte l'operatore del diritto allorquando si debba indagare la provenienza delle somme versate sul conto, le quali possono originare da versamenti compiuti dagli stessi cointestatari, ma anche da accrediti effettuati dai debitori dell'uno e/o dell'altro correntista; parimenti, nel calcolo della quota spettante a ciascun cointestatario, occorrerà tenere conto dei prelievi effettuati medio tempore da ciascuno di essi, distinguendo però tra i prelievi avvenuti per finalità personali ed i prelievi compiuti nell'interesse e a vantaggio di tutti i correntisti, ad esempio perché motivati dal vincolo solidaristico che lega i cointestatari, oppure perché la somma ritirata è stata destinata a fare fronte alle spese di amministrazione di un bene comune dei correntisti [11].

Peraltro, lo scenario qui delineato è destinato complicarsi ulteriormente laddove la prova in ordine alla titolarità effettiva delle somme depositate debba seguire le regole specifiche che risultino applicabili al caso concreto preso in considerazione.

Così, ad esempio, nell'ipotesi per nulla infrequente di conto corrente bancario cointestato a due coniugi in regime di comunione legale dei beni [12], all'interno del quale, sovente, confluisce denaro di varia provenienza, tra cui proventi dell'attività lavorativa dei consorti (tipico cespite della comunione de residuo), somme che, per diversi motivi, so-

---

che i conti fossero stati alimentati esclusivamente dalla stessa, mediante il versamento di tutti gli introiti della propria attività lavorativa.

[10] Così, ad es., Cass. 23 settembre 2015, n. 18777, in *Pluris*, secondo cui la presunzione di contitolarità dà luogo solo a un'inversione dell'onere della prova e può essere superata da idonea prova contraria.

[11] Si consideri, per l'appunto, l'esempio di un conto corrente cointestato a due persone comproprietarie, per la medesima quota, di uno o più beni immobili ai sensi dell'art. 1100 ss. cod. civ. e sul quale affluiscono i canoni di locazione inerenti agli immobili stessi. I prelievi effettuati da uno dei correntisti per le spese di gestione dei beni comuni non possono, di per sé soli, modificare le quote (uguali) che spettano a ciascuno sulla base della presunzione legislativa; viceversa, il prelievo di un correntista effettuato per ragioni personali, andrà ad incidere sul calcolo delle quote spettanti a ciascuno e ben potrà, quindi, modificare le quote che spetterebbero ai correntisti in forza della suddetta presunzione. Analogamente può dirsi per i conti correnti cointestati a coniugi o conviventi more uxorio, allorquando i prelievi dell'uno siano stati destinati al c.d. ménage familiare.

[12] Cfr., anche relativamente alle difficoltà di ordine probatorio in quest'ambito (su cui v. anche *infra*, nel testo), A. TULLIO, *Introduzione. L'oggetto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, II, Milano, 2016, 1247 ss.

no da considerarsi beni personali di uno dei coniugi (ad esempio perché ricevute per donazione o successione), e via discorrendo, la determinazione delle somme spettanti a ciascun coniuge dovrà avvenire secondo i criteri previsti dalla normativa del regime comunitario legale, poiché non v'è ragione per ritenere che il denaro non debba essere assoggettato alla medesima disciplina prevista per i beni mobili [13].

Tutto ciò considerato, ben possiamo affermare che la cointestazione (con firma e disponibilità disgiunte) determina una legittimazione in capo a tutti gli intestatari a operare autonomamente sul conto bancario e, almeno in via presuntiva, una contitolarità, in egual misura per tutti i correntisti, delle somme giacenti sul conto medesimo (salvo, come abbiamo detto, la prova contraria da parte del correntista che intenda fare valere una situazione giuridica diversa da quella risultante dalla presunzione).

Prima di chiudere il quadro, non possiamo tuttavia non dare atto di un recente, curioso arresto della S.C. che pare aver risvegliato un dibattito ormai sopito ma che, per molteplici ragioni, è auspicabile rimanga isolato [14].

La Cassazione, infatti, occupatasi del conto corrente bancario (e del dossier titoli appoggiato al medesimo) originariamente intestato a una signora e, successivamente, dalla stessa cointestato anche a due sue nipoti, ha qualificato la cointestazione come un atto unilaterale – e più precisamente come una procura – idoneo a trasferire unicamente la le-

---

[13] Anche senza volersi addentrare nella questione relativa al fatto che il denaro possa essere considerato a tutti gli effetti un bene mobile (v., sul punto, E. SPITALI, *L'oggetto della comunione legale*, in F. ANELLI-M. SESTA [a cura di], *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2012, 172 s.; G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 2010, 609 s., nonché A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 2012, 166, il quale evidenzia che il denaro è un bene e, più precisamente, un bene consumabile; tuttavia occorre precisare che «il denaro […] è consumabile quando sia adibito alla sua funzione normale di mezzo di pagamento, altrimenti è nettamente inconsumabile non essendo nemmeno esposto al rischio di deterioramento»), a nostro avviso pare indubbio che esso sia quantomeno "assimilabile" ad un bene mobile. Esso, pertanto, pur avendo caratteristiche del tutto peculiari, deve, al pari di un qualunque altro bene mobile, poter appartenere a uno o a entrambi i coniugi. Parimenti, il fatto che il denaro venga custodito in banca (mediante deposito bancario), piuttosto che in qualunque altro luogo, non incide sulla sua titolarità. Per delle applicazioni pratiche, v., ad es., App. Roma, Sez. III, 22 novembre 2011, in *Pluris*, ove si è ritenuto pienamente provato che i conti cointestati ai due coniugi fossero alimentati esclusivamente dai proventi dell'attività separata del marito e, in virtù di questo, si è precisato che le somme depositate sui conti appartenevano alla comunione de residuo, che si realizza soltanto al momento dello scioglimento della comunione (nel caso di specie si è quindi ritenuto che la domanda di restituzione delle somme, avanzata dalla moglie, fosse priva di fondamento poiché, «all'epoca dello scioglimento della comunione legale tra i coniugi […], sui conti bancari non vi erano somme non consumate»).

[14] Si tratta di Cass., ord. 3 settembre 2019, n. 21963, pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.,* 2020, I, 523 ss., con nota critica di G. VACCARO, *Anamorfosi della cointestazione*, cit., e commentata, altresì, da G. TANTILLO, *Le liberalità non donative e la cointestazione di conto corrente*, in *Vita not.*, 2019, 1203 ss.

gittimazione a operare sul conto; sul fronte della titolarità delle somme, invece, la cointestazione non darebbe luogo ad alcuna modifica, poiché per trasferire la proprietà del contenuto del conto bancario sarebbe necessaria, per così dire a monte, una cessione del credito da parte dell'originaria correntista in favore delle successive cointestatarie [15].

È appena il caso di evidenziare che, in tal modo, la S.C. pare aver ignorato quell'unico dato normativo dedicato alla cointestazione – l'art. 1854 cod. civ., da leggersi unitamente all'art. 1298 cod. civ. – il quale impone chiaramente una diversa ricostruzione del fenomeno.

Affermare, infatti, che la cointestazione va ad incidere solo sulla legittimazione a operare sul conto significa, di fatto, tradire il principio della solidarietà – espressamente richiamato dall'art. 1854 cod. civ. – che evidentemente comporta una titolarità del credito e/o del debito in capo a tutti i creditori e/o debitori in solido.

Peraltro, la S.C. supporta il proprio assunto richiamando istituti giuridici che non possono in alcun modo trovare applicazione nel caso in esame a causa di un'ontologica incompatibilità con la fattispecie della cointestazione.

In particolare, contro la sovrapposizione tra cointestazione e procura milita l'evidente considerazione che l'obbligazione solidale – quale è quella che si determina tra istituito bancario e correntisti mediante la cointestazione – non può essere in alcun modo ricondotta alla rappresentanza. Quest'ultima può verificarsi, ad esempio, allorquando un correntista delega un soggetto terzo nel compimento di una o più operazioni bancarie per suo conto e con la spendita del suo nome e non incide sul contratto bancario sottostante, le cui parti rimangono le medesime [16].

La cointestazione, invece, va a modificare la composizione di una parte del rapporto contrattuale – che diventa plurisoggettiva – e, anche nel caso in cui avvenga in epoca successiva all'apertura del conto e su iniziativa dell'intestatario originario, non può essere considerata un atto unilaterale, poiché, per avere efficacia, necessita dell'accettazione dell'istituto bancario e, soprattutto, dei nuovi cointestatari (peraltro in forma scritta [17]), i quali non agiscono quali rappresentanti del correntista originario, ma sono portatori di un interesse proprio e diventano creditori – ma anche debitori – in solido per il conto cor-

[15] Più precisamente, nella pronuncia in esame si legge che la cointestazione è «atto unilaterale idoneo a trasferire la legittimazione ad operare sul conto (e, quindi, rappresenta una forma di procura), ma non anche la titolarità del credito, in quanto il trasferimento della proprietà del contenuto di un conto corrente (ovvero dell'intestazione del deposito titoli che la banca detiene per conto del cliente) è una forma di cessione del credito (che il correntista ha verso la banca) e, quindi, presuppone un contratto tra cedente e cessionario».

[16] Sul punto, condivisibilmente, R. MAZZARIOL, *Conto corrente cointestato e morte di un correntista: alle soglie di un nuovo contrasto*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2020, II, 1204.

[17] Cfr. l'art. 117 del t.u.b. (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385).

rente bancario in questione (aspetto, quest'ultimo, ancor più rilevante e che pare, invero, non considerato dalla pronuncia in esame) [18].

Anche il richiamo a un precedente contratto di cessione del credito tra gli intestatari per giustificare il trasferimento del contenuto del conto, oltre a dare per presupposto che il rapporto bancario sia unicamente fonte di crediti per gli intestatari – e non anche di debiti, come ben può verificarsi – altera ancora una volta il sistema costruito dal legislatore, il quale è chiaro nel prevedere che, per effetto della cointestazione, si generi una presunzione iuris tantum di contitolarità in parti uguali delle somme giacenti sul conto [19].

Ecco, dunque, che, anche alla luce di queste ultime considerazioni, appare evidente la necessità di riportare la ricostruzione del fenomeno della cointestazione entro i binari più tradizionali, da lungo tempo individuati sia sul fronte dottrinale sia su quello giurisprudenziale.

Del resto, quella fatta propria dall'orientamento prevalente appare l'unica soluzione possibile se, partendo dal dato normativo, si vuole rimanere entro i confini della discrezionalità ermeneutica, senza trascendere al piano dell'invenzione manipolativa.

**3.** – Così delineato il fenomeno della cointestazione del conto corrente bancario, v'è ora da chiedersi cosa accada nel caso di morte di uno dei correntisti.

Sotto questo profilo, un primo ordine di problemi riguarda la sorte del contratto di conto corrente bancario medesimo in siffatta ipotesi.

Evidentemente, la tematica involge la ben più ampia e delicata questione relativa alla trasmissione mortis causa dei rapporti contrattuali, da lungo tempo indagata in dottrina anche autorevolmente [20].

A tale proposito, è appena il caso di rammentare come sia ormai un principio immanente al sistema quello in forza del quale, di regola, le posizioni contrattuali si trasmettono agli eredi del contraente defunto [21].

---

[18] Molto chiaramente su questi aspetti anche G. VACCARO, *Anamorfosi della cointestazione*, cit., 526 s.; in argomento pure R. Mazzariol, *ibidem*.

[19] Profilo ben evidenziato anche in R. MAZZARIOL, *Conto corrente cointestato*, cit., 1204 s., il quale rimarca in particolare il palese contrasto della presente statuizione della S.C. con la norma di cui all'art. 1298 cod. civ., la quale chiaramente pone quale regola la contitolarità e quale eccezione la titolarità solitaria.

[20] V. F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, e ID., *L'oggetto della successione. Le posizioni contrattuali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, 2009, 525 ss.

[21] V. F. PADOVINI, *L'oggetto della successione. Le posizioni contrattuali*, cit., 532. Riprende tale aspetto

Non è, infatti, in grado di minare la stabilità di detto assunto neppure il, pur pertinente, rilievo incentrato sulla mancanza nel nostro diritto vigente di una previsione corrispondente all'art. 1127 del Codice civile del 1865, che era stato mutuato da analoga disposizione già contenuta nel Code civil francese [22].

La scelta di non riprodurre la norma previgente è stata verosimilmente dettata dalla convinzione che il principio precedentemente codificato fosse ormai «consolidato e non più bisognoso di una declamazione espressa» [23], ed è stata peraltro seguita, in tempi ben più recenti, persino dal legislatore d'Oltralpe, il quale, con la nota riforma del diritto dei contratti, ha abrogato la disposizione che enucleava il criterio in parola [24], secondo la dottrina francese senza incidere sulla persistente regola generale di trasmissione del contratto ai successori del contraente defunto [25].

Volgendo nuovamente lo sguardo entro i confini nazionali, possiamo ulteriormente rammentare che, sia pure senza trovare mai una esplicita affermazione generale, il principio della successione *mortis causa* nei rapporti contrattuali trova conferma in numerose disposizioni codicistiche, in particolare in ambito successorio, ma anche in materia di singoli contratti [26].

---

L. PASCUCCI, *La successione per causa di morte nei rapporti contrattuali facenti capo al* de cuius, in *Fam. dir.,* 2012, 513.

[22] L'art. 1127 cod. civ. previgente disponeva infatti:

«Si presume che ciascuno abbia contrattato per sé e per i suoi eredi ed aventi causa, quando non siasi espressamente pattuito il contrario, o ciò non risulti dalla natura del contratto».

Per il diritto francese v. infra, nel testo, nonché sub note 24-25.

[23] V. ancora F. PADOVINI, *L'oggetto della successione. Le posizioni contrattuali, cit., 526*, e ID., *Rapporto contrattuale e successione*, cit., 23 ss., il quale sviluppa molto chiaramente questi temi, anche in una prospettiva storica e mediante la comparazione con altri ordinamenti.

[24] Si fa riferimento all'art. 1122 cod. civ. fr., abrogato dall'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, il quale così disponeva:

«On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention».

[25] V. per tutti G. Cattalano, La morte del contraente, in E.A. AMAYUELAS-C. BALDUS-E. DE CARVALHO GOMES-A.-M. LEROYER-Q. LU-J.M. RAINER (a cura di), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II, Esperienze straniere, Napoli, 2019, 958, la quale precisa che, nonostante la scelta infelice di abrogare l'art. 1122 cod. civ. fr., il generale principio di trasmissione del contratto agli eredi permane, salvo specifica volontà delle parti in senso contrario oppure nel caso in cui il contratto fosse stato concluso *intuitu personae*.

[26] Per citare qualche efficace esempio, l'art. 460 cod. civ., riconoscendo al chiamato il potere di compiere atti di amministrazione temporanea, lascia intendere – almeno indirettamente – che la successione possa comprendere anche rapporti contrattuali; parimenti, all'art. 490 cod. civ., l'utilizzo del termine patrimonio (per delineare l'effetto del beneficio di inventario) sta a significare che la successione può riguardare una somma di situazioni soggettive, anche a contenuto contrattuale (aspetti tutti chiaramente evidenziati in F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione*, cit., 30).

Al contempo, deve rimarcarsi che la regola di continuazione dei rapporti contrattuali non è monolitica ma conosce deroghe, come del resto già precisava l'art. 1127 del Codice previgente [27].

Così, nulla vieta alle parti di configurare un rapporto contrattuale *intuitu personae*, destinato, dunque, a sciogliersi per morte di un contraente; inoltre, ben può essere il legislatore stesso a stabilire l'estinzione del rapporto contrattuale [28], oppure la facoltà per gli eredi di recedere dal medesimo [29].

Se queste, dunque, sono le premesse, occorre verificare se, per il conto corrente bancario, sussistano riferimenti normativi in grado di impedire ab origine l'operatività del generale principio di trasmissione del rapporto contrattuale *mortis causa*.

Posto che la scarna disciplina degli artt. 1852-1857 cod. civ. non prevede alcuna deroga in tal senso, l'indagine si sposta sull'eventuale applicabilità di quelle altre disposizioni che – almeno astrattamente – potrebbero ostacolare l'ingresso degli eredi nella posizione contrattuale del loro dante causa [30].

La questione appare, invero, controversa con riferimento al conto corrente monointestato, ove alla morte dell'(unico) intestatario tuttora si discute se il rapporto contrattuale possa o meno proseguire con i successori del medesimo [31].

---

[27] V. ancora F. PADOVINI, *L'oggetto della successione. Le posizioni contrattuali*, cit., 532.

[28] Su questi aspetti v., ancora, F. PADOVINI, *L'oggetto della successione. Le posizioni contrattuali*, cit., 532 ss., il quale evidenzia, in particolare, che nel nostro ordinamento il legislatore prevede tanto casi ove l'intrasmissibilità del vincolo contrattuale è dettata da principi ricavabili da regole poste a garanzia di interessi sovraordinati (come nei rapporti aventi ad oggetto prestazioni di carattere lavorativo), quanto ipotesi ove lo scioglimento del rapporto mira a tutelare gli interessi di una o entrambe le parti (è il caso dell'art. 772 cod. civ., che prevede l'estinzione per morte del donante dell'obbligo di prestazioni periodiche).

[29] Una sintetica panoramica delle norme che, nell'ambito dei singoli contratti, prevedono il diritto di recesso per gli eredi del defunto viene offerta da L. PASCUCCI, *La successione per causa di morte*, cit., 514; l'Autrice evidenzia peraltro anche che tali previsioni legislative confermano a contrario l'esistenza nel nostro ordinamento di un generale principio di trasmissibilità *mortis causa* dei rapporti contrattuali, proprio perché il mancato esercizio del diritto di recesso determina la prosecuzione automatica del rapporto contrattuale.

[30] Non sembra di aiuto il richiamo alla disciplina sul conto corrente ordinario – segnatamente l'art. 1833, comma 2, cod. civ. – del tutto differente dal conto corrente bancario (se non per il fatto di essere parzialmente accomunato al primo dalla modalità tecnica operativa): v. sul punto L. PASCUCCI, sub *art. 1833 c.c.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, I, Milano, 2011, 2277. Peraltro, la norma de qua afferma soltanto il diritto di recesso in favore degli eredi del correntista defunto, con ciò confermando l'esclusione di una cesura immediata del rapporto contrattuale (evidenzia questo aspetto M. MARTINO, *Contratto di conto corrente bancario, pluralizzazione successoria della parte contrattuale e attuazione del credito*, in *Contr. impr.*, 2014, 743).

[31] Propende per la continuazione del rapporto contrattuale, con subentro degli eredi del *de cuius* nella posizione contrattuale di quest'ultimo, G. FERRI, *Conto corrente di corrispondenza*, cit., 671; *contra*, ad es., G. MOLLE, *I contratti bancari*, cit., 561; sempre in quest'ultima direzione v. anche Cass. 21 aprile 2000, n.

Il dibattito sul tema è risultato particolarmente vivace in seno alle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario – sovente plasmate da esponenti della dottrina – ma sembra, almeno per il momento, aver trovato un approdo nell'arresto del Collegio di coordinamento che, intervenuto a dirimere la questione, ha fatto prevalere la tesi favorevole alla trasmissibilità del rapporto di conto corrente agli eredi del correntista defunto [32]. Tale posizione può essere condivisa, sulla base del rilievo che non pare qui applicabile analogicamente (né tantomeno in via diretta [33]), l'art. 1722, comma 1, n. 4, cod. civ., il quale trova il suo fondamento nel rapporto personale mandante-mandatario, non ravvisabile, invece, tra la banca e il correntista.

Con riferimento, invece, al caso che qui ci occupa – ossia di cointestazione del conto corrente bancario con firma e disponibilità disgiunte – non dovrebbero esservi dubbi in merito a una continuazione del rapporto contrattuale, con subentro dei successori del cointestatario defunto nei diritti facenti capo a quest'ultimo. Non vi è, infatti, alcun dato normativo in grado di mettere in discussione siffatta conclusione, se si tiene a mente che an-

---

5264, in *Pluris*, la quale, pur occupandosi di un rapporto bancario originariamente cointestato, afferma che la morte di uno dei correntisti determina l'estinzione del rapporto di mandato conferito dal *de cuius* alla banca (nel caso di specie per l'accredito dei ratei di pensione), nonché il venir meno del rapporto di conto corrente, seppur soltanto nei confronti del defunto e non del cointestatario, con la conseguenza che, dopo la morte del correntista, risultano privi di causa gli accrediti effettuati sul conto corrente in favore del cointestatario defunto e la banca può effettuarne il recupero. Per una sintetica analisi delle contrapposte posizioni v., ancora, L. PASCUCCI, sub *art. 1833 c.c.*, cit., 2278.

[32] Tra le pronunce dell'Arbitro Bancario Finanziario, nel senso che il rapporto di conto corrente bancario prosegue anche dopo la morte del correntista, succedendovi gli eredi, v. Collegio di Roma, 6 aprile 2018, n. 7619 (Relatore M. Sciuto); contra, sulla base del rilievo che troverebbe applicazione l'art. 1722, coMM 1, n. 4, cod. civ., con conseguente estinzione del rapporto contrattuale, v. Collegio di Milano, 31 marzo 2014, n. 1931 (Relatore E. Lucchini Guastalla). Sulla questione è poi intervenuto il Collegio di coordinamento che, aderendo alla prima delle due tesi sopracitate, ha enucleato il seguente principio di diritto: «il contratto di conto corrente bancario non si estingue automaticamente per effetto della morte del correntista, ma in conseguenza di una espressa manifestazione di volontà da parte degli eredi. Resta fermo che il comportamento della banca debba essere improntato a correttezza e buona fede anche nei confronti degli eredi» (Collegio di coordinamento, 6 novembre 2019, n. 24360, Relatrice E. Bargelli); tutte le decisioni dell'ABF sono consultabili sul sito *www.arbitrobancariofinanziario.it*. Per una disamina ragionata delle più significative decisioni dell'ABF fino al 2016, v. M. MARTINO, *Conto corrente bancario cointestato e successione a causa di morte: la recente giurisprudenza dell'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 667 ss.

[33] A questa conclusione potrebbe giungersi aderendo, ad esempio, alla ricostruzione del conto corrente bancario come contratto innominato misto – con prevalenza del mandato sugli altri negozi – con la conseguenza che il rapporto dovrebbe essere disciplinato, in via principale, proprio dalla normativa sul mandato (v. per tutti G. MOLLE, *I contratti bancari*, cit., 493 s.). Tuttavia, più convincente appare la tesi che qualifica il conto corrente bancario come un contratto tipico, sebbene la scarna disciplina non ne dia una definizione e, al contempo, imponga l'innesto dei rapporti contrattuali che di volta in volta vengono in rilievo (deposito, finanziamento, etc.): v. S. PAGLIANTINI-F. BARTOLINI, *Il conto corrente bancario*, cit., 1571 ss.; in argomento anche V. SANTORO, *sub 1852 cod. civ.*, cit., 14 ss. (il quale fornisce una ricostruzione delle diverse tesi prospettate sul punto). V., altresì, *sub* nota 1.

che il sopracitato art. 1722 cod. civ. riguarda il mandato conferito da una sola persona e risulta pertanto, sin dal principio, inapplicabile al fenomeno della cointestazione bancaria [34].

Pertanto, deve convenirsi sul fatto che, di regola, alla morte di uno dei cointestatari, il contratto di conto corrente bancario non si scioglie; la parte plurisoggettiva del contratto sarà costituita dal cointestatario superstite e dagli eredi del cointestatario defunto, fatta salva la possibilità che le parti chiedano concordemente la chiusura del rapporto (ipotesi che verosimilmente si verificherà non appena siano stati individuati gli importi che spettano a ciascuno sul saldo del conto) [35].

**4.** – Posto che il decesso di uno dei correntisti non determina lo scioglimento del contratto di conto corrente bancario già intestato al *de cuius* e al cointestatario superstite, occorre ora soffermarsi su alcune implicazioni operative di non poco momento che ben possono verificarsi dopo la morte del cointestatario del conto.

Così, focalizzando l'attenzione sulla posizione del cointestatario superstite, egli potrebbe non avere vita facile per almeno due ragioni, l'una attinente al profilo della legittimazione a operare sul conto, l'altra relativa alla titolarità delle somme oggetto del conto medesimo.

Procedendo con ordine e indagando dapprima il profilo della legittimazione a disporre delle somme giacenti sul conto, si impone ancora una volta l'analisi di quell'unico dato legislativo di riferimento per la fattispecie che qui ci occupa, costituito dall'art. 1854 cod. civ.

---

[34] In dottrina, v., per tutti, M. MARTINO, *Contratto di conto corrente bancario*, cit., 763. La soluzione è suffragata anche da alcune decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario: v., in particolare, Collegio Roma, 24 febbraio 2015, n. 1233 (Relatore P. Sirena), ove, a proposito della sorte del conto corrente bancario cointestato alla morte di uno dei correntisti, si è precisato che la norma di cui all'art. 1722, n. 4, cod. civ., «è fin dall'inizio inapplicabile (...) in quanto essa prende in considerazione l'ipotesi in cui il mandato sia stato conferito da un unico mandante». Nel caso di conto cointestato potrebbe (ma tale aspetto emerge solo in via ipotetica) semmai venire in rilievo l'art. 1726 cod. civ., riguardante la revoca del mandato collettivo ma applicabile al caso di morte di uno dei mandanti, come a suo tempo precisato dalla giurisprudenza della S.C. richiamata dall'ABF (così, infatti, Cass. 23 settembre 1964, n. 2404, massima in *Giust. civ. Mass*., 1964, 1123, secondo la quale «il mandato a compiere un *opus perfectum* non viene meno per morte di uno dei mandanti che si sono reciprocamente vincolati, o di uno dei mandatari, ma solo per il compimento dell'affare. Al mandante morto succedono nelle obbligazioni i suoi eredi; il mandatario defunto va semplicemente sostituito»). Ad ogni modo, anche applicando codesta norma si deve riconoscere la continuazione del rapporto contrattuale, con subentro degli eredi del cointestatario defunto.

[35] V. ancora, su questo punto, M. MARTINO, *Contratto di conto corrente bancario*, cit., 764, il quale ben chiarisce che la chiusura del conto «avverrà di fatto solo quando si sia addivenuti ad un accordo di natura divisoria, di cui l'ordine, impartito alla banca, di chiusura del rapporto, con accredito dei saldi ovvero comunque con riscossione separata, costituirà esecuzione».

Orbene, se è vero che la regola in parola consente a ciascun correntista di operare liberamente sul conto, ben possiamo affermare che – quantomeno sul piano prettamente civilistico – sotto questo profilo nulla cambia in caso di morte di uno dei correntisti, poiché, anche in tale ipotesi, l'intestatario superstite sarà legittimato a prelevare l'intero saldo del conto bancario [36].

La conclusione testé enunciata si impone in ragione della corretta applicazione che deve darsi alla seppur sintetica formulazione della norma qui evocata, che considera «creditori o debitori in solido» i cointestatari del conto, con conseguente richiamo ai criteri che governano la solidarietà nel rapporto obbligatorio, anche nel caso di morte di un condebitore o concreditore [37].

Inoltre, tale conclusione trova d'ordinario conforto in quella specifica pattuizione negoziale che – sulle orme dell'art. 9 delle condizioni generali emanate dall'ABI – gli istituti bancari sono soliti inserire all'interno dei contratti che stipulano con i propri clienti, la quale prevede che «nel caso di morte (...) di uno dei cointestatari del rapporto, ciascuno degli altri conserva il diritto di disporre separatamente sul rapporto» [38].

Tale clausola, che nella prassi viene, pressoché pedissequamente, riprodotta dagli istituti bancari nelle condizioni generali di contratto [39] va di fatto a consacrare, in favore del

---

[36] Anche tale aspetto è stato chiarito in giurisprudenza; v., ad es., Cass. 3 giugno 2014, n. 12385, in *Pluris*, ove si precisa che «nel caso di deposito bancario intestato a più persone, con facoltà per le medesime di compiere, sino all'estinzione del rapporto, operazioni, attive e passive, anche disgiuntamente, si realizza una solidarietà dal lato attivo dell'obbligazione che sopravvive alla morte di uno dei contitolari. Ne deriva che il contitolare ha diritto di chiedere, anche a seguito del decesso dell'altro, l'adempimento dell'intero saldo del libretto di deposito a risparmio e l'adempimento così conseguito libera la banca verso gli eredi dell'altro contitolare» (nello stesso senso anche Cass. 29 ottobre 2002, n. 15231, in *Corr. giur.*, 2003, 613 ss., con nota di A. JARACH, *Libretto bancario cointestato e morte di un contitolare*).

[37] Giova rimarcare che trova qui applicazione il principio in materia di obbligazioni solidali enucleato all'art. 1295 cod. civ., dal quale può trarsi la conseguenza che, nell'obbligazione solidale attiva, alla morte di un concreditore, il concreditore superstite continuerà ad avere il diritto ad esigere l'intero (v., per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, rist. agg. 2019, 751).

[38] Si fa riferimento alle condizioni generali relative al rapporto banca-cliente, di cui all'allegato A della circ. Abi 25 febbraio 2005. L'art. 9 dell'allegato contempla proprio il caso di rapporto bancario cointestato a più persone con facoltà di utilizzo disgiunto stabilendo che «quando il rapporto è intestato a più persone con facoltà per le medesime di compiere operazioni separatamente, le disposizioni relative al rapporto medesimo possono essere effettuate da ciascun intestatario separatamente con piena liberazione della banca anche nei confronti degli altri cointestatari (...)». In particolare, l'art. 9.3 precisa che «nel caso di morte o di sopravvenuta incapacità di agire di uno dei cointestatari del rapporto, ciascuno degli altri conserva il diritto di disporre separatamente sul rapporto. Analogamente lo conservano gli eredi del cointestatario, che sono però tenuti ad esercitarlo tutti insieme, ed il legale rappresentante dell'incapace».

[39] Mettono in luce questo aspetto, tra gli altri, M. MARTINO, *Contratto di conto corrente bancario*, cit., 739 s. e 763 s., nonché R. MAZZARIOL, *Conto corrente cointestato*, cit., 1200.

cointestatario superstite, un principio di libera disposizione delle somme giacenti sul conto, pur a seguito della morte dell'altro correntista [40].

Ma se, come detto, questa è la soluzione "civilistica", v'è – in dottrina e non solo – chi acutamente osserva come non si possa in questo campo non tenere conto anche della normativa fiscale, la quale potrebbe impedire, perlomeno in taluni casi, il pagamento in favore del cointestatario superstite della quota del conto corrente caduta in successione [41].

La disposizione tributaria in questione imporrebbe, infatti, alla banca, al momento della morte del cointestatario del conto, di bloccare qualsiasi pagamento in favore del cointestatario superstite delle somme cadute in successione, fino all'esibizione della dichiarazione di successione comprensiva di tale rapporto bancario (nei casi, ovviamente, in cui l'esibizione di tale dichiarazione sia obbligatoria) [42].

Conseguentemente, come ancora una volta suggeriscono numerose pronunce dell'Arbitro Bancario Finanziario, si dovrebbe affermare che viene a crearsi d'imperio un vincolo di indisponibilità che copre le somme cadute in successione, impedendone il prelievo da parte del correntista superstite [43].

---

[40] Per tutti i cointestatari e gli eventuali eredi è comunque fatta salva la facoltà di opposizione, anche con lettera raccomandata, con la conseguenza che, in tal caso, la banca dovrà pretendere il concorso di tutti (v. art. 9.4, allegato A della circ. Abi 25 febbraio 2005).

[41] Il riferimento corre all'art. 48, d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 (T.U. delle imposte sulle successioni e donazioni), il cui comma 4 così dispone:

«Le aziende e gli istituti di credito, le società e gli enti che emettono azioni, obbligazioni, cartelle, certificati ed altri titoli di qualsiasi specie, anche provvisori, non possono provvedere ad alcuna annotazione nelle loro scritture né ad alcuna operazione concernente i titoli trasferiti per causa di morte, se non è stata fornita la prova della presentazione, anche dopo il termine di cinque anni di cui all'art. 27, comma 4, della dichiarazione della successione o integrativa con l'indicazione dei suddetti titoli, o dell'intervenuto accertamento in rettifica o d'ufficio, e non è stato dichiarato per iscritto dall'interessato che non vi era obbligo di presentare la dichiarazione».

Per un commento alla norma fiscale in esame, v., all'indomani della sua introduzione ed anche con richiamo ai precedenti orientamenti, E. ALTANA-L. SILVESTRI, *L'imposta sulle successioni e donazioni nel Testo Unico*, Milano, 1991, 609 ss. V. pure A. URICCHIO, sub *art. 48, D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346*, in N. D'Amati (a cura di), *Commento al Testo Unico delle imposte sulle successioni e donazioni*, Padova, 1996, 400 ss. V., inoltre, M. GREGGI, sub *art. 48, D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346*, in M. Sesta (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, II, cit., 508 ss. Come noto, l'imposta sulle successioni e donazioni venne dapprima soppressa (fatta salva una residuale persistenza, relativamente a limitate ipotesi) e poi reintrodotta dal d.l. 3 ottobre 2006, n. 262: su questi aspetti, nonché per un breve commento al citato d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, v. A. BENAZZI, *La reintroduzione della imposta sulle successioni e donazioni*, in G. BONILINI-M. CONFORTINI (a cura di), *Codice commentato delle successioni e donazioni*, Torino, 2011, 2154 ss. In dottrina, si soffermano su questi profili P. SIRENA, *Cointestazione dei conti correnti bancari*, cit., 413 s., nonché E. MINERVINI, *In tema di conto corrente bancario*, cit., 753 ss., e ID., *Il conto corrente bancario cointestato a firme disgiunte e la morte del cointestatario*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 733 ss. Sulla questione in esame si consideri, infine, l'orientamento dell'Arbitro Bancario Finanziario (su cui v. infra, nel testo, nonché alle note seguenti).

[42] Su questo punto v. anche C. FAVILLI, *Fattispecie controverse*, cit., 203 s.

[43] Si tratta di un aspetto rimasto per alcuni anni controverso e poi chiarito dal Collegio di coordinamento

A ben vedere, su quest'ultimo aspetto, non v'è modo di obiettare: in favore dell'applicabilità al caso di specie della disposizione fiscale in parola milita l'evidente rilievo che essa è norma imperativa, come tale inderogabile per volere negoziale [44].

La questione è di non poco conto se si considera, quindi, che, alla morte di uno dei correntisti, il cointestatario superstite si trova verosimilmente al cospetto di una regola – quale è la suddetta clausola conforme all'art. 9 delle condizioni generali emanate dall'ABI – che espressamente gli consente il prelievo dell'intero saldo del conto e, al contempo, di altra regola pubblicistica, che di fatto è in grado di paralizzare il potere di disposizione di cui egli godrebbe sulla base delle norme civilistiche.

In tale caotico scenario, è evidente che l'interprete è chiamato a trovare una soluzione.

La corretta esegesi dell'art. 1854 cod. civ. non può non passare attraverso l'applicazione delle norme imperative che vengono in rilievo; al contempo, però, la preoccupazione di disattendere un precetto inderogabile non può oscurare le altre regole che governano il rapporto bancario.

Così, nel caso di specie, in virtù della presunzione di parità delle quote di ciascun correntista, desumibile dagli artt. 1854 cod. civ. e 1298 cod. civ., si dovrà dedurre che l'applicazione della norma fiscale non può determinare il blocco dell'intero conto bancario – come talvolta si è sostenuto [45] – ma, se sussistono i presupposti, impedisce soltanto l'utilizzo della quota che – sino a prova contraria – è caduta in successione, con la conseguenza che, nel caso più frequente di conto bancario già intestato a due persone, il vincolo di indisponibilità riguarderà solo la metà del saldo del conto, rimanendo il resto nella libera disponibilità del cointestatario superstite.

Inoltre, al di là dell'analisi di quegli aspetti che – de iure condendo – dovrebbero sollecitare un intervento legislativo per così dire riorganizzativo, un rimedio di ben più facile attuazione potrebbe scaturire già per mano degli istituti bancari. Se, infatti, è interesse degli stessi regolare in modo uniforme i rapporti contrattuali con i propri clienti, è quantomai opportuno che le pattuizioni negoziali da loro unilateralmente predisposte sulla

---

dell'ABF con la decisione 18 ottobre 2013, n. 5305 (relativo alla cointestazione di un libretto di deposito a risparmio) e ribadito molte volte, anche con specifico riferimento alla cointestazione del conto corrente bancario (tra le pronunce più recenti, v. Collegio di Torino, 9 giugno 2020, n. 10350). Per un inquadramento della questione, con una chiara e sintetica analisi delle posizioni assunte negli anni dall'ABF, v. E. MINERVINI, *In tema di conto corrente bancario*, cit., 755 s.

[44] Rammenta il carattere inderogabile della norma anche E. MINERVINI, *In tema di conto corrente bancario*, cit., 753. Sul punto v. anche P. SIRENA, *Cointestazione dei conti correnti bancari*, cit., 414.

[45] V., ad es., nella giurisprudenza dell'ABF, Collegio di Roma, 18 febbraio 2016, n. 1426 (questione messa in luce da E. MINERVINI, *In tema di conto corrente bancario*, cit., 756).

base dei modelli di riferimento sopracitati tengano conto dell'intera disciplina che viene in rilievo in quest'ambito, ivi compresa la normativa fiscale, approntando, dunque – già a livello negoziale – un efficace coordinamento tra le due discipline, facilmente intellegibile da parte dei correntisti.

Ciò, naturalmente, non va a modificare le conclusioni cui siamo giunti, dal momento che la normativa fiscale risulterà in ogni caso applicabile, in quanto imperativa; tuttavia, si potrebbe quantomeno ottenere un utile risultato in un'ottica deflattiva di potenziali contenziosi che, anche per questa ragione, facilmente si originano in sede successoria tra il cointestatario superstite e gli eredi del cointestatario defunto [46].

**5.** – La seconda questione che il correntista superstite deve essere pronto a fronteggiare attiene alla titolarità delle somme oggetto del conto bancario.

Come già abbiamo evidenziato [47], nei rapporti tra i singoli cointestatari le quote di ciascuno si presumono uguali se non risulta diversamente, sicché la parti ben possono provare che le somme appartengono (o appartenevano) all'uno o all'altro correntista in misura differente rispetto a quanto risulterebbe in forza della citata presunzione.

Nell'ipotesi di morte di uno dei correntisti, il cointestatario superstite potrebbe allora trovarsi facilmente esposto alle pretese degli eredi del cointestatario defunto, proprio in relazione alla titolarità delle somme depositate sul conto cointestato.

Orbene, tra le questioni che sovente emergono in sede successoria, merita qui un accenno almeno una problematica che ha riguardato plurimi arresti giurisprudenziali e raccolto altresì un certo interesse in letteratura [48].

Già da tempo, infatti, si è rilevato che la cointestazione del conto corrente bancario ben potrebbe in realtà "nascondere" una donazione indiretta effettuata da un cointestatario nei confronti dell'altro e avente ad oggetto (almeno) la metà delle somme depositate sul conto.

In taluni casi, inoltre, si potrebbe arrivare ad affermare che la cointestazione disveli, già di per sé, una donazione indiretta da parte di un correntista e in favore dell'altro, sulla base di alcuni indici – quale è ad esempio il legame affettivo tra i soggetti coinvolti –

[46] Quest'ultimo aspetto emerge chiaramente proprio dal contenzioso in seno all'ABF, avente spesso ad oggetto questo profilo (v., ad es., la già citata pronuncia Collegio di Torino, 9 giugno 2020, n. 10350).

[47] V. sopra, sub § 2.

[48] V. *infra*, nel testo, nonché alle note seguenti.

in virtù dei quali l'intento liberale dovrebbe darsi per presunto [49].

Seguendo questa prospettazione, basterebbe la cointestazione a far presumere l'appartenenza delle somme depositate a tutti i cointestatari, dandosi per scontata la sussistenza di una o più donazioni da parte dell'uno in favore dell'altro. Incomberebbe, invece, su chi ha versato somme personali sul conto comune l'onere di provare l'assenza di uno spirito di liberalità, dimostrando che la cointestazione e la successiva alimentazione del conto con somme proprie fossero motivate da diverse finalità.

Tuttavia, tale ricostruzione non può essere condivisa per molteplici ragioni.

Come detto, gli arresti giurisprudenziali che hanno accolto la predetta soluzione [50] poggiano le loro basi sul profondo vincolo solidaristico che unisce i cointestatari e che, dunque, denoterebbe in modo inequivoco l'intento liberale.

Ma, oltre all'evidente considerazione che non vi è alcun riscontro normativo, né nella disciplina della donazione, né in quella dei contratti bancari, che consenta di ritenere che la decisione di cointestare un conto corrente bancario le cui somme appartengono a uno solo dei correntisti implichi di per sé – almeno in via presuntiva – una donazione (indiretta), vi sono altri aspetti – legati perlopiù alle ragioni per le quali avviene la cointestazione – che portano ad escludere l'inquadramento della fattispecie nell'alveo del fenomeno donativo.

Invero, non può negarsi che nel contesto sociale attuale affiorino, con importanza sempre crescente, i c.d. strumenti di pianificazione successoria, mediante i quali i soggetti regolano il passaggio intergenerazionale di ricchezze anche attraverso istituti giuridici diversi da quelli del diritto successorio.

In questa prospettiva, la decisione di un soggetto (originario correntista) di cointestare anche ad altre persone il conto bancario da lui esclusivamente, o prevalentemente, ali-

---

[49] Secondo queste direttrici si è sviluppata taluna giurisprudenza del recente passato: v., ad es., Trib. Palermo, 9 luglio 2001, in *Fam. dir*., 2002, 306 ss. (con nota critica di L. SAPORITO, *Conti correnti cointestati, valori mobiliari e comunione legale dei coniugi*). La pronuncia, infatti, occupandosi della cointestazione del conto bancario tra coniugi in regime di comunione legale dei beni, ha ritenuto che «l'utilizzazione degli strumenti negoziali dell'apertura di un conto corrente cointestato e dell'accensione di diverse gestioni patrimoniali, anche cointestate con facoltà disgiunte» depongano per l'esistenza di un inequivocabile intento liberale. Altri arresti sono giunti alla medesima conclusione in ragione del vincolo affettivo che legava i cointestatari (v., ad es., Trib. Ferrara, 16 maggio 1997, n. 316, annotata da A. RIZZIERI, in *Studium iuris*, 1997, 860 ss., secondo la quale, nel comportamento del convivente more uxorio, che apra un conto corrente bancario cointestandolo all'altro convivente e vi effettui successive rimesse – ed eventualmente se ne serva anche per acquisti di titoli obbligazionari sempre cointestati –si deve ravvisare una donazione remuneratoria indiretta sottoposta alla condizione *si praemoriar*, cioè subordinata alla premorienza del donante).

[50] V. *sub* nota precedente.

mentato, potrebbe senz'altro costituire un mezzo di trasferimento di denaro inter vivos, finalizzato a esplicare i suoi effetti anche dopo la morte del correntista titolare delle somme depositate.

Tuttavia, ciò non può essere di per sé indice di uno spirito di liberalità in capo all'originario cointestatario, se si tiene nella dovuta considerazione il fatto che la cointestazione può avvenire per le più diverse ragioni, anche di carattere meramente gestorio [51].

Chi scrive, quindi, condivide la tesi che la cointestazione sia di per sé un'operazione neutra, che può celare le più diverse finalità, tra le quali vi può essere certamente anche quella donativa [52], sempre però che sia fornita prova in tal senso.

In questa direzione muove, ormai in modo compatto, anche la giurisprudenza di legittimità, rimarcando che la cointestazione del conto bancario può essere indice di una donazione indiretta, purché risulti accertata l'esistenza del c.d. *animus donandi*, ovverosia si riscontri che l'effettivo proprietario del denaro non aveva, al momento della cointestazione, altro scopo se non quello di liberalità [53].

---

[51] La casistica dimostra, ad es., che sovente una persona (perlopiù anziana) decide di cointestare – al momento dell'apertura del conto o anche successivamente – il proprio conto bancario ad un'altra persona (spesso un nipote o, comunque, uno stretto familiare) semplicemente per la gestione delle c.d. operazioni di routine (ritiro della pensione, ecc.).

[52] V. assai chiaramente I. RIVA, *Il conto corrente bancario cointestato nel quadro delle donazioni indirette*, in *Corr. giur*., 2018, 195.

Sul fatto che la cointestazione del conto corrente bancario possa integrare una donazione indiretta, v., in giurisprudenza, anche Cass., S.U., 27 luglio 2017, n. 18725, pubblicata in *Not*., 2017, 569 ss., con nota di G. IACCARINO, *Donazione con bonifico bancario e onere della forma dell'atto pubblico*, e commentata, altresì, da An. FUSARO, *Le Sezioni Unite rimarcano la differenza tra liberalità indirette e donazioni di valore non modico prive della forma pubblica*, in *Riv. dir. civ*., 2017, 1336 ss., ove le S.U., occupandosi della qualifica (in termini di donazione diretta o indiretta) dell'atto di trasferimento di strumenti finanziari dal conto di un soggetto (beneficiante) a quello di un altro (beneficiario), ne hanno messo in luce le differenze rispetto alla cointestazione del deposito bancario, «suscettibile [quest'ultima] di integrare gli estremi di una donazione indiretta in favore del cointestatario con la messa a disposizione, senza obblighi di restituzione o di rendiconto, di somme di denaro in modo non corrispondente ai versamenti effettuati. Solo nella cointestazione, infatti, si realizza una deviazione in favore del terzo degli effetti attributivi del contratto bancario».

[53] Così, *ex multis*, Cass. 28 febbraio 2018, n. 4682, in *Contr*., 2018, 559 ss., con nota di D. RIPAMONTI, *Donazioni indirette: la prova dell'*animus donandi *nella cointestazione di conto corrente bancario*, in *Riv. not.*, 2018, 789 ss., con nota di G. MUNARI, *Il conto corrente cointestato quale forma di liberalità non donativa*, in *Fam. dir*., 2018, 745 ss., con nota di T. BONAMINI, *Intestazione a più persone di conto corrente bancario e prova dell'animus donandi*, nonché in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti*, cit., 118 ss., con nota di M. MATTIONI, *Liberalità ed* expressio animi*; la pronuncia, sulla scorta di numerosi arresti precedenti* (tra i quali v. Cass. 12 novembre 2008, n. 26983, in *Fam. pers. succ.,* 2009, 968 ss., con nota di A. AMBANELLI, *Cointestazione di libretto di deposito a risparmio, accertamento dell'intento liberale e donazione indiretta*, e, in senso conforme, Cass. 14 gennaio 2010, n. 468, in *Giust. civ*., 2011, I, 527 ss.), ribadisce che «la cointestazione, con firma e disponibilità disgiunte, di una somma di denaro depositata presso

Da questo punto di vista, la casistica sviluppatasi – anche negli ultimi anni – in seno alle corti di merito offre una prospettiva privilegiata, disvelando le innumerevoli difficoltà legate all'accertamento dell'*animus donandi*, che rendono siffatto onere probatorio particolarmente gravoso per il correntista superstite [54].

Il contenzioso apertosi innanzi a diversi Tribunali tra il cointestatario superstite e gli eredi del cointestatario defunto evidenzia infatti che difficilmente si riscontrano, nelle fattispecie concrete, elementi che consentano, in modo inequivoco, di ritenere integrata la prova dello spirito di liberalità da parte del correntista titolare delle somme in favore dell'altro [55].

Conseguentemente, se gli eredi del cointestatario defunto riescono a provare che il conto in questione era alimentato (in tutto o in buona parte) dal loro dante causa, il cointestatario superstite sarà verosimilmente destinato a soccombere, risultando per lui alquanto complesso provare che la cointestazione del conto fosse animata da spirito di liberalità del correntista defunto; ciò senza contare il fatto che sul correntista superstite,

---

un istituto di credito, è qualificabile come donazione indiretta qualora detta somma, all'atto della cointestazione, risulti essere appartenuta ad uno solo dei cointestatari, rilevandosi che, in tal caso, con il mezzo del contratto di deposito bancario, si realizza l'arricchimento senza corrispettivo dell'altro cointestatario: a condizione, però, che sia verificata l'esistenza dell'animus donandi, consistente nell'accertamento che il proprietario del denaro non aveva, nel momento della cointestazione, altro scopo che quello della liberalità». Nello stesso senso anche numerose pronunce di merito (v., ad es., Trib. Ferrara, 4 aprile 2018, nonché Trib. Potenza, 28 luglio 2017, entrambe in *Pluris*).

[54] V., ad es., Trib. Mondovì, 15 febbraio 2010, in *Fam. dir*., 2010, 709 ss., con nota di A. CORDIANO, *Donazione indiretta: il caso della cointestazione di conto corrente bancario*, e Trib. Ivrea, 8 luglio 2016, in *Corr. giur*., 2018, 190 ss., con nota di I. RIVA, *Il conto corrente bancario cointestato*, cit., per l'analisi delle quali sia consentito rinviare a S. SCOLA, *Contratti bancari e profili successori*, in S. SCOLA-M. TESCARO (a cura di), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, I, cit., 472 ss.

[55] Così, ad esempio, in Trib. Ivrea, 8 luglio 2016, cit., risulta che, nonostante l'istruttoria di causa, nella quale era stato sentito quale teste anche il funzionario di banca presente al momento dell'apertura del conto corrente cointestato tra un'anziana signora (poi deceduta) e uno dei nipoti, la prova dell'*animus donandi* non era risultata integrata (in particolare il teste, alla precisa domanda volta a indagare la volontà della *de cuius* – specialmente in relazione ad uno spirito di liberalità animato da riconoscenza nei confronti del nipote – non ha saputo dare alcuna risposta a riguardo, affermando di non ricordare nulla).V., però, anche Trib. Ferrara, 4 aprile 2018, cit., la quale, occupatasi del conto bancario già cointestato a due persone conviventi *more uxorio* (unite da matrimonio solo religioso) e richiamando il succitato orientamento di legittimità che impone la prova dello spirito di liberalità (v. ancora Cass. 12 novembre 2008, n. 26983, cit., nonché Cass. 14 gennaio 2010, n. 468, cit.), ha ritenuto che nel caso di specie l'*animus donandi* fosse provato «da una serie di elementi indiziari, gravi precisi e concordanti che rivelano l'intento di arricchire il B. da parte della compagna» (invero, in questo caso, la prova dell'*animus donandi* è andata a favore degli eredi del *de cuius*, poiché, nonostante fosse emerso che il conto cointestato era stato in buona parte alimentato dalla cointestataria superstite, i suddetti elementi indiziari hanno portato a ritenere integrata la prova dello spirito di liberalità da parte di quest'ultima in favore del *de cuius*).

quand'anche vittorioso, potrebbe poi abbattersi la scure dell'eventuale azione di riduzione da parte dei legittimari pretermessi [56].

Peraltro, se per le suesposte ragioni la dimostrazione in parola risulta particolarmente difficoltosa, l'onere probatorio potrebbe farsi ancor più gravoso a causa di un ulteriore elemento da più parti sollevato.

Alcuni arresti, tanto di merito quanto di legittimità, precisano infatti che, per l'accertamento in ordine alla sussistenza dell'*animus donandi*, la prova non potrebbe circoscriversi al momento della cointestazione – stante l'inammissibilità, nel nostro ordinamento, ai sensi dell'art. 771 cod. civ., di una donazione avente ad oggetto beni futuri – dovendosi, piuttosto, provare che lo spirito di liberalità assisteva ogni singolo versamento di denaro sul conto comune [57].

Ma a ben vedere siffatto assunto presta il fianco a più di una censura e non può, dunque, essere condiviso.

Anche a voler tacer del fatto che, per opinione largamente diffusa, il divieto di cui all'art. 771 cod. civ. non opererebbe per le donazioni indirette [58], altri aspetti rendono ab origine inconferente il richiamo a tale norma.

La ratio della previsione in parola è tradizionalmente identificata nel tentativo di porre freno a una eccessiva prodigalità del donante, arginando il rischio del compimento di

---

[56] V. A. MUSTO, in *Il conto corrente cointestato: da fattispecie «tipica» a «tipologia» di liberalità non donativa?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 559; sul punto anche E. MINERVINI, *In tema di conto corrente bancario*, cit., 753.

[57] In questo senso si esprime la copiosa giurisprudenza di merito e legittimità. Si veda in proposito Cass. 16 gennaio 2014, n. 809, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 594 ss., con nota di E. TOMAT, *Versamenti in conto corrente cointestato*, cit., nonché in *Fam. dir.*, 2015, 121 ss., con nota di V. ALVISI, *Conto corrente a firme e disponibilità disgiunte, titolarità delle somme e ripartizione dell'onere della prova*, la quale, oltre a conformarsi all'orientamento stabile della S.C. (che esclude, in simili fattispecie, la sussistenza di una donazione indiretta tra cointestatari, salvo prova del c.d. animus donandi) evidenzia che, in ogni caso, la donazione non può riguardare indistintamente tutte le somme già versate e da versarsi, anche successivamente, sul conto corrente bancario, poiché non è ammissibile nel nostro ordinamento la donazione di beni futuri. Più precisamente, la S.C., cassando la sentenza impugnata con rinvio, ha precisato che «avuto riguardo alla nullità della donazione di beni futuri sancita dall'art. 771 cod. civ., la Corte di merito ha errato nel ricondurre alla cointestazione del conto la donazione del cinquanta per cento delle somme versate nel tempo dal D. (depositante) sul conto, in quanto l'*animus donandi* non poteva essere riconosciuto sulla sola base di detta cointestazione. Il giudice di secondo grado avrebbe dovuto invece motivare sullo spirito di liberalità che assisteva ogni versamento». Nello stesso senso v., ancora, Trib. Roma, 6 giugno 2017, n. 11451, cit., nonché Trib. Mondovì, 15 febbraio 2010, cit.

[58] Mette in luce assai persuasivamente questo aspetto anche I. Riva, Il conto corrente bancario cointestato, cit., 197; in argomento v. pure M. ZINNO, sub *art. 771 c.c.*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Donazioni, in Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2019, 97.

liberalità avventate, situazione che può verificarsi quando, a causa dell'inesistenza del bene, è impedito al donante di rendersi pienamente conto del significato giuridico, economico e sociale della propria disposizione [59].

Ma nel caso del rapporto bancario cointestato siffatta circostanza non sembra ricorrere: il fine dell'art. 771, comma 1, cod. civ. è quello di impedire il compimento di un'operazione economica che sorge *ex novo* e ha ad oggetto beni che non sono nel patrimonio del donante. La cointestazione, invece, come da più parti rilevato, identifica una vicenda per sua natura dinamica, la quale presuppone i successivi versamenti e riguarda necessariamente tanto il denaro già depositato quanto quello depositando [60].

Ecco dunque che, anche da questa prospettiva, la predetta norma non può ritenersi applicabile al caso di specie e non dovrebbe poter costituire un ostacolo per la prova inerente all'*animus donandi*.

Almeno sotto questo profilo, dunque, l'onere probatorio del cointestatario superstite si dovrebbe alleggerire poiché, una volta che sia stata fornita la prova dello spirito di liberalità al momento della cointestazione, è ragionevole presumere che l'*animus donandi* abbia assistito anche tutti i successivi versamenti di denaro compiuti dal correntista donante, in quanto strutturalmente e causalmente collegati alla cointestazione stessa.

---

[59] Sul punto v. M. ZINNO, sub *art. 771 c.c.*, cit., 93 ss.; v., altresì, anche per un inquadramento storico della questione, A. PALAZZO, sub *art. 771 c.c.*, in *Il Codice Civile. Commentario, Le donazioni*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000, 91 s.

[60] V. F. BADOLATO, *L'intento di liberalità nella cointestazione di un conto corrente bancario*, in *Giur. mer.*, 2010, 1784 ss., nonché I. RIVA, *ibidem*. In senso critico all'applicazione dell'art. 771 cod. civ. alla fattispecie in esame, v. altresì A. MUSTO, *Il conto corrente cointestato*, cit., 556; v. pure F. ZANOVELLO, *Liberalità e operazioni bancarie*, in *Vita not.*, 2018, 1486, secondo la quale «ancorché sia imprescindibile un'indagine sulla sussistenza dell'animus donandi quale fondamentale elemento che contraddistingue gli atti di liberalità, sembra opportuno circoscrivere l'indagine al momento della cointestazione».

JUS CIVILE

*STEFANO GATTI*

*Dottore di ricerca in Diritto privato – Università di Verona*

# POLIFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE E SCOSTAMENTI DAL DANNO EFFETTIVO: UN PRIMO BILANCIO A TRE ANNI DALLE SEZIONI UNITE SUI CC.DD. DANNI PUNITIVI

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. L'influenza della ribadita polifunzionalità della responsabilità civile sulla regola della* compensatio lucri cum damno*. – 3. L'impatto della intermediazione legislativa, quale presupposto della sovracompensazione, sulla teoria del danno* in re ipsa*. – 4. Osservazioni conclusive: l'influenza sotterranea della polifunzionalità e il confine normativo.*

**1.** – A tre anni dalla pubblicazione della nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sui cc.dd. danni punitivi [1], è possibile tracciare un primo bilancio dell'impatto di questa pronuncia sulla responsabilità civile italiana.

Lo scopo non è certamente quello di mettere in discussione la vocazione genuinamente internazionalprivatistica di questo arresto [2], chiamato a dirimere la questione della riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze straniere che contemplino condanne a *punitive damages*, quanto piuttosto quello di verificare se le affermazioni contenute nella motivazione della decisione abbiano avuto una qualche influenza sul modo di ragionare dei giudici nei rapporti meramente interni.

Ai fini di questa indagine, sono di particolare interesse tre passaggi del ragionamento, sviluppato nel diritto civile italiano, da cui le Sezioni Unite hanno preso le mosse per verificare la compatibilità con l'ordine pubblico dei *punitive damages*:

i) la responsabilità civile non ha unicamente una funzione compensativa, ma persegue

[1] Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, *ex multis* in *Giur. it.*, 2017, 1787, con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*.

[2] Lo ricorda, tra gli altri, G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno resp.*, 2017, 436 s.

anche altri scopi, tra i quali spiccano quello deterrente e, in determinati casi, quello sanzionatorio-punitivo;

ii) la c.d. polifunzionalità della responsabilità civile trova conferma in una serie di ipotesi previste dalla legge, in virtù delle quali, in conseguenza del fatto illecito, viene riconosciuto al danneggiato il diritto ad un risarcimento ultracompensativo;

iii) ciò, tuttavia, non implica che l'istituto «abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati».

Da queste affermazioni, per un verso, può trarre sostegno l'idea della valicabilità dei confini posti dal principio del danno effettivo nella determinazione del risarcimento [3], alla luce di istanze diverse dalla pura compensazione; per altro verso, emerge altresì chiaramente che un simile sforamento impone una precisa scelta da parte del legislatore, in mancanza della quale rimane precluso ai giudici accordare risarcimenti che eccedano la compensazione integrale [4].

---

[3] Alla luce del quale, come è noto, il risarcimento deve limitarsi a rimuovere le conseguenze negative dell'inadempimento o dell'illecito: v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, *5 La responsabilità*, Milano, 2012, 2° ed., 140. Secondo diverse voci in dottrina, nell'espressione "risarcimento punitivo" si anniderebbe una insanabile contraddizione: v. C. CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica. Atti dei seminari del Dottorato di Diritto Comparato dell'Università di Palermo*, Torino, 2011, 102, per il quale (ivi, 108) l'obbligazione "risarcitoria" non trova giustificazione oltre al limite dell'integrale compensazione, tramutandosi, nella misura in cui lo ecceda, in un indebito arricchimento del danneggiato; A. MONTANARI, *Del risarcimento punitivo ovvero dell'ossimoro*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, 377 ss.

[4] La valutazione equitativa di cui agli artt. 1226 e 2056 cod. civ. (equità integrativa: v., per tutti, E. GRASSO, voce «*Equità (giudizio)*», in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 477) rimane allora focalizzata sull'accertamento del pregiudizio effettivo e concreto. Invero, in dottrina, non mancano opinioni diverse. Secondo P.G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, *La Responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 333 ss., in virtù del «doppio rimando all'equità» di cui agli artt. 1226 e 2056 cod. civ. (in particolare, sul ruolo dell'«apprezzamento delle circostanze del caso» cui fa riferimento quest'ultimo articolo, il quale assumerebbe un significato ulteriore rispetto alla valutazione equitativa *ex* art. 1226 cod. civ., v. ID., *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 835), sarebbe consentito al giudice tenere conto, nella quantificazione del risarcimento, di elementi della fattispecie diversi dal danno concreto, quali l'intensità del dolo o il grado della colpa, la gravità dell'offesa e l'arricchimento illegittimamente ottenuto dal danneggiante. Se questa tesi è rimasta sostanzialmente isolata, maggiore seguito ha avuto invece l'idea della valenza afflittiva del danno non patrimoniale, con ciò che ne deriva sul piano della quantificazione del relativo risarcimento, il quale diverrebbe sensibile alla riprovevolezza della condotta del danneggiante oltre che all'entità delle conseguenze effettivamente prodotte dall'offesa. Un'impostazione rinviene nell'art. 2059 cod. civ. una norma di sistema parallela all'art. 2043 cod. civ., la quale, a differenza di quella contenuta in quest'ultimo articolo, non mirerebbe a ristorare i pregiudizi concreti sulla base di un giudizio di rife-

Ad avviso della S.C., la necessità di una "intermediazione legislativa" trova il proprio fondamento nel «principio di cui all'art. 23 Cost., (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario».

Non rientra nelle finalità di questo scritto esaminare criticamente il percorso logico-giuridico seguito dalle Sezioni Unite per giungere alle affermazioni sopra riassunte. Appare utile piuttosto chiedersi, sul lato pratico, in quale misura esse costituiscano altrettante novità rispetto al panorama conosciuto.

In proposito, non può dirsi certamente "nuovo" il superamento della prospettiva monofunzionale della responsabilità civile, perlomeno a favore di una concorrente funzione deterrente, che si affiancherebbe a quella compensativa[5]: un'estensione, questa, che è riconosciuta peraltro anche da coloro che rinvengono nel limite compensativo una condi-

---

ribilità soggettiva minima della condotta, ma punterebbe a sanzionare la violazione di un diritto inviolabile della persona in prospettiva punitiva e deterrente: v. F. QUARTA, da ultimo in *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2019, 93 ss.; per l'idea di una «autentica *ratio* di "sanzione afflittiva"» dell'art. 2059 cod. civ., v. altresì F.D. BUSNELLI, *Tanto tuonò, che… non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"*, in *Corr. giur.*, 2015, 1211 ss. e specie 1214, che evidenzia «l'intima diversità dei danni non patrimoniali specificamente riconducibili» a tale sanzione «rispetto ai danni, patrimoniali o non patrimoniali, risarcibili ai sensi della regola generale dell'art. 2043». Alla luce della chiusura delle Sezioni Unite ai risarcimenti ultracompensativi che non trovino copertura legislativa, ci si può chiedere se possano fungere come tale proprio le norme appena citate: di questa opinione sono, quanto all'art. 2056 cod. civ., P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2017, 438 e, quanto all'art. 2059 cod. civ. («nel suo combinato con gli articoli 2056 e 1226»), A.M. BENEDETTI, *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema*, in C. CICERO (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019, 34 s., il quale evidenzia (ivi, 29 ss.) la latitudine già acquisita dal risarcimento del danno non patrimoniale ultracompensativo nella realtà giurisprudenziale. Secondo M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 310, se è vero che nell'art. 2059 cod. civ. è effettivamente riscontrabile la traccia di una funzione punitiva della responsabilità civile, la disposizione in parola si limita però a ribadire (senza integrarla) la riserva di legge in relazione a presupposti e conseguenze della sanzione punitiva. In proposito, si è fatta strada altresì l'idea che il necessario «ancoraggio normativo» postulato dai principi costituzionali richiederebbe, più che una esplicita previsione legislativa, il «richiamo a criteri e/o linee – guida, presenti nello stesso armamentario della responsabilità civile e che consentano di orientare la misura risarcitoria con valenza punitiva»: così A. DI MAJO, *op. cit.*, 1794 s. Con le parole di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1122, «non si tratta, certo, di dare spazio ad un soggettivismo giudiziario incontrollato (…); si tratta invece, di consentire al giudice – in presenza di un dato normativo, qual è l'art. 2059 cod. civ., che, tipicamente, e pure in presenza di un pregiudizio irriducibile ad una valutazione pecuniaria, prevede la possibilità di adottare una pronuncia di condanna del responsabile al pagamento di una somma di danaro – di modulare la condanna stessa facendo sì che essa sia davvero effettiva, sia pure sulla base di un rigoroso percorso motivazionale che renda la sua decisione, certo non calcolabile, ma comunque ragionevolmente prevedibile».

[5] Lo rileva tra gli altri A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 21.

zione di esistenza del risarcimento del danno [6]. Diversamente, l'idea che la prestazione "risarcitoria" possa caricarsi di una funzione autenticamente "punitiva" – e ciò anche al di là dei confini del danno effettivo – può assumere un certo peso nel mai sopito dibattito sulla natura dell'ampio novero delle prestazioni ultracompensative previste dalla legge [7]. In ogni caso, l'eventuale portata innovativa che si voglia cogliere sul piano dell'individuazione e della quantificazione del danno risarcibile è pur sempre condizionata alla sussistenza di una "intermediazione legislativa" [8], in assenza della quale i termini del discorso rimangono sostanzialmente immutati.

Sulla scorta di questo ragionamento, la conclusione cui si può giungere è che, in relazione alle obbligazioni nascenti da fattispecie di responsabilità aquiliana o contrattuale regolate dalle norme generali, la pronuncia delle Sezioni Unite non sembra avere prodotto, almeno direttamente, alcuna variazione rispetto al quadro preesistente [9].

Eppure, l'autorevole e recente riaffermazione dei cardini, da un lato, della polifunzio-

---

[6] Nella prospettiva più fedele al principio del danno effettivo, C.M. BIANCA, Q*ualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 31 gennaio 2018, rammenta che il risarcimento, comportando un impoverimento del soggetto responsabile, ha certamente un effetto deterrente. La responsabilità civile potrebbe altresì assolvere ad una funzione *lato sensu* sanzionatoria, innescando una conseguenza negativa in reazione ad un fatto antigiuridico, ma le sarebbe certamente estranea una funzione punitiva, la quale, peraltro, appare all'Autore in contraddizione con il percorso evolutivo dell'istituto sino all'età contemporanea, dove lo sviluppo dell'attività di impresa e la massificazione dei danni hanno piuttosto indotto la proliferazione di fattispecie di responsabilità oggettiva.

[7] Così la motivazione di Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: «Non è qui il caso di esaminare le singole ipotesi per dirimere il contrasto tra chi vuol sottrarre ad ogni abbraccio con la responsabilità civile e chi ne trae, come le Sezioni Unite ritengono, il complessivo segno della molteplicità di funzioni che contraddistinguono il problematico istituto». Il tema è complesso e non può essere qui neppure accennato, poiché non può evidentemente prescindere da un esame specifico di ciascuna prestazione ultracompensativa. Al solo fine di dare un'indicazione di massima al lettore, si osserva che autorevole dottrina ha ribadito che, nella misura in cui ecceda la riparazione integrale, la prestazione non può dirsi "risarcitoria", ma semmai oggetto di una "sanzione civile": così C.M. BIANCA, Q*ualche necessaria parola di commento*, cit. Peraltro, come osserva M. TESCARO, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, in *Danno resp.*, 2018, 542 s., in sostanziale adesione a M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 294 e 297 s., anche volendo mantenere l'etichetta risarcitoria, la fattispecie rimarrebbe comunque da confinarsi nell'eccezionalità. Sul tema, v. ora l'ampio studio di C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, 2019.

[8] Cfr. già G. PONZANELLI, *Novità sui danni esemplari?*, in *Contr. impresa*, 2015, 1204: «è sul legislatore, quindi, che ricade il compito di introdurre misure risarcitorie le quali, più o meno decisamente, si distacchino dal modulo riparatorio».

[9] A questa conclusione giunge M. TESCARO, *op. cit.*, 538 ss. In effetti, la dottrina che, seguendo i diversi percorsi sopra accennati (v. *supra*, nota 4), aveva già ritenuto ammissibile, in alcuni casi, un risarcimento ultracompensativo ha visto nella pronuncia delle Sezioni Unite il consolidamento di un punto fermo piuttosto che l'affermazione di un principio rivoluzionario.

nalità della responsabilità civile e, dall'altro lato, del necessario avallo legislativo perché il "risarcimento" (al netto delle questioni interpretative che si pongono) possa eccedere l'integrale compensazione del pregiudizio ha avuto un'influenza tangibile nella revisione degli orientamenti giurisprudenziali in merito ad alcune dibattute questioni di ordine generale in tema di responsabilità civile.

Due casi emblematici, di cui i paragrafi successivi propongono una breve analisi, sono quelli della *compensatio lucri cum damno* e del c.d. danno *in re ipsa*.

Ed è proprio rispetto a questi casi, più che in ampi termini generali, che sembra possibile apprezzare l'effettiva influenza della pronuncia delle Sezioni Unite del 2017 sul sistema della responsabilità civile, per così dire, interno.

**2.** – Poco meno di un anno dopo la pronuncia sui danni punitivi, le Sezioni Unite hanno impresso una significativa evoluzione nell'applicazione della c.d. *compensatio lucri cum damno*, la quale, agli scopi di questa indagine, appare particolarmente interessante: è noto, infatti, che il principio che questa "regola" di quantificazione del danno esprime – il danneggiato non può arricchirsi per effetto del risarcimento – è diretta emanazione del principio del danno effettivo [10]. Le quattro pronunce succedutesi in questa materia nello stesso giorno (Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564-12567) [11], si sono sì specificamente occupate, ciascuna, della fattispecie di volta in volta al vaglio nel singolo procedimento, in tal modo rinunciando a fornire una risposta unitaria all'ampio quesito teorico formulato dalle ordinanze di rimessione [12]; nondimeno, con tutta evidenza esse hanno seguito, per giungere alla soluzione nel singolo caso, un sentiero logico comune, che si pone in ideale continuità con il ragionamento sviluppato, solo qualche mese prima, dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 2 [13]). Tale sentiero, allora, finisce inevitabilmente per costituire il tracciato grazie al quale verificare se il vantaggio conseguito dal danneggiato "in conseguenza" del fatto illecito debba o meno essere scomputato dal risarcimento [14].

---

[10] Per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, *5 La responsabilità*, cit., p. 168; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2019, 3° ed., 261.

[11] Pubblicate *ex aliis* in *Foro it.*, 2018, I, c. 1901, con nt. di R. PARDOLESI, *«Compensatio», cumulo e «second best»*.

[12] Cass. ord. 22 giugno 2017, nn. 15534-15537.

[13] Pubblicata *ex aliis* in *Corr. giur.*, 2018, 517, con nt. di E. BELLISARIO, *Divieto di cumulo fra equo indennizzo e risarcimento del danno*.

[14] Hanno seguito il percorso lumeggiato dalle Sezioni Unite per risolvere i differenti casi al loro esa-

Per brevità, i termini essenziali del dibattito sul quale sono intervenute le menzionate pronunce possono essere così sintetizzati: per la tesi tradizionale, perché il vantaggio venga diffalcato dal risarcimento, occorre che esso discenda "in maniera immediata e diretta" dall'illecito [15], con la conseguenza che non si potrebbe tenere conto di quei benefici che abbiano un titolo diverso ed indipendente da quest'ultimo [16]. Ad una posizione così rigida, che, come si può intuire, ridimensiona notevolmente lo spazio di operatività pratica della *compensatio lucri cum damno* [17], si contrappone la profonda rivisitazione proposta da alcune pronunce della terza sezione della Suprema Corte negli anni 2014-2016 [18]. Il punto su cui insiste il più recente orientamento è che non si tratta di definire i presupposti di un istituto dotato di una propria autonomia, ma, semplicemente, di applicare correttamente l'art. 1223 cod. civ. nella quantificazione del danno. Questa norma, che, come è noto, delimita i confini del danno risarcibile sulla scorta della c.d. causalità giuridica, non si riferirebbe esclusivamente ai pregiudizi ma riguarderebbe anche i vantaggi che abbiano, in concreto, l'effetto di mitigarli. Conseguentemente, quando si valuti se il nesso tra vantaggio ed evento dannoso giustifichi lo scomputo del primo dal risarcimento del danno, occorre ragionare secondo lo stesso parametro causale che si adopera per accertare che il pregiudizio lamentato sia "conseguenza" dell'illecito [19].

In base a questa impostazione, si supera dunque l'idea dell'irrilevanza, ai fini del calcolo del risarcimento, del beneficio percepito dal danneggiato che abbia un titolo formalmente autonomo (ad esempio l'assicurazione contro i danni). Proprio le ipotesi in cui il "lucro" consista in una prestazione effettuata dallo stesso danneggiante o da un terzo in adempimento di un obbligo (contrattuale o legale) diverso da quello risarcitorio hanno

---

me, tra le altre, Cass. 19 febbraio 2019, n. 4734; Cass. 27 maggio 2019, n. 14362; Cass. 5 luglio 2019, n. 18050.

[15] Cfr., ad es., Cass. 12 settembre 2008, n. 23563; Cass. 2 marzo 2010, n. 4950.

[16] Ad es., Cass. 15 aprile 1993, n. 4475; Cass. 28 luglio 2005, n. 15822; Cass. 20 maggio 2013, n. 12248.

[17] Lo osservano tra gli altri, P. GALLO, Compensatio lucri cum damno *e benefici collaterali. Parte seconda: applicazioni e confini*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1141; G. GIUSTI, voce «*Compensatio lucri cum damno*», in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, Agg., Torino, 2011, 202 ss.

[18] Cass. 11 giugno 2014, n. 13233; Cass. 13 giugno 2014, n. 13537 e Cass., 20 aprile 2016, n. 7774. Si tratta dell'orientamento accolto e suggerito alle Sezioni Unite dalle ordinanze del 2017 (v. nota 12).

[19] Secondo le citate pronunce, occorrerebbe dunque interpretare "simmetricamente" l'art. 1223 cod. civ.: come la giurisprudenza ha ricondotto al novero delle conseguenze pregiudizievoli risarcibili anche quelle mediate ed indirette che, sulla base del criterio della regolarità causale, possono essere considerate effetti normali dell'illecito (per tutte, Cass. 21 dicembre 2001, n. 16163), analogamente si deve ragionare con riguardo ai vantaggi di cui il danneggiato abbia beneficiato.

rappresentato il punto di maggiore tensione: le pronunce delle Sezioni Unite e dell'Adunanza plenaria riguardano infatti queste ipotesi. Le soluzioni offerte, pur superando la tradizionale lettura restrittiva basata sulla necessità di una "derivazione immediata e diretta" dall'illecito e accogliendo la proposta lettura "simmetrica" dell'art. 1223 cod. civ. per pregiudizi e vantaggi, non si riducono alla semplice applicazione di un test eziologico. Alla valutazione di riconducibilità "causale" del vantaggio all'illecito è affiancata l'indagine della specifica funzione che il beneficio in questione concretamente persegue. Vengono considerati rilevanti infatti solamente quei vantaggi che, al di là del titolo formale da cui discendono, hanno la finalità di compensare lo stesso pregiudizio oggetto della pretesa risarcitoria [20].

Se la prestazione è dovuta dallo stesso soggetto danneggiante e non si rinvengono indicazioni diverse dalla disciplina che regola il beneficio in questione – si tratta del caso esaminato dall'Adunanza plenaria –, non si pongono ulteriori questioni: essa andrà diffalcata dal risarcimento. Quando, però, debitore della prestazione nella quale consiste il beneficio sia un soggetto diverso – categoria nella quale rientrano le quattro fattispecie di cui si sono occupate specificamente le Sezioni Unite –, il vantaggio può essere scomputato solo qualora la legge abbia previsto un meccanismo (surroga, rivalsa o altro equivalente) che consenta al terzo che lo ha erogato di recuperarlo dal danneggiante [21].

Nell'elaborazione di questo schema, sia l'Adunanza Plenaria sia le Sezioni Unite hanno ragionato, pur da prospettive diverse, sulle funzioni della responsabilità civile, richiamando entrambe l'arresto n. 16601/2017.

Nel caso esaminato dal giudice amministrativo, poiché l'indagine funzionale del beneficio ha consentito di concludere che l'indennità nella specie dovuta (*ex* art. 68 D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, *ratione temporis* vigente) ha natura sostanzialmente compensativa e che il bene giuridico da questa tutelato (nella specie l'integrità psico-fisica del lavoratore) coincide con quello per il quale il danneggiato aveva domandato allo stesso soggetto (nella specie, il Ministero della Giustizia) il risarcimento (*ex* art. 2087 cod. civ.), si è

---

[20] In dottrina, sulla centralità della funzione, v. già C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *in Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 309 ss.; G. DE NOVA, *Intorno alla* compensatio lucri cum damno, in *Jus civile*, 2018, 58; cfr. altresì E. BELLISARIO, *Il problema della* compensatio lucri cum damno, Padova, 2018, 144; U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Napoli, 2018, 380 ss.

[21] Scettico sul rilievo del meccanismo di recupero U. IZZO, *Quando è «giusto» il beneficio non si scomputa dal risarcimento del danno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1519 s., secondo cui decisiva è unicamente l'analisi della funzione del beneficio, rispetto alla quale la previsione legislativa della surroga o della rivalsa ha valore solo indiziario.

concluso che «il riconoscimento del cumulo implicherebbe l'attribuzione alla responsabilità contrattuale di una funzione punitiva». Secondo l'Adunanza plenaria, infatti, attesa l'unitaria funzione delle due prestazioni, il loro cumulo assegnerebbe al risarcimento del danno una dimensione sovracompensativa in chiave sanzionatoria: tale risultato, però, non può essere tollerato in assenza di una espressa previsione legislativa che lo consenta.

Diversa è l'ottica con la quale le Sezioni Unite richiamano i principi (ri)affermati dalla sent. n. 16601/2017. Nei casi trattati dai giudici di legittimità, si innesta la problematica della differente struttura soggettiva dei rapporti rilevanti: il danneggiante, infatti, non coincide con l'obbligato alla prestazione ulteriore di cui il danneggiato diviene creditore "in conseguenza" dell'illecito. Come si è anticipato, l'operatività della regola della *compensatio* rispetto ad un emolumento "compensativo" del terzo è qui subordinata alla previsione di un meccanismo che permetta allo stesso di riavere dal danneggiante quanto versato al danneggiato. Seguendo il ragionamento della Suprema Corte, quando tale previsione difetti, potrà darsi il cumulo tra beneficio ed integrale risarcimento. Questo perché l'effetto collaterale della sovracompensazione del danneggiato è giudicato comunque preferibile rispetto all'alleggerimento di responsabilità di cui si gioverebbe il responsabile se la prestazione del terzo fosse scomputata e il risparmio di spesa così ottenuto rimanesse definitivamente nella sua disponibilità. Ad avviso delle Sezioni Unite, l'esito di questo bilanciamento è derivato della «poliedricità delle funzioni della responsabilità civile», come consacrata dalla pronuncia n. 16601/2017 [22].

Per quanto si tratti del frutto di una valutazione comparativa tra due effetti "indesiderati" [23], anche questa ultracompensazione, per rimanere nel solco dei principi affermati da quest'ultima sentenza, deve trovare un appiglio legislativo.

---

[22] Sono critici rispetto all'utilità del richiamo alla pronuncia sui danni punitivi M. FRANZONI, *La* compensatio lucri cum damno *nel III millennio*, in *Danno resp.*, 2019, 11 e E. BELLISARIO, Compensatio lucri cum damno*: il responso delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2018, 447. V. pure C. SALVI, *op. cit.*, 262, secondo cui il criterio della previsione di un meccanismo di surroga o rivalsa «non ha alcun legame con la logica dell'istituto», né sarebbe «soddisfacente l'argomento su cui la Cassazione lo fonda ("la poliedricità delle funzioni della responsabilità civile")», che, ad avviso dello stesso A., «sembra diventato un *passepartout* per originali interpretazioni dei giudici». Mette in rilievo il legame tra *compensatio* e funzioni della responsabilità civile C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e la* compensatio lucri cum damno: *un altro tassello nella costruzione del sistema della responsabilità civile e delle sue funzioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1492 ss.

[23] Secondo E. BELLISARIO, Compensatio lucri cum damno: *punti fermi e persistenti questioni aperte*, in *Danno resp.*, 2019, 734 ss., invero, il problema dell'alleggerimento della responsabilità del danneggiante, che conseguirebbe all'operatività della *compensatio* a fronte di un vantaggio erogato dal terzo con funzione sostanzialmente risarcitoria, per non essere questo associato ad uno specifico meccanismo recuperatorio, può trovare diversa soluzione: si potrebbe infatti prospettare il ricorso a due rimedi di ordine generale alter-

Decisiva appare allora l'osservazione della S.C. secondo la quale «stabilire quando accompagnare la scelta del beneficio con l'introduzione di tale meccanismo di surrogazione o di rivalsa (…) è una scelta che spetta al legislatore». Se, infatti, il legislatore decide di non prevederlo, significa che ha inteso tenere separati i due rapporti obbligatori e rendere così il risarcimento insensibile alla prestazione erogata dal terzo, per quanto essa, per scopo o risultato, concorra a ristorare lo stesso pregiudizio "coperto" dal risarcimento.

In base a questa lettura [24], allora, l'ultracompensazione sarebbe frutto sì di una scelta

---

nativi, l'arricchimento senza causa (avendo già chiarito la giurisprudenza che il principio che esclude l'esperibilità dell'azione nelle ipotesi di arricchimento indiretto, quale quello che originerebbe in capo al danneggiante per effetto della *compensatio*, ammette alcune eccezioni) e la surrogazione legale che valorizzi un'interpretazione estensiva dell'art. 1203, n. 3) cod. civ.

[24] Si è osservato che questo modo di ragionare lascia aperto il problema "funzionale" nell'ipotesi in cui la surroga, pur legislativamente prevista, non sia concretamente esercitata: in questo caso, infatti, lo scomputo opera e il danneggiante si avvantaggia definitivamente del risparmio così ottenuto (cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *ult. op. cit.*, 1498, che ipotizza l'opportunità dell'introduzione, da parte del legislatore, di uno strumento volto a prelevare, a beneficio dell'Erario, l'arricchimento del responsabile, sulla scorta del modello dell'*amende civile* proposta nel progetto di riforma del *code civil* francese). Sin dai primi commenti (ad es., R. PARDOLESI-P. SANTORO, *Sul nuovo corso della* compensatio, in *Danno resp.*, 2018, 427 ss.) si è posta poi la questione dell'impatto delle pronunce delle Sezioni Unite sulla prassi delle compagnie assicurative di prevedere, specie nelle polizze infortuni, clausole di rinuncia alla surroga a vantaggio del danneggiato assicurato, al fine di consentirgli di cumulare indennizzo e risarcimento. Di fronte al silenzio dei giudici sul punto, si sono prospettate, in dottrina, soluzioni eterogenee. Se si accoglie l'idea della centralità della surroga quale strumento «di interesse generale volto a garantire i corretti i disincentivi dell'attività illecita» e, ad un tempo, «il principio indennitario viene inteso in senso rigoroso», si può opinare nel senso dell'inderogabilità dell'art. 1916 cod. civ., con la conseguenza di un sicuro impatto delle pronunce in esame sull'autonomia privata (G. VILLA, *Brevi annotazioni al confine tra* compensatio *e autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 1502). Argomentando dall'idea che lo scomputo non possa tradursi in una mitigazione della posizione del responsabile, si è diversamente sostenuto che «in presenza di una pattuizione rivolta escludere la surroga, il cumulo tra indennizzo e risarcimento debba essere comunque garantito, posto che viene a mancare in radice lo snodo essenziale a garantire l'applicazione del meccanismo della *compensatio*» (P. ZIVIZ, *Il rapporto tra indennità da polizza infortuni e risarcimento del danno non patrimoniale alla persona*, in A. VENCHIARUTTI [a cura di], *La* compensatio lucri cum damno*. Orientamenti italiani e europei a confronto*, Pisa, 2020, 66 s.). Se invece si ritiene che la prassi in esame non abbia alcuna incidenza sull'operatività della *compensatio*, giudicandosi sufficiente in proposito la mera previsione legislativa della surroga, le clausole in questione, pur valide, risulterebbero comunque inutili per il danneggiato, il quale non potrebbe comunque beneficiare del cumulo (E. BELLISARIO, *op. cit.*, 443). Da altro punto di vista, tenuto conto delle peculiarità, sotto il profilo causale, delle polizze infortuni (contratti che storicamente oscillano tra l'assicurazione contro i danni e l'assicurazione sulla vita: v., per alcune indicazioni, L. LOCATELLI, *La polizza contro gli infortuni non mortali: un contratto a causa variabile?*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 335 ss.; F. SARTORI, *Appunti sulle assicurazioni infortuni: funzione indennitaria e vantaggi compensativi*, ivi, 813 ss.), ci si è chiesti se la rinuncia alla surroga non incida piuttosto sulla causa contrattuale, attraendo il negozio in questione «dal ramo danni (…) ad una forma intermedia nella quale non è escluso l'aspetto previdenziale», con la conseguenza che «la disciplina applicabile si debba discostare da quelle regole del principio indennitario che si rendono incompatibili» (così M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 13 s.; cfr. an-

"politica" – favorire il danneggiato anziché il danneggiante – ma il responsabile di questa scelta sarebbe pur sempre il legislatore, con ciò potendosi ritenere sostanzialmente soddisfatto il presupposto della "intermediazione legislativa" [25].

**3.** – L'arresto sui danni punitivi è stato richiamato anche nell'ambito del dibattito sull'ammissibilità del danno *in re ipsa* e, nello specifico, in una delle principali ipotesi in cui tale costrutto ha trovato terreno fertile: la lesione di un diritto di godimento su un bene immobile che consista nella privazione per il titolare della disponibilità di tale bene (si tratta, frequentemente, di casi di occupazione *sine titulo*) [26].

---

che L. LA BATTAGLIA, *La* compensatio lucri cum damno *al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2020, II, 341 s.). In proposito, però, la tesi di Cass. 11 giugno 2014, n. 13233 – sulla quale cui, per alcune osservazioni critiche, M. HAZAN, *Risarcimento e indennizzo (nelle polizze infortuni): cumulo o scorporo?*, in *Danno resp.*, 2014, 917) –, secondo cui l'assicurazione contro gli infortuni non mortali, in quanto assicurazione contro i danni, soggiace inderogabilmente al principio indennitario (principio di ordine pubblico), e il danneggiato non può beneficiare della rinuncia alla surroga (che dunque «giova solo al responsabile civile»), è stata ribadita da Cass. ord. 27 maggio 2019, n. 14358, che ha confermato l'operatività della regola dello scomputo.

[25] Secondo G. MATTARELLA, Compensatio lucri cum damno *e tipicità dei danni punitivi: una prospettiva critica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 591, il criterio della previsione di un meccanismo di surroga o simile finirebbe per introdurre surrettiziamente danni punitivi atipici, in contrasto con le affermazioni delle Sezioni Unite del 2017. Opererebbe, infatti, «una sorta di tipicità alla rovescia», perché solo nelle ipotesi predeterminate in cui operi detto meccanismo verrebbe rispettato il principio di indifferenza; negli altri casi, il risarcimento assumerebbe contorni punitivi, eccedendo la pura compensazione. Invero, a fronte di una indiscutibile ultracompensazione, nelle ipotesi in esame, il passaggio normativo "indiretto", illustrato nel testo, sembra sufficiente: se, nel complesso, il danneggiato ottiene più di quanto basta a porre rimedio al pregiudizio subito, ciò non dipende da un modo di quantificare il danno che, in deroga ai principi generali, si ispiri a determinati fini (come la deterrenza o la punizione) ulteriori alla compensazione, quanto piuttosto dalla scelta del legislatore di non mettere in diretta correlazione il risarcimento del danno con la prestazione indennitaria, che rimane dal primo autonoma. In nessun caso, infatti, l'arricchimento del danneggiato comporta, in capo al danneggiante, un obbligo risarcitorio più gravoso del pregiudizio causato: l'esborso a cui quest'ultimo è tenuto non è infatti maggiore di quello che avrebbe avuto luogo qualora il terzo avesse avuto a disposizione (e sfruttato) la possibilità di recuperare l'emolumento e avesse quindi operato la regola dello scomputo. In definitiva, l'ultracompensazione del danneggiato è il portato di una comparazione di interessi che, sia pure porti in concreto a favorire quest'ultimo a scapito del danneggiante (di cui si vuole evitare un ingiustificato alleggerimento di responsabilità), non è animata da una finalità punitiva (la quale invece richiederebbe una intermediazione legislativa "diretta"): cfr. E VINCENTI, *Le Sezioni Unite civili sulla* compensatio lucri cum damno*: le quattro sentenze del 22 maggio 2018*, in A. VENCHIARUTTI (a cura di), *La* compensatio lucri cum damno, cit., 11.

[26] Sono numerosi gli ambiti del danno patrimoniale e non patrimoniale in cui si è richiamata la figura del danno *in re ipsa*: a titolo esemplificativo, sul primo versante, il c.d. danno da fermo tecnico (per la tesi negativa, v. Cass. ord. 22 settembre 2017, n. 22201) e il danno conseguente alla violazione di un diritto di proprietà intellettuale (*contra*, v. Cass., 19 dicembre 2008, n. 29774); sul secondo versante, il danno alla

Secondo la tesi favorevole, ben rappresentata nella giurisprudenza di legittimità, poiché il bene immobile è di "natura normalmente fruttifera", una perdita patrimoniale è senz'altro intrinseca alla descritta lesione [27]. Il concetto di intrinsecità è inteso non tanto nel senso di sufficienza del danno-evento (lesione dell'interesse protetto) a fondare l'obbligo risarcitorio, quanto piuttosto col significato di "normalità" e automaticità della conseguenza risarcibile, che, quindi, pur rimanendo formalmente elemento costitutivo dell'obbligazione risarcitoria, si sottrae alla necessità di uno specifico accertamento. In merito alla quantificazione, in assenza di elementi diversi, il giudice può dirigere la valutazione equitativa alla luce del parametro del danno figurativo, agganciando cioè il risarcimento al valore locativo dell'immobile nel tempo considerato. La struttura del fatto-fonte dell'obbligazione risarcitoria è lasciata, almeno in apparenza, immutata: la valutazione delle caratteristiche del bene consente di ritenere sussistente il pregiudizio anche in assenza di una specifica dimostrazione da parte del danneggiato.

La tesi negativa, parimenti sostenuta dalla Corte di Cassazione, muove dall'osservazione che il modo di ragionare appena descritto finisce per "normalizzare" un vero e proprio stravolgimento degli oneri probatori delle parti: toccherebbe al danneggiante fornire la prova dell'insussistenza del danno lamentato dal danneggiato, circostanza che assumerebbe i contorni dell'eccezionalità [28]. Ne deriva che la teoria del danno *in re ipsa*, per quanto non sovrapponga concettualmente il pregiudizio con l'evento dannoso, accorda pur sempre un risarcimento in assenza dell'accertamento, a monte, della ricorrenza di un danno-conseguenza: la distanza tra questa teoria e quella, inammissibile, della risarcibilità del mero danno-evento è dunque più apparente che reale [29]. Anche nel caso di privazione della disponibilità del bene, allora, il titolare del diritto leso deve allegare e dimostrare i pregiudizi che ne sono conseguenza e di cui domanda il risarcimento. Potrà senz'altro avvalersi, allo scopo, di presunzioni semplici, le quali, ai sensi dell'art. 2729

---

reputazione e all'immagine derivante da ingiusto protesto (in senso negativo, v. Cass. ord. 24 settembre 2013, n. 21865).

[27] Cfr., *ex multis*, Cass. 10 febbraio 2011, n. 3223; Cass. 15 ottobre 2015, n. 20823; Cass. ord. 28 agosto 2018, n. 21239.

[28] V. già Cass. 11 gennaio 2005, n. 378 e Cass. 17 giugno 2013, n. 15111, richiamate da Cass. 25 maggio 2018, n. 13071 e Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233.

[29] In relazione al danno non patrimoniale, ma con un ragionamento di carattere generale poiché inerente alla struttura dell'illecito come fonte dell'obbligazione risarcitoria, Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, dopo avere affermato che «va disattesa la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso, parlando di danno-evento», poiché un risarcimento è dovuto solo in corrispondenza di una conseguenza risarcibile, subito estendono tale esito anche alla ricostruzione secondo cui il danno potrebbe dirsi *in re ipsa*, considerata una «variante» della prima tesi.

cod. civ., potranno essere valorizzate dal giudice solo se «gravi, precise e concordanti».

Diverse recenti pronunce hanno peraltro ritenuto che, tra queste posizioni, il contrasto sia solo apparente: anche l'espressione "danno *in re ipsa*", infatti, intenderebbe descrivere, sia pure sinteticamente, un ragionamento di tipo presuntivo, che inferisce l'elemento ignoto (il danno) da quello noto (caratteristiche del bene, normalmente fruttifero) [30].

In senso contrario, si è osservato [31] che, nella misura in cui questa "presunzione" sia assolutizzata e operi a prescindere dalla allegazione di circostanze concrete della specifica vicenda che suggeriscano l'effettiva ricorrenza di un pregiudizio economico, essa non può essere condivisa, se non altro perché si fonda su una massima di esperienza controvertibile (e, cioè, che tutti gli immobili vengano sfruttati da chi vanti sugli stessi un diritto che lo consenta): del resto, lo stesso ordinamento, contemplando l'istituto dell'usucapione, ha preso atto dell'eventualità che il titolare del diritto reale sul bene non ne tragga frutto per sua scelta. Così operando, insomma, la teoria del danno *in re ipsa* mascherebbe una vera e propria presunzione relativa (di origine, però, non legale) e la conseguente inversione dell'onere della prova, con un ragionamento probatorio basato su presunzioni semplici [32]. Perché il danno (conseguenza) possa dirsi effettivamente dimostrato sulla base di presunzioni, occorre però anzitutto che il danneggiato lo alleghi (deducendo, ad esempio, di avere avuto l'intenzione di locare l'immobile in questione o di venderlo) e, in secondo luogo, che le circostanze addotte in relazione alla specifica fattispecie concreta facciano desumere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, l'effettiva sussistenza del pregiudizio in concreto. Solo una volta dimostrata l'esistenza del danno il giudice potrà fare ricorso alla valutazione equitativa secondo i noti principi, se del caso parametrando il risarcimento ai canoni che il titolare avrebbe potuto percepire se avesse concesso in locazione il suo immobile.

In ultima analisi, l'esito a cui giunge la teoria del danno *in re ipsa* consiste in un risarcimento che, prescindendo dall'accertamento effettivo del danno, trascende la tradi-

---

[30] V., in particolare, Cass. 27 giugno 2016, n. 13224; Cass. 9 agosto 2016, n. 16670; Cass. ord. 23 novembre 2018, n. 30472.

[31] V. Cass. 25 maggio 2018, n. 13071; Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233.

[32] Ipotesi diversa dal danno *in re ipsa* è quella in cui l'evento dannoso e la conseguenza risarcibile, pur rimanendo concettualmente distinti, di fatto si sovrappongono: v. ancora Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233: «in taluni casi, specie di danno emergente (es. la riduzione del valore di mercato del bene leso), la "vicinanza" causale del danno all'evento dannoso è tale da potersi ricavare la prova del primo dalla stessa dimostrazione del secondo». La S.C. trae esempio dalla vicenda esaminata da Cass. ord. 26 settembre 2018, n. 22824: l'inquinamento della falda acquifera derivante dallo sversamento di carburanti integra, ad un tempo, l'evento dannoso (lesione del diritto protetto) e conseguenza risarcibile, consistente nella effettiva perdita di valore del bene compromesso.

zionale dimensione compensativa. Tale esito è criticato dalle più recenti pronunce non tanto in assoluto, quanto in ragione dell'assenza di una previsione legislativa che lo giustifichi. Infatti, risarcire un danno senza avere previamente accertato la sua esistenza imprimerebbe una deriva punitiva alla sanzione che, in accordo con quanto affermato nella sent. n. 16601/2017, si giustifica solo in presenza di una "intermediazione legislativa" [33].

Così impostato, il ragionamento sul danno *in re ipsa*, pur essendo condotto con riguardo alle specifiche ipotesi di privazione della disponibilità di un immobile, si candida a trovare applicazione anche al di fuori di esse, e, dunque, con riferimento (almeno) a tutte le fattispecie di danno patrimoniale [34].

Questa argomentazione appare senz'altro condivisibile, sia pure con la precisazione che non necessariamente l'ultracompensazione ha lo scopo della "punizione". Al netto della questione se possano definirsi tali i "risarcimenti" punitivi, possono essere altre le ragioni che spingono il legislatore a modulare la prestazione in base parametri diversi dal danno effettivo (ad esempio, la radicata e generalizzata incertezza del danno in una determinata fattispecie o l'esigenza di evitare contenziosi per danni di entità modesta ma ad alta frequenza) [35]. In assenza di una chiara indicazione normativa, spetta all'interprete comprendere se dietro quella prestazione si celi un vero e proprio risarcimento (sia pure

---

[33] Richiamano espressamente le affermazioni della sent. n. 16601/2017 le già citate Cass. 25 maggio 2018, n. 13071 e Cass. ord. 4 dicembre 2018, n. 31233.

[34] In generale, l'inammissibilità del danno *in re ipsa* è affermazione ricorrente anche con riguardo al danno non patrimoniale, seppure alcune fattispecie siano connotate da maggiori incertezze. In tema di consenso informato alla prestazione sanitaria, la massima che nega la risarcibilità del danno *in re ipsa* è stata di recente ribadita da Cass. 11 novembre 2019, n. 28985, che ha spiegato come non possa sorgere un obbligo risarcitorio dalla sola violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, essendo a tale fine necessario appurare la ricorrenza di un pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale correlato a tale violazione; in precedenza, era stato però altresì sostenuto che, dimostrata la lesione del diritto all'autodeterminazione, le conseguenze pregiudizievoli consistenti nella sofferenza psichica e nella contrazione della libertà di scelta non abbisognerebbero di specifica prova, rappresentando un esito statisticamente normale, secondo l'*id quod plerumque accidit* (Cass. ord. 15 maggio 2018, n. 11749; cfr. poi, in relazione all'ipotesi dell'errore diagnostico che ha impedito al paziente di avvedersi della sua condizione di malato terminale, Cass. ord. 23 marzo 2018, n. 7260, in *Giur. it.*, 2019, 287, con nota di C. IRTI, *Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione: danno* in re ipsa*?*). Secondo G. LONGO, *Il danno derivante dalla mancata disponibilità dell'immobile nella più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Danno resp.*, 2019, 398 ss., l'automatismo risarcitorio potrebbe in questo caso trovare giustificazione nell'applicazione da parte del giudice di una massima di esperienza (*ex* art. 115, comma 2, cod. proc. civ.), giustificazione, questa, non ripetibile nelle ipotesi di occupazione *sine titulo* di un bene immobile.

[35] Sulle diverse modalità con le quali il legislatore può intervenire nella quantificazione del danno determinando uno scollamento più o meno pronunciato del risarcimento dal pregiudizio effettivo, v. ampiamente A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 411ss.

quantificato in modo peculiare)[36] o una sanzione la cui natura "risarcitoria", per le differenti finalità che persegue, può essere fondatamente revocata in dubbio[37].

**4.** – Gli esempi appena esaminati confermano l'impressione che, per quanto la sentenza sui "danni punitivi" non abbia un contenuto propriamente innovativo, nondimeno la sua influenza sull'evoluzione della responsabilità civile interna non affatto può dirsi nulla.

Nei due casi citati, detta influenza è anzi immediatamente percepibile grazie al richiamo diretto a questa sentenza e ai principi in essa affermati. Per un verso, la «poliedricità delle funzioni» dell'illecito aquiliano ha reso decisiva, nel caso di benefici erogati da un terzo, la previsione di un meccanismo di recupero perché operi la *compensatio lucri cum damno*; per altro verso, la necessaria «intermediazione legislativa» affinché il risarcimento superi la soglia dell'integrale riparazione ha fornito un ulteriore argomento forte alla tesi che nega, sul piano generale, l'ammissibilità della teoria del danno *in re ipsa*.

L'effetto della riaffermata polifunzionalità della responsabilità civile pare tuttavia assumere portata più generale, nella misura in cui ha reso più salda la consapevolezza della complessità del ruolo che questo istituto svolge nell'ordinamento.

Così, pur non essendo richiamata espressamente la sent. n. 16601/2017, si è avvertito l'intento di sanzionare la riprovevolezza della condotta e di imprimere un effetto deterrente al risarcimento[38] nelle parole di una recente pronuncia[39], la quale, in una ipotesi di

---

[36] Un esempio può essere rinvenuto nell'art. 1518 cod. civ., che, nell'ipotesi ivi contemplata, presumendo *iuris et de iure* la ricorrenza di un danno, quantifica il tetto minimo del risarcimento nella misura della «differenza tra il prezzo convenuto e quello corrente nel luogo e nel giorno in cui si doveva fare la consegna»: v. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1962, 989 ss.; secondo C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, II, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1993, 1097-1098, invece, la norma si limiterebbe a riconoscere al danneggiato una agevolazione probatoria, traducentesi, in sostanza, in una presunzione vincibile con la prova contraria del danneggiante.

[37] Ad es. l'orientamento dominante legge nella condanna *ex* art. 96, comma 3, cod. proc. civ. una sanzione diversa dal risarcimento del danno: v. T. DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 60 ss.; C. DE MENECH, *op. cit.*, 146 ss. e, in giurisprudenza, ad es., Cass., sez. un., 20 aprile 2018, n. 9912. Corte Cost. 6 giugno 2019, n. 139 ha in proposito rinvenuto «la natura sanzionatoria dell'abuso del processo, commesso dalla parte soccombente, non disgiunta da una funzione indennitaria a favore della parte vittoriosa».

[38] E. QUARTA, *op. cit.*, 91 ss.

[39] Cass. ord. 12 aprile 2018, n. 9059.

diffamazione di un insegnante ad opera di un genitore, ha invitato il giudice del rinvio a modulare la valutazione equitativa del danno conseguente tenendo conto del «preoccupante clima di intolleranza e di violenza, non soltanto verbale, nel quale vivono oggi coloro cui è demandato il compito educativo delle giovani e giovanissime generazioni».

Invero, l'elemento di novità che permette di accostare questa sentenza alla prospettiva polifunzionale della responsabilità civile non consiste in una supposta apertura ad arbitrari incrementi risarcitori in chiave punitiva – i quali non sembrano affatto autorizzati, poiché i giudici, più semplicemente, invitano ad una più attenta valutazione degli effetti dell'illecito sulla sfera psicologica del danneggiato – ma nella valorizzazione del contesto nel quale il fatto dannoso è stato realizzato e della capacità dell'istituto di muoversi in esso, offrendo soluzioni, che pur risultando rispettose delle regole giuridiche, risultino adeguate alle esigenze di giustizia sostanziale.

Il peso di queste valutazioni è di immediata percezione se si pensa che esse sono state poste alla base di una dirompente decisione, con la quale la Suprema Corte, discostandosi da un orientamento che sembrava ormai consolidato [40], ha fatto applicazione dell'art. 1227, comma 1, cod. civ. in un'ipotesi di provocazione del danneggiato [41].

A questo risultato la Cassazione non giunge in esito ad una revisione critica della tesi maggioritaria sul tema [42]: il ragionamento è invece incardinato sul piano delle regole causali a fondamento del concorso colposo, che divengono "permeabili" alle «istanze di giustizia sostanziale» emergenti dalla valutazione del contesto situazionale in cui si è verificato il fatto [43]. Nella specie, un adolescente vittima di reiterato bullismo aveva reagito, provocando lesioni al suo oppressore: ad avviso della Corte, la «risposta giuridica» rappresentata dalla sanzione risarcitoria a carico del danneggiante non può rimanere insensibile alla ripetuta umiliazione a cui lo stesso – peraltro di giovane età e dunque dalla

---

[40] V., da ultima, Cass. 23 marzo 2016, n. 5679.

[41] Cass. ord. 10 settembre 2019, n. 22541, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 342, con commento di V. CAREDDA, *Provocazione e reazione nel giudizio di responsabilità*.

[42] Critico per questa ragione è A. VERCELLONE, *Concorso di colpa del danneggiato in caso di provocazione? Bullismo e "risarcimenti attenuati dalla condotta"*, in *Danno resp.*, 2020, 187 ss.

[43] Rileva la centralità del discorso funzionale in questa pronuncia (con presa, nella specie, sulle valutazioni in punto di causalità), G. PONZANELLI, *Educazione e responsabilità civile: il caso del bullismo*, in *Danno resp.*, 2019, 762 s. Secondo A. VERCELLONE, *op. cit.*, 191, «ci si trova di fronte ad un caso nel quale il giudizio risarcitorio si apre a considerazioni relative al disvalore del fatto commesso dal danneggiante». Non necessariamente ciò significa che alla base della decisione della Cassazione vi siano considerazioni immediatamente legate alla funzione deterrente o sanzionatoria della responsabilità civile: cfr. l'analisi di C. MURGO, *Frammenti sul bullismo, tra doveri educativi e compensazioni risarcitorie*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 514 ss.

personalità non ancora pienamente formata – era stato ripetutamente sottoposto ed all'assenza di ogni misura di supporto psicologico a suo sostegno.

Al di là della loro condivisibilità, anche le pronunce da ultimo richiamate dimostrano la centralità della prospettiva funzionale nella soluzione di questioni aperte in tema di responsabilità civile: tale prospettiva non funge però da grimaldello per scardinare le regole che presidiano l'istituto e in particolare la determinazione del danno risarcibile, ma si inserisce piuttosto in un ragionamento meditato che può portare a suggerirne una diversa interpretazione, incidendo così di riflesso sulla definizione del *quantum debeatur*. In definitiva, il modo di procedere di dette pronunce non sembra in alcun modo forzare i limiti posti dalle Sezioni Unite del 2017: le istanze funzionali che suggeriscono determinate modulazioni del risarcimento, infatti, hanno trovato qui accoglimento non perché ritenute rilevanti *ex se*, ma poiché giudicate rispondenti all'interpretazione (pur sempre rigorosa) che si è offerta di norme generali che regolano la quantificazione del risarcimento, nel rispetto del principio del danno effettivo di cui tali norme sono espressione [44]. Rimane invece impregiudicato che uno scostamento dai confini normativi tracciati da tale principio – sia pure giustificabile alla luce di una determinata esigenza funzionale – è ammissibile solo nei casi in cui la legge lo preveda.

[44] Come si è già evidenziato, nel caso trattato da Cass. ord. 12 aprile 2018, n. 9059, cit., l'invito della S.C. a tenere in considerazione il «clima di intolleranza e di violenza» che si trovano a vivere gli insegnanti nella quantificazione del risarcimento non poggia immediatamente sull'istanza deterrente, quanto piuttosto sulla necessità che, nella corretta esplicazione della valutazione equitativa giudiziale, vengano apprezzate pienamente le conseguenze negative nella sfera del danneggiato. In modo ancora più evidente, nella vicenda decisa da Cass. ord. 10 settembre 2019, n. 22541, cit., la riduzione del risarcimento non è frutto di una valutazione di minore gravità della condotta del minore, ma è l'esito di un procedimento interpretativo che giunge a ritenere applicabile, al caso di specie, l'art. 1227 cod. civ. A proposito di quest'ultima soluzione, V. CAREDDA, *op. cit.*, 2020, I, 342, pur non facendo cenno alla polifunzionalità, conclude che la strada battuta dalla S.C. è «percorribile», e «favorisce non solo il conseguimento di risultati apprezzabili sul piano etico», ma «si muove nel rigoroso rispetto dell'ordinamento giuridico».

JUS CIVILE

*SOFIA LENER*

*Dottore in giurisprudenza*

# IL BILANCIAMENTO TRA DIRITTO ALL'OBLIO E DIRITTO DI CRONACA E LA SCANSIONE PER *FALLGRUPPEN*

SOMMARIO: *1. Il moderno diritto all'oblio. – 2. Gli orientamenti giurisprudenziali. – 3. Le sentenze. – 4. Conclusioni.*

**1.** – La Corte di Cassazione in due recenti decisioni – risalenti, la prima, a marzo e, la seconda, a maggio del 2020 – torna a pronunciarsi sul fondamentale e dibattuto tema del bilanciamento tra diritto all'oblio [1] e diritto di cronaca, in riferimento agli archivi storici *online* [2].

In realtà, queste ultime due ordinanze sono di poco successive ad una innovativa – sebbene non esente da critiche [3] – decisione della stessa Corte, che si è pronunciata sul

[1] L'espressione «diritto all'oblio» viene coniata dalla dottrina francese negli anni Sessanta: per una ricostruzione della nascita del diritto all'oblio nell'ordinamento statunitense e nell'ordinamento francese si veda PIERFELICI, in *Il diritto all'oblio. Atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997*, a cura di GABRIELLI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, 60 ss.

[2] Cass., 27 marzo 2020, n. 7559, in *Foro it.*, 2020, I, c. 1549 ss., con nota di PALMIERI, PARDOLESI, *Polarità estreme: oblio e archivi digitali*; Cass., 19 maggio 2020, n. 9147, in *Foro it.*, 2020, I, c. 2671 ss., con nota di PARDOLESI, *Oblio a regime?*.

[3] Innanzitutto, è stato rilevato che la linea che separa la cronaca dalla storiografia è labile e la Corte non indica alcun criterio discretivo che possa aiutare i giudici di merito in questa demarcazione. La seconda critica attiene al motivo che la Corte di Cassazione utilizza per giustificare l'anonimato storiografico, ossia il fatto che «l'interesse alla conoscenza di un fatto, che costituisce manifestazione del diritto ad informare e ad essere informati e che rappresenta la spinta ideale che muove ogni ricostruzione storica, non necessariamente implica la sussistenza di un analogo interesse alla conoscenza dell'identità della singola persona che quel fatto ha compiuto». La stessa motivazione varrebbe anche per l'esercizio del diritto di cronaca, visto che nella maggior parte dei casi conoscere l'identità di un soggetto è irrilevante: l'anonimato diventerebbe la regola. Infine, anche l'eccezione della notorietà del soggetto solleva dei dubbi: è giusto privare completamente del diritto alla riservatezza questi soggetti? Cfr., *ex multis*, PARDOLESI, *Oblio e anonimato storio-*

rapporto tra diritto all'oblio e diritto alla rievocazione storica nella sua composizione più autorevole, le Sezioni Unite [4], in attesa della quale entrambe le cause erano state rinviate a nuovo ruolo [5].

Nonostante la Corte abbia poi ritenuto la sentenza delle Sezioni Unite irrilevante nei casi in esame [6], è tuttavia evidente che il diritto all'oblio è sempre più spesso oggetto delle decisioni dei giudici di legittimità, non solo perché di esso mancano tuttora una disciplina completa ed una interpretazione uniforme, ma anche e soprattutto perché nella *Digital Age* i dati vengono diffusi spontaneamente e facilmente in rete dagli stessi soggetti cui questi si riferiscono e sono potenzialmente accessibili a chiunque.

Siamo ben lontani dai tempi in cui la Cassazione ha riconosciuto per la prima volta il diritto all'oblio nella sua definizione *tradizionale*, elaborata da dottrina e giurisprudenza a partire dal diritto alla riservatezza [7] e dal diritto all'identità personale [8], secondo la quale il diritto all'oblio è il diritto a non veder pubblicati nuovamente determinati fatti legittimamente resi noti, ma rispetto ai quali è trascorso un certo lasso di tempo [9].

L'avvento di internet [10], infatti, ha determinato la più grande rivoluzione delle informazioni: gli utenti non ricevono più le notizie in modo passivo, come avveniva con i *media* tradizionali, ma interagiscono con la macchina, ricercando direttamente ciò che interessa loro, e possono comunicare con altri utenti, contribuendo alla circolazione di dati [11]. Inoltre, le informazioni accessibili *online* sono decontestualizzate e appiattite, potendo fornire un'immagine distorta di una persona, e una volta pubblica-

---

*grafico: «usque tandem...»?*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 3082 ss.; MUSCILLO, *Oblio e divieto di lettera scarlatta,* in *Danno e responsabilità,* 5/2019, 614.

[4] Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Foro it.*, 2019, I, c. 3071 ss., con nota di PARDOLESI, *Oblio e anonimato storiografico: «usque tandem ...»?*.

[5] Cass., 27 marzo 2020, n. 7559, cit., § 3.1; Cass., 19 maggio 2020, n. 9147, cit., § 4.

[6] Cass., 27 marzo 2020, n. 7559, cit., § 5.7.3; Cass., 19 maggio 2020, n. 9147, cit., § 11.

[7] Cass., 25 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2895 ss.

[8] Cass., 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2211 ss.

[9] Cass., 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1834 ss.

[10] La storia di internet ha origine nel 1969 da un progetto denominato ARPANET (Rete della *Advanced Research Projects Agency*), ideato dal Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti d'America durante la «guerra fredda»: attraverso una rete telematica di quattro computer vengono scambiate informazioni di tipo scientifico tra ricercatori localizzati in diversi luoghi. In seguito, vengono connessi sempre più elaboratori nell'ARPANET e nascono altre reti per comunità chiuse di utenti. Internet è costituito dall'insieme di tutte queste reti, è la «rete delle reti».

[11] DI CIOMMO, *Diritti della personalità tra media tradizionali ed avvento di internet*, in *Persona e tutele giuridiche,* a cura di COMANDÈ, Giappichelli, Torino, 2003, 8-17.

te in rete vi permangono, senza che sia necessaria una loro ripubblicazione.

Se a ciò si aggiunge che internet, rispetto alla creazione degli elaboratori elettronici [12], ha determinato il passaggio da un'informatica «accentrata» ad una «distribuita», dando voce ad un numero sempre più ampio di persone [13] – oggi oltre 4 miliardi [14] –, non ci si può stupire se il diritto all'oblio ha assunto una caratterizzazione nuova e più moderna.

Più precisamente, in dottrina [15], prima, e in giurisprudenza [16], poi, si sono accolte due ulteriori definizioni: diritto all'oblio come diritto a contestualizzare l'informazione, affinché l'identità di un soggetto non ne sia alterata, e diritto all'oblio come diritto alla cancellazione dei dati personali su internet, introdotto dalla Direttiva 95/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 e interpretato dalla storica sentenza *Google Spain* [17].

La prima di queste definizioni viene riconosciuta in Italia con la sent. n. 5525/2012 della Corte di Cassazione, in relazione agli archivi di notizie su internet [18].

Va ricordato che, precedentemente, l'orientamento in materia era diverso. Lo testimonia il Garante della *privacy*, secondo il quale «non è consentito un intervento modificativo e/o integrativo del contenuto di un articolo che, nato come espressione di libera manifestazione del pensiero, ad oggi è legittimamente conservato, per finalità di documentazione, all'interno di un archivio che, benché informatizzato, svolge pur sempre la medesima funzione degli archivi cartacei» [19].

---

[12] L'elaboratore elettronico in senso moderno nasce nel 1833 come «calcolatore» – da qui «computer», macchina che computa – per opera di Charles Babbage, anche se il primo computer digitale completamente elettronico, l'«Atanasoff-Berry Computer», risale al 1943. I primi computer sono *uniporpose*, svolgono cioè una sola funzione, e sono macchine di grandi dimensioni con memoria limitata. Negli anni Settanta, invece, viene inventato il microprocessore e, conseguentemente, il *personal computer*, che diventa *multipurpose*: l'elaboratore elettronico si può acquistare a prezzi relativamente ridotti e si può utilizzare direttamente da casa con diverse finalità.

[13] MENSI, *La rete fra tecnologia e diritto*, ne *Il diritto del web*, MENSI, FALLETTA, ed. II, Cedam, Padova, 2018, 22.

[14] Si veda, tra gli altri, il sito *Internet Live Stats, https://www.internetlivestats.com*, consultato il 17 gennaio 2021.

[15] FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, a cura di Resta e Zeno-Zencovich, RomaTrE-Press, Roma, 2015, 30-35.

[16] Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, cit., § 8.

[17] Corte di giustizia UE, Grande sezione, 13 maggio 2014, C-131/12, *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=IT*, consultato il 17 gennaio 2021.

[18] Cass., 5 aprile 2012, n. 5525, in *Dir. inform.*, 2012, 452 ss.

[19] Garante Privacy, 29 settembre 2010, n. 1763552, *https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1763552*, consultato il 17 gennaio 2021.

La Corte di Cassazione, invece, abbandona l'orientamento del Garante e accoglie il ricorso di un politico, che, imputato di corruzione e, successivamente, assolto, chiede l'aggiornamento dei dati presenti in un articolo confluito nell'archivio *online* di un giornale, dal quale risulta la sola notizia dell'imputazione.

Infatti, la Corte riconosce in capo ai soggetti i cui dati personali siano memorizzati in un archivio il diritto all'oblio, definito come il diritto al «controllo a tutela della propria immagine sociale, che anche quando trattasi di notizia vera [...], può tradursi nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento» dei propri dati [20]. Obbliga quindi il titolare del sito a predisporre un sistema idoneo a segnalare gli sviluppi della vicenda in questione, in quanto «la notizia, originariamente completa e vera, diviene non aggiornata, risultando, quindi, parziale e non esatta, e pertanto sostanzialmente non vera» [21].

La sentenza postula, pertanto, l'obbligo di aggiornamento in capo al gestore del sito, a prescindere da una formale richiesta dell'interessato [22]. Si tratta di una soluzione estremamente innovativa, che tiene conto delle peculiarità di internet: il diritto all'oblio non può più far riferimento al tempo trascorso tra la prima e la seconda pubblicazione, dovendo bensì concernere la permanenza di uno stesso dato in rete. Il diritto all'oblio non è più «diritto a dimenticare», ma «diritto a contestualizzare» [23].

Un risultato analogo viene raggiunto poco dopo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) nel caso *Węgrzynowski* e *Smolczewski vs. Polonia* [24], a riprova della necessità – evidente anche a livello europeo – di evitare che a un individuo si associ un'immagine mendace, per il solo fatto che questa permane *online* senza soluzione di continuità [25], al tempo stesso tutelando il diritto all'informazione [26].

---

[20] Cass., 5 aprile 2012, n. 5525, cit., 461.

[21] Cass., 5 aprile 2012, n. 5525, cit., 458.

[22] DI CIOMMO-PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, in *Danno e Responsabilità,* 7/2012, 703-704.

[23] FINOCCHIARO, *Identità personale su Internet: il diritto alla contestualizzazione dell'informazione*, in *Dir. inform.*, 2012, 391-392.

[24] Corte EDU, Quarta sezione, 16 luglio 2013, 33846/07, *https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/2644195/CASE+OF+WEGRZYNOWSKI+AND+SMOLCZEWSKI+v.+POLAND.pdf/1f6eb4b0-bf73-443c-abb7-9ddf377054e2?version=1.0*, consultato il 17 gennaio 2021.

[25] Si noti che la vicenda in questione non riguarda il diritto all'oblio, in quanto a rilevare non è il trascorrere del tempo, ma la conservazione di dati illegittimi su internet. Cfr. NANNIPIERI, *La sopravvivenza online di articoli giornalistici dal contenuto diffamatorio: la pretesa alla conservazione dell'identità e la prigione della memoria nel cyberspazio. Osservazioni intorno a Corte CEDU, IV Sez., sentenza 16 luglio 2013 (Węgrzynowski e Smolczewski contro Polonia, Ric. N. 33846/2007), http://www.forumcostituzio*

La terza e ultima definizione di diritto all'oblio, invece, è frutto dell'opera interpretativa della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Google Spain*, che nasce da una richiesta di cancellazione di dati personali presenti nella versione elettronica di un giornale.

La Corte, dopo aver rilevato che le informazioni pubblicate su internet spesso sono riprodotte in altri siti e che gli editori di tali pagine *online* non sempre sono assoggettati alla normativa europea, stabilisce che l'unico modo per realizzare una tutela efficace delle persone interessate dai dati è interpretare gli artt. 12 e 14 della Direttiva 95/46 nel senso che, al verificarsi delle condizioni da questi previste, il gestore di un motore di ricerca è obbligato a rimuovere dall'elenco dei risultati i *link* verso pagine di terzi, anche quando i dati personali non siano rimossi da queste pagine o quando la loro pubblicazione sia di per sé lecita [27].

E tra le condizioni previste dagli artt. 12 e 14 della Direttiva, che disciplinano il diritto alla cancellazione, al blocco, al congelamento dei dati e all'opposizione al loro trattamento, vi è l'obbligo di conservare un dato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali è stato trattato [28], nonché l'obbligo di rispettare il diritto alla vita privata e alla vita familiare e il diritto alla protezione dei dati di carattere personale [29]: in questo modo viene definito il diritto all'oblio come «diritto alla deindicizzazione».

Si tratta di una decisione «rivoluzionaria» e molto discussa [30], ma che, invero, il Garante per la protezione dei dati personali aveva anticipato, affermando, sin dal 2004, che, venuto meno l'interesse pubblico alla conoscenza di un certo fatto, la sua archiviazione su internet è lecita se la notizia è rinvenibile solo consultando gli stessi siti che la hanno inizialmente pubblicata [31] e, quindi, se la pagina *web* che contiene i dati personali è tecnicamente sottratta alla diretta individuabilità tramite i più utilizzati motori di ricerca esterni [32].

---

*nale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_diritti_uomo/0030_nannipieri.pdf*, consultato il 17 gennaio 2021, 10-15.

[26] VIGEVANI, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano*, *https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/175231/249587/federalismi%20oblio.pdf*, consultato il 17 gennaio 2021, 4.

[27] Corte di giustizia UE, Grande sezione, 13 maggio 2014, C-131/12, cit., § 84-88.

[28] Art. 6, paragrafo 1, lett. da c) a e), Direttiva 95/46.

[29] Art. 7, lett. f), Direttiva 95/46 e artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[30] DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno e responsabilità,* 12/2014, 1107.

[31] DI CIOMMO-PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, cit., 711.

[32] *Ex multis,* Garante Privacy, 8 aprile 2009, n. 1617673, *https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1617673*, consultato il 17 gennaio 2021.

Tuttavia, la sentenza della Corte di giustizia segna un punto di svolta nella tutela del diritto all'oblio, che oggi può essere attuata direttamente da pagine *web* programmate *ad hoc*, mediante moduli di facile compilazione.

Sebbene il diritto all'oblio abbia in seguito trovato un esplicito riconoscimento nel Regolamento 2016/679 [33], rimangono molte questioni aperte, tra cui come bilanciare correttamente quest'ultimo e la libertà di espressione e di informazione [34], bilanciamento rimesso alla volontà degli Stati membri [35]. Mancando, però, una disciplina nazionale in tal senso, è compito della giurisprudenza contemperare, caso per caso, diritto all'oblio e diritto di cronaca.

**2.** – Prima di esaminare le due sentenze da cui si è partiti, è necessario dar brevemente conto degli orientamenti europei e nazionali espressi dalla giurisprudenza per risolvere il contrasto tra diritto all'oblio e diritto di cronaca.

Emblematico a tal fine è il caso *Fuchsmann vs. Germany*, deciso dalla Corte EDU, che trae origine dalla pubblicazione nel 2001 sul giornale «The New York Times» di un articolo riguardante un'indagine per corruzione nei confronti di un candidato a sindaco di New York. L'articolo, che ha anche una versione *online*, nomina Boris Fuchsmann, un imprenditore tedesco nel settore dei *media*, descrivendolo come «un contrabbandiere di oro e un truffatore, la cui società in Germania era parte di una rete internazionale del crimine organizzato», a cui era stato vietato l'ingresso negli Stati Uniti.

Nel novembre del 2013 il caso approda alla Corte EDU, per presunta violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), ossia del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

La Corte EDU, quindi, si occupa di verificare se la Corte tedesca, nei gradi precedenti di giudizio, abbia effettuato un corretto bilanciamento tra il diritto al rispetto della vita privata e la libertà di espressione e, a tal fine, si basa su cinque criteri consolidati nella sua giurisprudenza in materia, che garantiscono un ragionevole bilanciamento di opposti interessi: il contributo ad un dibattito di pubblico interesse; il ruolo sociale rivestito dall'interessato; il metodo impiegato per ottenere le informazioni e la loro veridicità; la

[33] Art. 17, Regolamento 2016/679.

[34] Il bilanciamento in questione è stato ritenuto di fondamentale importanza fin dalle prime riflessioni dottrinali in materia. Cfr., *ex multis,* GIACOBBE, in *Il diritto all'oblio*, a cura di GABRIELLI, cit., p. 40 ss.; CONSOLI, *ibid.,* 49 ss.

[35] Art. 85 e Considerando 153, Regolamento 2016/679.

condotta precedente della persona interessata; il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione.

Arriva così ad escludere la violazione dell'art. 8 della CEDU nel caso di specie [36].

Nonostante la mancata richiesta del ricorrente di deindicizzazione e la mancata considerazione del fattore temporale da parte della Corte, è evidente il grande peso assegnato da quest'ultima agli archivi *online*, considerati «un'importante fonte per l'educazione e la ricerca storica, soprattutto perché prontamente accessibili al pubblico e generalmente gratuiti» [37], quasi ad escludere l'esistenza del diritto all'oblio in questa fattispecie [38].

Anche la Corte di Cassazione prova ad individuare alcuni criteri per risolvere il problema del bilanciamento oblio-cronaca e lo fa in un caso riguardante la messa in onda nel 2005, nel corso della trasmissione «La vita in diretta», di un filmato risalente a cinque anni prima, che fa vedere il cantante Antonello Venditti che si sottrae a un tentativo di intervista.

Sulla base della giurisprudenza e della normativa nazionale ed europea, il giudice delle leggi stabilisce che il diritto all'oblio può subire una compressione, a favore dell'ugualmente fondamentale diritto di cronaca, solo in presenza di specifici e determinati presupposti: il contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; l'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali), da reputarsi mancante in caso di prevalenza di un interesse divulgativo o, peggio, meramente economico o commerciale del soggetto che diffonde la notizia o l'immagine; l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica e, segnatamente, nella realtà economica o politica del Paese; le modalità impiegate per ottenere e nel dare l'informazione, che deve essere veritiera (poiché attinta da fonti affidabili, e con un diligente lavoro di ricerca), diffusa con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico, e scevra da insinuazioni o considerazioni personali, sì da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione; la preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a di-

---

[36] Corte EDU, Quinta sezione, 19 ottobre 2017, n. 71233/13, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-177697"]}*, consultato il 17 gennaio 2021, § 9-55.

[37] Corte EDU, Quinta sezione, 19 ottobre 2017, n. 71233/13, cit., § 39.

[38] MAZZANTI, *Vecchio sospetto di reato e diritto all'oblio. A proposito di una recente sentenza della corte di Straburgo, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5980-vecchio-sospetto-di-reato-e-diritto-all-oblio-a-proposito-di-una-recente-sentenza-della-corte-di-st*, consultato il 17 gennaio 2021.

stanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al grande pubblico. Qualora manchino questi requisiti, prevale il diritto all'oblio [39].

Si noti che i criteri individuati dalla Cassazione per eseguire il bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca non prendono in considerazione la tipologia del mezzo impiegato per diffondere le informazioni – il quale, in realtà, determina delle conseguenze rilevanti nei confronti del soggetto interessato [40] – e, anche per questo motivo, hanno una portata molto ampia, determinando un effetto espansivo del diritto all'oblio [41].

Merita, infine, di essere esaminata la recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea *GC e altri c. Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), che si occupa del trattamento di categorie particolari di dati personali ad opera dei gestori di motori di ricerca.

La vicenda giudiziaria nasce perché quattro soggetti chiedono individualmente a Google di deindicizzare alcuni *link* che si trovano digitando i loro nomi sul motore di ricerca. I *link* in questione rimandano a foto o articoli riguardanti relazioni intime che questi intrattengono, la loro religione o indagini e condanne penali a loro carico. Google nega la deindicizzazione e, per questo, viene adita la CNIL, che archivia le denunce. I ricorrenti propongono quattro ricorsi davanti al Consiglio di Stato, che ne dispone la riunione e sospende il procedimento, ponendo alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali sulla corretta interpretazione degli articoli della Direttiva 95/46 – poi confluiti nel Regolamento 2016/679 – che vietano il trattamento dei dati personali «sensibili».

Innanzitutto, i giudici rilevano che il divieto stabilito da queste norme si applica a qualsiasi trattamento di dati particolari e a qualsiasi responsabile, compreso il gestore di un motore di ricerca: se allo stesso non si applicasse questa restrizione non si garantirebbe una tutela efficace dei soggetti interessati, determinando «un'ingerenza particolarmente grave nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali» [42].

---

[39] Cass., 20 marzo 2018, n. 6919, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1145 ss.

[40] MARTINELLI, *Il diritto all'oblio nel bilanciamento tra riservatezza e libertà di espressione: quali limiti per i personaggi dello spettacolo?*, in *Giurisprudenza italiana,* 5/2019, 1051.

[41] BONAVITA-PARDOLESI, *Diritto all'oblio e buio a mezzogiorno*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1151 ss.

[42] Corte di giustizia UE, Grande sezione, 24 settembre 2019, C-136/17, *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218106&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2766880*, consultato il 17 gennaio 2021, § 44.

La Corte, accogliendo la proposta dell'avvocato generale [43], dichiara che tale divieto si deve applicare al motore di ricerca a causa della sua attività di indicizzazione «e, quindi, per il tramite di una verifica da effettuare, sotto il controllo delle autorità nazionali competenti, sulla base di una richiesta presentata dalla persona interessata» [44].

Tuttavia, il divieto viene meno quando vi siano le condizioni previste dalla Direttiva e, oggi, dal Regolamento, tra le quali vi è il trattamento di dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse. In questo caso il gestore del motore di ricerca, quando riceva una richiesta di deindicizzazione, deve verificare se l'inserimento di un certo *link* nell'elenco dei risultati sia strettamente necessario per proteggere la libertà di informazione degli utenti di internet potenzialmente interessati ad avere accesso a tale notizia [45]. Pertanto, quando il bilanciamento si risolve a favore della libertà di espressione il gestore del motore di ricerca può rifiutarsi di accogliere una richiesta di deindicizzazione.

L'ultima questione pregiudiziale verte sulle informazioni relative a un procedimento giudiziario di cui è stata oggetto una persona fisica. In particolare, si chiede alla Corte se il gestore di un motore di ricerca sia tenuto ad accogliere una richiesta di deindicizzazione di *link* che rimandano a pagine *web* nelle quali compaiono tali informazioni, quando queste si riferiscono ad una fase precedente del procedimento giudiziario e non corrispondono più alla situazione attuale.

Oltre alle condizioni di liceità previste per il trattamento di dati sensibili tra cui questi rientrano, vi sono altri obblighi imposti dalla normativa comunitaria, tra cui il divieto di conservare i dati per un arco di tempo superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono stati raccolti o trattati, come affermato nel caso *Google Spain*.

In ogni caso, anche quando questa ipotesi si verifichi, il gestore di un motore di ricerca deve tenere in considerazione la libertà di informazione degli utenti di internet, bilanciandola con «tutte le circostanze del caso di specie, quali, in particolare, la natura e la gravità dell'infrazione di cui trattasi, lo svolgimento e l'esito di tale procedura, il tempo trascorso, il ruolo rivestito da tale persona nella vita pubblica e il suo comportamento in passato, l'interesse del pubblico al momento della richiesta, il contenuto e la forma della pubblicazione nonché le ripercussioni della pubblicazione per tale persona» [46].

---

[43] Conclusioni avvocato generale UE, 10 gennaio 2019, C-136/17, *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=209686&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2766880*, consultato il 17 gennaio 2021, § 48-56.

[44] Corte di giustizia UE, Grande sezione, 24 settembre 2019, C-136/17, cit., § 47.

[45] Corte di giustizia UE, Grande sezione, 24 settembre 2019, C-136/17, cit., § 68.

[46] Corte di giustizia UE, Grande sezione, 24 settembre 2019, C-136/17, cit., § 77.

Da ultimo, al termine del bilanciamento, se il gestore del motore di ricerca decide di non deindicizzare i *link* che rimandano ad informazioni non aggiornate relative ad un procedimento penale, «tale gestore è in ogni caso tenuto, al più tardi al momento della richiesta di deindicizzazione, a sistemare l'elenco dei risultati in modo tale che l'immagine globale che ne risulta per l'utente di internet rifletta la situazione giudiziaria attuale, il che necessita, in particolare, che compaiano per primi, nel suddetto elenco, i link verso pagine web contenenti informazioni a tal proposito»[47].

In confronto al caso *Google Spain*, che ha affermato per la prima volta l'esistenza del diritto alla deindicizzazione, i giudici di Lussemburgo hanno molto abbassato il livello di protezione dei dati personali[48]. Al tempo, infatti, si è parlato di un bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto all'informazione completamente a vantaggio della *privacy*. E ciò perché la Corte di giustizia ha ritenuto di regola prevalente il diritto alla deindicizzazione non solo rispetto all'interesse economico del titolare ma anche rispetto al diritto ad essere informati degli utenti di internet[49].

L'orientamento della Corte muta completamente: viene stabilito un obbligo di verifica in capo al motore di ricerca che tratta particolari categorie di dati solo dopo la ricezione di una richiesta in tal senso e si prevede che in caso di diniego di deindicizzazione di *link* che rimandano a procedimenti penali non aggiornati il gestore del motore di ricerca sia obbligato «a sistemare l'elenco dei risultati». Non è chiaro, però, se esista o meno un obbligo di contestualizzazione in capo al gestore.

Tuttavia, la Corte considera il bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e diritto all'informazione come l'ago della bilancia nel decidere di una richiesta di deindicizzazione di un determinato *link*: anche le questioni problematiche che si possono presentare nel caso concreto devono essere valutate dalle autorità competenti in base all'esito del bilanciamento in questione.

**3. –** Le due sentenze in esame, come già anticipato, si collocano nel contesto del bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca, quest'ultimo nella versione di trattamento della notizia per finalità storico-archivistica.

---

[47] Corte di giustizia UE, Grande sezione, 24 settembre 2019, C-136/17, cit., § 78.

[48] GLOBOCNIK, *The Right to Be Forgotten is Taking Shape: CJEU Judgments in GC and Others (C-136/17) and Google v CNIL (C-507/17)*, in *GRUR International*, 69(4), 2020, 380.

[49] Corte di giustizia UE, Grande sezione, 13 maggio 2014, C-131/12, cit., § 81.

La prima vicenda giudiziaria ha ad oggetto la pubblicazione nell'archivio *online* del «Corriere della Sera» di due articoli del 1994 intitolati «I miliardi dell'eredità P. Firme false e intrighi dietro la Dinasty di Bergamo» e «Eredità miliardaria. È guerra». M.F.P. propone ricorso al Garante della *privacy*, sostenendo che gli articoli in questione, facilmente reperibili tramite i comuni motori di ricerca, narrando la condanna in primo grado del defunto padre P.P., un importante imprenditore nel campo tipografico, e non riportando l'esito della vicenda, ossia il proscioglimento dell'imputato, ledono l'onore e la dignità del padre e di tutta la famiglia. Quindi, chiede la rimozione gli articoli dall'archivio e, subordinatamente, il loro aggiornamento, oltre alla deindicizzazione dei *link* che vi rimandano. Il Garante nel 2011 respinge il ricorso e M.F.P. impugna il provvedimento davanti al Tribunale di Milano.

Il Tribunale rileva che l'articolo «I miliardi dell'eredità P. Firme false e intrighi dietro la Dinasty di Bergamo» non risulta più indicizzato e che il secondo articolo è stato aggiornato dal «Corriere della Sera» con l'aggiunta dell'esito del procedimento. Pertanto, è cessata la materia del contendere. In ogni caso, il Tribunale sottolinea l'importanza degli archivi giornalistici: il diritto ad essere informati prevale di regola sul diritto del soggetto titolare del dato personale, a meno che da un tale trattamento derivi «una non emendabile compromissione della propria vita di relazione» [50].

Avverso questa sentenza M.F.P. propone ricorso in Cassazione per tre motivi, di cui, ai nostri fini, è rilevante il terzo, nel quale si legge che il Tribunale di Milano avrebbe violato il d.lgs. n. 196/03 (Codice della *privacy*) e la Direttiva 95/46, avendo ritenuto prevalente l'interesse della collettività alla conoscenza della notizia, pur in assenza di particolari esigenze che giustifichino la permanenza del dato in un archivio liberamente accessibile. Si noti, in ogni caso, che la Corte stessa antepone l'analisi del terzo motivo, ritenendolo di carattere preminente rispetto agli altri.

Innanzitutto, i giudici di legittimità ripercorrono le varie fasi dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa del diritto all'oblio, anche alla luce dei nuovi sviluppi determinati dall'avvento di internet.

Quindi delimitano il campo di indagine alla «necessità di stabilire se gli archivi storici *online* possiedano una sorta di primato, garantito dalla libertà di stampa e di informazione (art. 21 Cost.), alla conservazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato» [51], considerato che l'archiviazione *online* non ha una finalità di tipo giornalistico,

[50] Cass., 27 marzo 2020, n. 7559, cit., § 2.2.2.

[51] Cass., 27 marzo 2020, n. 7559, cit., § 5.7.3.

ma documentaristico e, rispetto agli archivi cartacei, è potenzialmente molto più lesiva per i titolari dei dati trattati.

La Corte rileva, poi, che effettuare una *reductio ad unum* del diritto all'oblio è un'operazione impossibile, dovendosi di volta in volta raccordare la sua tutela alla fattispecie concreta e, in particolare, al *medium* utilizzato per trattare i dati personali. A ciò aggiunge che la fattispecie sottoposta alla sua attenzione è equiparabile a quella oggetto della sent. n. 5525/2012, sul diritto alla contestualizzazione, che utilizza quindi come parametro decisionale.

Sulla base dei criteri espressi in quest'ultima sentenza, infatti, la Corte analizza il contenuto della sentenza del Tribunale di Milano. Dapprima, si afferma che nel bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto all'informazione, prevale quest'ultimo, *ex* art. 21 Cost., quando il dato è trattato correttamente e permane l'interesse alla sua conoscenza, «da valutarsi e da ritenersi sussistente in funzione non solo della perdurante attualità del dato di cronaca, ma anche in presenza del solo assolvimento del valore documentaristico conservativo proprio dell'archivio, sia pure integrato dagli aggiornamenti prescritti dalle autorità intervenute in tema» [52]. Si precisa, poi, che un ragionevole compromesso tra gli interessi contrapposti è rappresentato dalla deindicizzazione.

Da questi principi deduce che, avendo la società editrice spontaneamente provveduto alla deindicizzazione e all'aggiornamento dell'articolo, per il quale sussiste un interesse del mondo economico, ha attuato correttamente il bilanciamento in questione.

La Corte condivide le argomentazioni del Tribunale, ritenendole in linea con la giurisprudenza nazionale ed europea richiamata, e aggiungendo che il nuovo Regolamento 2016/679 prevede espressamente tra i limiti del diritto all'oblio il trattamento di dati per finalità di archiviazione nel pubblico interesse. Respinge, pertanto, il ricorso.

Il secondo caso in esame, come si è detto, tratta lo stesso argomento. S.A., amministratore unico di una società di rappresentanza di dispositivi medicali, presenta un ricorso nei confronti di Donlisander Communication, editore di un quotidiano, a causa della pubblicazione nel suo archivio *online* di un articolo, reperibile su Google, intitolato «Truffa Asl di Teramo per fornitura di protesi, patteggia 8 mesi», che riporta un fatto di cronaca giudiziaria per cui l'interessato nel 2015 aveva patteggiato la pena per una imputazione di frode in pubbliche forniture, sostituzione di persona e falso in atto pubblico commesso da privato.

Nel 2017 Il Tribunale di Pescara, ritenendo la notizia non più attuale in seguito al pat-

[52] Cass., 27 marzo 2020, n. 7559, cit., § 5.10.1.

teggiamento e riconoscendo il diritto all'oblio del titolare dei dati, accoglie la domanda e ordina la cancellazione dell'articolo dall'archivio su internet.

L'editore, quindi, propone ricorso in Cassazione per quattro motivi, relativi alla violazione e falsa applicazione del Codice della *privacy*, del Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, della Direttiva 95/46 e del Regolamento 2016/679: in particolare, ritiene erroneo il riferimento al diritto all'oblio, considerato che la notizia di cronaca risale a un anno e sei mesi prima della presentazione del ricorso, e, in ogni caso, reputa eccessivo e contrario al caso *Google Spain* il rimedio della cancellazione degli articoli.

La Corte, dopo aver ripercorso l'evoluzione del diritto all'oblio prendendo le mosse dal diritto alla riservatezza e passando per i cambiamenti determinati da internet, tratta congiuntamente i motivi di ricorso, individuando due questioni da analizzare: la liceità dell'archiviazione di notizie per finalità storiche e i rimedi a tutela dei soggetti interessati.

Quanto alla prima questione, rileva che l'attività di archiviazione *online* di notizie con finalità storica assume «un duplice rilievo costituzionale: a) in quanto strumentale alla ricerca storica ed espressione del correlato diritto (art. 33 Cost.); b) in quanto espressione del diritto di manifestare liberamente il pensiero (artt. 21 e 33 Cost.)» [53]: all'esito del bilanciamento tra interesse pubblico alla conoscenza e interesse del singolo ad essere dimenticato, si può ottenere l'integrazione del dato se questo non risponde a verità, ma non la cancellazione della notizia, poiché l'archivio, avendo una finalità documentaristica, è espressione del diritto all'informazione.

Quanto alla seconda questione, i giudici di legittimità innanzitutto sottolineano che la finalità di un archivio non muta nella sua versione *online*, tanto che eliminare un articolo su internet equivale a strappare la pagina di un vecchio giornale: «all'interno dell'archivio digitale, come in quello cartaceo, di una testata giornalistica, infatti, le notizie sono organizzate cronologicamente e con indicazione, per ciascuna, del proprio autore, restando, come tali, ricomprese in contesti non anonimi e contestualizzati» [54].

La Corte ritiene che tale interpretazione sia in linea con l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Google Spain* e nel caso riguardante il trattamento di categorie particolari di dati personali ad opera dei gestori di motori di ricerca. Aggiunge che nel caso in esame, tuttavia, non viene in rilievo l'attualizzazione della notizia, così come la sent. 5525/2012 sul diritto alla contestualizzazione, bensì il diritto alla deindicizzazione di cui al caso *Google Spain*.

---

[53] Cass., 19 maggio 2020, n. 9147, cit., § 11.1.

[54] Cass., 19 maggio 2020, n. 9147, cit., § 11.2.

Sulla base di queste considerazioni, enuncia il seguente principio di diritto: «In materia di diritto all'oblio là dove il suo titolare lamenti la presenza sul web di una informazione che lo riguardi – appartenente al passato e che egli voglia tenere per sé a tutela della sua identità e riservatezza – e la sua riemersione senza limiti di tempo all'esito della consultazione di un motore di ricerca avviata tramite la digitazione sulla relativa query del proprio nome e cognome, la tutela del menzionato diritto va posta in bilanciamento con l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto, espressione del diritto di manifestazione del pensiero e quindi di cronaca e di conservazione della notizia per finalità storico-sociale e documentaristica, e può trovare soddisfazione, fermo il carattere lecito della prima pubblicazione, nella deindicizzazione dell'articolo sui motori di ricerca generali, o in quelli predisposti dall'editore» [55].

Pertanto, cassa la sentenza, dichiarando che il Tribunale di Pescara non ha verificato se il tempo trascorso dalla data del patteggiamento al momento della pubblicazione *online* della notizia integri gli estremi del diritto all'oblio, che non ha provveduto al bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca e che non ha accertato i presupposti di applicabilità della deindicizzazione.

**4.** – Nonostante i dubbi che quest'ultima sentenza della Cassazione pone in relazione al tempo necessario per legittimare il diritto all'oblio, le due decisioni appena analizzate, considerate congiuntamente, forniscono un quadro unitario di una materia magmatica e tuttora in evoluzione.

Infatti, la seconda sentenza, ponendosi nel solco della prima, ribadisce che non esiste un unico rimedio a tutela del diritto all'oblio: si deve scomporre la materia in tipi diversi di casi, per ognuno dei quali vi è un differente schema di bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca da applicare alla fattispecie concreta. Come si è rilevato in dottrina, viene profilandosi una scansione per *Fallgruppen* [56].

Si possono così distinguere quattro casi e quattro corrispondenti schemi di bilanciamento.

Nell'ipotesi in cui vi sia una richiesta di *oblio* dei propri dati personali, rispetto ai quali non vi è un interesse pubblico e attuale alla conoscenza ma una semplice curiosità,

---

[55] Cass., 19 maggio 2020, n. 9147, cit., § 12.

[56] PARDOLESI, SCARPELLINO, *Sulle stratificazioni del diritto all'oblio: quando sì e come*, in *Diritto di internet,* 3/2020, p. 461; PARDOLESI, *Oblio a regime?*, in *Foro it.*, 2020, I, c. 2684 ss.

si ha tendenzialmente diritto alla deindicizzazione dei *link* che a questi rimandano, al fine di intaccare il meno possibile il diritto all'informazione.

Se, invece, la richiesta è in conflitto con un interesse pubblico a conoscere tali dati prevale il diritto all'informazione, a discapito del diritto al controllo dei dati personali.

Ancora, quando i dati personali sono inequivocabilmente falsi e lesivi dei diritti della personalità il soggetto interessato ha diritto alla loro cancellazione, anche se rimane preferibile una smentita, a tutela del fondamentale diritto all'informazione.

Infine, come avviene nelle due sentenze in esame, nel caso di una richiesta di *oblio* di una notizia contenuta in un archivio storico su internet prevale di regola il diritto all'informazione, potendosi ottenere non la cancellazione del dato, bensì la deindicizzazione dei *link* che rimandano all'articolo e, in determinati casi, il suo aggiornamento.

Si noti che, abbandonando l'orientamento espresso dai giudici di legittimità con la sent. n. 5525/2012, la Corte riconosce ora un regime di *notice and take down*, in base al quale gli editori delle pagine *online* sono tenuti all'aggiornamento dei dati personali, così come avviene per i gestori dei motori di ricerca per le richieste di deindicizzazione, solo a seguito di un'opportuna segnalazione da parte del soggetto interessato [57].

Partendo da tale modello, pertanto, i giudici dovranno sussumere la fattispecie sotto lo schema corrispondente per poi eseguire il bilanciamento dei vari interessi in gioco nel caso concreto.

[57] Cass., 27 marzo 2020, n. 7559, cit., § 5.9.1.

*ALBA CINQUE*

*Avvocato*

# GLI *SMART CONTRACT* NELL'AMBITO DEL *FINTECH* E DELL'*INSURTECH*

SOMMARIO: *1. La normativa nazionale ed europea in materia. – 2. I possibili sviluppi degli smart contract in ambito finanziario. – 3. I possibili sviluppi degli* smart contract *in ambito assicurativo. – 4. L'«impasse» tecnologico. – 5. Conclusioni.*

**1. –** L'avvento di nuove tecnologie, tra le quali è possibile annoverare i sistemi di *blockchain* e gli *smart contract*, ha determinato l'insorgenza di numerose questioni relative agli strumenti regolativi applicabili e all'esigenza di un'interpretazione delle norme vigenti adeguata alle diverse innovazioni tecnologiche.

Il sintagma "*smart contract*", coniato da Nick Szabo nel 1996 [1], allude ad un contratto che, tradotto in un programma informatico, esegue quanto in esso previsto secondo lo schema logico "*if this – then that*", suscettibile di contemplare una serie indefinita di variabili.

In particolare, l'accordo viene trasposto in un codice binario che esegue automaticamente la prestazione contrattualmente dedotta, senza necessità dell'ausilio umano. Il verificarsi di certe condizioni produce, come conseguenza immediata, diretta ed automatica, un particolare effetto [2]. Il sistema non opera una scelta, ma si limita a rispondere a un

[1] N. SZABO, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, consultabile sul sito: *http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html*, definisce gli *smart contract* come «a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises».

Deve precisarsi che il merito di aver collegato il linguaggio di programmazione degli *smart contract* alla blockchain va attribuito a Vitalik Buterin.

[2] Da ultimo, v. sul punto A.M. PINELLI, *Il contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 679, che sottolinea come attraverso questa «tecnologia si possa recuperare quella certezza e calcolabilità nella gestione dei rapporti, pretesa dal mercato, che il diritto non riesce più ad assicurare sufficientemente, marginalizzando il ruolo del giudice: l'adempimento del contratto è certo, l'interpretazione del testo non è più richiesta».

particolare impulso, conformemente a quanto accade nella tecnologia dei *bitcoin* [3].

L'automatismo e la rigidità, che contraddistinguono tale tecnologia, hanno suscitato numerosi dubbi interpretativi. Difatti, la dottrina si è interrogata sulla natura, contrattuale o non contrattuale [4], degli *smart contract* e sulla opportunità che le parti affidino interamente l'esecuzione delle prestazioni e la gestione dell'intero rapporto contrattuale a un algoritmo [5].

Il legislatore ha cercato di fornire una risposta a tali interrogativi, introducendo, all'art. 8-*ter* della l. 11 febbraio 2019, n. 12 [6], una definizione univoca di "*smart contract*",

---

[3] In materia di *bitcoin* e criptovalute merita di essere menzionata la recente pronuncia di Cass. 17 settembre 2020, n. 26807 (consultabile su: *https://www.dejure.it*), in cui si afferma che, se la compravendita della criptomoneta viene pubblicizzata dal venditore alla stregua di una proposta di investimento, tale negozio dovrà rispettare quanto disposto dagli artt. 91 ss. T.U.F., rendendosi necessaria la pubblicazione di un prospetto informativo sottoposto all'approvazione della Consob.

[4] Tra i fautori della natura non contrattuale degli *smart contract*: S.A. CERRATO, *Appunti su Smart Contract e diritto dei contratti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, I, 378 ss.; F. RAMPONE, *Smart contract: né smart, né contract*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 1 ss.; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 107 ss., secondo cui gli *smart contract* sono semplicemente strumenti per la negoziazione, conclusione e/o automatica applicazione di rapporti contrattuali o relazioni para-contrattuali. *Contra*, D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2017, 386 ss.; L. PAROLA-P. MERATI-G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, 683, secondo cui lo *smart contract* sarebbe un contratto digitale, autoeseguibile e irrevocabile; G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 443 ss., che opera una distinzione tra *smart contract* intesi come meri atti esecutivi di un contratto e *smart contract* aventi natura contrattuale; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e Smart Contratti (oltre le criptovalute)*, in *Contr. e impr.*, 2019, 941 ss., secondo cui sia le posizioni dottrinali che propendono per la natura contrattuale sia quelle che negano tale natura allo *smart contract* sono parziali e insufficienti. Sul punto, v. anche G. SALITO, voce *Smart contract*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, Agg., Torino, 2019, 393 ss., secondo cui occorre distinguere «il caso in cui il mezzo informatico sia funzionale unicamente alla trasmissione e alla successiva esecuzione dell'accordo contrattuale che si è perfezionato al di fuori di esso, secondo le modalità classiche, dal caso in cui l'accordo si formi direttamente attraverso il mezzo informatico, il quale provvede, altresì, alla sua trasmissione» (nella prima ipotesi, lo *smart contract* è, più che un contratto, un mezzo per la conclusione e gestione di accordi; nella seconda ipotesi, integra gli estremi di un contratto, se ne contiene gli elementi essenziali).

[5] D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, cit., 386 ss.; S. CAPACCIOLI, *Smart contract: nuovi orizzonti del Fintech*, in banca dati Pluris-cedam, 2016; M. MANENTE, *Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio*, in *Notariato*, 2016, 211 ss.; S. OMOHUNDRO, *Cryptocurrencies, smart contracts, and artificial intelligence*, in *AI Matters*, 1(2), 2014.

[6] Art. 8-*ter*, comma 2, l. 11 febbraio 2019, n. 12: «Si definisce "smart contract" un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

concepito come un programma per elaboratore operante su tecnologie basate su registri distribuiti, i c.d. DLT (*distributed ledger technology*) [7].

Tuttavia, la formula a cui ha fatto ricorso il legislatore presta il fianco a molteplici critiche, poiché risulta essere eccessivamente ampia e generica.

Innanzitutto, va sottolineata l'imprecisione lessicale di cui all'art. 8-*ter*, comma 1, l. n. 12/2019, nella parte in cui si fa ricorso all'espressione "tecnologie basate su registri distribuiti", come se fosse un sinonimo del termine "*blockchain*", che rappresenta, invece, solo un particolare modello di registro distribuito [8].

Inoltre, il legislatore italiano, diversamente da quello maltese [9], non ha operato alcuna differenziazione tra lo *smart contract* in senso informatico e il c.d. *smart legal contract*, locuzione con cui ci si riferisce ad accordi contrattuali, redatti e conclusi, parzialmente o totalmente, in forma digitale [10]. Una tale distinzione è, però, estremamente importante, poiché consente di distinguere meri programmi informatici, gli *smart contract* (*software* posti in collegamento con un sistema DLT che ricorre alla logica condizionale), dagli *smart legal contract*, veri e propri contratti automatizzati [11].

Altrettanto criticata è la seconda parte della disposizione, ove si stabilisce che uno *smart contract* soddisfa il requisito della forma scritta se le parti sono previamente iden-

---

[7] Per tutti v.: G. RINALDI, Smart contract: *meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, in AA.VV., *Diritto e Intelligenza Artificiale*, a cura di G. Alpa, Pacini, Pisa, 2020, 365 ss.

[8] Sul punto, occorre precisare che i registri distribuiti DLT sono il più vasto *genus*, di cui la *blockchain* non costituisce che una *species*. In argomento cfr. C. BOMPREZZI, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni,* che è possibile consultare sul sito: *https://www.dimt.it*.

[9] I testi normativi rilevanti in materia di DLT e *smart contract* nell'ordinamento maltese sono: il *Virtual Financial Assets Act*, il *Malta Digital Innovation Autorty Act* e l'*Innovative Technology Arrangements and Services Act.* In particolare, REPUBLIC OF MALTA, Act XXX of 2018, *An act to regulate the field of Initial Virtual Financial Asset Offerings and Virtual Financial Assets and to make provision for matters ancillary or incidental thereto or connected terewith*, definisce gli *smart contract* come: "*a form of technology arrangement consisting of (A) a computer protocol; or (B) an agreement concluded wholly or partly in an electronic form, which is automatable and enforceable by computer code, although some parts may require human input and control and which may be also enforceable by ordinary legal methods or by a mixture of both"*.

[10] G. FINOCCHIARO-C. BOMPREZZI, *A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts*, in *MediaLaws*, 2020, 2, 111 ss. evidenziano che solo gli *smart legal contracts* presentano natura contrattuale, mentre lo *smart contract* inteso in senso informatico deve essere considerato alla stregua di un programma informatico che, al verificarsi di certe condizioni, è capace di essere eseguito in modo automatico.

[11] A.U. JANSSEN-F. P.PATTI, *Demistificare gli* smart contracts, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2020, 31 ss.; H. DIEDRICH, *Ethereum: Blockchains, Digital Assets, Smart Contracts, Decentralized Autonomous Organizations*, Bristol, 2016, 3; G. RINALDI, Smart contract: *meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, cit., 365 ss.

tificate in via informatica, in ossequio alle disposizioni dell'AgID. Difatti, secondo una parte della dottrina [12], tale disposizione sarebbe priva di utilità, poiché lo *smart contract* è un documento informatico ai sensi dell'art. 3, punto 35 del Regolamento eIDAS [13], secondo cui qualsiasi contenuto conservato in forma elettronica deve considerarsi un documento elettronico. Tale disposizione deve essere letta congiuntamente all'art. 1, lett. p), d.lgs. n. 82/2005 (c.a.d.) [14], secondo cui ogni documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti, o dati giuridicamente rilevanti rientra nella categoria del documento informatico. Peraltro, l'art. 20, comma 1-*bis*, del c.a.d. [15] disciplina l'efficacia probatoria di un documento informatico, stabilendo che l'apposizione di una firma digitale o di altra firma elettronica, qualificata o avanzata, a un documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha la stessa efficacia dell'atto pubblico. Inoltre, si osserva che uno *smart contract* soddisfa altresì i requisiti richiesti dal D.P.C.M. del 22 febbraio 2013 [16] e dal D.P.C.M. del 13 novembre 2014 [17] relativamente

---

[12] R. BATTAGLINI, *La normativa italiana sugli smart contract*, in AA.VV., *Blockchain e Smart Contract*, a cura di R. Battaglini e M. Giordano, Milano, 2019, 380 ss., che considera l'art. 8-*ter*, d.l. n. 135/2018, conv. in l. n. 12/2019, una disposizione scritta in modo maldestro e frettoloso.

[13] Art. 3, Regolamento eIDAS *(electronic IDentification Authentication and Signature)* – Regolamento UE n. 910/2014 del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno, che abroga la Direttiva 1999/93/CE e che fornisce una base normativa comune, incrementando la sicurezza dei servizi elettronici e delle transazioni di *e-business* e commercio elettronico nell'Unione Europea: «Ai fini del presente regolamento si intende per (…) 35) "documento elettronico", qualsiasi contenuto conservato in forma elettronica, in particolare testo o registrazione sonora, visiva o audiovisiva».

[14] Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), art. 1: «Ai fini del presente codice si intende per: (…) p) documento informatico: il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti».

[15] Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), art. 20, comma 1-*bis*: «Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida».

[16] D.P.C.M. del 22 febbraio 2013, contenente Regole tecniche in materia di generazione, apposizione e verifica delle firme elettroniche avanzate, qualificate e digitali, ai sensi degli artt. 20, comma 3, 24, comma 4, 28, comma 3, 32, comma 3, lett. b), 35, comma 2, 36, comma 2, e 71.

[17] D.P.C.M. del 13 novembre 2014, contenente Regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici nonché di formazione e conservazione dei documenti informatici delle pubbliche amministrazioni ai sensi degli artt. 20, 22, 23-*bis*, 23-*ter*, 40, comma 1, 41, e 71, comma 1, del Codice dell'amministrazione digitale di cui al d.lgs. n. 82/2005.

alla modalità di formazione del documento informatico, all'immutabilità e all'integrità dello stesso. Tale analisi ha indotto tale corrente dottrinale a denunciare l'assenza di sistematicità e la mancanza di coordinamento tra la normativa italiana in materia di *smart contract* e il c.a.d. Difatti, secondo questa tesi, sarebbe corretto ricondurre gli *smart contract* nell'alveo dei documenti informatici di cui agli art. 3, punto 35, del Regolamento eIDAS e art. 1, lett. *p*) del c.a.d. Infine, si critica, altresì, la scelta volta ad incaricare l'AgID di redigere Linee Guida deputate ad individuare gli elementi in presenza dei quali uno *smart contract* soddisfa il requisito della forma scritta, poiché sarebbe stato sufficiente un generico richiamo all'art. 20, comma 1-*bis*, c.a.d.

Tuttavia, è plausibile ritenere che anche l'ordinamento italiano recepirà, nel prossimo futuro, una definizione di *smart contract* maggiormente articolata e puntuale. Difatti, il 4 dicembre 2018 i membri dell'*Euromed7* hanno sottoscritto una dichiarazione con la quale si sono impegnati ad intraprendere una più stretta collaborazione tecnologica, al precipuo fine di promuovere lo sviluppo condiviso delle tecnologie basate sui registri distribuiti [18]. L'intento degli Stati firmatari è quello di implementare il ricorso allo strumento degli *smart contract*, specialmente nell'ambito dei trasporti e della mobilità in generale (inclusa la navigazione marittima), al fine di garantire la certificazione dell'origine dei prodotti e la trasparenza dei registri catastali e di quelli delle imprese.

L'iniziativa dell'*Euromed7* si pone in linea di continuità con la Risoluzione adottata dal Parlamento europeo il 3 ottobre 2018 [19] che, dopo aver sottolineato l'importanza degli *smart contract*, ha posto in luce la necessità di condurre un'analisi approfondita del quadro giuridico esistente nei vari Stati membri in materia, al fine di pervenire ad una normativa uniforme e coordinata tra i Paesi dell'Unione europea.

Questa tendenza è stata confermata dall'adozione del Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale [20], in cui si sottolinea l'esigenza di basare l'innovazione tecnologica europea su valori comuni e diritti fondamentali, condivisi da tutti i Paesi membri dell'Unione.

---

[18] *Dichiarazione ministeriale dei Paesi dell'Europa meridionale sulle tecnologie basate su registri distribuiti*, Bruxelles, 2018, su: *https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Dichiarazione%20MED7%20versione%20in%20italiano.pdf.*

[19] *Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018. Tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione*, P8_TA-PROV(2018)0373, su: *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0373_IT.html*.

[20] *White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust* COM(2020) 65 final, 19 febbraio 2020 (consultabile su: *www.ec.europa.eu*), in cui si stabilisce, *inter alia*, che la Commissione rafforzerà ulteriormente l'accesso ai finanziamenti per l'I.A. nell'ambito di *InvestEU*, stanziando un fondo pilota per gli investimenti del valore di 100 milioni di euro per l'I.A. e la *blockchain*.

**2.** – Dopo aver analizzato la legislazione domestica ed europea, è necessario prendere in considerazione alcune peculiari ipotesi applicative degli *smart contract* nel settore finanziario ed assicurativo.

Difatti, queste macro-aree costituiscono il campo di sviluppo ottimale di tale tecnologia, poiché dall'automatizzazione del contratto e dal ricorso alla tecnologia *blockchain* discende una completa tracciabilità delle informazioni e dei dati delle varie operazioni economiche.

La rilevanza della questione è dimostrata dal fatto che il *Financial Stability Board* (FSB), organismo preposto al coordinamento delle autorità finanziare nazionali e degli organismi di regolamentazione del settore finanziario, ha espressamente riconosciuto le potenzialità innovative del *FinTech* nei servizi finanziari, sottolineando anche i rischi connessi a una possibile destabilizzazione e a un indebolimento del sistema. Sulla base di queste premesse, il FSB ha pubblicato due rapporti generali con lo scopo di delineare delle linee guida a cui fare riferimento nell'utilizzo e nello sviluppo della tecnofinanza [21].

In particolare, il primo rapporto è finalizzato precipuamente all'individuazione delle principali minacce alla stabilità finanziaria derivanti dallo sviluppo del *FinTech* e le conseguenti implicazioni del crescente utilizzo dell'intelligenza artificiale (I.A.) e, in particolare, del ricorso alle c.d. *machine learning* nel settore finanziario [22].

Il secondo rapporto rilasciato dal FSB (realizzato in collaborazione con la *Committee on the Global Financial System*) concerne più specificamente l'analisi delle ripercussioni che il generale ricorso alle piattaforme *FinTech* di erogazione del credito potrebbe avere sul mercato finanziario. Difatti, si evidenzia che, se da una parte tali sistemi potrebbero determinare un aumento del livello concorrenziale tra i diversi operatori commerciali, dall'altro il ricorso generalizzato alle piattaforme *FinTech* di erogazione del credito po-

---

[21] *Osservatorio Fintech & Insurtech. Definizioni, startup e servizi della Tecnofinanza:* «Il termine Fintech nasce dalla contrazione di *Finance* (Fin) e *Technology* (Tech), a indicare le due radici forti a cui fare riferimento. Con l'accezione più ampia del termine si intende un qualunque utilizzo di strumenti digitali applicati in ambito finanziario», disponibile on line: *https://blog.osservatori.net/it_it/fintech-significato*.

Sul punto è possibile consultare anche la *Relazione sulla tecnologia finanziaria: l'influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario* (2016/2243 INI) della Commissione per i problemi economici e monetari del Parlamento Europeo, 2017, che definisce la tecno-finanza «*un'attività finanziaria resa possibile o offerta attraverso le nuove tecnologie, che interessa l'intero settore finanziario in tutte le sue componenti, dal settore bancario a quello assicurativo, i fondi pensione, la consulenza in materia di investimenti, i servizi di pagamento e le infrastrutture di mercato*».

[22] Financial Stability Board, *Artificial Intelligence and machine learning in financial services: Market developments and financial stability implications*, 1° November 2017, disponibile in *www.fsb.org*.

trebbe abbassare gli *standard* richiesti per la concessione di un prestito, con conseguenze nefaste sulla stabilità finanziaria [23].

I rischi connessi al ricorso generalizzato (e non regolamentato) alla tecno-finanza sono stati posti in evidenza anche dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), che ha sottolineato come le tecnologie *FinTech*, costituendo un fattore di novità nel mercato finanziario, possono incidere negativamente sugli investimenti e, più in generale, sulla crescita economica di un Paese [24]. Inoltre, l'OCSE ha denunciato una disparità di trattamento e un'ingiustificata assenza di regolamentazione per le società che offrono servizi *FinTech*, le quali, molto spesso, non sono tenute al rispetto degli stessi vincoli normativi che i tradizionali operatori economici del settore finanziario devono rispettare.

Tuttavia, l'approccio cauto adottato dalle organizzazioni internazionali *de quibus* non ha intaccato l'entusiasmo di una parte della dottrina [25], che, al contrario, ha posto in luce i numerosi vantaggi e le innumerevoli declinazioni evolutive che il ricorso a questa tecnologia potrebbe innescare nell'ambito dell'ordinamento domestico. Difatti, con specifico riferimento al settore finanziario, la trasparenza e la maggiore sicurezza degli scambi potrebbero determinare un aumento del livello di fiducia degli investitori e, di conseguenza, un incremento degli investimenti. D'altronde, l'enorme crescita del settore del *FinTech* è provata dalla diffusione dei sistemi di *mobile payment* e dei trasferimenti di denaro c.d. *peer to peer*. In particolare, il settore bancario potrebbe beneficiare di una semplificazione delle transazioni e di un innalzamento del livello di prevenzione nella lotta al riciclaggio di danaro. Inoltre, mediante gli *smart contract* potrebbero realizzarsi forme di garanzie atipiche, in cui la somma versata dal garante potrebbe essere trattenuta virtualmente lungo la catena di blocchi ed essere collegata sia al conto corrente bancario di tale soggetto, sia all'*oracolo* [26] che recepisce gli *input* esterni e verifica l'avveramento

---

[23] V. *FinTech credit: Market structure, business models and financial stability implications, Report prepared by a Working Group established by the Committee on the Global Financial System (CGFS) and the Financial Stability Board (FSB)*, 22 Maggio 2017, disponibile in *www.fsb.org*.

[24] OECD, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Statistics Directorate, Working Party on Financial Statistics, FinTechs and the Financial Side of Global Value Chains – Statistical Implications*, 18 October 2017, disponibile in *www.oecd.org*.

[25] Sul punto, v. E. BATTELLI-E.M. INCUTTI, *Gli smarts contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr. e impr.*, 2019, 925 ss.; M. CAVALLO-M.L. MONTAGNANI, *L'industria finanziaria tra* Fintech *e* Techfin: *prime riflessioni su* Blockchain *e* smart contract, in AA.VV., Fintech: *diritti, concorrenza, regole: le operazioni di finanziamento tecnologico,* a cura di G. Finocchiaro e V. Falce, Bologna, 2019, 329 ss.

[26] Gli oracoli assolvono la funzione di trasmettere informazioni, riguardanti dati esterni alla *blockchain,*

delle condizioni contrattuali secondo lo schema "*if/then*". In tale ipotesi, il soggetto garantito avrebbe la certezza di ottenere il soddisfacimento del suo credito, poiché l'algoritmo, una volta processato il dato fornito dall'oracolo, realizzerebbe in modo automatico il trasferimento di denaro.

Deve, quindi, concordarsi con quella parte della dottrina [27] che configura il crescente impiego delle nuove tecnologie nel settore finanziario come una nuova sfida che l'interprete deve essere pronto ad affrontare. A questo fine, è importante prendere in considerazione le esperienze giuridiche di altri Stati europei e, in particolare, quella inglese e quella svedese.

Difatti, nel Regno Unito, l'autorità preposta alla supervisione e alla regolamentazione dei mercati, la *Financial Conduct Authority* (FCA), ha realizzato il c.d. "*Global Financial Innovation Network*" (GFIN) [28], con l'obiettivo di promuovere la comunicazione e l'interazione tra le società *FinTech* e le autorità di regolamentazione e, soprattutto, di predisporre un "*global sandbox*", attraverso cui le imprese *FinTech* potranno interagire direttamente con le autorità di regolamentazione e presentare le soluzioni che intendono fornire su base transfrontaliera [29]. Peraltro, tale autorità collabora con la Banca d'Inghilterra e con l'*International Swaps and Derivatives Association* (ISDA) a un progetto di digitalizzazione delle transazioni in derivati [30]. Difatti, l'ISDA, associazione deputata allo sviluppo del mercato internazionale dei derivati, ha pubblicato, il 20 marzo 2019, il *Common Domain Model 2.0* (ISDA CDM 2.0), volto a fornire una prima regolamentazione unitaria delle innovazioni tecnologiche incidenti sui derivati e dei processi di negoziazione degli stessi, fruibile da tutti gli operatori economici [31].

D'altronde, l'ISDA ha sempre dimostrato di nutrire un particolare interesse per le possibili applicazioni degli *smart contract* alle transazioni in derivati, pubblicando numerose Linee Guida e *Whitepaper* sull'argomento [32]. Tuttavia, una parte della dottrina [33]

---

agli *smart contracts.* Per una disamina più approfondita: M.T. GIORDANO, *Il problema degli oracoli,* in AA.VV., *Blockchain e Smart contract*, a cura di R. Battaglini e M. Giordano, Milano, 2019, 255 ss.

[27] G. ALPA, *Fintech: un laboratorio per i giuristi*, in *Contr. e impr.*, 2019, 377.

[28] Il *Global Financial Innovation Network* è reperibile su *www.fca.org.uk*.

[29] Per un'analisi più approfondita in merito ai rapporti tra gli *smart contracts* e la *contract law* del Regno Unito: M. DUROVIC-F. LECH, *The enforceability of smart contract*, in *Italian Law Journal*, 2019, 493 ss.

[30] ISDA, *ISDA CDM Deployed to Help Deliver UK Digital Regulatory Reporting Pilot*, 21 maggio 2019, in *www.isda.org*.

[31] ISDA, *ISDA Publishes CDM 2.0 for Deployment and Opens Access to Entire Market, 20 marzo 2019*, in *www.isda.org*.

[32] Tra le principali, è opportuno menzionare: ISDA, *King&Wood Mallesons*, *Whitepaper Smart Deriva-*

ha messo in evidenza la necessità di una validazione legale dell'algoritmo disciplinante lo *smart contract,* affinché lo *smart derivative contract* possa raggiungere un livello di certezza paragonabile a quello assicurato dall'*ISDA Master Agreement* tradizionale [34].

Merita menzione, altresì, l'esperienza della Svezia, che è destinataria di quasi un quinto degli investimenti europei in tale settore. Al fine di conservare questo primato, l'Autorità di vigilanza finanziaria svedese ha istituito il *FinTech Regulatory Sandbox*, una piattaforma in cui le società che forniscono prodotti *FinTech* possono presentare idee e progetti e richiedere indicazioni normative direttamente all'autorità. L'utilità del sistema svedese è evidente: da una parte le società operanti nel settore tecno-finanziario potranno ottenere le informazioni necessarie e assicurarsi che i prodotti immessi sul mercato siano conformi alla normativa in vigore, e, dall'altro, l'Autorità di vigilanza finanziaria potrà monitorare più facilmente l'attività posta in essere dalle società *FinTech*.

Sulla scia di altri Paesi europei, il legislatore italiano, con l. 28 giugno 2019, n. 58, ha introdotto nell'ordinamento nazionale il *regulatory sandbox* (art. 36, commi da 2-*bis* [35] a 2-*septies*), affinché agli operatori commerciali siano consentite applicazioni sperimentali della tecno-finanza. Sebbene la sperimentazione avrà una durata massima di diciotto me-

---

*tives Contracts: from Concept to Construction*, in *https://www.isda.org/a/cHvEE/Smart-Derivatives-Contracts-From-Concept-to-Construction-Oct-2018.pdf*, ISDA, *Legal Guidelines for Smart Derivatives Contracts: introduction,* in *https://www.isda.org/a/MhgME/Legal-Guidelines-for-Smart-Derivatives-Contracts-Introduction.pdf*; ISDA, *Legal Guidelines for Smart Derivatives Contracts: Equity Derivatives*, in *https://www.isda.org/a/CLXTE/ISDA-Legal-Guidelines-for-Smart-Derivatives-Contracts-Equities.pdf*; ISDA, *Legal Guidelines for Smart Derivatives Contracts: Interest Rate Derivatives*, in *https://www.isda.org/a/I7XTE/ISDA-Legal-Guidelines-for-Smart-Derivatives-Contracts-IRDs.pdf*; ISDA, *Legal Guidelines for Smart Derivatives Contracts: the ISDA Master Agreement*, in *https://www.isda.org/a/23iME/Legal-Guidelines-for-Smart-Derivatives-Contracts-ISDA-Master-Agreement.pdf*.

[33] Per un'analisi più approfondita, v. D. DAVICO, *Gli smart contract applicati alle transazioni in derivati "OTC"*, in AA.VV., *Blockchain e Smart contract*, a cura di R. Battaglini e M. Giordano, Milano, 2019, 537 ss.

[34] Si tratta di un *set* documentale che si compone di un *master agreement,* accordo quadro destinato a regolare le transazioni in derivati pattuite dalle parti in modo standardizzato, di una *schedule*, un documento allegato al *master agreement* con cui l'assetto contrattuale realizzato dalle parti viene personalizzato, di una *confirmation*, un documento con cui le parti definiscono i termini economici delle singole operazioni.

[35] L. 28 giugno 2019, n. 58, art. 2-*bis*: «Al fine di promuovere e sostenere l'imprenditoria, di stimolare la competizione nel mercato e di assicurare la protezione adeguata dei consumatori, degli investitori e del mercato dei capitali, nonché di favorire il raccordo tra le istituzioni, le autorità e gli operatori del settore, il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti la Banca d'Italia, la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB) e l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS), adotta, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, uno o più regolamenti per definire le condizioni e le modalità di svolgimento di una sperimentazione relativa alle attività di tecno-finanza (FinTech) volte al perseguimento, mediante nuove tecnologie quali l'intelligenza artificiale e i registri distribuiti, dell'innovazione di servizi e di prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati».

si e sarà consentita solo ai soggetti in possesso di specifici requisiti preventivamente individuati da un regolamento del Ministero dell'economia e delle finanze (MEF), può ritenersi che l'interrelazione del *FinTech* con l'Intelligenza Artificiale e i registri distribuiti condurrà a una profonda innovazione del settore finanziario e creditizio.

Il legislatore ha, inoltre, istituito un Comitato *FinTech* presso il Ministero delle Finanze e ha demandato alle Autorità indipendenti operanti in campo bancario, finanziario e assicurativo (Banca d'Italia, Consob e IVASS), il compito di redigere una relazione annuale di analisi del settore della tecno-finanza.

Inoltre, le *Authorities* hanno il compito di indicare al MES tutte le eventuali modifiche normative o regolamentari necessarie per lo sviluppo del settore *FinTech*, senza pregiudicare la stabilità finanziaria e la tutela del risparmio.

Non nuoce ricordare che la Consob, nella Relazione per l'anno 2019, adottata ai sensi dell'art. 2-*septies,* l. n. 58/19 [36], ha sottolineato l'importanza dell'applicazione della disciplina sui servizi di investimento alle cripto-attività [37]. A tal fine, nella Relazione del 19 marzo 2019, l'Autorità garante ha preso in considerazione le c.d. *Initial Coin Offerings* (ICOs), svolgendo un'analisi comparata con le iniziative poste in essere da altri Paesi europei, e delineando, nella terza parte del documento, un approccio regolatorio da applicare alle offerte di cripto-attività in sede di prima emissione [38].

Le iniziative internazionali e nazionali riportate confermano l'idea che nel prossimo futuro si assisterà a una considerevole diffusione degli *smart contract* nel settore finanziario, creditizio ed assicurativo [39]. D'altronde, sono innegabili i vantaggi che l'utilizzo di tale tecnologia potrebbe apportare ai settori menzionati in termini di trasparenza ed efficienza degli scambi [40].

---

[36] L. 28 giugno 2019, n. 58, art. 2-*septies*: «La Banca d'Italia, la CONSOB e l'IVASS redigono annualmente, ciascuno per quanto di propria competenza, una relazione d'analisi sul settore tecno-finanziario, riportando quanto emerge dall'applicazione del regime di sperimentazione di cui al comma 2-bis, e segnalano eventuali modifiche normative o regolamentari necessarie per lo sviluppo del settore, la tutela del risparmio e la stabilità finanziaria».

[37] Per un'analisi approfondita circa le interrelazioni tre le Autorità Indipendenti e le nuove tecnologie: cfr. da ultimo G. GITTI, *Disciplina contrattuale del mercato e decisione robotica*, Scholé, 2020.

[38] *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività*, 19 marzo 2019, reperibile in *www.consob.it*.

[39] Merita menzione il progetto nazionale "*Fideiussioni digitali*" promosso da Cetif, Sia, Reply, con la collaborazione della Banca d'Italia e dell'Ivass, articolo del 30 aprile 2020, reperibile in *www.cetif.it*.

[40] Condivide la tesi che prospetta una rilevante diffusione degli *smart contract* nel settore tecno-finanziario: P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, cit., 107 ss.: «non sembra (…) particolarmente azzardato affermare che in un futuro non troppo lontano la digitalizzazione dei servizi finanziari e bancari possa fondarsi su multiple blockchain private, interconnesse tra di loro

**3. –** Un'ulteriore declinazione evolutiva degli *smart contract* concerne, come detto, il settore assicurativo. Difatti, anche nel campo dell'*InsurTech* [41], le potenzialità applicative dei contratti automatizzati sono significative [42].

L'OCSE, al fine di adottare un approccio unitario e coerente volto ad assicurare che l'evoluzione digitale si traduca in una crescita economica, ha realizzato il progetto "*Going Digital*" [43], attualmente impiegato per aiutare i Paesi a porre in essere un impianto politico integrato nella regolazione della trasformazione digitale.

Anche l'*International Association of Insurance Supervisors* (IAIS) (l'ente finalizzato ad individuare gli standard internazionali necessari per realizzare un'efficace supervisione del settore assicurativo) ha affrontato il tema delle possibili applicazioni della tecnologia in campo assicurativo [44]. L'IAIS ha previsto che la vera evoluzione dell'*Insurtech* si realizzerà solo allorquando gli ordinamenti nazionali procederanno ad adeguare la normativa interna alle innovazioni tecnologiche e gli operatori del settore porranno in essere condotte collaborative e di dialogo con gli enti di supervisione [45].

---

e gestite dagli stessi attori finanziari quali nodi "attivi" del sistema decentralizzato. Nato per superare l'intermediazione di banche e prestatori di servizi finanziari nell'economia digitale, la blockchain potrebbe, paradossalmente, rivelarsi un supporto inaspettato alle stesse strutture alle quali intende(va) contrapporsi, rivoluzionando – e, auspicabilmente, migliorando – le infrastrutture organizzative e le modalità di elaborazione dati del settore finanziario e bancario nel suo complesso».

Per un'analisi approfondita delle potenzialità applicative degli *smart contract* e, in particolare, dei rapporti con la disciplina consumeristica, v. A.U. JANSSEN-F.P. PATTI, *Demistificare gli* smart contracts, cit., 44 ss.

[41] P. TERESZKIEWICZ, *Digitalisation of Insurance Contract Law: Preliminary Thoughts with Special Regard to Insurer's Duty to Advise*, in AA.VV., *InsurTech: A Legal and Regulatory View*, Springer, 2020, 127 e ss; V. CHATZARA, *FinTech, InsurTech, and the Regulators*, in AA.VV., *InsurTech: A Legal and Regulatory View*, Springer, 2020, 3 ss.

[42] A. BORSELLI, *Smart Contracts in Insurance: A Law and Futurology Perspective*, in AA.VV., *InsurTech: A Legal and Regulatory View*, Springer, 2020, 101 ss.; Lloyd's, *Triggering Innovation – How smart contracts bring insurance to life*, report del 10 luglio 2019, in *www.lloyds.com*, in cui si sottolinea che gli *smart contract* potrebbero essere utilizzati per incrementare l'efficienza, aumentare il valore dei servizi offerti e fornire supporto agli assicuratori nell'offrire ai clienti prodotti e servizi migliori.

Sull'applicazione degli *smart contract* nel settore assicurativo giapponese, v. T. KOEZUKA, *New Technologies and Issues with Insurance Contracts in Japan*, in AA.VV., *InsurTech: A Legal and Regulatory View,* Springer, 2020, 147 ss.

[43] Per una più approfondita analisi del progetto "*Going Digital*", v. *http://www.oecd.org/going– digital/project/.*

[44] IAIS, *FinTech Developments in the Insurance Industry*, 21 February 2017, disponibile in *www.iaisweb.org*.

[45] L'IAIS ha rinnovato queste raccomandazioni nell'"*Issues Paper on the Increasing Use of Digital Technology in Insurance and its Potential Impact on Consumer Outcomes*" del 25 luglio 2018, sottolineando l'importanza di una collaborazione attiva e la necessità di realizzare delle linee-guida per un uso responsabile delle nuove tecnologie.

Queste indicazioni sono state recepite dall'*Insurance Authority* (IA) di Hong Kong, che ha promosso numerose iniziative [46] per favorire l'innovazione e l'utilizzo delle nuove tecnologie nel settore assicurativo. Tra queste, la più rilevante è l'istituzione di una "*InsurTech Sandbox*", in cui le compagnie di assicurazione e i fornitori di prodotti tecnologici possono confrontarsi e testare prodotti e soluzioni innovative prime della loro immissione sul mercato.

Con riferimento all'ordinamento europeo, sussistono numerosi impieghi embrionali di tale tecnologia. A titolo esemplificativo, si menziona il prodotto assicurativo della startup britannica Neos [47], consistente in un'assicurazione domestica continua (attiva 24/24h) realizzata attraverso sensori intelligenti che, al verificarsi di determinati eventi, inviano una comunicazione agli assicurati tramite un'*App* per *Smartphone*. Si tratta di una particolare applicazione di uno *smart contract* connesso al c.d. *Internet of Thing* (IoT), che permette di trasmettere informazioni in tempo reale agli utilizzatori. Tale tecnologia è stata utilizzata anche da AXA, che ha realizzato i c.d. *smart flight insurance products* [48]. Si tratta di *smart contract* in grado di operare automaticamente rimborsi causati da ritardi o cancellazioni di un volo, poiché capaci di attingere direttamente alle informazioni sullo stato del volo fornite dagli oracoli.

Va rilevato che le potenzialità applicative degli *smart contract* in ambito assicurativo possono estendersi oltre la gestione dei sinistri e dei pagamenti, giungendo ad includere finanche l'automatico calcolo del premio [49]. In particolare, gli *smart contract* possono svolgere un ruolo significativo nella predeterminazione dei premi avvalendosi dei *big data*. Nel settore delle assicurazioni automobilistiche, i dati GPS potrebbero essere utilizzati per determinare i premi in relazione al numero di chilometri percorsi, oppure potrebbero essere istallati dispositivi di monitoraggio della velocità e dei sistemi di frenata, consentendo di ricostruire con precisione le dinamiche di un sinistro. I vantaggi economici, in termini di risparmio di spesa ed efficienza, sarebbero enormi, poiché le compagnie assicurative eviterebbero il rischio di un'indebita locupletazione del cliente e po-

[46] Informazioni più dettagliate in merito alle iniziative intraprese dall'*Insurance Authority* di Hong Kong possono essere consultate in *www.ia.org.hk/en/aboutus/insurtech_corner.html.*

[47] Per maggiori informazioni in merito al prodotto assicurativo realizzato da Neos è possibile consultare: www.*neos.co.uk*.

[48] Va precisato che Axa ha ritirato dal mercato la polizza assicurativa "*Fizzy*", una piattaforma *permissioned* che si avvaleva della blockchain per erogare rimborsi aerei in modo automatico ai clienti, sostenendo che la decisione fosse determinata dal basso grado di *appealing* suscitato dal prodotto.

[49] Svolge un'analisi approfondita della questione: A. BORSELLI, *Smart Contracts in Insurance: A Law and Futurology Perspective*, cit., 101 ss.

trebbero, altresì, ridurre il premio pagato dall'assicurato. Difatti, alla riduzione del rischio sopportato dall'assicuratore dovrebbe conseguire la corrispondente riduzione del premio pagato dal cliente.

Questo meccanismo di automatica regolazione del premio in conseguenza dell'aumento o della riduzione del rischio sopportato dall'assicuratore è fatto proprio da alcuni contratti di assicurazione dentale: i c.d. *smart toothbrush* [50]. In particolare, questo prodotto assicurativo regola il premio in modo automatico sulla base delle abitudini e dell'igiene dentale dell'assicurato. In tale ipotesi, uno *smart contract*, dopo aver elaborato i dati, calcolerà automaticamente il premio, riducendolo o aumentandolo sulla base di una valutazione complessiva del rischio.

Peraltro, merita di essere menzionata una delle applicazioni di maggior successo dell'I.A. agli *smart contract*, rappresentata dell'assicurazione offerta da Lemonade, che è in grado di calcolare il risarcimento dovuto agli assicurati in meno di dieci secondi [51]. Si tratta di un sistema innovativo sotto plurimi aspetti, poiché il guadagno dell'assicurazione consiste nella percezione di una commissione fissa calcolata sul premio mensilmente corrisposto dall'assicurato. Se viene presentata una richiesta di risarcimento, gli *smart contract*, dopo aver determinato il *quantum* risarcibile e aver approvato la richiesta, liquideranno il danno in meno di tre secondi. Se non viene avanzata alcuna richiesta di risarcimento, gli *smart contract* ricorreranno all'opzione del "*giveback"*, che prevede la devoluzione dei premi pagati dal cliente (detratte le commissioni fisse spettanti all'assicuratore) ad un ente di beneficienza indicato, al momento di acquisto della polizza, dal cliente stesso. In particolare, i premi pagati dagli assicurati che scelgono il medesimo ente benefico vanno a costituire un unico fondo a copertura dei sinistri. Alla fine di ogni anno, il danaro non utilizzato per il risarcimento dei sinistri è devoluto, in modo automatico, all'ente prescelto da quel gruppo.

Inoltre, è ragionevole presumere che il campo di applicazione dell'Intelligenza Artificiale agli *smart contract* più florido e promettente in ambito assicurativo riguarderà non solo il calcolo automatico del premio, ma anche l'aprioristica determinazione del rischio e, di conseguenza, dell'opportunità di concludere un contratto [52]. Un tale scenario induce

---

[50] Per un approfondimento circa il funzionamento di tale tecnologia, v. *https://beam.dental.*

[51] Sul punto è possibile consultare il sito *www.lemonade.com.*

[52] Tra i primi contributi sull'argomento, v. M. MEKKI, *Intelligence Artificielle et contrats*, in AA.VV., *Droit de l'intelligence artificielle*, a cura di A. Bensamoun, G. Loiseau, 2019, Paris, 131; G. CATTALANO, *La decision du contractant au prisme de l'Intelligence Artificielle*, in AA.VV., *La decisione nel prisma dell'Intelligenza Artificiale*, a cura di E. Calzolaio, Milano, 2020, 77 ss.; F. DOURNAUX, *La legitimité des*

a una rimeditazione del contratto di assicurazione inteso in senso tradizionale, tenendo in considerazione gli attuali sviluppi tecnologici e le possibili evoluzioni dell'utilizzo degli *smart contract* in tale settore. Difatti, l'art. 1898 cod. civ. stabilisce che grava sull'assicurato l'onere di dare immediato avviso all'assicuratore di tutti i mutamenti suscettibili di aggravare il rischio. Tale disposizione, a fronte di un prodotto assicurativo che provvede al calcolo automatico del premio, risulterebbe inapplicabile o quantomeno desueta. D'altronde, è plausibile ritenere che un'assicurazione *smart*, che provvede ad adeguare in modo automatico il premio e a calcolare il rischio *ex ante*, indurrebbe l'assicurato ad affidarsi al calcolo algoritmico. Sarebbe, dunque, iniquo ritenere che l'assicurato, il quale confidi legittimamente sull'automatico regolamento del premio, abbia l'onere di verificare che il contratto, dopo un certo evento, abbia effettivamente provveduto all'adeguamento del premio. Dovrebbe, allora, concludersi per l'inapplicabilità in siffatti casi del comma 1, art. 1898 cod. civ.

**4.** – Messi in luce i possibili sviluppi degli *smart contract*, occorre illustrarne i limiti. Difatti, tale tecnologia divide gli interpreti tra coloro che ne esaltano le potenzialità [53] e quelli, più scettici, che considerano i limiti degli *smart contract* insormontabili [54].

Innanzitutto, si pone un problema di comprensibilità degli *smart contract*, poiché il linguaggio umano viene sostituito da un codice informatico, la cui intelligibilità è oscura ai soggetti non esperti della materia. Inoltre, tale tecnologia si connota per un'eccessiva rigi-

---

*décisions contractuelles émanant d'une intelligence artificielle*, *ibidem*, 96 ss., il quale dubita che una I.A. potrà mai essere in grado di comprendere ciò che è "*juste et bon"*, sottolineando che l'I.A. è un buon servitore, ma un pessimo padrone. Secondo l'Autore, l'I.A. applicata al diritto dei contratti costituirebbe «le cheval de Troie de l'analyse économique du droit».

[53] *Ex multis*, cfr. F. DI GIOVANNI, *Intelligenza artificiale e diritto – Attività contrattuale e intelligenza artificiale*, in *Giur. it.*, 2019, 1677 ss.; V. CAPPELLI, *Blockchain e fornitura di energia: riflessioni in materia di responsabilità tra decentralizzazione e tutela dei consumatori*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2019, 335 ss., che evidenzia le potenzialità della *blockchain* e degli *smart contract* nel settore dell'energia ecosostenibile; V. MOSCON, *Tecnologie blockchain e gestione digitale del diritto d'autore e connessi,* in *Dir. ind.*, 2020, 137 ss., secondo cui la tecnologia *blockchain* potrebbe essere utilizzata al fine di fornire supporto alla costruzione di un registro pubblico per i diritti d'autore.

[54] Per un approccio maggiormente "critico" si rinvia a F. RAMPONE, *Smart contract: né smart, né contract*, cit., 1 ss.; G. CASTELLANI, *Smart contracts e profili di diritto civile*, in *www.comparazione dirittocivile.it*, 11 ss.; R. MATTERA, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 198 ss.; F. DELFINI, Blockchain, Smart Contracts *e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.* 2019, 2, 176 ss.; R. PARDOLESI, A. DAVOLA, *«Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in *Foro it.* 2019, V, 195 ss.

dità, poiché gli *smart contract* sostituiscono al linguaggio umano, ricco di espressioni polisenso e suscettibili di plurime interpretazioni, un codice binario, compreso tra 0 e 1 [55].

La rigidità che contraddistingue la struttura degli *smart contract* e la barriera "linguistica" che accompagna tali tecnologie hanno indotto una parte della dottrina a dubitare della compatibilità dei "contratti intelligenti" con la disciplina domestica in materia di vizi del consenso [56]. Difatti, l'impossibilità delle parti di controllare il contenuto e la portata dell'accordo ha indotto una parte degli interpreti a guardare con scetticismo a tale strumento.

La questione riveste una certa rilevanza pratica, poiché l'automazione che contraddistingue gli *smart contract* rende impossibile, una volta che sono stati avviati, annullare l'esecuzione, sempre che non sia stata prevista la c.d. funzione "*kill*" [57].

Tuttavia, le problematiche nascenti dalla mancanza di intelligibilità di uno *smart contract* possono essere agevolmente superate collegando il contratto *de quo* a un documento contrattuale elettronico, redatto ricorrendo al linguaggio umano e riproducente il contenuto del codice informatico in cui si sostanzia lo *smart contract*. I fautori di questa soluzione suggeriscono di articolare gli *smart contract* in tre elementi interconnessi e consistenti nello *smart contract* (inteso quale codice informatico), nel documento elettronico riproducente il contenuto dello *smart contract*, e nei parametri che incidono sull'esecuzione dello stesso [58]. Questa soluzione, che presuppone una "traduzione" del codice binario in un linguaggio umano, comporta il ricorso ai c.d. *ricardian smart contract* [59]. Peral-

---

[55] L. PIATTI, *Dal Codice Civile al Codice binario: blockchain e smart contracts,* in *Ciberspazio e Diritto*, 2016, vol. 17, n. 56, 337 ss.

[56] L. PAROLA-P. MERATI-G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, cit., 686, secondo i quali sussiste il rischio che il codice informatico non contenga una corretta trasposizione della volontà della parte contraente e vi siano, conseguentemente, discrepanze tra l'accordo contrattuale e la traduzione nell'algoritmo. Cfr. anche P. SIRENA, *Le questioni degli smart contract con riguardo alla struttura e alla patologia del contratto*, Relazione tenuta a Roma nel contesto del Convegno dal titolo *Il robot tra diritto e processo*, tenutosi presso la Suprema Corte di cassazione il 21 febbraio 2019, il quale sostiene che le parti dello *smart contract* possono accedere al sistema con chiavi crittografate e non come esseri umani; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e Smart Contratti (oltre le criptovalute)*, cit., 941 ss., pone in luce le criticità dello strumento relativamente alla questione dell'ammissibilità del linguaggio informatico e della governabilità delle sopravvenienze.

[57] La funzione *kill* permette alle parti di uno *smart contract* di interromperne l'esecuzione. Un'accurata spiegazione circa il funzionamento della modalità di "autodistruzione" è offerta da D. FELKER, *Self Destructing Smart Contracts in Ethereum*, consultabile su: *https://articles.caster.io/blockchain/self-destructing-smart-contracts-in-ethereum/*.

[58] K. WERBACH, *Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, in *33 Berkeley Technology Law Journal*, 2, 545 ss. (2018).

[59] Formulati da I. Grigg nel 1996, i *Ricardian contracts* traggono il nome da David Ricardo: cfr. I. GRIGG, *The Ricardian Contract*, in *Proceedings of the First IEEE Workshop on Electronic Contracting*, in

tro, una parte della dottrina ha osservato che gli *smart contract*, in quanto contratti autoeseguibili, potrebbero essere costituiti in modo da ovviare a tale *impasse* programmando un codice che, in presenza di determinati vizi, ponga rimedio a questi ultimi, correggendoli [60].

Un'ulteriore, e forse più pregnante, critica viene mossa agli *smart contract*: si obietta che tali tecnologie non sono in grado di riprodurre concetti astratti come quello espresso dalla clausola generale di buona fede [61]. In effetti, una tecnologia, basata su un codice binario che esegue quanto in esso previsto secondo lo schema logico "*if this – then that*", non è in grado di riprodurre concetti e significati astratti o generali [62]. Tale *impasse* è confermata dalla decisione, assunta da due dei maggiori operatori economici nel settore tecnologico statunitense, di ricorrere alla contrattualistica "tradizionale" per regolare un rapporto di *partnership* commerciale. Difatti, *Ripple*, una delle principali società produttrici di tecnologie basate sulla *blockchain*, tra cui la criptomoneta *XRP*, e *R3*, società operante, *inter alia*, nel settore dello sviluppo di prodotti basati su DLT per il mercato finanziario, hanno stipulato un *Technology Provider Agreement* nel 2016, ricorrendo al modello classico di contratto. La ragione che ha indotto le due società statunitensi a non affidarsi al contratto "*smart*" per disciplinare il loro assetto di interessi va probabilmente rinvenuta nell'impegno che le parti si assumevano di rinegoziare *ex fide bona* la conclusione di una successiva *partnership* commerciale. L'inadempimento di tale obbligo ha spinto *Ripple* a citare in giudizio *R3* dinanzi alla *Superior Court* dello Stato della California nel settembre del 2017 [63].

---

*www.researchgate.net*; T. BELARDI, *Gli Smart Contract: storia e definizioni di un ibrido contratto/software*, in AA.VV., *Blockchain e Smart Contract*, a cura di R. Battaglini e M. Giordano, Milano, 2019, 226.

[60] N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di* smart contract, in AA.VV., *Blockchain e Smart Contract*, a cura di R. Battaglini e M. Giordano, Milano, 2019, 318 ss.

[61] G. CATTALANO, *La decision du contractant au prisme de l'Intelligence Artificielle*, cit., 87 ss.; H. SURDEN, *Computable Contracts*, in *46 UC Davis Law Review*, n. 629, 2012, 683 ss.; J.M. SKLAROFF, *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*, in *166 U. PA. L. Rev.*, 2018, 263 ss.; F. DOURNAUX, *La legitimité des décisions contractuelles émanant d'une intelligence artificielle*, cit. 98.

[62] Sul punto, v. N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di* smart contract, cit., 339, che sottolinea la necessità di connettere gli *smart contract* al mondo esterno e avvalersi dell'interpretazione di un soggetto terzo o del giudice tutte le volte in cui, in un rapporto contrattuale, vi sia un richiamo alla buona fede. La problematicità della questione è stata colta anche da D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello* smart contract, in *Contratti*, 2020, 607.

[63] Deve precisarsi che, sebbene *Ripple* abbia citato R3 in giudizio dinanzi alla *Superior Court* dello Stato della California, sostenendo che la convenuta avesse violato il *Technology Provider Agreement* e chiedendo al giudice la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni, le società hanno raggiunto un accordo che ha posto fine alla controversia. Difatti, il 10 settembre 2018, Ripple ha rilasciato la seguente co-

È sufficiente osservare che, se le parti fossero riuscite a trasporre in un codice binario l'obbligo di rinegoziazione *ex fide bona*, non sarebbe stato necessario ricorrere in giudizio, poiché lo *smart contract* avrebbe adempiuto l'obbligazione in modo automatico [64]. Si tratta di una problematica particolarmente sentita e, al momento, difficilmente superabile, poiché gli *smart contract*, collegati ai registri distribuiti, si sostanziano in un programma informatico che non opera una scelta, ma si limita a rispondere a un particolare impulso.

Si sta cercando di superare tale *impasse* ponendo in relazione la tecnologia *blockchain* e la semantica, il cui scopo è quello di consentire ai sistemi di comprendere, in modo sempre più preciso, determinati significati (anche quelli polisenso).

Al riguardo, merita menzione il *software* "*Claudette – automated CLAUse DETectEr*" [65], il cui sviluppo è finalizzato a identificare e segnalare preventivamente ai consumatori, la presenza di eventuali clausole abusive. Si tratta di un ambizioso progetto che mira alla creazione di un *software* in grado di individuare in modo automatico e preventivo una clausola contrastante con l'obbligo derivante *ex fide bona.*

Sembrerebbe, quindi, che la soluzione al problema concernente l'impossibilità degli *smart contract* di processare concetti astratti vada rinvenuta nell'utilizzo delle c.d. "*machine learning*", *software* in grado di apprendere il concetto di buona fede e di riprodurne i corollari in modo automatico nel rapporto tra le parti. L'obiettivo è quello di applicare le soluzioni dettate per il *meta-learning* agli *smart contract*, avvicinando in questo modo Intelligenza Artificiale, *blockchain* e *machine learning*. Tuttavia, tale tecnologia pone un ulteriore problema in termini di certezza e prevedibilità degli scambi [66], poiché solo nel momento in cui sarà possibile prevedere, con un grado di approssimazione vici-

---

municazione: "*R3 HoldCo LLC, R3 LLC, Ripple Labs Inc. and XRP II, LLC announce that they have reached a settlement of all outstanding litigation between the parties. The terms of the agreement will remain confidential and both sides look forward to putting these disputes behind them*".

Sul punto, è possibile consultare l'articolo di J. WILMOTH, *Ripple, R3 Reach Settlement in Multibillion Dollar Cryptocurrency Lawsuit,* su: *https://www.ccn.com/ripple-r3-reach-settlement-in-multibillion-dollar-cryptocurrency-lawsuit/*.

In dottrina, cfr.: G. RINALDI, Smart contract: *meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, cit., 365 ss.

[64] J.M. SKLAROFF, *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*, cit., 293.

[65] Si tratta di un progetto di ricerca interdisciplinare, guidato dai professori G. Sartor e H.W. Micklitz dell'Istituto Universitario Europeo. Per maggiori ragguagli e informazioni, v. *http://claudette.eui.eu*.

[66] R. MATTERA, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?*, cit., 202 sottolinea che «la rigidità è il punto di forza dello stesso, la quale però non lo rende adatto alle realtà giuridiche articolate come la nostra».

no alla certezza, il processo che conduce il *software* a compiere una certa scelta, sarà possibile imputare quella scelta alle parti del contratto [67].

**5.** – Le considerazioni che precedono confermano, da un lato, i notevoli vantaggi che gli *smart contract* potrebbero apportare in settori nevralgici dell'economia e, dall'altro lato, le problematiche, tuttora insolute, che il ricorso a tale tecnologia pone all'interprete. Difatti, le potenzialità applicative degli *smart contract* nel settore finanziario ed assicurativo sono significative, poiché, attraverso l'automatizzazione del contratto e il ricorso alla tecnologia *blockchain*, si realizza una completa tracciabilità delle informazioni e dei dati delle varie operazioni economiche e si assicura la certezza dello scambio, oltre che l'adempimento delle prestazioni.

Tuttavia, i contratti "intelligenti" non hanno conquistato il favore di tutti gli operatori del settore. L'atteggiamento critico esibito da alcune voci dottrinali discende dal differente peso che viene conferito alle problematiche, ancora irrisolte, che il ricorso a tale tecnologia comporta.

A tal riguardo, deve precisarsi che, sebbene non sia ancora possibile parificare *in toto* gli *smart contract* ai contratti tradizionali, ciò non esclude che questa nuova tecnologia possa essere utilizzata, nel prossimo futuro, con successo (seppur con qualche accorgimento), in particolari settori dell'economia.

Si registrano, infatti, già nel tempo presente, numerose applicazioni embrionali della tecnologia *blockchain* in campo assicurativo e finanziario, che confermano l'utilità degli *smart contract* e dei registri DLT.

---

[67] Opina in modo parzialmente difforme F. DI GIOVANNI, *Intelligenza artificiale e diritto – Attività contrattuale e intelligenza artificiale*, cit., 1685: «La volontà, o la conoscenza, o la autodeterminazione della macchina (vale a dire la sua "psicologia") non hanno autonoma rilevanza, perché la macchina non è "il contraente", secondo ciascuno dei significati che possono attribuirsi a questo termine, ma è l'autrice di processi psicologici (cognitivi e volitivi) a cui il contraente umano affida la conclusione del contratto. Tuttavia, proprio il fatto che quei processi siano in qualche modo "portati fuori" dalla mente umana, cioè dalla sede degli stati psicologici del contraente-uomo, ne consente l'osservazione e la verifica obbiettiva. (…) Se (…) il contratto stesso è una macchina, affidare il suo funzionamento ad una intelligenza artificiale consentirà prima o poi (se è lecita l'espressione) un controllo strumentale di tale funzionamento, e consentirà di applicare i rimedi preordinati a tutelare il contraente sulla base della verifica controllabile dei presupposti di quei rimedi».

**CASS. CIV., SEZ. III, 18 FEBBRAIO 2020, N. 3997**

**Nell'ipotesi di sport amatoriale, pur implicante attività agonistica, la consapevolezza del rischio di chi vi partecipa volontariamente riduce la soglia di responsabilità dei custodi del bene sul quale la competizione viene svolta, i quali sono tenuti ad attenersi alle normali cautele idonee a contenere il rischio nei limiti confacenti alla specifica attività sportiva, ove esso, per le sue intrinseche caratteristiche, non sia più elevato che nella media.**

ORDINANZA

C.M., in persona dell'amministratore di sostegno L.R.A., elettivamente domiciliato in xxxxx. rappresentato e difeso xxxxxxxx;

– ricorrente –

contro

POLISPORTIVA xxxxxx, elettivamente domiciliata in xxxxxx, presso lo studio dell'avvocato xxxxx;

– controricorrente –

nonchè contro

FCD xxxxx, FEDERAZIONE xxxx, xxx ASSICURAZIONI SPA, COMUNE DI xxx;

– intimati –

avverso la sentenza n. 2084/2018 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 28/04/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 10/10/2019 dal Consigliere Dott. DI FLORIO ANTONELLA.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. C.M., rappresentato dalla madre L.R.A. in qualità di amministratore di sostegno, ricorre, affidandosi a sette motivi illustrati anche da memoria, per la cassazione della sentenza della Corte d'appello di Milano che aveva confermato la pronuncia del Tribunale con la quale era stata respinta la domanda da lui avanzata nei confronti della Poli-

sportiva SMOG (in persona del Presidente D.V.C.) e della FCD Bonola Calcio – che avevano chiamato in causa la Federazione CDO, il Comune di Milano e l'AXA Ass.ni Spa – per il risarcimento dei gravissimi danni subiti a seguito di un incidente avvenuto sul campo di calcetto durante una partita dilettantistica.

2. Hanno resistito D.V.C. in proprio ed il Comune di Milano.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, il ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 345 e 113 c.p.c.: assume che la Corte d'Appello aveva erroneamente ritenuto che le deduzioni difensive relative alle dimensioni del campo di calcio, irregolari e contrastanti con i regolamenti disciplinanti le norme di sicurezza per la costruzione e la gestione degli impianti sportivi, fossero nuove.

1.1. Assume al riguardo che le disposizioni invocate avevano valore normativo e dovevano pertanto essere applicate d'ufficio dal giudice in relazione ai rilievi sollevati nell'atto di citazione sulle distanze fra il confine del campo ed il muretto di perimetrazione contro il quale egli era andato a sbattere violentemente, a seguito di scivolata, riportando gravissime ed invalidanti lesioni.

1.2. Il motivo è in parte inammissibile ed in parte infondato.

Premesso che la censura manca di autosufficienza in quanto non viene affatto riportato il passaggio motivazionale o l'argomentazione introdotto la quale il ricorrente riconduceva la domanda risarcitoria alle irregolari dimensioni del campo di calcio e che, pertanto, sotto tale profilo risulta inammissibile in quanto non consente di apprezzare il denunciato errore della Corte che ha qualificato come nova sia le allegazioni che i documenti prodotti, si osserva che la critica risulta infondata rispetto alla statuizione dei giudici d'appello che hanno correttamente inquadrato la natura solo argomentativa del rilievo e che, in relazione agli atti prodotti, hanno correttamente affermato che, essendo atti volti a disciplinare le attività sportive di associazioni private, ispirati alla Regolamentazione del CONI, essi dovevano essere considerati meri atti amministrativi, privi di valore normativo e qualificabili come documenti da assoggettare al regime di cui all'art. 345 c.p.c.

1.2. Al riguardo, questa Corte ha affermato che "l'obbligo del giudice di ricercare le fonti del diritto applicabili alla fattispecie dedotta in giudizio non opera con riferimento alle norme giuridiche secondarie ed agli atti amministrativi che devono essere depositati tempestivamente dalla parte che intende avvalersene" (cfr. Cass. 16089/2007; Cass. 2737/2015).

1.3. I giudici d'appello hanno applicato correttamente tale principio assumendo che, a prescindere dalla loro rilevanza, i documenti contenenti la regolamentazione dei campi di gioco erano assoggettati alle preclusioni di legge e risultavano dunque tardivi, ex art. 345 c.p.c., in quanto prodotti per la prima volta nel grado d'appello.

2. Con il secondo motivo, il ricorrente, *ex* art. 360 cod. proc. civ., comma 1, n. 3, deduce la violazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. e degli artt. 2051 e 2043 cod. civ.: assume che la presenza del muretto a soli mt. 2,16, inferiore a quella prescritta nei regolamenti sportivi, non garantiva la sicurezza necessaria e che la Corte aveva erroneamente ritenuto il contrario, omettendo di valutare l'assenza di schermature idonee ad evitare una situazione di pericolo per i giocatori.

2.1. Il motivo è inammissibile.

2.2. La censura, infatti, ripropone questioni di merito già esaustivamente esaminate dalla Corte territoriale che, con motivazione al di sopra della sufficienza costituzionale (cfr. pag. 9 u. cpv e 10 primo cpv della sentenza impugnata) ha valorizzato che l'incidente si era verificato in un campo di gioco realizzato nel rispetto della normativa vigente, visto che la distanza di sicurezza osservata con il muretto contro il quale il ricorrente si era andato ad imbattere, era ben superiore a quella minima in essa prevista, con la conseguenza che, esclusa una condizione obiettiva di pericolosità, non poteva predicarsi che ricorresse la responsabilità per danni *ex* art. 2051 cod. civ.: la critica postula, pertanto, un non consentito terzo grado di merito (cfr. Cass. 8758/2017; Cass. 13721/2018).

3. Con il terzo ed il quarto motivo, da esaminare congiuntamente per l'intrinseca connessione logica, il ricorrente deduce, *ex* art. 360 cod. proc. civ., comma 1, n. 3, la violazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ., del D.M. 18 marzo 1996, come integrato dal D.M. 6 giugno 2005, in riferimento ai Regolamenti degli impianti sportivi emanati dalla Federazione Italiana Gioco Calcio (FIGC) e dalla Lega Nazionale Dilettanti (LND): assume che l'incidente si era verificato su un campo realizzato contro la normativa vigente.

3.1. La censura che reitera, nella sostanza, le argomentazioni prospettate in quella precedente è inammissibile in quanto ripropone questioni di mero fatto: la Corte territoriale, infatti, ha esaminato la normativa vigente ed ha statuito che le dimensioni erano conformi a quelle previste per i campi di calcetto visto che le disposizioni invocate disciplinavano la più ampia struttura dei campi di calcio che prevedono la presenza di undici giocatori, situazione differente da quella in esame in cui l'incidente si è verificato durante una partita di calcetto che prevede squadre con composizione più che dimezzata e terreni di gioco per i quali è prevista una misura ridotta.

3.2. Il ricorrente insiste nella equiparazione delle regole che sovraintendono la sicu-

rezza delle due tipologie di gioco (e la conseguente equiparazione delle dimensioni dei rispettivi campi), ma prospetta, a tal fine, argomenti di fatto che sono estranei al vizio di violazione di legge e che non sono ammissibili in sede di legittimità.

4. Con il quinto, il sesto ed il settimo motivo, ancora, si deduce: a. ex art. 360, nn. 3 e 5, l'omesso esame degli anelli di metallo presenti sul bordo del campo di gioco del terreno. Il ricorrente, al riguardo, insiste nel prospettare una situazione di pericolosità che la Corte aveva omesso di valutare (quinto motivo).

b. *ex* art. 360 cod. proc. civ., comma 1, n. 3, la violazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. e degli artt. 2051, 2043 e 1227 cod. civ.: il ricorrente reitera circostanze di fatto in punto di pericolosità derivante dall'assenza di schermature del muro di perimetrazione del campetto (sesto motivo).

c. *ex* art. 360 cod. proc. civ., comma 1, n. 3, la violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. e degli artt. 2051 e 2043 cod. civ. (settimo motivo). Contesta la statuizione secondo cui era stata valorizzata l'accettazione del rischio da parte del giocatore (cfr. pag. 10 sentenza, dove la Corte afferma la ricorrenza del c.d. "rischio elettivo") ed assume che proprio la natura amatoriale della partita doveva ridurre al minimo la possibilità di incorrere in incidenti.

4.1. Si osserva al riguardo, quanto segue.

4.2. Premesso che il profilo di censura ricondotto, nel quinto motivo, all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, è inammissibile, *ex* art. 348-*ter* cod. proc. civ. *ratione temporis* vigente, in quanto la sentenza impugnata è conforme a quella di primo grado, i rilievi ascritti all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, incorrono nella medesima preclusione rilevata nelle due precedenti censure, in quanto prospettano questioni di merito già specificamente affrontate dalla Corte che, con motivazione certamente al di sopra della sufficienza costituzionale, ha escluso sia l'influenza degli anelli di metallo sulla dinamica del sinistro (cfr. pag. 10 quarto cpv sentenza), sia la pericolosità del campo di gioco derivante dalla mancanza di schermature, non previste dalla normativa vigente (cfr. pag. 10 cpv. secondo e terzo), affermando correttamente che nell'ipotesi di sport amatoriale, pur implicante attività agonistica, la consapevolezza del rischio di chi vi partecipa volontariamente riduce la soglia di responsabilità dei custodi del bene sul quale la competizione viene svolta, i quali sono tenuti ad attenersi alle normali cautele idonee a contenere il rischio nei limiti confacenti alla specifica attività sportiva, ove esso, per le sue intrinseche caratteristiche, non sia più elevato che nella media (cfr. Cass. 20908/2005; Cass. 4018/2013; Cass. 18903/2017).

4.3. L'accertamento del rispetto delle necessarie cautele è demandato alla valutazione

del giudice del merito, ed è insindacabile in sede di legittimità se, come nel caso in esame, è congruamente e logicamente motivato: a ciò consegue che le censure esaminate sono tutte inammissibili.

5. Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, da atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello cui è tenuto per il ricorso proposto, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis, se dovuto.

P.Q.M.

La Corte, dichiara inammissibile il ricorso.

JUS CIVILE

*MARIA CIMMINO*

*Ricercatore di Diritto privato – Università Parthenope di Napoli*

# LA RESPONSABILITÀ CIVILE SPORTIVA E I RAPPORTI TRA STATO E SPORT: NOTA A CASS. ORD. 18 FEBBRAIO 2020, N. 3997

SOMMARIO: *1. Premessa. Il problema. – 2. I fatti di causa e i profili da esaminare. – 3. La natura giuridica dei regolamenti sportivi e quella delle Federazioni sportive alla luce delle recenti pronunce del giudice statale e di quello eurounitario e la rilevanza delle regole sportive nel giudizio di colpevolezza. – 4. Segue La responsabilità del gestore di un impianto sportivo: la responsabilità presunta e la qualità del praticante. Il problema delle linee guida e dei protocolli. – 5. Lo sport in attesa di un intervento organico del legislatore e il futuro ruolo della responsabilità sportiva: prospettive de iure condendo alla luce della normativa per l'emergenza covid-19.*

**1.** – La responsabilità sportiva, *rectius* la responsabilità civile in ambito sportivo, è argomento ormai da tempo ampiamente dibattuto in dottrina [1] quanto diffusamente trattato in giurisprudenza [2] giusta la riconducibilità *prima facie* di molteplici occasioni di danno occorse durante la pratica dello sport non solo alla regola generale dell'art. 2043 cod. civ., considerata l'atipicità del fatto ivi previsto [3], ma anche, e forse soprattutto, alle altre

[1] *Ex multis*, L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Esi, 2000, 257 ss.; G. DE MARZO, *Accettazione del rischio e responsabilità sportiva*, in *Riv. dir. sport*., 1992, 1, 8 ss. V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, Milano, Giuffrè, 1984; G. ALPA, *La responsabilità civile in generale e nell'attività sportiva*, in *Riv. dir. sport*., 1984, 471 ss.

[2] M. BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, XX, *La responsabilità nello sport*, (G. Capilli, P.M. Putti curr.) con prefazione di G. Alpa, Milano, Giuffrè, 2002.

[3] G. VISINTINI, *Atipicità dei fatti illeciti e danno ingiusto*, in G. CONTE-A. FUSARO-A. SOMMA-V. ZENO ZENCOVICH (cur.), *Dialoghi con Guido Alpa, un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, RomaTre Press, Roma, 2018, 589 ss.; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, Giuffrè, 2017, 25 ss.; A. FLAMINI, *Responsabilità civile e costituzione*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2013, 2, 1 ss.; P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ*., 2011, 1, 115 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, Giuffrè, Milano, 2010; ID., *Fatti illeciti in Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, sub. *Artt. 2043-2059*; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1995,

norme del codice civile in tema di illecito extracontrattuale, attinenti alla responsabilità degli istruttori e dei genitori, dei padroni e committenti, a quelle previste per l'esercizio di attività pericolose e per la responsabilità da cose o animali in custodia [4].

Il provvedimento in commento appare degno di nota poiché, ancora una volta, lascia trasparire, per *obiter dicta*, i limiti di un orientamento, che, pur muovendo dal proposito indubbiamente condivisibile di confermare l'astratta valutazione di meritevolezza delle attività sportive e dunque di rimarcare l'importanza di tutte le iniziative volte al sostegno ed alla promozione dello sport in ogni sua espressione e manifestazione [5], tuttavia sembra rinunciare ad una rivisitazione di quel percorso ricostruttivo che ha portato, decenni orsono, a configurare un'area di non punibilità per i praticanti, ovvero di sostanziale esonero da responsabilità civile [6], con conseguenti limitazioni anche della responsabilità di

---

531 ss.; G. ALPA-M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1993; G. ALPA, *Atipicità dell'illecito civile*, Napoli, 1977.

[4] In argomento si rimanda a M. PITTALIS, *Fatti illeciti e responsabilità civile*, Milano, 2016, *passim*; M. CALCIANO, *Diritto dello sport. Il sistema delle responsabilità nell'analisi giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2010, *passim*; R. FRAU, *La responsabilità civile sportiva nella giurisprudenza. Profili generali*, in *Resp. civ. e prev*., 2006,6, 1028.

[5] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, XVI ed., a cura di L. Conti, Giuffrè, 2003, 311 ss.; F. ALBEGGIANI, voce *Sport*, in Enc. dir., XLIII, Giuffrè, Milano,1990, 546.

[6] Nella prospettiva giusprivatistica la ricostruzione della responsabilità sportiva è stata anche ricondotta alla operatività di un patto di esonero dalla responsabilità civile, in tal senso F.D. BUSNELLI-G. PONZANELLI, *Rischio sportivo e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev*., 1984, 285 ss.; sul punto in senso critico G. LIOTTA-L. SANTORO, *Lezioni di diritto sportivo*, Giuffrè, Milano, 2018, 265, secondo cui invece l'attività sportiva in sé e per sé non è mai di per sé illecita se conforme al principio di lealtà, per cui l'accettazione del rischio" va tradotta nell'accettazione dell'attività sportiva, quale sintesi delle regole e dei principi che disciplinano lo sport, operante nei rapporti con i soggetti che hanno manifestato un'analoga accettazione". Sulla compatibilità del regime dell'art. 1229 cod. civ. con l'illecito aquiliano, v. G. ANZANI, *Osservazioni sui patti di esonero della responsabilità civile*, in *Jus civile*, 2018,3, 362 ss., il quale osserva come sia "controverso se patti analoghi a quelli contemplati dall'art. 1229 cod. civ. siano ammissibili, ed eventualmente a quali condizioni lo siano, in materia di responsabilità extraconttuale" e che "un patto che esonerasse dalla responsabilità aquiliana, seppure fosse in astratto ammissibile, sarebbe soggetto al principio di relatività degli effetti del contratto *ex* art. 1372. Secondo l'A. "La ritrosia ad ammettere patti che garantiscano una totale o parziale immunità dalla responsabilità extracontrattuale è primariamente legata alla difficoltà di immaginare un accordo preventivo sulle conseguenze dell'illecito". Eppure si osserva che "tuttavia, le fattispecie aquiliane non richiedono l'assoluta estraneità dei soggetti coinvolti. Anzi, un "contatto" tra responsabile e danneggiato avviene anteriormente all'illecito in numerosi casi, ad esempio quando il fatto si inserisca in una relazione contrattuale, in trattative precontrattuali o nello svolgimento di una competizione sportiva". In argomento v. G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984, *passim*; L. CABELLA PISU, *Clausole di limitazione o esclusione del risarcimento, in Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, 10; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ*., dir. R. SACCO, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Utet, Torino, 1998, 674 ss.

altri soggetti a vario titolo coinvolti nell'evento sportivo [7], sulla base della nota e dibattuta [8] teoria dell'accettazione del rischio sportivo, nonché presupponendo apoditticamente un'equiparazione tra amatorialità ed agonismo.

Alla luce della nota teoria del rischio consentito [9], infatti, si può dire che ancora oggi vale la regola di elaborazione giurisprudenziale per la quale in presenza di talune circostanze la responsabilità civile può essere esclusa, non sorgendo alcun obbligo risarcitorio né a carico dell'atleta né a carico di altri [10].

Se è vero che, come si osserva in dottrina [11], l'esclusione dell'illiceità di taluni fatti

---

[7] L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo*, cit., 259, con riferimento alle responsabilità che potrebbero insorgere nel contesto organizzativo, ad esempio in capo ai soggetti che hanno la funzione di garantire che i rischi collegati a determinate attività sportive siano ridotti al minimo. Si adduce l'esempio del medico sportivo, quella del direttore di gara, dell'istruttore e del responsabile della manutenzione degli impianti; ciascuno di questi soggetti è titolare di precisi doveri comportamentali, dal cui adempimento dipende il contenimento del pericolo di pregiudizi all'incolumità dei praticanti.

[8] C. GRANELLI, *La responsabilidad civil en el ejercicio de actividades deportivas: la experiencia italiana*, in *Jus civile*, 2013, 3, 1 ss.; C. GRANELLI, *La responsabilità civile nell'esercizio di attività sportive*, in *La Responsabilità civile*, 2012, 6, 406 ss., il quale osserva che a fronte della letterale esplosione della responsabilità extarcontrattuale e del correlativo incremento del ricorso allo strumento risarcitorio, le liti instaurate in giudizio aventi ad oggetto pregiudizi occorsi durante la pratica dello sport non hanno ricevuto nella maggioranza dei casi una risposta di accoglimento delle istanze proposte; L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo*, cit., vedi anche A.P. BENEDETTI, *Responsabilità civile sportiva. Un esempio di diritto consuetudinario?*, in L. BRUSCUGLIA-R. ROMBOLI, *Sport e ordinamenti giuridici*, a cura di G. Famiglietti, Pisa, 2009, 189 ss.

[9] L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo*, cit., 349 ss., il quale analizza le diverse posizioni dottrinarie, evidenziando come ora venga proposta "un'equiparazione tra le figure del consenso dell'avente diritto e dell'accettazione del rischio da un lato e le clausole di esonero dalla responsabilità contrattuale dall'altro"; secondo una diversa prospettiva l'accettazione del rischio sarebbe finalizzata ad una deroga all'art. 5 cod. civ. nell'ambito della pratica di sport violenti esercitati secondo una specifica regolamentazione normativa", lasciando di fatto irrisolto il problema della sua operatività nell'ambito di sport violento. In generale si ricorre al principio del *fair play* ovvero al *neminem laedere* ovvero ancora al criterio della normalità per tentare di delimitarne l'operatività; anche in considerazione dell'ambivalenza del concetto di rischio consentito, ora usato per escludere l'antigiuridicità, ora invece come criterio di valutazione meno rigorosa della diligenza e della prudenza del danneggiante.

[10] Sul punto si rimanda a AA.VV., *La responsabilità civile e penale negli sport del turismo. L'acqua, L'aria. I laghi*, a cura di F. Morandi e U. Izzo, 2013-2015, Giappichelli, Torino.

[11] G. LIOTTA-L. SANTORO, *Lezioni*, cit., 268 ss.; i quali sottolineano come "su questa linea si muove la giurisprudenza statale che configura la responsabilità nello sport qualora vengano superati i limiti di lealtà sportiva; lealtà sportiva che si identifica in quella condotta che caratterizza la pratica sportiva come autodisciplina di fronte alle provocazioni, come scontro svolto all'insegna della sportività senza inframettenze e turbamenti, nonché come dovere si sano e cavalleresco agonismo, cui nessun autentico sportivo, che non voglia tradire i propri ideali e le nobili finalità dello sport, può sottrarsi". Osserva inoltre la dottrina che Lo sport infatti nasce nel momento in cui la reiterazione della pratica di una determinata attività fisica si trasforma in una realtà socio-culturale grazie all'assunzione di proprie regole e principi, nel rispetto dei quali

lesivi che si verifichino durante la pratica sportiva non è più dovuta ad una visione statocentrica, ovvero ad una paternalistica concessione da parte dell'ordinamento statale che ammette una sospensione delle regole dettate dal codice civile, ma piuttosto risulta il frutto del riconoscimento delle regole e dei principi dell'ordinamento sportivo, primo fra tutti quelli di lealtà, la cui violazione sostanzialmente fungerebbe da criterio guida nell'apprezzamento dei casi in cui i comportamenti sportivi cessino di essere considerati tali per essere giudicati quali atti comuni della vita quotidiana secondo le ordinarie regole di responsabilità, se questo è vero, va comunque rilevato che il ricorso generalizzato alla clausola del rischio consentito sembra ancor oggi comportare un'omologazione dei giudizi in tema di responsabilità extracontrattuale in ambito sportivo [12].

Peraltro, sebbene essa promuova in buona sostanza un giudizio del caso concreto, ed una ricostruzione in concreto della stessa colpevolezza, funzionando il rischio stesso oltre che come causa di esclusione dell'antigiuridicità come criterio stesso di valutazione attenuata della regola della diligenza [13], ciò non toglie che proprio questa parametrazione ad hoc della valutazione della responsabilità potrebbe portare in taluni casi a risultati diversi da quelli che invece ci restituisce la congerie delle decisioni giurisprudenziali, tenuto conto della diversità dei profili da valutare di volta in volta, che vanno dalla qualità del partecipante all'attività, al contesto in cui questa stessa si pratica, alla natura dell'evento, al coinvolgimento nel medesimo anche di soggetti preposti titolari di ruoli *ad hoc*.

La varietà delle discipline sportive e quindi la diversità delle regole che ne informano l'esercizio, anche durante la gara, costituiscono in sede di giudizio una pluralità di parametri da contemplare, anche in considerazione della pratica di tipo amatoriale, non organizzata e né ufficiale di queste stesse [14].

---

risulta organizzata, accessibile e riconoscibile: in tal modo lo sport diviene istituzione. Jean-Marie Brohm definisce infatti lo sport come un sistema istituzionalizzato di pratiche competitive prevalentemente fisiche, delimitate, codificate. Così, A.G. PARISI, *Sport, minori e responsabilità genitoriale*, in *Comparazione diritto civile*, 2016, 1, ss.

[12] C. GRANELLI, *La responsabilità*, cit., 406 ss., il quale analizza il fondamento e i limiti dell'operatività del rischio consentito, in riferimento ad una triplice categoria di attività sportive, quelle per le quali esiste una disciplina legislativa ad hoc, come gli sport invernali, quelle le cui regole sono fissate dall'ordinamento sportivo e quelle prive di regolamentazione ufficiale, per le quali ultime dovrebbero valere le comuni regole prudenziali. Rileva inoltre l'A. che la generalizzata tendenza della giurisprudenza ad ammettere l'operatività del rischio consentito si estende anche a discolpa dell'atleta quando eventi lesivi coinvolgano terzi spettatori, cfr. Trib. Mil. 12 novembre 1992, in *Resp. civ. prev*. 1993, 616. Trib. Roma 29 gennaio 2003, in *Arch. Circ*., 2004, 186; Trib. Milano, cit. 616.

[13] L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo*, cit., 356.

[14] V. M. COSTA, *Ricognizione del sistema della responsabilità sportiva e prospettive di sviluppo*, in *Rivista della Facoltà di Scienze Motorie dell'Università di Palermo*, 2011, 4, 57 ss., secondo il quale

Esistono infatti situazioni molto diverse dall'ipotesi – che potremmo in questa sede definire paradigmatica – del pregiudizio occorso ad uno sportivo maggiorenne impegnato nello svolgimento di una gara sportiva ufficiale e consapevole del rischio inerente al tipo di sport praticato, implicitamente accettato con l'adesione alla competizione se non addirittura a monte con l'atto di tesseramento, ipotesi che peraltro, non sembra possano semplicisticamente ricondursi all'alternativa (dagli incerti confini) professionismo-amatorialità [15]; si pensi all'ipotesi del danno autocagionatosi [16], ovvero a quella dell'attività praticata da minori [17], o in contesti amicali e non ufficiali.

---

"l'attività sportiva è, infatti, variegata ed eterogenea; con la conseguenza che mutano gli interessi, di volta in volta, perseguiti dalle parti, il rischio che esse si assumono, nonché le regole che esse recepiscono nel partecipare ad ogni singola attività sportiva o meglio, nell'esprimere la propria personalità attraverso lo sport".

[15] Il termine professionismo sportivo sul piano normativo trova ancora un suo puntuale, quanto discusso riferimento nella l. 23 marzo 1981, n. 91 che all'art. 2 definisce i professionisti sportivi, in base a criteri formali soggettivi, ovvero l'appartenenza ad una delle categorie elencate, ed in parte criteri formali oggettivi, cioè la pratica di una disciplina sportiva professionistica, qualificata in tali termini dagli enti sportivi, rimandando, quindi, all'ordinamento sportivo, il compito di individuare i criteri oggettivi e quindi completare la stessa definizione normativa. Sul punto, G. LIOTTA-L. SANTORO, *Lezioni*, cit., 148, i quali osservano come per ovviare ad una tutela minimale riservata dalla legge ai dilettanti, "la mancata qualificazione da parte delle Federazioni dell'attività sportiva come professionistica non dovrebbe comportare l'assoluta irrilevanza per l'ordinamento giuridico statale della prestazione lavorativa svolta nell''ambito di tale attività sportiva, ove siano rinvenibili i caratteri tipici del rapporto di lavoro autonomo ovvero subordinato. In tali ipotesi, dunque, quantunque non trovi applicazione la l. n. 91/81 dovrebbe comunque applicarsi la disciplina ordinaria in materia di lavoro autonomo ovvero subordinato.

[16] Vedi C. DAINI, *Danno da autolesione dell'allievo (minore), di una scuola sci, nota a Cass. 17 febbraio 2014, n. 3612*, in *Danno e resp.*, 2014, 10, 900 ss., ove si ricostruisce il caso in cui "durante una lezione di sci di gruppo un allievo minorenne cade riportando la frattura della tibia sinistra. I genitori del minore agiscono in giudizio, nei confronti della scuola di sci e dell'insegnante, chiedendo il risarcimento dei danni subiti dal proprio figlio. La pretesa risarcitoria degli attori, formulata adducendo l'inadempimento dei doveri di vigilanza da parte dei convenuti, viene respinta sia in primo grado che in appello per mancanza di prova dell'inadempimento, il cui onere, secondo i Giudicanti, doveva porsi interamente in capo al danneggiato. I giudici di legittimità, con la sentenza in esame, censurano il ragionamento della Corte di Appello, ritenendo erroneo l'inquadramento della fattispecie nell'ambito della responsabilità aquiliana, sostenendo, al contrario, che il caso di specie integrerebbe un'ipotesi di responsabilità contrattuale, con il conseguente differente riparto degli oneri probatori. Nonostante la suddetta censura, la Corte, corretta la motivazione, conferma la sentenza d'appello ritenendo provato, a mezzo di presunzioni, che l'evento auto-lesivo sia da imputarsi al fortuito, così da escludere le responsabilità ipotizzate in capo ai convenuti".

[17] In argomento, Cass. 30 marzo 2011, n. 7247, in *Fam. dir.*, 2012, 2, 143 ss., con nota della scrivente, *Audoterminazione del minore e responsabilità civile*, con riferimento ad una controversia giunta all'attenzione della Suprema Corte originata da un evento lesivo occorso tra minori durante un torneo amatoriale tra associazioni sportive. I genitori del minore, che a causa di uno scontro durante un'azione di gioco aveva riportato un trauma facciale con avulsione traumatica dell'incisivo sinistro e frattura del secondo incisivo, ottengono la condanna dell'associazione sportiva al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 2047 cod. civ., solo in primo grado, poiché già in appello i giudici escludono l'applicabilità alla fattispecie concreta della

La casistica [18] sembra mettere sul tappeto l'esigenza di una diversa ponderazione di alcuni delicati profili capaci comunque di incidere nel giudizio di responsabilità, senza temere che la conclusione cui poi si dovesse addivenire in concreto rischi di tradursi in una negazione dell'astratta meritevolezza di tutela dello sport e delle connesse attività umane; rimane fin troppo pacifico che ormai vasta letteratura specialistica riconosce in più ambiti disciplinari i notevoli benefici che la pratica sportiva apporta sul piano non solo sanitario in senso stretto ma psicologico, sociologico ed educativo e culturale, in una parola sociale ed evolutivo.

Se a questi risvolti risultino sensibili sia dottrina [19] che giurisprudenza, soprattutto quella penale [20], il tema della responsabilità civile in ambito sportivo si pone come terreno dedicato di riflessione su una questione di più ampio respiro, cioè quella dei rapporti

---

norma richiamata, non ritenendo incompatibile il fallo con il tipo di gioco praticato. La Suprema Corte sostanzialmente conferma l'orientamento, sebbene i ricorrenti avessero lamentato l'*error in iudicando* consistente nell'aver il giudicante applicato *sic et simpliciter* alla fattispecie in esame le regole proprie del giudizio di responsabilità dello sport professionistico.

[18] Vedi pure M. CALCIANO, *Diritto*, cit., *passim*.

[19] A. LEPORE, *Responsabilità civile e tutela della persona atleta*, Esi, Napoli, 2009, 169 ss., il quale rileva la necessità di rintracciare i confini di liceità delle condotte tenute dagli atleti in riferimento al caso concreto oggetto di analisi specifica, distinguendo a seconda degli sport e imponendo sotto il profilo della colpa, che quest'ultima sai valutata contestualmente in base ai soggetti coinvolti potenzialmente diversi per qualità personali e fisiche". Ed ancora l'A. osserva che diverse possono essere le discipline applicabili per regolare la responsabilità sportiva, criticando peraltro un certo atteggiamento della dottrina a fronte della giurisprudenza la quale "ha inteso riferirsi generalmente al paradigma della responsabilità extracontrattuale, sviluppato tuttavia attraverso diversi modelli, là dove la dottrina, dimostrandosi meno attenta alla prassi soprattutto negli anni addietro, ha preferito riferirsi a due soli schemi: all'art. 2050 c.c., sulle attività pericolose, e, soltanto residualmente all'art. 2043 c.c.".

[20] Vedi Cass. Pen. 8 marzo 2016 n. 9559, secondo cui "La constatazione che l'esercizio, specie con i caratteri agonistici delle gare di maggior rilievo, di una disciplina sportiva, che implichi l'uso necessario (es. pugilato, lotta, ecc.) o anche solo eventuale (calcio, rugby, pallacanestro, pallanuoto ecc.) della forza fisica, costituisce un'attività rischiosa consentita dall'ordinamento, per plurime ragioni, a condizione che il rischio, appunto, sia controbilanciato da adeguate misure prevenzionali, sia sotto forma di regole precauzionali, che dall'imposizione di obblighi di cure e trattamento a carico delle società sportive operanti, costituisce un sapere largamente condiviso. Sottolinea la natura di attività a rischio consentito la sentenza di questa Corte, sez. 4, n. 20595 del 28/4/2010, dep. 1/6/2010, Rv. 247342, la quale alle pagg. 4 ss., chiarisce come il rischio qui preso in considerazione sia relativo e non assoluto, in quanto posto a fronte di un vantaggio sociale del pari relativo e non assoluto e come il bilanciamento degli interessi contrapposti imponga uno scrupoloso rispetto delle regole cautelari. Con la conseguenza che il rischio accettato non ricomprende le azioni volontarie poste al di fuori dell'azione di gioco (cfr., pure sez. 5, n. 42114 del 4/7/2011, dep. 16/11/2011, Rv. 251703) o anche solo non finalizzate alla predetta azione e neppure quelle tali da apparire sproporzionate *ex ante*, in quanto ne sia soggettivamente percepibile la lesività delle stesse". Vedi pure Cass. pen., sez. IV, 12 novembre 1999 n. 2765, in *Foro it*., 2000, II, 63 ss.; non è giustificato dall'esercizio dell'attività sportiva il comportamento dell'atleta che, nel corso di un incontro di esibizione – allenamento, non conformandosi a criteri generali di diligenza e prudenza, provochi un infortunio all'avversario".

Stato-Sport, peraltro di recente tornata alla ribalta del dibattito dottrinario, in seguito al complicato percorso attivato dall'iter di riforma dell'ordinamento sportivo, avviato con la legge dell'agosto 2019 [21].

La decisione de qua pare confermare detta impressione, offrendo in argomento interessanti spunti di riflessione su diversi profili, a cominciare dalla natura giuridica delle federazioni sportive e degli atti da queste poste in essere [22], in particolare i regolamenti sportivi, i quali essendo in via di prima approssimazione destinati a rilevare nei giudizi di responsabilità, sotto il profilo della colpevolezza, rimettono in discussione il ruolo stesso della colpa civile come criterio di imputazione della responsabilità nell'illecito aquiliano [23], essa evoca, anche, come si vedrà innanzi, la più delicata e complessa questione della selezione delle attività umane da ricondurre all'ampio concetto di sport in diritto, che si prospetta rilevante ai fini di una possibile delimitazione dell'operatività dell'art. 2043 cod. civ. e delle successive norme dettate in relazione alle cosiddette speciali figure di responsabilità, come conferma plasticamente e lapalissianamente l'espressione del giudicante sport amatoriale implicante attività agonistica.

Sotto quest'aspetto, la responsabilità civile conferma di essere, a sua volta, quella provincia [24] nella quale confluiscono esigenze ed istanze di tutela le più diverse, rimesse

---

[21] P. SANDULLI, *Note a prima lettura del disegno di legge n. 1603/2019 in tema di riordino dell'ordinamento sportivo*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2019, 1, 47 ss.

[22] L. DI NELLA, *Le federazioni sportive nazionali dopo la riforma*, *Riv. dir. sport*, 2000, 1-2, 53 ss.; G. NAPOLITANO, *La riforma del C.O.N.I. e delle Federazioni sportive*, *Giorn. dir. amm*. 2000, 2, 113 ss.

[23] Da ultimo sul ruolo della colpa in relazione alle diverse funzioni, preventiva e compensativa, v. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, Giuffrè, 2017, 117 ss. e V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, in *Jus civile*, 2017, 6, 696 ss., il quale rileva la tendenza del nostro sistema una espansione della responsabilità per colpa e di una parallela contrazione della responsabilità oggettiva, citando come esempi sistematici la nuova disciplina dei rimedi risarcitori e inibitori per la violazione dei diritti di proprietà industriale e di autore (introdotta in base alla direttiva europea c.d. *enforcement* n. 48/2004) e la direttiva europea n. 2004/35 in tema di danno ambientale per la quale gli Stati membri sono solo facoltizzati a introdurre il criterio della colpa, preferito dal legislatore italiano dal nuovo codice in materia. In argomento vedi G. ALPA, *La responsabilità*, cit., pure A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Esi, Napoli, 2017 e M. FRANZONI, *L'illecito*, op. cit., 175, il quale ne evidenzia il profilo di un concetto indeterminato ed elastico. Per un approccio casisitico sulla colpa civile v. L. MANCINI, *La colpa nella responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2015, *passim*.

[24] G. ALPA, *La responsabilità*, cit., 1 ss., il quale osserva come "nella formula responsabilità civile si racchiudono infatti la teoria dell'atto illecito, la teoria del danno, gli aspetti assicurativi, ma anche le connessioni con il diritto di famiglia della proprietà, del contratto, del credito, per non parlare dei temi centrali della teoria generale del diritto, dall'uso delle clausole generali alle tecniche interpretative, alla creatività della giurisprudenza. A scorrere i repertori di giurisprudenza si può notare che una percentuale assai considerevole delle sentenze civili fa ricorso alle regole della responsabilità civile per dare soluzione a casi tradizionali, a casi nuovi, a casi "difficili". Sulle funzioni della responsabilità civile, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto*

all'apprezzamento della giurisprudenza di merito e di legittimità chiamata ad applicarne regole e principi, e di cui la dottrina è ancora una volta sollecitata a sperimentare e verificare la centralità nella teoria generale per la capacità di intercettare non solo i più importanti temi del diritto civile, ma, attraverso questi, anche questioni talvolta trascurate o marginali al dibattito dottrinario e che sono un'interessante fucina per riflettere sull'evoluzione del diritto privato e di quello vivente in generale.

**2.** – La controversia trae origine da un incidente avvenuto durante una partita di calcetto "giocata a titolo amatoriale", o almeno così qualificata dal giudicante, nel corso della quale a seguito di una scivolata uno dei partecipanti batteva il capo lungo un muretto di recinzione, riportando gravissimi danni alla propria persona.

Instaurata la lite nei confronti dell'associazione dilettantistica, nonché della polisportiva cui questa era affiliata, che avevano a loro volta chiamato in giudizio l'ente locale e la compagnia assicurativa, e soccombendo in prime cure e in appello, il danneggiato ricorre per Cassazione a mezzo della madre, suo legale rappresentante in qualità di suo amministratore di sostegno.

In buona sostanza, l'istante sostiene – tra i motivi di ricorso – che il campo di calcetto non fosse a norma, assumendo, in particolare, che la presenza di un muretto ad una distanza reputata inferiore a quella prescritta nei regolamenti sportivi, e in quanto tale irregolare e contrastante con i regolamenti disciplinanti le norme di sicurezza per la costruzione e la gestione degli impianti sportivi, non avrebbe garantito la sicurezza necessaria e che la Corte aveva erroneamente ritenuto il contrario, peraltro omettendo di valutare l'assenza di schermature idonee ad evitare una situazione di pericolo per i giocatori.

Secondo la Corte di merito, viceversa, posto che il muretto contro il quale il ricorrente si era andato ad imbattere, si trovava ad una distanza superiore a quella minima prevista, con la conseguenza che, esclusa una condizione obiettiva di pericolosità, non poteva predicarsi la responsabilità per danni *ex* art. 2051 cod. civ.; osservava, inoltre, il giudice

---

*civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 2020, 324 ss.; S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista critica di diritto privato*, Jovene, Napoli, 2017, a cura di G. Alpa e M.R. Marella, 595 ss., il quale osserva che di fronte alla vitalità dell'istituto della responsabilità civile è contraddittorio parlare di crisi, così come la previsione di un ridimensionamento dovuto alle troppe molteplici funzioni è frutto di una valutazione critica dell'opera della giurisprudenza; secondo l'autore si tratta solo di una sottovalutazione di un processo inevitabile che peraltro non si risolve in una manipolazione di una tecnica giuridica quanto ad un incontro ed una sintonia tra un istituto che sta uscendo dalla sua vecchia pelle per rinnovarsi di fronte alle nuove domande di tutela.

in appello che le dimensioni erano conformi a quelle previste per i campi di calcetto visto che le disposizioni invocate dall'attore disciplinavano al contrario la più ampia struttura dei campi di calcio, e non le gare come quella relativa al caso concreto che prevedevano il coinvolgimento di squadre con composizione più che dimezzata chiamate a disputare il gioco su terreni per i quali è prevista una misura ridotta, e comunque differente da quella relativa ad eventi con un più alto numero di partecipanti.

Il giudice di legittimità, nel confermare le gravate decisioni nei limiti della non sindacabilità in Cassazione delle questioni di mero fatto, in relazione all'allegazione dei regolamenti sportivi, si esprime condividendo le statuizioni del giudice in appello e conferma la correttezza della decisione nel merito per cui "nell'ipotesi di sport amatoriale, pur implicante attività agonistica, la consapevolezza del rischio di chi vi partecipa volontariamente riduce la soglia di responsabilità dei custodi del bene sul quale la competizione viene svolta, i quali sono tenuti ad attenersi alle normali cautele idonee a contenere il rischio nei limiti confacenti alla specifica attività sportiva, ove esso, per le sue intrinseche caratteristiche, non sia più elevato che nella media".

**3.** – Emerge dai motivi di ricorso che in appello si era discusso se i regolamenti sportivi dovessero considerarsi alla stregua delle fonti di diritto e quindi in quanto tali reputarsi soggetti al principio *iura novit curia*, oppure se, contrariamente, essi ricadessero nel novero dei fatti da allegare dalle parti.

Sul punto la Corte di Cassazione sembra condividere la posizione assunta dal giudice di secondo grado secondo cui, essendo atti volti a disciplinare le attività sportive di associazioni private, ispirati alla Regolamentazione del CONI, essi (cioè i regolamenti) dovevano essere considerati meri atti amministrativi, da assoggettare al regime di cui all'art. 345 cod. proc. civ.; in argomento, peraltro, la Corte richiama il proprio orientamento secondo cui l'obbligo del giudice di ricercare le fonti del diritto applicabili alla fattispecie dedotta in giudizio non opera con riferimento alle norme giuridiche secondarie ed agli atti amministrativi che devono essere depositati tempestivamente dalla parte che intende avvalersene" (cfr. Cass.16089/2007; Cass. 2737/2015).

In ordine a questo primo aspetto, non è chiaro perché pur considerati atti di soggetti privati essi vengano qualificati dalla Corte come atti amministrativi. È anzi doveroso rilevare che il tema non può dirsi pacificamente esauritosi nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale, nell'ambito del quale esso è stato affrontato in particolare in relazione al profilo della validità dei contratti sportivi conclusi in violazione delle previsioni del c.d.

ordinamento sportivo [25] e della possibilità di una cosiddetta doppia qualificazione di un atto realizzato in àmbito sportivo, una dall'ordinamento sportivo e un'altra dall'ordinamento statale; discutendosi, in tal caso, se le norme sportive, in quanto frutto di una potestà normativa delegata dal legislatore statale alle singole federazioni sportive, fossero suscettibili di assimilazione alle norme dell'ordinamento statale [26].

Secondo parte degli studiosi [27] la questione rimanderebbe innanzitutto all'interpretazione dell'art. 23 del c.d. Decreto Pescante, il quale nell'assegnare a detti enti compiti a valenza pubblicistica non contempla fra questi la potestà normativa e regolamentare, essendo le Federazioni enti con personalità giuridica di diritto privato; di conseguenza i regolamenti sportivi sarebbero atti di autonomia privata in base al combinato disposto degli artt. 18 Cost., 1321 cod. civ. e 28 ss. cod. civ. [28].

Analizzando il dato di diritto positivo, si è osservato [29], altresì, che sebbene la l. 17 ot-

---

[25] M. PIGNALOSA, *Ordinamento sportivo e fonti private*, in *Jus Civile*, 2017, 6, 646 ss.; A. LEPORE, *Fenomeno sportivo ed autonomia privata nell'ordinamento italiano ed europeo*, cit., 155 ss.; G. SANTORELLI, *Sussidiarietà e regole di validità dei contratti sportivi*, in AA.VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato, Torino*, 2014, 235 ss.; G. FACCI, *Il contratto immeritevole di tutela nell'ordinamento sportivo*, in *Contr. impr*., 2013, 3, 645 ss.; ID., *Ordinamento sportivo e regole di invalidità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2013, 237 ss.

[26] Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, in *Giur. it*., 2004, 1887 ss., con nota di F. Iozzo, Cessione di calciatori e rapporto fra ordinamento statuale e normativa sportiva; Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, in Giustizia civile 1982, 2411; si considera il contratto di cessione lecito per l'ordinamento statale, in quanto atipico, ma in pari tempo invalido per immeritevolezza, in quanto «concretamente inidoneo a realizzare un interesse meritevole di tutela, non potendo attuare, per la violazione delle suddette regole [quelle dell'ordinamento sportivo, n.d.r.], alcuna funzione nel campo dell'attività sportiva, riconosciuta dall'ordinamento dello Stato».

[27] M. PIGNALOSA, *Ordinamento*, cit., 654, secondo cui la potestà regolamentare delle Federazioni sportive deve essere ricondotta pertanto al più generale potere di autonomia privata che l'ordinamento riconosce ad ogni formazione sociale; l'A. richiama in proposito Corte Cost., 14 dicembre 2010, n. 49, in *Giust. civ*., 2011, 5, 1145.

[28] Vedi L. DI NELLA, *Il sistema sportivo tra unitarietà dell'ordinamento e orientamenti giurisprudenziali*, in *Actualidad juridica Iberoamericana*, 2015, 2-*bis*, 53 ss., il quale con riferimento alla pronuncia n. 49/2011 della Corte Costituzionale chiamata a giudicare della legittimità costituzionale del d.l. n. 220/2003 in tema di riparto di competenze tra Stato e Sport, osserva che In linea di principio, essa segna sicuramente un considerevole passo avanti nella configurazione dei rapporti tra organizzazione sportiva e ordinamento giuridico. È significativo in tal senso l'aver inquadrato il fenomeno nel sistema costituzionale dell'autonomia associativa e della tutela della persona nelle formazioni sociali. L'autonomia negoziale è quindi la fonte delle regole sportive, anch'esse di natura negoziale quindi soggette ad accettazione. Vedi pure G. NAPOLITANO, *Sintesi della discussione Tavola Rotonda Lo sport in Italia: valori, regole, dimensione economica*, Roma 7 maggio 2008, consultabile in w*ww.aspeninstitute.it*, il quale osserva che "Rispetto agli assetti originari, il modello organizzativo del Coni, a lungo stabile e immutabile, ha conosciuto alcuni cambiamenti e adeguamenti tra il 1999 e il 2004. Allo stesso tempo, le federazioni sportive sono state trasformate in associazioni di diritto privato".

[29] M. PIGNALOSA, *Ordinamento*, cit., 646 ss. In giurisprudenza si è espressa per la natura privatistica la

tobre 2003, n. 280 abbia espressamente riservato all'ordinamento sportivo l'emanazione di norme statutarie organizzative interne, di norme regolamentari tecniche al fine di garantire il corretto svolgimento dell'attività sportiva, di norme sanzionatorie di carattere disciplinare, tale previsione non sarebbe idonea a privare queste norme della loro natura negoziale; ciò in quanto esse altro non sarebbero che il frutto di contratti normativi conclusi nell'ambito del procedimento di costituzione degli enti o del loro funzionamento, che è come noto a formazione associativa, pertanto, il meccanismo dell'adesione consentirebbe a quanti vi si affilino ovvero a quanti vi si tesserino tramite gli enti di primo livello di accettarne le regole di funzionamento interno.

Confermerebbe detta ricostruzione anche l'orientamento della Corte Costituzionale che con la sentenza 11 febbraio 2011 n. 49 [30], ha sostanzialmente "inquadrato il fenomeno nel sistema costituzionale dell'autonomia associativa e della tutela della persona nelle formazioni sociali" [31], dal momento che l'associazionismo è strumento e luogo di esercizio di diritti di libertà per la piena espressione e maturazione della persona, riconoscendo altresì che la vita delle formazioni sociali si contraddistingue per il tratto qualificante dell'autonomia, in particolare di quella negoziale da cui trarrebbero fonte le regole sportive, in quanto tali soggette ad accettazione da parte degli aderenti [32].

Pertanto, così ricostruita la questione, dovrebbe rimanere pienamente condivisibile la tesi secondo cui "le regole dettate dalle comunità sportive per disciplinare le loro attività – siano esse regole di organizzazione, di comportamento, o tecniche – hanno, nell'ordinamento dello Stato, potenzialmente la stessa rilevanza che hanno le regole di ogni al-

---

Suprema Corte; vedi Cass. 3 agosto 2007, n. 17067, Pres. De Luca, che ha ritenuto: "Le disposizioni contenute nelle cosiddette "carte federali" delle federazioni sportive nazionali – aventi natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato – rappresentano atti di autonomia organizzativa contrattuale e vanno interpretate secondo i canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 e segg. cod. civ.". Sembra confortare tale indirizzo, Cass. 13 febbraio 2004, n. 2836, Pres. Sciarelli, Secondo cui la potestà regolamentare conferita all'ordinamento sportivo dall'art. 5, l. 16 febbraio 1942, n. 426 si riferisce all'ambito amministrativo interno e non a quello dei rapporti intersoggettivi, cfr. Cass. n. 75/1994.

[30] P. SANDULLI, *In tema di risarcimento del danno derivante da un'ingiusta sanzione sportiva, tra vecchie questioni e nuovi profili di costituzionalità*, in *Riv. dir. ec. sport*., 2017, 3, 103 ss.

[31] Sul punto vedi R. LANDI, *Associazioni sportive, servizi alla persona e sfide economiche*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2018, 2, 242 ss.

[32] Giova rilevare che la citata ricostruzione non esime le regole sportive dal controllo di meritevolezza, riconoscendo come la loro natura meramente tecnica non è di per sé fatto sufficiente a creare una zona franca di irrilevanza che le sottragga al vaglio del giudice, quante volte per esempio ponendosi in contrasto con i fondamentali principi costituzionali la loro applicazione si dovesse rivelare occasione di violazione di situazioni giuridiche soggettive protette dall'ordinamento statale ovvero dal diritto dell'Unione, come insegnano le pronunce che hanno fatto scuola sul punto dal caso Meca-Medina ai casi Walrawe e Donà.

tra comunità che rientri nel catalogo delle formazioni sociali riconosciute e garantite dallo Stato" [33].

Al contrario, nel caso in commento, la Suprema Corte, sembra derivare la natura e la qualificazione dei regolamenti sportivi destinati a disciplinare le attività sportive di associazioni private in termini di atti amministrativi dalla natura della regolamentazione del CONI, evidentemente pubblicistica, richiamando così indirettamente un risalente orientamento formatosi nel 1978, quando le Federazioni erano ancora organi del CONI stesso, con la pronuncia Cass. 11 febbraio 1978 1978, n. 625 [34], la quale ebbe a precisare che "la potestà riconosciuta all'ordinamento sportivo, avente come soggetto di vertice il CONI è di natura amministrativa"; che "gli atti normativi che promanano dal CONI, sono riconducibili alla categoria dei regolamenti di organizzazione e/o indipendenti"; contemporaneamente tuttavia statuendo nel senso che "la potestà normativa avente ad oggetto la regolamentazione dei rapporti tra privati è per sua natura esclusa da quelle spettanti al CONI, in quanto necessariamente oggetto di atti di normazione primaria e per sua natura riservata allo Stato", si tratta di un orientamento che, ha escluso, è bene precisarlo la potestà legislativa regionale [35] nella materia dell'ordinamento civile.

Discende da quanto sopra che il problema della natura dei regolamenti sportivi sembrerebbe apparentemente prospettare ancora oggi una rigida alternativa, (non priva di ricadute ai fini dell'apprezzamento della responsabilità civile in ambito sportivo, di cui si dirà in prosieguo) e cioè delle due l'una: o si tratta di atti di natura privatistica posti in essere da enti di diritto privato, oppure – in quanto ad oggetto materia attinente all'interesse pubblico – questi atti dovrebbero essere a rilevanza pubblica, salvo qualificarli come sembra aver fatto la Corte d'Appello, con orientamento condiviso dal giudice di

---

[33] R. CAPRIOLI, Il significato dell'autonomia nel sistema delle fonti nel diritto sportivo nazionale, in *Nuova giur. civ. comm*., 2007, II, 285 ss.; F. ZATTI, *Ordinamento sportivo ed ordinamento giuridico statutale tra autonomia e riserva di giurisdizione. Dal diritto dei privati all'ordinamento settoriale, verso una lex sportiva?*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2007, 3, 319 ss., il quale in una porspettiva critica osserva che questo progressivo aumento di autonomia istituzionale può addirittura fa ipotizzare che si versi in presenza non di uno ma di una pluralità di ordinamenti sportivi.

[34] In M. BESSONE, *Casi*, cit., 59 ss.

[35] Sul punto, C. DE MENECH, *Il diritto privato regionale*, in *Jus civile*, 2018, 2, 151 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, Bologna, 2008; S. GIOVA, *Ordinamento civile e diritto privato regionale. Un difficile equilibrio nell'unitarietà del sistema*, Esi, Napoli, 2008; E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Cedam, Padova, 2005; G. ALPA, *L'ordinamento civile nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Contr*., 2004, 175; G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contr. impr*., 2002, 606; V. ROPPO, *Diritto privato regionale*?, in *Riv. dir. priv*., 2003, 11 ss.; N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2001, 702; S. CALZOLAIO, *La materia "ordinamento civile": una ulteriore competenza trasversale dello Stato*, in *Forum Quad. cost*., in *www.forumcosttuzionale.it*.

legittimità, atti amministrativi e non regolamenti, cioè quindi non aventi carattere di fonti del diritto, poiché non dotati di natura normativa, generale ed astratta.

In realtà il tema, ben lungi dal potersi liquidare nei termini di una semplice duplice prospettiva di analisi, intercetta, e non pare possa dirsi altrimenti, come già anticipato nelle premesse, il più ampio problema dei rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo, da ultimo oggetto di rivisitazione ad opera di una parte considerevole della dottrina [36].

Se è vero che in passato era stato per tradizione affrontato in una prospettiva pluralistico-ordinamentale [37], muovendo cioè dalla considerazione dello sport alla stregua di un ordinamento giuridico sia pure settoriale e minore rispetto all'ordinamento statale e pertanto subordinato ai principi fondanti di questo, in primis i valori della Carta Costituzionale, oggi invece lo stesso risulta oggetto anche di un nuovo approccio ricostruttivo da una parte degli studiosi [38], che tendono a metterne in evidenza la trasversalità e l'intrec-

---

[36] Nella prospettiva del diritto costituzionale, si rimanda a A. GRAGNANI, *I «punti di contatto» fra autonomia dell'ordinamento sportivo e diritti costituzionali come «rapporti multipolari di diritto costituzionale» (Sindacato «complessivo» di proporzionalità e «regola generale di preferenza» in funzione di monito preventivo al legislatore nella sentenza n. 160/2019 della Corte costituzionale)*, in *Consultaonline*, 2020, 1, 84 ss.; la quale osserva che per "l'ordinamento statale, quello sportivo rappresenta «uno dei più significativi ordinamenti autonomi». Invero, è una formazione sociale particolarmente diffusa quale luogo di sviluppo della persona umana, che persegue, fra gli altri, interessi di assoluta rilevanza costituzionale, come la tutela della salute, e dà luogo all'esercizio di attività professionali e imprenditoriali alle quali sono collegati ingenti interessi economici". L'A. richiama la teoria dello «Stato costituzionale aperto», "elaborata dalla letteratura tedesca per indicare l'apertura dell'ordinamento costituzionale a nuovi sistemi di cooperazione e integrazione ultra-statale, che "implica la conseguente necessaria limitazione della competenza regolativa dello Stato per assicurare il rispetto dell'autonomia dell'ordinamento sportivo ma, al tempo stesso, anche il riconoscimento di inevitabili «punti di collegamento» fra i due ordinamenti, che il legislatore deve disciplinare a garanzia dei diritti costituzionali inviolabili". Si veda anche a A. BONOMI, *L'ordinamento sportivo e la costituzione*, in *Quad. costit.*, 2005, 2, 363 ss.

[37] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, Spoerri, 1918; M.S. Giannini, Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici, in *Riv. Dir. Sport. 1949*, 1 ss.; ID., *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl*. 1996, 674 ss.; A. QUARANTA, *Rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. sport.* 1979, 29 ss.; più di recente M. SANINO-F. VERDE, *Il diritto sportivo*, Cedam, 2015, 9 ss.

[38] L. DI NELLA, *Il sistema sportivo*, cit., 53 ss.; vedi pure M. SALVATORE, *Indipendenza dell'ordinamento sportivo rispetto a quello ordinario*, in *giustiziacivile.com*., 2019, 1, 8 ss., nonché G. FACCI, *La responsabilità civile delle Federazioni sportive e la "vexata quaestio" dei rapporti tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo*, in *Corr. giur*., 2018, 2, 204 ss.; F. ZATTI, *Ordinamento sportivo*, cit., 3, il quale si chiede il perché dell'analisi della dimensione giuridica del fenomeno sportivo nei termini della ricostruzione dei rapporti tar ordinamenti, quello statale e quello sportivo, ed indica le possibili ragioni nella natura sociale del fenomeno, nella sua dimensione internazionale e nella sua dinamicità evolutiva, aspetti questi che peraltro metterebbero in crisi anche la ricostruzione unitaria del significato stesso di ordinamento sportivo. Per un inquadramento della tematica in una prospettiva costituzionalmente orientata si rimanda a R. BORRELLO, *La posizione dell'organizzazione sportiva nell'attuale quadro costituzionale: alcune riflessioni su un profilo fortemente problematico*, in *Giur. cost*., 2019, 5, 2865 ss. e P. D'ONOFRIO, *Il rapporto tra or-*

cio dei profili legati alla relativa materia con tante altri settori oggetto di intervento legislativo, come la salute, il lavoro, la concorrenza, l'impresa, la responsabilità civile, la giustizia; per questo si guarda allo sport non solo ed a volte non tanto come ordinamento ma soprattutto come un sistema di norme ed una materia la quale, alla pari di altre trasversali, come il turismo, attiene ad una pluralità di competenze, legislative o normative, esecutive ed amministrative e non solo.

Sotto quest'aspetto, la materia sport sembra da ultimo sempre più rimessa all'autoregolazione privata degli enti sportivi di primo e di secondo livello, il cui ruolo di corpi intermedi nel perseguimento di interessi generali si fonda sul principio di sussidiarietà orizzontale di cui al novellato art. 118 Cost. [39], ed è stato legittimato dal Codice del Ter-

---

*dinamento statale ed ordinamento sportivo nell'attuale contesto costituzionale*, in *Federalismi*, 2019, 12, 16 ss. Sotto il profilo della rilevanza dei rapporti tra i due ordinamenti anche in relazione al riparto di competenze Stato Regioni, vedi M. MANCINI, *Il riparto di competenze relative allo sport dopo la riforma del titolo V della Costituzione, tra continuità e innovazione*, in *Le Regioni*, 2010, 5, 1049 ss., il quale plasticamente osserva che "detti rapporti si possono atteggiare secondo diversi moduli e cioè: "L'ordinamento «generale» può infatti «rifiutare» e «contrastare» l'ordinamento sportivo, può manifestare nei suoi confronti assoluta «indifferenza» e «disinteresse» oppure può «assorbirne» una parte prendendone in considerazione alcuni ambiti con le più varie finalità. In realtà, molto spesso è accaduto e accade che questi tre diversi atteggiamenti convivano l'uno accanto all'altro, cosicché l'ordinamento «generale» manifesta «indifferenza» o «rifiuto» nei confronti di una parte dei rapporti, dei soggetti e delle attività che connotano l'ordinamento sportivo e «interesse» nei confronti di un'altra. Resta inteso che il connotato della sovranità pertiene esclusivamente all'ordinamento «generale» mentre all'ordinamento sportivo, non diversamente da qualsiasi altro ordinamento «particolare», può essere riconosciuta esclusivamente una sfera più o meno ampia di autonomia, la cui delimitazione è appunto rimessa all'ordinamento più comprensivo, che detiene pertanto il potere di ultima istanza in ordine alla demarcazione dei rispettivi confini".

[39] E. BATTELLI, *Il ruolo dei corpi intermedi nel modello italiano di società pluralista*, in *Politica del diritto*, 2, 258 ss.; F. ZATTI, *Ordinamento sportivo*, cit., 327, il quale osserva che "il rafforzamento delle istituzioni autonomistiche" è sempre più diffuso più sfuggente quando lo si analizzi in relazione alle formazioni sociali; ciononostante sembra un processo inesorabile, laddove questo dinamismo istituzionale tende a creare regimi privati e di conseguenza una vera e propria rete di ordinamenti. Sui rapporti tra principio di sussidiarietà e diritto privato si rimanda a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit.,187; E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, in *Giust. civ*., 2014, 2, 381 ss., secondo cui la "esplicitazione costituzionale della sussidiarietà orizzontale (o sociale) imprime all'iniziativa ed all'autonomia privata un significativo supporto, fornendo, anzitutto, un criterio di orientamento ed una chiave di lettura delle disposizioni che incidono sull'agire dei privati". Osserva ancora l'A. che detto principio, "perché ascrivibile a rango costituzionale, ha attitudine a conformare l'attività normativa, fornendo al contempo un modello ispiratore delle scelte da porre a base di quest'ultima. 'esercizio privato di attività di interesse generale debba essere favorito dai pubblici poteri rappresenta la grande innovazione: ne consegue, sul piano dell'azione amministrativa, un ritrarsi dell'iniziativa pubblica ove l'esercizio dell'attività da parte dei privati risulti idoneo allo scopo. L'ambito di tali "attività di interesse generale" è segnato da un confine per definizione assai mobile in quanto indicato solo da un criterio connesso alle istanze che vanno affiorando via via nella collettività. Esso senz'altro ricomprende: scuola, ambiente, teatro e iniziative culturali, attestazioni di qualità, circolazione di dati bancari, documentazione, sport". Vedi pure G. MANFREDI, *La sussidiarietà orizzontale e la sua attuazione*, in *www.amministrazioneincammino*, 30 novembre 2016, che osserva come la "nozione rap-

zo Settore, tant'è che lo svolgimento di attività sportiva dilettantistica figura tra le materie di interesse generale [40].

Del resto, il fenomeno sportivo si è sviluppato nel corso del tempo soprattutto grazie all'esplicazione della libertà costituzionale di associazione nelle sue diverse forme e declinazioni, che ha prodotto il proliferare di soggetti privati, dotati per volontà dell'ordinamento di autonomia che si è manifestata e si manifesta innanzitutto come autoregolamentazione delle attività interne; inoltre, è il richiamato principio di sussidiarietà orizzontale dell'art. 118 Cost., che autorizza a considerare l'organizzazione delle singole discipline sportive, dei praticanti e delle competizioni ad esse relative come un'espressione propria della società civile, cui lo Stato, non rinunciando allo schema della personalità

presenta innanzitutto il superamento delle visioni pessimiste sulla natura umana – non escluso il pessimismo di matrice agostiniana – perché in definitiva è basata sul rispetto e sulla valorizzazione della dignità dell'uomo, e dunque della responsabilità e dell'autonoma iniziativa della persona, rispetto alle quali viene riconfermato "il tradizionale principio della funzione suppletiva di ogni società", per cui "qualsiasi società, e quindi anche lo Stato, ha ragione e dovere di intervenire quando, e solo quando, i singoli componenti non possono fare da sé, con le proprie forze; dà conto della difficoltà di elaborare una nozione unitaria; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, 2006, 5, 4 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 51 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 1 ss.

[40] A. GAMBINO, *La riforma del Terzo settore e l'attività sportiva*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2018, 2, 235 ss., il quale osserva che "La riforma del Terzo settore complessivamente intesa e lo statuto regolatorio specifico dell'attività sportiva hanno certamente un punto di contatto: la regolamentazione statale di quelle attività (sportive), che, pur definite all'interno di un ordinamento peculiare avente una propria autonomia, riflette, comunque, prerogative dei consociati funzionalmente collegate allo sviluppo integrale del proprio essere, orientato da contenuti e precetti costituzionali. Ciò accade quando, oltre ad essere legato all'aspetto competitivo – dove entra in gioco, a quel punto, anche il ruolo delle federazioni – l'ordinamento sportivo realizza una missione che va ben oltre il profilo agonistico, poi – ché mira alla realizzazione di quegli interessi, di quei bisogni della persona, intesa nella sua individualità e non, che vanno dallo «stare con gli altri» alla pratica armonica dello sport, strumento di integrazione e benessere". V. pure M. OLIVI, *Principio di sussidiarietà orizzontale e regole di diritto privato*, in *Ric. giur.*, 2013, 2, 479 ss., il quale analizza il tema nella prospettiva del capitale umano ed osserva che "se il diritto delle associazioni private ha fornito gli strumenti giuridici idonei a dar forma ad ogni tipo di libera aggregazione, come a tutti i movimenti politici e sindacali che hanno rappresentato (e rappresentano) i nodi fondamentali delle moderne reti sociali di cooperazione; parallelamente il diritto delle imprese private ha sviluppato attraverso la disciplina delle società mutualistiche una tecnica di organizzazione dell'impresa a carattere non spiccatamente capitalistico, e perciò idonea a promuovere – nel senso più volte chiarito – forme di cooperazione fiduciaria non egoistica, espressive di una logica sì di natura economica, ma pur sempre alternativa a quella propria dell'impresa societaria capitalistica. Fra tali due estremi, tuttavia, simbolicamente rappresentati dalla collocazione della relativa disciplina, rispettivamente nel libro I (il libro delle persone e della famiglia), e nel libro V del codice civile (il libro del lavoro e dell'impresa), l'esperienza degli ordinamenti moderni ha visto crescere la variegata fenomenologia del "sociale", ovvero le cosiddette "istituzioni della solidarietà"; così definite per indicare un'area di relazioni sociali non mediate dal denaro e dal mercato, e nemmeno dal potere amministrativo, bensì da quell'altra risorsa di integrazione sociale – per l'appunto la solidarietà di cui all'art. 2 Cost. – che consente di soddisfare bisogni e interessi legati allo svolgimento della personalità".

giuridica di diritto privato, conferisce autonomia ed autodeterminazione, sicché detto principio informa il sistema delle fonti del diritto nel senso che le norme private, le regole sportive, possono operare con la stessa forza della legge sugli ulteriori atti di autonomia regolati dalla fonte privata [41]. Sotto quest'aspetto, il principio di sussidiarietà applicato in un'accezione non debole, comporta un ridimensionamento dell'intervento legislativo pubblico non solo statale ma anche regionale, laddove si accetti che esistono materie e settori o se si preferisce ambiti in cui sono le formazioni sociali e gli enti associativi a fungere da «soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali» o di soggetti della «cittadinanza societaria».

Di conseguenza, il riparto di compiti e funzioni nella materia sport, finirebbe per avere come soggetti protagonisti non solo le istituzioni del governo centrale e quelle del governo e periferico, ma anche gli enti in questo caso sportivi rispetto ai quali, in alcuni settori, come ad esempio quello della regolazione tecnica, il legislatore si limita a porre i limiti dell'agire privato per assicurare che lo stesso si confaccia con l'interesse generale.

Anche in questa prospettiva, quindi sembrerebbe confortata la tesi della natura privatistica dei regolamenti sportivi.

Non a caso la richiamata giurisprudenza della Corte Costituzionale, che sembra non abbia accantonata la prospettiva ordinamentale, esprime piuttosto uno sforzo di conciliazione con il pluralismo delle fonti e dei gruppi, nel momento in cui afferma che gli enti sportivi sono tra le formazioni sociali deputate alla formazione e manifestazione della personalità [42] e considera lo sport come "uno dei più significativi ordinamenti autonomi" [43].

---

[41] A. LEPORE, *Fenomeno sportivo*, cit., 133 ss.; il quale osserva come lo sport sia anche espressione di "autonomia. È possibilità di auto-regolamentarsi in settori specifici. La legislazione statale, infatti, può concedere a dei comuni cittadini la facoltà di creare spazi di libertà dove imporre proprie regole giuridiche o etiche come ammesso, secondo Costituzione, dagli artt. 117 e 118, in applicazione del principio di sussidiarietà. V. pure P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 2, 687, secondo cui "non v'è ragione di costruire una netta distinzione tra un'autonomia negoziale che realizza interessi individuali e un'autonomia negoziale che realizza interessi generali".

[42] T. PENSABENE LIONTI, *Il diritto allo sport: tra esigenza socialmente rilevante e interesse fondamentale della persona*, in *Dir. amm.*, 2012, 415 ss.

[43] Corte Costituzionale 25 giugno 2019, n. 160, in *Federalismi*, 2019, 9, 2 ss. con nota di E. Lubrano, La giurisdizione meramente risarcitoria del giudice amministrativo in materia disciplinare sportiva: la Corte costituzionale (n. 160/2019) "spreca" un'occasione per la riaffermazione dell'effettività e della pienezza della tutela e della giurisdizione e Corte Costituzionale 11 febbraio 2011, n. 49, in *Giust. civ.*, 2012, 11, 2519 ss., con nota di G. Santagada, Le sanzioni disciplinari sportive: se non sono annullabili non sono «atti amministrativi», ma «fatti storici» non arbitrabili e la domanda risarcitoria si propone davanti al giudice ordinario e in *Foro it.*, 2011, I, 2611, I, 2602, con nota di A. PALMIERI, *Tutela giurisdizionale dimidiata per*

Ciononostante, è la permanenza in capo alle Federazioni sportive – scorporate dal Coni e divenute enti di diritto privato – di cosiddetti compiti a valenza pubblicistica [44],

*le sanzioni disciplinari in ambito sportivo*, in *Resp. civ. prev*., 2011, n. 6, 417 ss. con nota di G. FACCI, *Il risarcimento del danno come punto di bilanciamento tra il controverso principio dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e l'art. 24 Cost.*

[44] Sul punto da ultimo Cass. Ord. 18 aprile 2019, n. 10820, Pres. Amnedola, Rel. Di Florio, secondo cui "a seguito dell'entrata in vigore della legge 23 marzo 1981 n. 91, che ha parzialmente modificato i rapporti tra e Federazioni affiliate, riconoscendo a queste ultime "autonomia tecnica organizzativa e di gestione, sotto la vigilanza del C.O.N.I." (art.14), le Federazioni sportive presentano un duplice aspetto, l'uno di natura pubblicistica, riconducibile all'esercizio in senso lato di funzioni pubbliche proprie del C.O.N.I., e l'altro di natura privatistica, riconnesso alle proprie specifiche attività che, in quanto autonome, sono separate dalle prime e fanno capo unicamente alle Federazioni medesime". La vicenda riguarda una controversia sorta a seguito di un incidente verificatosi in occasione di una gara ciclistica su strada, rispetto alla quale la Suprema Corte ha ritenuto che "il C.O.N.I. non ha alcuna competenza nella organizzazione delle singole gare sportive, poiché tale attività rientra nella autonomia tecnico-organizzativa delle singole Federazioni. (Cass. 'SU 7640/1995)". Sul riordino del CONI, v. G. Napolitano, Il riordino del Coni, in AA.VV., *Profili evolutivi del diritto dello sport*, a cura di P. Perlingieri, Esi, Napoli, 2001, 9 ss. In giurisprudenza sui casi di esercizio di poteri a valenza pubblicistica vedi ancora Cass. 25 febbraio 2000 n. 46, (in *Foro it*. 2000, I, 1478, con nota di G. VIDIRI, *Le federazioni sportive nazionali tra vecchia e nuova disciplina* la quale ha statuito nel senso che "le federazioni sportive, nello stabilire e nel valutare le condizioni ed i requisiti per l'ammissione a competizioni sportive e campionati esercitano un potere discrezionale e la posizione del soggetto che chieda l'ammissione ha natura di interesse legittimo; con l'ammissione tale potere si consuma e la successiva attività della federazione è vincolata dalle stesse condizioni da essa poste nella fase ammissiva". Un orientamento diverso è maturato con riguardo alle ipotesi di omologazione delle piste da sci; infatti la Suprema Corte ha ritenuto che "l'omologazione di una pista da sci compiuta dalla Federazione italiana sport invernali (F.I.S.I.) per accertarne, attraverso un proprio tecnico, la conformità alla regolamentazione tecnica dalla stessa dettata per le gare di sci, è direttamente imputabile al C.O.N.I., al quale sono istituzionalmente demandate le funzioni di regolamentazione, controllo e coordinamento, ai sensi dell'art. 3, l. 14 febbraio 1942, n. 426, delle varie attività sportive che si svolgono in Italia, e che esso esercita attraverso le Federazioni Nazionali, non rientrando, invece, nella autonomia tecnica ed organizzativa di ciascuna Federazione in riferimento ad una singola gara. Ne consegue che il rilascio del relativo certificato di omologazione nazionale da parte della F.I.S.I., in contrasto con le norme regolamentari di sicurezza e in assenza di prescrizioni atte ad eliminare situazioni di pericolo, rende responsabile direttamente il C.O.N.I. per i danni riportati da un concorrente a gara tenutasi sulla pista omologata, a seguito di incidente verificatosi a causa delle anzidette carenze della disciplina di tutela£"; Cass. 18 agosto 2011 n. 17343, Pres. Preden; conforme la decisione per la quale "l'omologazione di una pista da sci, collaudata per cinque anni, compiuta dalla F.I.S.I. per accertarne, attraverso un proprio tecnico, la conformità alla regolamentazione tecnica dalla stessa dettata per le gare di sci, è direttamente imputabile al C.O.N.I., al quale sono istituzionalmente demandate le funzioni di regolamentazione, controllo e coordinamento, ai sensi dell'arte. 3 della legge 14 febbraio 1942 n. 426, delle varie attività sportive che si svolgono in Italia, e che esso esercita attraverso le Federazioni Nazionali, in qualità' di suoi organi – in tali attività aventi pertanto natura pubblicistica – e non rientra invece nella autonomia tecnica – organizzativa – di natura privata – di ciascuna Federazione di una singola gara. Di conseguenza il rilascio del relativo certificato di omologazione nazionale da parte di questa ultima rende responsabile direttamente il C.O.N.I. per i danni riportati da un concorrente a seguito di incidente verificatosi per mancato rispetto, invece, di prescrizioni tecniche, aventi natura di norme interne (quali la mancanza di zone di caduta, all'esterno delle curve, prive di ostacoli, e idonea protezione di quelli contro i quali i concorrenti possono esser proiettati)". Cass. 23 giugno 1999, n. 6400, in *Corr. giur.*, 2000, 1, 74 ss.

previsti anche nello statuto dell'ente esponenziale dello Sport, che continua a mettere in dubbio la configurabilità di una potestà regolamentare ed amministrativa in capo a soggetti non aventi formalmente natura giuridica di enti pubblici, evocando, a sua volta, i termini di un ancora più complesso dibattito, quello cioè relativo all'individuazione del regime giuridico degli enti pubblici e dei relativi indici di riconoscimento [45], da ultimo ancorati a criteri e parametri più sostanziali che non formali [46] sulla base della rilevanza in termini di interesse generale delle attività svolte.

In una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'11 settembre 2019 (cause riunite C-612/17 e C-613/17) [47] il giudice eurounitario è stato chiamato a pronunciarsi in forza di un giudizio di rinvio sul tema del controllo, inteso come controllo di una pubblica

---

Con nota di L. CAIAZZO, *Responsabilità del C.O.N.I. per danni riportati da uno sciatore su una pista omologata*, e in *Riv. dir. sport*., 1999, 2, 521 ss., con nota di L. LAMBO, *Ancora molte incertezze sui rapporti tra Coni e Federazioni sportive*.

[45] S. CIMINI, *L'attualità della nozione di ente pubblico*, in *Federalismi*, 2015, 24, 1 ss.; il quale osserva Com'è noto, da tempo una parte della dottrina si interroga sulla utilità di una nozione di ente pubblico. Il fenomeno affonda le sue radici nell'annosa difficoltà ad individuare una nozione condivisa di tale figura soggettiva. Difficoltà che deriva, fondamentalmente, come s'è visto, dalla mancanza di elementi comuni negli enti qualificati come pubblici: è questo verosimilmente il motivo principale che ha indotto il legislatore ad astenersi dal fornire una definizione di ente pubblico. A sua volta, la mancanza di una definizione individuata dalla legge o dalla Costituzione rappresenta un'ulteriore ragione che rende particolarmente difficile arrivare ad una nozione condivisa di ente pubblico. L'A. richiama la arcinota pronuncia Corte Cost., 7 aprile 1988 n. 396, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, l. 17 luglio 1890, n. 6972, (in *Foro Amm*., 1988, 3141), rilevando come la giurisprudenza costituzionale richiamandosi ai principi costituzionali (in particolare all'art. 38), ha imposto al legislatore alcuni limiti alla pubblicizzazione di soggetti privati, riconoscendo nell'origine da iniziative di gruppi sociali o di singoli individui (la cui attività sia finanziata con mezzi privati e sia svolta prevalentemente da prestazioni volontarie degli stessi soci) la condizione che rende necessario il riconoscimento dell'autonomia privata, trattandosi di un presupposto che non legittima un regime pubblicistico".

[46] S. CIMINI, *L'attualità della nozione di ente pubblico*, op. cit., 6, il quale osserva che "A queste tradizionali difficoltà, connesse alla estrema atipicità degli enti pubblici, se ne aggiunge un'altra, che si è accentuata di recente, cioè la sempre meno netta distinzione tra pubblico e privato. La situazione è complicata, infatti, da due fenomeni, tra loro connessi, che portano ad una svalutazione della rilevanza "soggettiva" della nozione di pubblico, a favore di una sua rilevanza "oggettiva". Il riferimento è alla tendenza per cui, da un lato, i soggetti pubblici utilizzano sempre di più gli strumenti di diritto privato, e, dall'altro, i soggetti privati diventano sempre più pubblici. Si pensi, in primo luogo, alla diffusione di forme organizzative di diritto privato attraverso: la trasformazione di enti pubblici economici in società per azioni; la trasformazione di enti pubblici non economici in associazioni e fondazioni; la privatizzazione del pubblico impiego; e così via. Anche l'attività amministrativa ha subìto trasformazioni che l'hanno avvicinata al diritto privato, attraverso: la riforma in senso aziendalistico dei controlli; l'affermazione dei principi di efficacia, economicità ed efficienza e la tendenza (invero non propriamente affermatasi) ad utilizzare moduli di diritto privato".

[47] In argomento, P. SANDULLI, *La natura giuridica delle Federazioni sportive italiane e il rapporto con il Coni alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell'11 settembre 2019 cause riunite C-612/17 e C-613/17 FIG e FISE contro Istat e Ministero delle finanze*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2019, 3, 131 ss.

amministrazione su un ente senza scopo di lucro, per stabilire se alla luce di alcuni parametri normativi interni e sovranazionali le Federazioni sportive nazionali, in particolare prendendo in considerazione il caso della FIG e della FISE, dovessero essere annoverate nel catalogo delle pubbliche amministrazioni, in quanto assoggettate al controllo del CONI, ente pubblico.

Esula da questa analisi il profilo contabile, ma la decisione sembra non poco rilevante, nella misura in cui stimola la riflessione sugli indici dinamici della personalità giuridica di diritto privato, indici i quali, peraltro, trascenderebbero il mero dato qualificatorio astratto, (financo?) compreso anche quello che si evince dalla volontà manifestata dai contraenti in sede di stipula di atto costitutivo.

In particolare, alla luce dei rilievi del giudice del rinvio e nel relativo contesto di riferimento, tali indici dipenderebbero dalle seguenti circostanze: a) la classificazione di un ente privato nel settore delle istituzioni senza scopo di lucro in base al criterio della destinazione alle famiglie del servizio erogato ovvero della la produzione di beni o servizi non destinabili alla vendita; b) la configurabilità di un controllo pubblico sull'ente senza scopo di lucro in base a diversi criteri tra cui la capacità di determinarne la politica generale o il programma e/o un potere di vigilanza in senso più lato ed elastico c), infine, la gestione delle quote associative e la possibilità di considerarle come contributi pubblici e non come autofinanziamento.

Eppure neanche la decisione della Corte pare essere stata dirimente[48] in merito alla possibilità di ritenere soddisfatta la sussistenza del requisito del controllo sulla base dei poteri di indirizzo di natura sportiva (c.d. *soft law*) e dei poteri di riconoscimento ai fini dell'acquisto della personalità giuridica e dell'operatività nel settore dello sport, facenti capo al CONI ente pubblico; in definitiva, non pare sia stato chiarito se detti poteri debbano ascriversi sempre ad una capacità di dirigere, vincolare e condizionare l'attività gestionale dell'ente piuttosto che non a più generali, e meno penetranti, poteri di vigilanza esterna; così come non si è giunti ad una valutazione della rilevanza della natura giuridi-

[48] P. BRIGUORI, *Le Federazioni Sportive sono Pubbliche Amministrazioni? Ancora incertezza dopo la pronuncia della Corte di Giustizia Europea, in Diritto e conti. Bilancio, comunità e persona*, 2019, 2, 129 ss., la quale precisa "che la FIG (Federazione Italiana Golf) e la FISE (Federazione Italiana Sport Equestre) sono federazioni sportive nazionali organizzate in forma di associazioni senza scopo di lucro dotate di personalità giuridica. Si tratta di persone giuridiche di diritto privato soggette, in linea di principio, alle disposizioni del codice civile italiano. L'ISTAT aveva inserito entrambe nell'elenco 2016"; ed osserva come "il contenzioso in materia è sorto con riferimento non già alle amministrazioni in senso stretto, ma in relazione a soggetti privati dotati di personalità giuridica che l'ISTAT ha ritenuto di far rientrare nel settore S13, attingendo alle definizioni e criteri declinati nella normativa di riferimento (il regolamento – e relativi allegati – di cui al d. lgs. 549/2013)".

ca dell'autofinanziamento dell'ente Federazione [49] e dunque dei risvolti pubblicistici da ascrivere all'apprezzamento dei suddetti indici rivelatori di un controllo pubblico sull'attività di enti privati.

A dimostrazione della complessità della questione non ci si può esimere in questa sede dal richiamare altresì l'ordinanza 12 ottobre 2019, n. 1006 [50] con cui il Consiglio di Stato ha rimesso "alla Corte di giustizia UE le questioni se sulla base delle caratteristiche della normativa interna relativa all'ordinamento sportivo la Federazione calcistica italiana (e, in generale, qualsiasi Federazione sportiva nazionale) sia qualificabile come organismo di diritto pubblico, in quanto istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale", e "se inoltre tale requisito possa configurarsi nei confronti di una Federazione sportiva quale la Federazione italiana giuoco calcio, dotata di capacità di autofinanziamento, rispetto ad un'attività non a valenza pubblicistica".

Se è vero quindi che "il rilievo pubblicistico di alcune attività non è in grado di trasformare la natura giuridica delle Federazioni, pur avendo ricadute applicative sul tipo di atti compiuti, sulle situazioni soggettive in rilievo e sul giudice competente [51], permanendo margini di fluidità tra le attività puramente privatistiche delle Federazioni e quelle a rilevanza pubblicistiche [52], al momento pare che quella che sembrava una questione de-

---

[49] Pur essendo pervenuto alla determinazione che debba esservi in ordine alle sopraricordate questioni una valutazione casistica, sembra che "il giudice ad quem prospetti una risposta tendenzialmente negativa sulla sussistenza di un controllo del CONI, poiché sulla base del percorso argomentativo seguito sembra sostenere l'assenza del controllo di natura ordinamentale e gestionale del CONI sulle Federazioni. Sul terzo quesito, sembra, invece, lasciare maggiori aperture in ordine alla possibilità di ritenere che attraverso il peso del conferimento degli associati – assimilabile ai contributi pubblici – in determinate condizioni – accertabili da parte del giudice nazionale – possa ritenersi sussistente il controllo pubblico. V.P. BRIGUORI, *Le Federazioni*, cit., 134.

[50] Consultabile in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[51] G. NAPOLITANO, voce *Sport*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, cit., 5683. Con riferimento alla disciplina applicabile, l'Autore esclude la soggezione degli atti delle Federazioni al diritto amministrativo, sostenendo che per la cura degli interessi pubblici sarebbero sufficienti gli atti di indirizzo e controllo del CONI, in modo da avere una funzionalizzazione per principi inidonea ad alterare il regime privatistico degli atti federali previsto dalla normativa vigente. In argomento vedi pure G. VIDIRI, *Autonomia dell'ordinamento sportivo: natura privata delle federazioni e riparto della giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 2011, 7-8, 1759 ss.; L. DI NELLA, *Le federazioni sportive nazionali dopo la riforma*, in *Riv. dir. sport.*, 2000, 60 ss.

[52] Si rimanda in argomento a A. AVERARDI, *Autonomia privata ed esercizio di funzioni pubbliche. Sul problema della qualificazione delle federazioni sportive come organismi di diritto pubblico*, nota a *Nota a Tar Lazio sez. I ter 13 aprile 2018, n. 4100*, in *Riv. dir. sport.*, 2018, 2, 503 ss.; e ID., *Tra Stato e società: le federazioni sportive nel perimetro mobile delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. dir. sport.*, 2016,1, 39 ss.; nonché a A. DE SILVESTRI, *Le qualificazioni giuridiche dello sport e nello sport*, in *Riv. dir. sport*,

finita dal decreto Melandri con il riconoscimento espresso della natura di enti privati appaia ben lungi dal trovare una soluzione univoca [53], anche alla luce della crisi della soggettività giuridica [54] e del connesso fenomeno della procedimentalizzazione del diritto privato e della privatizzazione del diritto pubblico, per il quale non è infrequente che soggetti privati siano chiamati ad esercitare, oltre ai normali poteri di autonomia privata, anche potestà amministrative.

Considerato che nella prospettiva "ordinamentale" il giudice statale non dovrebbe poter prescindere dal richiamo alle regole sportive e tenendo altresì conto del dibattito dottrinario sui concetti di colpa e diligenza nell'illecito civile [55], giova provare a riflettere sul come e sul se rilevino queste regole, specie ai fini della possibile ricostruzione di un modello di condotta idoneo ad escludere l'illecito ed in vista di una modulazione della soglia della responsabilità civile che modifichi l'ambito di estensione del *neminem laedere* [56] nell'attività sportiva.

---

1992, 238; R. CAPRIOLI, *L'autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto privato*, Napoli, 1997, 76 ss.

[53] S. BASTIANON, *L'incerta natura delle Federazioni Sportive nazionali: associazioni di diritto privato o organismi di diritto pubblico? Alla Corte di Giustizia l'ardua sentenza*, in *Riv. dir. ec. dello sport*, 2019, fasc. 1, 149 ss.; ampio dibattito sviluppatosi anche prima dell'emanazione del decreto Melandri, vedi S. CASSESE, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del parastato*, in *Riv. dir. sport*., 1979, 117 ss. A. CLARIZIA, *La natura giuridica delle federazioni sportive anche alla luce della legge del 23 marzo 1981 n. 91*, in *Riv. dir. sport*., 1983, spec. 208; M. SENSALE, *La legge 23 marzo 1981, n. 91 e la natura giuridica delle federazioni sportive*, in *Riv. dir. sport*., 1984, 490 ss.; A. QUARANTA, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive nazionali*, in *Riv. dir. sport*, 1986, 174 ss.; R. CAPRIOLI, *Le federazioni sportive nazionali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Dir. e giur*., 1989, 10. R. FRASCAROLI, voce *Sport* (Dir. pubbl. e priv.), vol. XLIII, in *Enc. dir*., Milano, 1990, 519; F. FRACCHIA, voce *Sport*, in *Dig. disc. pubbl*., vol. XIV, Torino, 1999, 470-471; C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva. Il CONI e la regolamentazione dello sport*, Milano, 2000, 5; G. NAPOLITANO, voce *Sport*, in *Diz. dir. pubbl*., diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006, 5678-5685. L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl*., 2007, 1-31. F. PAVANI, *Le federazioni sportive*, in *Giur. it*., 2010, 1474 ss.

[54] A. BARBA, *Soggettività meta-individuale e riconoscimento della personalità giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3, 647 ss.

[55] G. ALPA, *La responsabilità*, cit., 155 ss. il quale rileva che colpa specifica sarebbe, almeno in astratto, l'inosservanza di norme, regolamenti ordine e discipline prescritte dall'autorità; viceversa, integrerebbe una colpa generica sotto il profilo dell'imperizia o negligenza, l'inosservanza di regole tecniche idonee a evitare o diminuire il danno che, benché non tradotte in leggi o regolamenti, siano entrate nell'uso corrente ed abitualmente applicate.

[56] Osserva la dottrina che "esse sono destinate, per così dire fisiologicamente a spiegare la loro efficacia all'interno di un vero e proprio ordinamento giuridico-peraltro distinto da quello statale ma pur sempre vigente e vincolante – e che, pertanto, riflettono per intero la complessità e poliedricità dell'ordinamento nel quale operano. G. LIOTTA-L. SANTORO, *Lezioni*, cit., 259.

Secondo l'indirizzo prevalente [57] le regole sportive in quanto dettate non al solo scopo di disciplinare il come dell'attività ma anche al fine di prevenire pericoli e pregiudizi, sarebbero destinate a rilevare quale criterio di apprezzamento della colpa o comunque a riempire "di contenuto l'art. 2043 cod. civ. proprio sotto il profilo dell'antigiuridicità"; sicché nel caso si propenda per riconoscerne la natura pubblica – ove si ritenesse di ricostruire la colpa sul modello dell'art 43 cod. pen. [58] che rimanda all'inosservanza di leggi, regolamenti ordini e discipline – esse sarebbero destinate ad avere rilevanza diretta *ex se*, sia contribuendo a definire l'antigiuridicità della condotta che eventualmente la colpa

[57] V. FRATTAROLO, *La responsabilità*, cit. 19 ss., e in particolare 26, ove si osserva che "è evidente l'immediatezza del collegamento che è possibile stabilire con gli artt. 2043 c.c. e 43 c.p. agli effetti della valutazione della responsabilità" ed ancora, "le norme di condotta federali ben possono ricondursi alle discipline e alle norme di comune prudenza, secondo il disposto dello stesso art. 43"; nonché G. LIOTTA-L. SANTORO, *Lezioni*, cit.; 260, secondo cui sotto il profilo funzionale le cosiddette regole tecniche oltre che distinguersi secondo il prevalente indirizzo in regole di gara e regole di organizzazione vanno distinte proprio in relazione alla rilevanza che esse sono destinate a spiegare nel giudizio di responsabilità civile, precisandosi che esse possono essere intese secondo una prima accezione "l'espressione abbraccia un campo più ampio di quello strettamente sportivo. Con essa si allude a quelle regole e a quei metodi che è necessario conoscere ed osservare per riuscire a conseguire il risultato utile perseguito nell'esercizio non solo di uno sport, ma anche di una scienza, di un'arte e così via… In una diversa accezione si parla di norma tecniche con riferimento a tutte quelle regole che svolgono la funzione di garantire la parità di trattamento tar coloro che partecipano od intendono partecipare ad una competizione sportiva e di assicurare la comparabilità dei risultati ottenuti dai gareggianti". Secondo gli autori è in un'ultima accezione che le regole sportive tecniche rilevano ai fini della responsabilità civile, in relazione cioè "al ruolo di sicurezza e di salvaguardia dell'incolumità fisica del praticante"; in proposito si richiamano i casi delle regole relative alle caratteristiche della zona di caduta nel salto in lungo, a quelle della gabbia per il lancio del martello, ovvero della maschera da utilizzarsi nella scherma.

[58] Colpa e colpevolezza sono ampiamente dibattute in dottrina, ove si discute se esse configurino o meno concetti unitari e se "la colpa diversamente si configuri nella prospettiva del diritto civile ed in quella del diritto pubblico segnatamente del diritto penale e di quello amministrativo". E che a proposito del "problema della distinzione tra colpa civile e colpa penale al fine di stabilire se tali concetti riguardino distinte forme di qualificazione" si ritiene che pur trattandosi della valutazione dei comportamenti umani, "il collegamento tra colpa e illecito penale si presenti in termini distinti da quello tar colpa e illecito civile". Ciò si deve sostanzialmente alla tipicità dell'illecito penale ed all'atipicità dell'illecito civile, da cui scaturirebbe che nel primo la colpa è intrinseca alla definizione di un particolare reato, mentre nel secondo essa sarebbe assunti nel meccanismo dell'imputazione e come diretta conseguenza si avrebbe che mentre nel reato colposo hanno autonoma rilevanza negligenza, imperizia ed imprudenza, in quello civile la diligenza assorbirebbe l'intero concetto di colpa. Vedi C. MAIORCA, *Colpa civile, (teoria generale)*, in *Enc. dir*., VII, Milano, 1960, 584 e 591; in argomento si rimanda anche a C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2020, 161 ss.; G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, Napoli, 2019, 45 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile*, Torino, Utet, 2018, 149 ss., G. ALPA-M. BESSONE, *I fatti illeciti, in Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino,1982, 82, 290 e a V. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It*., XV, Torino, 1968, 642; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 53 ss.; ID., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 11 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, ed. Giuffrè, Milano, 1964, 169.

stessa, e cioè come una colpa specifica [59]; va da sé che una posizione del genere comporterebbe, nuovamente, a sua volta un'ingiustificata parificazione di trattamento tra soggetti che necessariamente versano in condizioni diverse e sono dotati di cognizioni tecniche diverse (come gli amatori occasionali e gli sportivi esperti) [60].

Prescindendo dai controversi rapporti tra colpa civile e colpa penale [61] e da quelli tra colpa specifica e colpa generica anche in diritto civile [62], alle stesse conclusioni non potrebbe giungersi ove esse si ritengano di atti di natura privata, nei limiti di quanto si dirà.

In questo diverso caso, infatti, derivando da una fonte di tipo negoziale, in primo luogo esse dovrebbero risultare vincolanti solo nei confronti degli aderenti, sicché, in ipotesi di gara amatoriale svoltasi occasionalmente in contesti non ufficiali, risulterebbe revocabile in dubbio che se ne possa comunque riconoscere la valenza nei confronti dei partecipanti sic et simpliciter, difettando una forma di adesione/affiliazione ad un ente sportivo di riferimento; con riferimento a detti eventi, infatti, le attività umane fonte di danni ed occasioni di pericolo dovrebbero essere apprezzate come comuni atti della vita quotidiana nell'ambito di tutti quelli sussumibili nella regola dell'art. 2043 cod. civ. [63].; in secondo luogo, le regole sportive non potendo rilevare sotto il profilo di una violazione diretta, (come nel caso se ne affermi la natura pubblicistica), in quanto non imposte da una pubblica autorità, andrebbero apprezzate (nei confronti degli aderenti) per mezzo del filtro della diligenza, ma come colpa generica.

---

[59] G. ALPA, *La responsabilità*, cit., 155.

[60] Osserva la dottrina che gli atleti sono selezionati dal punto di vista medico sulla base di determinati requisiti fisici e da quello sportivo sulla base delle proprie capacità atletiche per assicurare la par condicio; si sottolinea inoltre che il fatto che l'attività sportiva si pratichi in contesti ufficiali, quando ci si riferisce appunto alle gare costituisce una garanzia del bilanciamento di opposti interessi che coinvolgendo il diritto all'integrità psicofisica possano in certi c asie d entro certi limiti giustificare eventi lesivi a danno dei partecipanti. Così, L. DI NELLA, *Il fenomeno*, cit., 363.

[61] L. MANCINI, *La colpa nella responsabilità civile*, cit., 26 ss.; U RUFFOLO, *La colpa*, in *Diritto civile*, Tratt. dir. da P. Rescigno e N. Lipari, Vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, tomo III, *La responsabilità e il danno*, Giuffrè, Milano, 2009, 54 ss.

[62] G. ALPA, *La responsabilità*, cit., 156, che sottolinea come abbandonata una concezione della colpa venata di contenuti morali si sia accreditata sempre più ina concezione oggettiva della colpa, temperata dalla valutazione delle circostanze del caso. Comunque si rileva che gli assunti teorici sulla classificazione della colpa non sempre corrispondono alla pratica del diritto. Cfr. L. MANCINI, *La colpa*, cit., 26 ss.; la quale osserva come l'assenza nel codice civile di una definizione compiuta ha da sempre condotto gli interpreti ad attingere alla nozione di cui all'art. 43 cod. pen… È stata così elaborata una nozione di colpa civile coincidente con il comportamento cosciente dell'agente, ancorché non finalizzato a recare danno ad altri, da cui derivi un evento lesivo, per negligenza, imperizia, imperizia, ovvero inosservanza di norme di condotta".

[63] G. LIOTTA-L. SANTORO, *Lezioni*, cit., 260.

È peraltro infatti allo stato revocabile in dubbio la possibilità di una ricostruzione delle regole di gioco e di gara come vere e proprie *leges artis*, anche a fronte anche dell'orientamento che tende ad estendere l'operatività dell'art. 1176 cod. civ. dalla responsabilità per inadempimento a quella da illecito extracontrattuale [64]; qualora ciò si ritenesse possibile con evidenti risvolti in ordine alla configurazione di un'impostazione tendenzialmente più oggettiva piuttosto che non soggettiva del relativo modello di imputazione, ciò dovrebbe poi far supporre una valutazione delle regole sportive come regole di diligenza speciale e non comune (art. 1176 cod. civ., comma 2), considerando l'attività sportiva nel novero di quelle svolte a titolo "professionale" ed in cui l'attività esercitata richieda, si ripete, l'applicazione di particolari cognizioni tecniche (ad oggetto la messa in atto del gesto atletico, e che si apprendono per effetto della pratica continua e dell'allenamento sotto la supervisione di istruttori specializzati), con la conseguente configurazione di una colpa analoga a quella professionale [65], ovvero di una diligenza qualificata.

---

[64] Si tratta di un profilo dibattuto in dottrina laddove si discute se il «buon padre di famiglia», di cui regola generale dettata in tema di obbligazioni dall'art. 1176 cod. civ. e da altre disposizioni, è applicabile anche in sede di accertamento della colpa nella responsabilità extracontrattuale; gli interpreti si rifanno anche ad una analisi storico sulla base del concetto di colpa nel diritto romano e della sua evoluzione storico-legislativa. Sul punto, v. A. DE CUPIS, *Il danno*, Giuffrè, Milano, 1979, op. cit., 183 ss.; P. FORCHIELLI, voce *Colpa (Diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 3 ss.; A. RAVAZZONI, voce *Diligenza*, ivi, XI, 1989, 5.; L. BIGLIAZZI GERI-U BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, tomo 3, *Obbligazioni e contratti*, Utet, Torino, 1992, 701 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. della resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, II ed., I, Milano, 2010, 1267 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, la responsabilità*, Vol. 5, Giuffrè, Milano, 2019, 575 ss. Per la distinzione tra la colpa contrattuale per difetto di diligenza e la colpa extracontrattuale, che assegni solo a quest'ultima il ruolo di un criterio soggettivo di imputazione, a valle della violazione di un dovere di condotta nella misura in cui un pregiudizio a terzi sia la prevedibile, si rimanda a G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 10, 1918, 260 ss.; G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, cit., 17 e 45. In giurisprudenza v. Cass. 20 febbraio 2015 n. 3367, Pres. Berruti, secondo cui "La manovra di un veicolo in retromarcia, per la difficoltà di percepire gli ostacoli e le insidie sulla strada, costituisce operazione anomala, per la quale il conducente è tenuto ad adottare una condotta particolarmente diligente e ad assicurare ogni cautela, anche avvalendosi della collaborazione di terzi che, da terra, possano fornire indicazioni, segnalazioni ed istruzioni, sì da evitare danni a cose o a persone, ivi compresi i terzi trasportati, i quali, logicamente e giustificatamente, fanno affidamento sul possesso e l'applicazione da parte del guidatore di tali adeguate conoscenze e competenze tecniche. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, limitandosi a ricondurre il sinistro, sul piano causale, alla carenza dei mezzi di prevenzione, aveva escluso la responsabilità del conducente di un mezzo per il decesso dell'operaio su di esso trasportato, il quale, intento a rimuovere dalla carreggiata la segnaletica di cantiere, era stato sbalzato sull'asfalto dalla pedana su cui si trovava e travolto dal medesimo veicolo in fase di retromarcia)".

[65] G. ALPA, *La responsabilità*, cit., 156 e 157, il quale osserva che la colpa professionale, intesa come colpa di chi esercita una professione, presuppone una normativa che disciplini le cosiddette professioni regolamentate denominate intellettuali, disciplinate da leggi speciali. Diverso discorso dovrebbe farsi dunque per le professioni non regolamentate.

Fatte salve le riserve circa la corretta utilizzazione del termine professionismo e dei suoi derivati in relazione alle attività e prestazioni sportive rispetto al significato che vi si attribuisce nell'ordinamento giuridico [66], e relativamente all'inquadramento di alcune delle attività sportive nella relativa categoria concettuale operato da parte del legislatore nel 1981 – allo stato una valutazione della diligenza come diligenza specifica dell'attività esercitata ed in questo senso qualificata potrebbe ammettersi, in relazione non solo al professionismo sportivo come individuabile secondo l'art. 2 della citata legge, ma al più prendendo in considerazione piuttosto l'ampia categoria delle attività agonistiche, cioè quelle finalizzate alle competizioni, svolte da soggetti tesserati e con una certa durevolezza e costanza nel tempo, sulla base di cognizioni tecniche acquisite grazie all'appartenenza istituzionale all'ordinamento sportivo.

Al contrario, lo stesso non sembra possa dirsi per le attività amatoriali e/ o occasionali, praticate non necessariamente in contesti ufficiali, né tantomeno alla presenza di istruttori e/o supervisori, casi questi in cui o si richiede la prova «di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno» o «di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno», come quelle degli artt. 2047 cod. civ. ss. e oppure, applicandosi l'art. 2043 cod. civ., come nell'ipotesi di pregiudizio arrecato da un gareggiante all'altro, (entrambi maggiorenni e capaci di intendere e volere) necessita una diligenza commisurata non all'osservanza di regole specifiche ma un grado medio di avvedutezza secondo il modello citato di *bonus pater familias*, eventualmente temperato da una valutazione in concreto avuto riguardo alle circostanze del caso.

Dall'esame della casistica giurisprudenziale si evince, in realtà, che in assenza di una diversa previsione legislativa (non solo sulla qualificazione delle attività sportive, ma anche di riordino del concetto di professionismo [67]) nel giudizio di responsabilità le rego-

[66] Sul punto R. CARMINA, *Attività sportiva professionistica e dilettantistica. Tutela dell'atleta e riflessi sulla disciplina degli enti sportivi*, in *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2014, 2-3, 293 ss., il quale osserva che per la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai fini dell'applicazione del diritto comunitario non rileva la distinzione tra attività sportive professionistiche e dilettantistiche, quanto piuttosto la natura economica o meno dell'attività svolta. Inoltre la giurisprudenza comunitaria chiarisce che, ai fini della qualificazione di un'atleta quale professionista, è sufficiente che questi percepisca una retribuzione periodica a fronte di un obbligo di effettuare una prestazione sportiva in forma.

[67] Uno dei punti della l. 8 agosto 2019 recante Deleghe al Governo e altre disposizioni in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione è l'art. 5 relativo al riordino e la riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici nonché del rapporto di lavoro sportivo ed in particolare per l'individuazione della figura del lavoratore sportivo, ivi compresa la figura del direttore di gara, senza alcuna distinzione di genere, indipendentemente dalla natura dilettantistica o professionistica dell'attività sportiva svolta, e definizione della relativa disciplina in materia assicurativa, previdenziale e fiscale e delle regole di gestione del relativo fondo di previdenza.

le sportive di gioco, anziché come regole tecniche della specifica attività, sembrano esser valutate alla stregua di regole cautelari di comune prudenza; con la conseguenza che il parametro della conformità della condotta a queste stesse finisce per costituire solo uno dei criteri di apprezzamento della cautela comportamentale richiesta avvalorando una valutazione della culpa in concreto.

A conferma di ciò è utile richiamare due osservazioni; a) in primo luogo non sempre la violazione della regola tecnica è fonte di responsabilità civile, sebbene lo sia in sede sportiva; ritiene, infatti, la dottrina che ciò che conta non sia la formale osservanza della regola ma il rispetto sostanziale della stessa e cioè l'apprezzamento dell'avvenuta realizzazione delle finalità di tutela, alla luce del principio di lealtà sportiva, cui viene assegnato il ruolo di criterio cruciale nella distinzione dei comportamenti irregolari e illeciti anche civilmente poiché in contrasto con lo spirito sportivo e quelli invece che sebbene fallosi non siano sostanzialmente scorretti e perciò sleali [68].

In secondo luogo, si può osservare che la generalizzata applicazione del rischio consentito per escludere l'antigiuridicità e il ricorso all'orientamento elaborato nel 2002 [69] ed ormai consolidatosi secondo il quale la responsabilità è esclusa se non vi è dolo, se vi è nesso tra azione di gioco ed evento lesivo e se manca un grado di irruenza incompatibile con il tipo di sport, sicché la carica agonistica, e soprattutto l'ansia del risultato (che per l'appunto dovrebbe essere tipica di un'attività sportiva svolta da soggetti esperti e con carattere di continuità), anziché abbassare la soglia della punibilità la elevano, giustificando azioni lesive ed in ultima analisi anche pregiudizievoli, talvolta a prescindere dal contesto amicale, scolastico o ufficiale tout court [70].

---

[68] G. LIOTTA-L.SANTORO, *Lezioni*, cit., 262-263.

[69] "Il criterio per individuare in quale ipotesi il comportamento che ha provocato il danno sia esente da responsabilità civile sta nello stretto collegamento funzionale fra gioco ed evento lesivo, collegamento che va escluso se l'atto sia stato compiuto allo scopo di ledere, ovvero con una violenza incompatibile con le caratteristiche concrete del gioco, con la conseguenza che sussiste in ogni caso la responsabilità dell'agente in ipotesi di atti compiuti allo specifico scopo di ledere; la responsabilità non sussiste invece se le lesioni siano la conseguenza di un atto posto in essere senza la volontà di ledere e senza violazione delle regole dell'attività, e non sussiste neppure se, pur in presenza di violazione delle regole proprie dell'attività sportiva specificamente svolta, l'atto sia a questa funzionalmente connesso. In entrambi i casi, tuttavia, il nesso funzionale con l'attività sportiva non è idoneo ad escludere la responsabilità tutte le volte che venga impiegato un grado di violenza o irruenza incompatibile con le regole dello sport praticato, ovvero col contesto ambientale nel quale l'attività sportiva si svolge in concreto, o con la qualità delle persone che vi partecipano". Così Cass. 8 agosto 2002, n. 12012, in *Danno e resp*., 2003, 529, con nota di M. DELLA CASA, *Attività sportiva e criteri di selezione della condotta illecita tra colpevolezza ed antigiuridicità* e in *Foro it*., 2003, I, 1, 168.

[70] Emblematiche le decisioni anche di merito in caso di sport in ambito scolastico. Si rimanda a Tribunale di Bolzano 5 novembre 2018; Corte d'Appello Lecce, sez. I, 10 aprile 2018, ma soprattutto la Suprema Corte, vedi Cass. ord., 10 aprile 2019, n. 9983, (in *www.rivistadidirittosprtivo.coni.it*) secondo cui In tema di danni

**4.** – Del resto la propensione ad una valutazione in concreto della colpa l'unica possibile "in mancanza i analisi precise dei modelli di giudizio seguite dai giudici" [71], nella ricostruzione dell'elemento soggettivo della colpevolezza, sembra voler superare la spinosa valutazione della conoscenza e/o conoscibilità del comportamento precauzionale da tenere in vista dell'evitabilità dell'evento; se come rileva la dottrina sul piano processuale la colpa si risolve nell'inosservanza di una regola cautelare di condotta finalizzata alla prevenzione del danno [72] e se la colpa generica è accertata secondo i criteri della prevedibilità [73], l'apprezzamento del grado di rimproverabilità dell'agente in relazione alla regola di condotta violata e cioè a dire dell'abilità del praticante e del grado di esperienza da lui eventualmente acquisito, risulta un passaggio ancor più delicato in presenza di attività che richiedono speciali abilità ovvero l'applicazione di regole e conoscenze tecniche; circostanza vieppiù rilevante anche ai fini della configurabilità di ipotesi speciali di responsabilità e quindi anche sotto il profilo distribuzione dell'onere probatorio.

L'analisi della responsabilità del gestore di impianti sportivi, oggetto dell'ordinanza de qua, sembra comprovare la delicatezza delle richiamate questioni, come conferma l'orientamento giurisprudenziale formatosi in tema di responsabilità dei gestori dei maneggi; sulla base di una distinzione tra responsabilità presunta e per colpa presunta, la giurisprudenza nel ricostruire la responsabilità del gestore "in qualità di proprietario o utilizzatore del cavallo, dal cui utilizzo trae profitto" [74], ha ritenuto in linea di prima approssimazione che sia l'applicazione della norma dell'art. 2050 cod. civ. dettata in tema

---

conseguenti ad un infortunio sportivo subìto da uno studente durante una gara svoltasi all'interno della struttura scolastica nell'ora di educazione fisica, ai fini della configurabilità della responsabilità della scuola ai sensi dell'art. 2048 cod. civ., è necessario: a) che il danno sia conseguenza del fatto illecito di un altro studente partecipante alla gara, il quale sussiste se l'atto dannoso sia posto in essere con un grado di violenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato o con il contesto ambientale nel quale l'attività sportiva si svolge o con la qualità delle persone che vi partecipano, ovvero allo specifico scopo di ledere, anche se non in violazione delle regole dell'attività svolta. Non si configura illiceità dell'atto quando questo sia compiuto senza la volontà di ledere e di violare le regole della disciplina sportiva, ovvero se, pur in presenza di una violazione delle regole dell'attività sportiva specificamente svolta, l'atto lesivo sia a questa funzionalmente connesso; b) che la scuola non abbia predisposto tutte le misure idonee ad evitare il fatto.

[71] G. ALPA, *La Responsabilità*, cit., 156.

[72] L. MANCINI, *La colpa*, cit., 31.

[73] G. ALPA, *La Responsabilità*, cit., 155. Vedi pure L. MANCINI, *La colpa*, cit., 49-50, secondo cui "Il giudizio di prevedibilità si sostanzia, dunque, nella verifica del se un uomo di media diligenza nelle stesse circostanze avrebbe potuto prevedere ed evitare l'evento dannoso, quale conseguenza della propria condotta" … "L'evitabilità consiste, invece, nell'apprestare le misure precauzionali idonee ad evitare il verificarsi del pregiudizio prevedibile".

[74] M. PITTALIS, *Sport*, cit., 533.

di attività pericolosa che quella dell'art. 2052 cod. civ. relativa alla custodia di animali, condurrebbero allo stesso risultato pratico, in quanto entrambe configurerebbero ipotesi di responsabilità presunta e non per colpa presunta, richiedendosi quindi come prova liberatoria non la semplice prova dell'uso della normale diligenza nella custodia dell'animale stesso o della mansuetudine di questo, "essendo che è irrilevante che il danno sia stato causato da impulsi interni imprevedibili o inevitabili della bestia, poiché l'imprevedibilità della bestia anziché costituire un caso fortuito è anzi una caratteristica ontologica di ogni essere privo di raziocinio".

Detta equiparazione troverebbe tuttavia un limite nell'apprezzamento della pericolosità dell'attività, poiché, sempre a giudizio degli ermellini, "la gestione d'una scuola d'equitazione può essere in concreto pericolosa, ma può anche non esserlo: tale requisito non sussiste in astratto, ma va accertato in concreto in base alle modalità con cui viene impartito l'insegnamento, alle caratteristiche degli animali impiegati ed alla qualità degli allievi (*ex permultis*, sez. 3, sent. n. 14747 del 17/10/2002, in motivazione). A tal fine si ritiene che di norma, impartire lezioni di equitazione a fanciulli o principianti comporta pericoli che non sussistono quando gli allievi sono esperti; con la conseguenza che la prima attività (impartire lezioni a principianti) sarebbe pericolosa, la seconda (impartire lezioni ad esperti) non lo sarebbe, il che farebbe pensare che in questa seconda ipotesi non andrebbero richiamate le regole citate ma solo quella generale dell'art. 2043 c.c".

Pertanto se è vero che, il modello prevalente del giudizio di prevedibilità è tendenzialmente astratto, ai fini della rappresentabilità dell'evento talvolta è indispensabile tener in considerazione particolari qualità dell'agente, come l'età, l'esperienza, la forza psicofisica, le conoscenze e le attitudini; in tal senso la valorizzazione della componente previsionale della colpa non è in contrasto con l'idea di colpa ancorata ad uno standard comportamentale, che deriva dalla sommatoria di due doveri, strettamente connessi, quello di previsione e quello di condotta [75].

Discende da quanto sopra che, stando alla giurisprudenza esaminata, nel caso di atleta esperto, come in quello in cui l'allievo che svolga la sua attività in allenamento o in gara alla presenza di un istruttore qualificato, non ricorrerebbero gli estremi per l'applicazione dell'art. 2050 cod. civ., venendo meno la pericolosità; per di più potrebbe financo escludersi l'applicabilità dell'art. 2052 cod. civ. ove l'atleta stesso sia sufficientemente maturo da potersi ritenere che abbia consapevolmente accettato il rischio sportivo [76].

---

[75] L. MANCINI, *La colpa*, cit., 50.

[76] Cass. 15 dicembre 2015 n. 25233, in *Danno e resp*. 2016, 4, 365 ss., con nota di V. VOZZA, *La ge-*

Il problema si ripropone anche allorquando si configurino, perché non è infrequente, a carico del gestore ulteriori fattispecie di responsabilità extracontrattuale, comunque presunte; come quella codificata all'art. 2051 cod. civ., e richiamata ove lo sport praticato richieda l'uso di attrezzature tecniche e dispositivi di protezione [77].

Se è vero che per configurare la predetta ipotesi di responsabilità si richiede un rapporto di custodia con la cosa (sia esso l'impianto ovvero un'attrezzatura), anche se inerte [78], ovvero una disponibilità giuridica e materiale della stessa con il correlativo il potere – dovere di intervento su di essa, tipico del proprietario del possessore o del detentore, occorre far conto dell'eventualità, contemplata dalla giurisprudenza, di un passaggio della disponibilità della cosa all'utilizzatore per specifico accordo delle parti, o per la natura del rapporto, ovvero per la situazione fattuale determinatasi cui si riconnetta anche il trasferimento in capo a questo della custodia, gestione ed intervento sulla cosa; detta circostanza pare non trascurabile poiché da essa discenderebbe che l'ingerenza dell'utilizzatore di fatto verrebbe a limitare, se non addirittura escludere, la responsabilità del gestore, escludendo il nesso causale prima ancora che l'antigiuridicità o la colpevolezza.

Con specifico riguardo a detta evenienza, è ancora una volta il grado di preparazione dell'atleta o praticante a fare la differenza. Ne è riprova il diverso ed ulteriore caso dei danni riportati dal giocatore di calcio saponato durante una partita a seguito di una scivolata ed ascritti dal danneggiato medesimo all'inidoneità dell'attrezzatura fornitagli dal gestore, che invece contestava – con argomentazione sostanzialmente condivisa dal giudicante di prime cure – come essendosi avveduto durante il gioco dell'inidoneità dell'attrezzatura la decisione di continuare a giocare si fosse concretizzata in un rischio accetta-

---

*stione di un maneggio e la responsabilità oggettiva. Una riflessione specifica richiede l'apprezzamento della pericolosità nell'ambito degli sport invernali*; sul punto v. Cass. 19 febbraio 2013, n. 4018, in Danno e resp., 2013, 8-9, con nota di U. IZZO, *Pericoli lungo le aree sciabili e responsabilità extracontrattuale del gestore*.

[77] F. BISANTI, *La responsabilità civile del gestore di un impianto sportivo nella recente giurisprudenza, orientamenti consolidati e prospettive future*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2014, 2, 13 ss., secondo cui "L'argomentazione logico-giuridica è degna di pregio poiché, nonostante rimanga saldamente ancorata alla norma *ex* art. 2051 cod. civ., prende in considerazione l'effettiva condotta dei giocatori, muovendo nei loro riguardi un giudizio di rimprovero per non aver segnalato la presenza delle porte in prossimità del campo, costituente ictu oculi un pericolo prevedibile ed evitabile". Vedi anche L. RIPA, *I doveri di protezione del gestore di un impianto sportivo: verso una prospettiva relazionale della sua responsabilità civile*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2017, 1, 131 ss.

[78] Cass. 31 ottobre 2017, n. 25856, in *Danno e resp*., 2018, con nota di E. BAFFI-D. NARDI, *Analisi economica del diritto e danno cagionato da cose in custodia*, anche in E. AL MURDEN, *Fatti illeciti. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino, 2018, 219 ss.; Cass. 26 settembre 2006, n. 20825, in *Giust. civ. Mass*., 2006, 10.

to 856 ss., ed eletto dal giocatore medesimo, circostanza questa idonea ad interrompere il nesso causale escludendo la responsabilità del gestore [79].

Il tema della rilevanza delle regole sportive appare ancor più significativo in considerazione degli adempimenti da ultimo dettati di vertice ai gestori di impianti sportivi a seguito dell'emergenza sanitaria da coronavirus. da governo e istituzioni sportive, che al fine di tutelare non solo la salute dei praticanti, garantendo sicurezza e igiene delle strutture sportive, ma anche di sollevare gestori ed addetti vari da evidenti possibili responsabilità, si sono serviti dello strumento delle linee guida e dei protocolli prescrivendo una serie di cautele comportamentali con finalità preventiva del rischio sanitario.

Ciononostante ipotizzando un'assimilazione delle regole sportive alle linee guida od ai protocolli dettati al medico in ambito sanitario sotto il profilo non solo della relativa vincolatività, ma anche sotto il profilo della rilevanza ai fini della responsabilità, sostanzialmente si giungerebbe ad un risultato che al momento non è dirimente essendo noto che il cui contributo di detti strumenti alla ricostruzione dell'elemento soggettivo della responsabilità è al centro di ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale, alimentato dalla recente legge di riforma Gelli-Bianco [80].

---

[79] Cass. 19 gennaio 2018 n. 1254, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2018, 7-8,1052 ss., con nota di P. GARRAFFA, *La responsabilità del gestore di un impianto di calcio "saponato"*. Si evince dai motivi di ricorso per Cassazione che il Tribunale nel merito non avrebbe valutato al circostanza che il medesimo, quale giocatore occasionale, "non avrebbe potuto rappresentarsi da solo e in maniera compiuta l'alta rischiosità insita nel praticare lo sport con un casco poi rivelatosi non omologato" e, del resto, lo stesso giudice di primo grado, decidendo senza disporre la c.t.u. poi disposta dal giudice d'appello (e che aveva accertato l'inidoneità del casco) aveva, affidandosi ad una valutazione di comune esperienza, considerato il casco inidoneo per essere simile a quelli usati dai ciclisti". In argomento si rimanda a F. AGNINO, *Danno cagionato da cose in custodia. Principi generali e fattispecie particolari*, Giuffrè, Milano, 2020, 204 ss. Vedi pure Cass. 30 agosto 2013, n. 1998, secondo cui "risulta pertanto corretta l'esclusione della violazione dell'art. 2051 per l'esclusione del nesso causale, posto che il fattore determinante della causalità, che rompe il nesso, è riferito alla scelta dei giocatori di utilizzare il campo senza rimuovere le porte, dove era possibile, che nel corso del gioco, i giocatori finissero con l'urtare. La esclusione del nesso preclude l'indagine sull'imputabilità soggettiva, anche in relazione alla diversa ipotesi di cui all'art. 2043 c.c.".

[80] E. AL MUREDEN-M. DE PAMPHILIS, *La responsabilità professionale del medico tra evidenze cliniche e standard tecnici*, in AA.VV., *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria*, Bologna, Bononia University Press, 2019, 99 ss.; N. CALLIPARI, *L'applicazione della legge Gelli-Bianco (l. n. 24/2017). Primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 2, 2, 405 ss.; C. CICERO, *La presunta eclissi della responsabilità medica da contatto sociale*, in *Riv. dir. priv*., 2019, 1, 19 ss.; R. IANNONE, *La nuova responsabilità sanitaria: rilievi critici alla luce dei primi pronunciati delle Corti*, in *Danno e resp*., 2019, 2, 283 ss. Vedi pure L. MANCINI, *La colpa*, cit., 47, la quale osserva la legge Balduzzi nel rinviare alle linee guida in realtà "contiene un rinvio alle buone pratiche come discipline extragiuridiche, peraltro non univoche, atteso che in medicina non vi è uniformità di vedute in ordine alla loro individuazione… Le linee guida sono convenzionalmente descritte quanto alla loro autorevolezza e credibilità, in base ad una scala classificatoria condivisa dalla comunità…. Diversamente dalle linee guida i protocolli vanno intesi come veri e

Da ultimo la Suprema Corte [81] ha precisato che le c.d. linee guida (ovvero le *leges artis* sufficientemente condivise almeno da una parte autorevole della comunità scientifica in un determinato tempo) … sono solo un parametro di valutazione della condotta del medico: di norma una condotta conforme alle linee guida sarà diligente, mentre una condotta difforme dalle linee guida sarà negligente od imprudente. Ma ciò non impedisce che una condotta difforme dalle linee guida possa essere ritenuta diligente, se nel caso di specie esistevano particolarità tali che imponevano di non osservarle (ad esempio, nel caso in cui le linee guida prescrivano la somministrazione d'un farmaco verso il quale il paziente abbia una conclamata intolleranza, ed il medico perciò non lo somministri); e per la stessa ragione anche una condotta conforme alle linee-guida potrebbe essere ritenuta colposa, avuto riguardo alle particolarità del caso concreto (ad esempio, allorché le linee guida suggeriscano l'esecuzione d'un intervento chirurgico d'elezione ed il medico vi si attenga, nonostante le condizioni pregresse del paziente non gli consentissero di sopportare una anestesia totale)".

**5.** – Se si considera la diffusione che la pratica sportiva ha conosciuto dalla seconda metà del secolo scorso, unitamente al moltiplicarsi delle discipline, ma soprattutto la varietà dei contesti in cui essa si svolge, pare difficile smentire la necessità di ripensare i confini della responsabilità civile sportiva in relazione alla qualità dei praticanti, alla loro diversa condizione fisica e preprazione atletica ed alla conoscenza delle regole tecniche dell'attività ma anche alla natura dello sport praticato, ovvero alla tipologia di sport [82].

---

propri regolamenti comportamentali. Il loro carattere vincolante deriva per lo più da una fonte normativa di rango superiore quale la legge ovvero da regolamenti di servizio". Ciononostante si osserva in modo problematico che "protocolli e linee guida non sono non possono incidere sulla libertà della scelta terapeutica", il che mette in crisi la loro rilevanza nell'ambito della colpa.

[81] Cass. ord. 30 novembre 2018, n. 30998, Pres. Travaglino, Relatore Rossetti.

[82] La dottrina in ambito giuridico propone, un duplice approccio ricostruttivo: il primo definitorio formale, che fa leva non tanto sull'analisi della natura dell'attività praticata, quanto sulla qualità soggettiva del praticante, da identificarsi con l'appartenenza istituzionale ad un sistema organizzato preposto alla gestione delle discipline sportive, ivi comprese le manifestazioni sportive e le gare, vale a dire all'ordinamento sportivo, appartenenza la quale si acquista con l'atto formale di tesseramento sportivo. Conseguentemente, in questa prospettiva, si intende per sport l'attività praticata dal tesserato all'ordinamento sportivo in base ad un sistema di regole che ne disciplina le modalità di svolgimento in vista della partecipazione alle competizioni; lasciandosi fuori quelle attività che non si inseriscono in questo contesto testè delineato, non mirando a conseguire un risultato e quindi a formare una graduatoria stabile come quelle poste in essere in solitario, sfornite dello scopo competitivo. Si indentifica, così, il concetto di sport con le attività preordinate allo svolgimento di competizioni formali istituzionalizzate, che fanno capo ad una complessa organizzazione

Una conferma di questa necessità, rilevata da una parte degli studiosi [83] deriva dall'incertezza e dal relativo uso promiscuo delle espressioni sport amatoriale e sport agonistico, che rende incerta l'individuazione del quantum di diligenza richiesto o da richiedere al praticante a tal punto che non si esclude in concreto la carica e foga agonistica anche nella partita di calcio tra amici.

Sul punto, si deve rilevare che i termini di amatorialità ed agonismo, a meno di non voler adottare come punto di riferimento il requisito formale del tesseramento del praticante, risultano talvolta non tassativi per la giurisprudenza, che non disdegna usi promiscui [84], come nel caso in esame e non solo.

Emblematica di questa incertezza terminologica è la stessa regolamentazione sportiva ufficiale: lo statuto dell'UISP, Unione Italiana Sport per Tutti, ente di promozione sportiva riconosciuto dal Coni ed ente di promozione sociale, a proposito dei propri fini sociali, sta-

---

che si articola in un sistema di enti, individui, norme organi. Se volessimo esemplificare si potrebbe dire che c'è un'equazione sport – istituzione – agonismo. L' altro approccio, pur preferendo ricavare la definizione di sport dal basso, indagando, cioè, la natura giuridica dell'attività posta in essere in base ad un criterio sostanziale, ed osservando in tale direzione che non è possibile aprioristicamente identificare le discipline sportive con gli sport regolamentati all'interno dell'ordinamento sportivo, poiché, "l'atto di riconoscimento a fini sportivi da parte del CONI riveste carattere costitutivo soltanto nei riguardi dell'associazione che rappresenta una specifica disciplina sportiva, in quanto attribuisce ad esso la natura di Federazione sportiva ovvero di disciplina sportiva associata con la conseguente applicazione delle relative norme statutarie, ma non già anche nei riguardi dell'attività sportiva in sé e per sé considerata, per la quale tale atto d i riconoscimento ha efficacia meramente dichiarativa".

[83] Secondo T. Perseo, "L'attività sportiva è l'attività, praticata da chiunque non ne sia escluso per ragioni di età, di sesso e d'idoneità fisica, appartenente o no ad una federazione sportiva, che ha per oggetto l'esercizio di sport ufficialmente riconosciuti dall'ordinamento sportivo; attività non necessitata (che, peraltro, può essere esercitata anche in via esclusiva e con remunerazione) e ricreativa, ma non determinata da intenti vacui, caratteristiche che la differenziano dal lavoro e dal giuoco; attività la cui essenza sta in ogni caso in un dispendio di energie fisiche, accompagnato da tensione nervosa, che si manifesta o in esercizi atletici o in un giuoco fisico o in prova di abilità nell'uso di attrezzi o strumenti o nella guida di veicoli o animali; attività che si pone in essere, previa accurata preparazione – costituente parte integrante di essa – sotto la guida di istruttori o di allenatori e col controllo sanitario e che esprime con lealtà e con intenti seri, particolarmente al fine agonistico di primeggiare su antagonisti (che non siano nettamente inferiori per potenzialità fisica e capacità tecnica) nel corso di una competizione individuale o a squadre, da svolgersi, di regola, sotto la direzione e vigilanza di arbitri o giudici di gara, entro tempi e spazi definiti e secondo date regole; attività che, in vista del fine agonistico da cui è espressa, mette alla prova il vigore fisico, la perseveranza, la resistenza alla fatica e la forza volitiva e morale di chi la pratica ed esige, per ciò stesso, un impegno ad alto livello".

[84] Peraltro, la difficoltà di distinguere tra agonismo ed amatorialità, laddove il primo si volesse ritenere il tratto saliente e quindi il *proprium* dello sport in senso stretto e tecnico, sorge non solo in riferimento a contesti amicali, ma, altresì, vieppiù ove si metta in atto un gioco che di per sé non riconducibile ad uno sport per dir così ufficiale, (il gioco del rubabandiera) cioè che non sia riconosciuto e quindi non altrettanto ufficialmente governato da apposite regole tecniche, ma che rappresenti comunque nel caso concreto, una competizione mirante a stabilire, sia pure occasionalmente, un vincitore.

bilisce di promuovere la pratica sportiva nella sua accezione ludico-motoria, non agonistica ed agonistica o competitiva, con finalità quindi formative e ricreative. Non a caso, si precisa, che l'UISP promuove e organizza attività multidisciplinari nell'ambito delle quali sotto la dicitura attività motorie – sportive sono ricomprese pratiche eterogenee, di cui, peraltro, si precisa la natura dilettantistica: a)attività promozionale, amatoriale e dilettantistico, seppure con modalità competitive, così come nella sua dimensione dello sport per tutti e quindi "nessuno escluso", in una dimensione associativa di inclusione sociale; b) attività non agonistica, attività ludico-motorie e di avviamento alla pratica sportiva.

Eppure il tema, per quanto sottovalutato dal legislatore, e al di là di lacune normative varie [85], ancora una volta risulta affrontato nella giurisprudenza più recente, sia sovranazionale che statale.

In tal senso è possibile avere un primo riscontro richiamando, ancora, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che con decisione del 26 ottobre 2017, in causa C-90/16, è stata chiamata ad interpretare il significato del lemma sport ai fini della disciplina IVA, alla luce dell'art. 132, paragrafo 1, lett. m), direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006 che contempla la "pratica dello sport o dell'educazione fisica, fornite da organismi senza fini di lucro alle persone che esercitano lo sport o l'educazione fisica. Il caso nasce da una controversia che vedeva coinvolta la The Bridge Union Unlimited (EBU), ente di regolamentazione e sviluppo del bridge non duplicato; l'organismo riteneva di non dover essere assoggettato all'IVA poiché la citata norma comprendeva nel concetto di sport non solo le attività connotate da una rilevante componente fisica, potendovi rientrare anche quelle preordinate a favorire il miglioramento del benessere e della salute anche solo mentale.

Quanto alla giurisprudenza nazionale, significativa è la questione portata all'attenzione del Tribunale di Perugia [86], richiesto di decidere della natura agonistico-ufficiale od amatoriale di un evento sportivo, nella specie di una gara ciclistica organizzata da una polisportiva nel corso della quale, a fine competizione, in volata, un ciclista era stato investito dopo il traguardo, riportando danni [87].

---

[85] Come noto, in termini di *hard law* manca una definizione del concetto di sport, sebbene si faccia riferimento ben consapevoli dello scarso valore impegnativo della relativa previsione alla Carta di Rodi adottata dal Consiglio d'Europa, nell'ambito della Conferenza dei Ministri europei dello sport del 1992; a tenore della quale si intende per sport "sport" qualsiasi forma di attività fisica che, attraverso una partecipazione organizzata o non, abbia per obiettivo l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli.

[86] Si tratta di Tribunale di Perugia 11 gennaio 2018, reperibile in *www.rivistadirittosportivo.coni.it*.

[87] La specifica domanda del ciclista attore in prime cure poggiava sulla necessità di farsi liquidare i dan-

Il giudice, chiamato a decidere se l'evento sportivo era di tipo amatoriale od agonistico per stabilire se i danni occorsi fossero o meno coperti dalla polizza assicurativa accoglie le doglianze di parte attrice ritenendo che l'evento non fosse stato organizzato da un ente a ciò ufficialmente preposto, o meglio che di questa circostanza non vi fosse prova, partendo (apoditticamente?) dall'assunto che il ruolo di organizzatore competa (sempre?) ad enti di promozione sportiva od alle federazioni, mentre in tal caso sarebbe stato svolto da un ente di primo grado, non essendovi la prova della sua affiliazione il Tribunale conclude nel senso di ritenere il carattere non ufficiale della competizione.

In altra occasione, per converso, la Suprema Corte di Cassazione [88], glissando su quella che sembrava una rilevanza meramente amatoriale dell'evento, nel senso che quest'ultimo si svolgeva al di fuori di contesti ufficiali, ha avuto modo di affermare che "non può non ritenersi agonistico un torneo sportivo fondato sulla gara e sulla competizione tra i partecipanti, come il torneo di calcio in questione, tale da implicare un maggior impegno psicofisico ai fini del prevalere di una squadra sull'altra".

Essa ha ritenuto, conformemente ad una parte della dottrina che la qualifica amatoriale ovvero quella agonistica diventa una pura etichetta quando c'è un confronto in cui si gareggia per il miglior esercizio tecnico e fisico, in quanto sembra che l'attività competitiva non sia di esclusiva competenza delle Federazioni riconosciute dal CONI, ben potendo anche quella svolta a titolo amatoriale presentare il carattere della competitività [89].

Concludendo, alla luce di quanto osservato, giova rilevare che il riconoscimento che l'ordinamento sportivo rappresenti uno dei più significativi ordinamenti autonomi, con un livello di autonomia più elevato di quello di altri ordinamenti settoriali o minori in

---

ni coperti a suo dire da una polizza assicurativa da lui stipulata e destinata a coprire i danni che fossero intervenuti, "durante lo svolgimento delle attività familiari, della vita di relazione e del tempo libero nonché di ogni altra attività che non abbia carattere professionale". Il danneggiato, invocato il carattere non ufficiale, bensì amatoriale della competizione, si vedeva opporre la contestazione della compagnia assicuratrice la quale opponeva la diversa clausola della polizza che invece escludeva la copertura degli infortuni determinati dalla "partecipazione a gare o corse… organizzate dalle relative federazioni o enti sportivi similari o patrocinate dagli stessi", con la sola eccezione delle gare aziendali o interaziendali.

[88] Cass. 13 luglio 2011 n. 153940, in *giustiziasportiva.it*, 2011, 2, 44 ss.

[89] Alla luce di quanto sopra appare quanto meno singolare che nonostante l'entrata in vigore della l. 86/2019 di riforma dell'ordinamento sportivo, penda un parallelo disegno di legge il DDL n. 999 che prevede all'art. 2 di definire e distinguere la pratica sportiva dall'attività motoria, prevedendo la prima come attività strutturata sulla competizione e tesa alla misurazione del risultato, mentre la seconda come attività orientata prevalentemente alla prevenzione e alla tutela della salute e del benessere della persona; mentre all'art. 3 ai fini della qualificazione dei soggetti che praticano le attività sportive, indichi i seguenti criteri direttivi: suddivisione delle attività sportive in tre categorie: professionismo, semiprofessionismo e dilettantismo; quale esercizio di pratica sportiva svolta attraverso associazioni e polisportive senza scopo di lucro.

considerazione del suo essere articolazione dell'ordinamento internazionale e della sua specificità [90], non esclude che i rapporti di forza tra stato e sport ingenerino dei conflitti che spetta poi al giudice dirimere, e che dipendono dall'esame di aspetti di teoria generale che non attengono strettamente alla tutela dei diritti della persona [91], ma, come si è visto, per esempio alla natura giuridica delle regole sportive, ovvero a quella degli enti da cui esse in qualche modo, direttamente od indirettamente promanano, involgendo temi come i criteri di imputazione della responsabilità civile, ovvero quelli di riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato.

Sembra, pertanto che il vero *punctum dolens* sia ancora oggi rappresentato dalla capacità di dettare una chiara ed il più ampia possibile disciplina della materia sport, eventualmente attraverso la modifica e riorganizzazione di norme preesistenti, anche definendo la connessa ed irrisolta questione del riparto di competenze fra Stato e Regioni, perché è da questa che scaturisce da tempo il tentativo di ridefinizione dei concetti, affatto chiari al momento, di agonismo da un lato e non agonismo od amatorialità dall'altro, ritenuti in dottrina [92] il primo di competenza dello Stato e quindi all'ordinamento sportivo, i secondi delle Regioni, salvo non ineriscano ad altre materie trasversali e/o riservate al legislatore statale.

Inoltre, pur volendo rievocare gli approdi della Corte costituzionale che nel 1987 ebbe ad utilizzare i criteri della programmaticità, ufficialità e competitività per considerare un possibile *discrimen* tra attività sportive a rilevanza statale ovvero regionale o locale,

---

[90] Vedi pure G. NAPOLITANO, *Sintesi*, cit., secondo il quale "Da questo punto di vista, il Trattato di Lisbona è destinato a costituire un atto fondamentale nella storia dello sport europeo: per la prima volta, si afferma la specificità dello sport e si riconosce una sfera di autonomia delle istituzioni sportive protetta dal principio di sussidiarietà. Il radicamento dello sport nel nuovo Trattato dell'Unione Europea rende ancora più importante il riferimento all'autonomia dello sport nei sistemi giuridici dei Paesi Membri".

[91] Il riferimento è al diritto alla salute ed all'integrità psicofisica in relazione al quale la teoria dell'accettazione del rischio sportivo necessariamente incontra il limite dell'indisponibilità come si ricava dall'art. 5 cod. civ. La questione si inserisce nella più ampia problematica dei diritti sul corpo su cui si rimanda a G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Jovene, Napoli, 2008, in particolare 165 ss.

[92] M. MANCINI, *Il riparto*, cit., 1087, il quale in relazione alle differenze tra gli sport «agonistici-ufficiali» di maggiore diffusione, da un lato, e gli sport «non agonistici», praticati per finalità meramente ludico-ricreative, dall'altro, ha osservato che i primi "con tutto il corollario di implicazioni economiche e spettacolari che si portano appresso, estendono sempre di più la propria sfera di azione da una dimensione meramente nazionale-locale ad una sovranazionale-globale, per cui necessitano ancor più di prima di una disciplina e di una regolamentazione uniformi che non possono che provenire dalle istituzioni centrali o addirittura sovranazionali. Le seconde, invece, destinate al contrario a svilupparsi in ambiti sempre più ristretti e definiti, abbisognano di discipline e regolamentazioni «locali» che siano in grado di raccogliere con immediatezza le istanze provenienti dalle comunità territoriali di riferimento e di fornire loro risposte rapide, efficaci e soprattutto modulate in base alle diverse necessità".

come indicatori utili per distinguere anche tra attività agonistiche da un lato ed amatoriali dall'altro, sembra che al momento non sia dato riscontrare in che modo tale distinzione, per quanto non trascurabile, si rifletta nell'apprezzamento della responsabilità civile, ciò non solo per il ricorso frequente ed indistinto alla clausola del rischio consentito, ma anche per un atteggiamento generalizzato che preferisce riconoscere una limitata rilevanza giuridica esimente (o meglio non esimente) alle regole del gioco sia in contesti ufficiali che amicali.

Eppure la necessità di distinguere le diverse qualificazioni dell'attività sportiva e le diverse connesse conseguenze in punto di diritto ci è da ultimo testimoniata dalla normativa emergenziale dettata dalla pandemia da coronavirus in atto.

La normativa emergenziale emanata del governo nell'anno in corso, a mezzo di più d.p.c.m., nella predisposizione delle misure di contenimento dell'epidemia da coronavirus, non potendo fare a meno di considerare le diverse tipologie di attività sportive (innanzitutto poiché si è rilevato che solo per alcune si potesse garantire l'applicazione e l'osservanza di appositi protocolli igienici-sanitari), adoperando espressioni non sempre chiare ed univoche ed attingendo alla bisogna più al dato della comune esperienza, ovvero a quello risultante dalla terminologia e dalle classificazioni adoperate dall'ordinamento sportivo, in ultima analisi lascia trasparire comunque una scelta (necessitata) di campo; e cioè a dire la tendenza a dare un qualche rilievo al carattere dell'ufficialità e della normatività quali criteri per distinguere le attività sportive in senso stretto e tecnico dal quelle che, svolte in altri contesti all'aperto ovvero in strutture sportive come palestre e piscine, non si inquadrino nell'organizzazione sportiva ufficiale e/o siano preordinate a finalità di miglioramento e di benessere e non di competizione.

In tal senso è utile richiamare le disposizioni dell'art. 2, comma 9 del d.p.c.m. 24 ottobre u.s. ed in particolare confrontare la lett. e) la quale contempla gli eventi e le competizioni riguardanti gli sport individuali e di squadra riconosciuti di interesse nazionale o regionale dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dal Comitato italiano paralimpico (CIP) e dalle rispettive federazioni sportive nazionali, discipline sportive associate, enti di promozione sportiva, ovvero organizzati da organismi sportivi internazionali; la lett. f) che fa riferimento a l'attività sportiva di base e l'attività motoria in genere svolte all'aperto presso centri e circoli sportivi, pubblici e privati, ed, infine, la lett. g) la quale contempla invece l'attività sportiva dilettantistica di base, le scuole e l'attività formativa di avviamento relative agli sport di contatto nonché tutte le gare, le competizioni e le attività connesse agli sport di contatto, anche se aventi carattere ludico-amatoriale.

Il citato decreto, oltre che confermare i limiti dell'ordinamento sportivo ed evidenziare i numerosi punti di contatto che lo sport presenta con materie di competenza statale, sia esso svolto a livello amatoriale che ufficiale, (è evidente che il governo ha avocato a sé ogni valutazione in merito al prosieguo od alla sospensione delle attività sportive, amatoriali o agonistiche che esse fossero), conferma evidentemente che pur accogliendo una nozione ampia ed onnicomprensiva di attività sportiva (come insegna la Carta di Rodi ed il riferimento all'attività sportiva svolta dall'individuo per il benessere), in relazione a specifiche istanze ed interessi esiste la necessità di operare una qualificazione, classificazione e differenziazione delle predette attività, per l'individuazione di compiti di gestione e organizzazione e conseguentemente delle relative responsabilità.

Alla luce di quanto sopra, nel rispetto dei principi di autonomia e specificità, pare che detta classificazione non possa che essere predisposta in funzione dall'appartenenza delle attività all'organizzazione sportiva che mette capo al CONI, da cui dipende la soggezione alle regole ed alle relative discipline, ma soprattutto la preposizione alla pratica delle stesse di soggetti qualificati, come tecnici, arbitri, allenatori, istruttori e gestori di impianti.

Con riferimento alle attività sportive riconosciute e codificate in base a regole ufficiali ed accettate nonché svolte in contesti organizzati che hanno quali referenti istituzionali soggetti come Federazioni, Discipline sportive associate, Enti di promozione sportiva ed Associazioni benemerite e Coni [93], sembrerebbe conseguentemente del tutto coerente con detta impostazione l'idea di una responsabilità civile sportiva basata su quella che la dottrina contemplando la possibilità di discipline differenziate della colpa [94], ha ricostruito come diligenza qualificata, da elaborare non in relazione, beninteso, ad una scala di riprovevolezza di tipo morale [95], ma evidentemente sulla base dell'inosservanza di specifiche discipline dello sport ufficiale praticato.

---

[93] Il legislatore ha affidato al C.O.N.I. la funzione di "unico certificatore della effettiva attività sportiva svolta dalle società e dalle associazioni sportive dilettantistiche" (art. 7, d.l. n. 136/2004, conv. da l. n. 186/2004). Il Registro è lo strumento che il Consiglio Nazionale del CONI ha istituito per confermare definitivamente "il riconoscimento ai fini sportivi" alle associazioni/società sportive dilettantistiche, già affiliate alle Federazioni Sportive Nazionali, alle Discipline Sportive Associate ed agli Enti di Promozione Sportiva. L'iscrizione a detto registro è consentita solo in relazione alla pratica di quelle discipline sportive formalmente riconosciute dal Coni ed inserite in un apposito elenco, periodicamente aggiornato a norma di quanto prevede lo statuto del CONI.

[94] G. ALPA, *La responsabilità*, cit., 162 e 163, a proposito della cosiddetta colpa soggettiva del minorato e del maggiorato.

[95] Se il consenso all'offesa non può essere di per sé atto di autonomia meritevole di tutela *ex* art. 1322 cod. civ., a meno di non voler riaffermare il dogma della volontà, (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., 379), parimenti il giudizio di colpevolezza si allontana dalla concezione della colpa come stato d'animo soggettivo e nesso psicologico tar autore, fatto e evento dannoso.

A tal fine, se si accetta che in questo caso che essa debba formare oggetto di una disciplina legislativa statale e non regionale, poiché oltre che inerire ai rapporti di diritto privato la relativa materia tocca diritti ed interessi di rango costituzionale riconducibili all'art. 24 e 101 della Costituzione, allora non sembra peregrino de iure condendo immaginare che siano maturi i tempi acciocché lo stesso legislatore statale possa dare un impulso alla definizione dei rapporti fra Stato e sport attraverso la responsabilità civile.

Al momento, non pare che la legge delega del 2019 in tema di riforma dello sport abbia conferito al governo anche compiti in questo ambito, quindi non ci si deve attendere che l'emanando testo unico sullo sport conterrà disposizioni in questo senso, e sebbene anche questa si prospetti già come un'occasione perduta, non può farsi a meno di rilevare che in altre occasioni il codice civile è stato interessato da novelle anche di tipo chirurgico per effetto della legislazione di derivazione europea che nella materia del diritto privato si è mostrata particolarmente sensibile all'evoluzione del mercato e conseguentemente dei rapporti sociali, economici e giuridici.

L'evoluzione della responsabilità civile ad oggetto l'attività sportiva trova in tal senso un interessante spunto di comparazione nel percorso evolutivo che dalla seconda metà del secolo scorso agli inizi di questo, a livello dottrinario e giurisprudenziale prima e normativo poi, ha interessato un'altra controversa figura speciale di responsabilità civile, cioè quella della responsabilità del produttore, inizialmente incasellata nella regola generale dell'art. 2043 cod. civ. e poi fatta oggetto di una legislazione speciale *ad hoc* [96].

Il parallelo tra le due figure di responsabilità, sia pure *cum grano salis*, trova non uno

---

[96] La giurisprudenza ha assicurato una forma di tutela aquiliana al danneggiato da prodotto difettoso, ricorrendo ora alla clausola generale di cui all'art. 2043 cod. civ., ora alla norma dell'art. 2050 cod. civ. in tema di attività pericolosa, peraltro relegando in subordine lo strumento della responsabilità contrattuale, per sua natura esperibile solo da una parte del contratto nei confronti dell'altra delle parti del contratto, cioè a scapito del solo venditore e non del produttore. E. AL MURDEN, *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore. Casi e materiali*, Giuffrè, Milano, 2017; L. CABELLA PISU, *La responsabilità del produttore, in Il diritto dei consumi*, a cura di Perlingieri e Caterini, III, Rende, Edizioni Scientifiche Calabresi, 2007, 437-461; G. PONZANELLI, *Responsabilità del produttore*, in *Riv. dir. civ*., 2000, 2, 913 ss.; G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano 1999; A. DE BERARDINIS, *La responsabilità del produttore*, in G. ALPA (a cura di), *I precedenti*. *La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, II, Torino 2000, 1193 ss.; A. STOPPA, *Responsabilità del produttore*, (voce), *Digesto disc. priv. (sez. civ.)*, XVII, Utet, Torino 1998, 119 ss.; R. PARDOLESI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1989, 487 ss.; G. ALPA, *L'attuazione della direttiva nei paesi della CEE*, a cura di Alpa, Bin, Cendon, XIII, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, XIII, Padova, 1989; M. CONFORTINI, *Posizioni della dottrina e della giurisprudenza italiane sul tema della responsabilità civile del produttore per la messa in commercio di prodotti (difettosi e) dannosi*, in *Resp. civ. prev*., 1977, 544 ss.

ma più punti di contatto e confronto: la massificazione delle attività possibili fonti di danni e la disponibilità una regolamentazione di tipo tecnico che proviene da organismi terzi e di natura privata diversi dal soggetto pubblico [97], legittimati alla produzione di regole sulla base del principio di sussidiarietà e di autonomia, in grado di esprimere interessi degli aderenti; le due ipotesi sono inoltre accomunate da esigenze affini come quella di bilanciare la tutela degli acquirenti/utilizzatori/praticanti con la promozione di attività, che sebbene rischiose, hanno un rilevante valore sociale oltre che economico.

Il minimo comun denominatore è inoltre il rischio inteso nella sua vasta accezione del pericolo di un evento incerto e pregiudizievole che necessita schivare mediante norme di general prevenzione a tutela dell'incolumità individuale e collettiva.

In tal senso un'ulteriore evoluzione normativa della responsabilità civile con l'introduzione di nuove figure speciali, che operino definitivamente un'opportuna distinzione tra attività sportive ufficiali fondate sul rispetto di regole codificate e note e/o accettate [98] ed attività amatoriali/occasionali/ufficiose da rimettere all'operatività della regola generale del 2043 cod. civ., realizzerebbe una migliore perequazione dei rischi evitando che il costo sociale di attività lecite dannose ricada sempre sulla persona del danneggiato.

Vero è che la responsabilità del produttore risponde a criteri tendenzialmente oggettivi di imputazione, (il produttore è responsabile del danno da difetti del proprio prodotto recita l'art. 120 del Codice del consumo ispirandosi in maniera forte ad un principio di responsabilità se non oggettiva comunque presunta temperato dalle cause tassative di esclusione della responsabilità che il produttore deve provare e dall'onere a carico del danneggiato di provare il difetto [99]); mentre nel caso delle attività sportive trovando

---

[97] E. BELLISARIO, *Certificazioni di qualità e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2012.

[98] Si ricorda anche la bozza del decreto legislativo non ancora approvata emanando in attuazione della legge delega n. 86/2019 reca una definizione di sport come qualsiasi forma di attività fisica fondata sul rispetto di regole codificate che, attraverso una partecipazione organizzata o non, ha per obiettivo l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli.

[99] A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Milano, 2019, 1336, il quale rileva che essendo problematica la prova del difetto, la giurisprudenza di merito ha fatto larga applicazione dello strumento presuntivo, ritenendo dimostrato il difetto sulla basse del nesso eziologico tra danno e prodotto, mentre la Suprema Corte richiede la prova del danno con maggior rigore, da offrirsi in concreto da parte del consumatore e non semplicemente allegando il fatto del danno connesso all'utilizzazione del prodotto stesso. Da ultimo peraltro la Suprema Corte ha escluso che la responsabilità del produttore abbia natura oggettiva statuendo nel senso che "la responsabilità da prodotto difettoso ha natura presunta, e non oggettiva, poiché prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto. Incombe, pertanto, sul soggetto danneggiato – ai sensi dell'art. 120, d.lgs. n. 206/2005 (c.d. codice del consumo), come già previsto dall'8 del D.P.R. n. 224/1988 – la prova del collegamento causale non già tra

l'eventuale illecito fonte prevalentemente se non addirittura esclusivamente in particolari condotte umane che si risolvono in comportamenti spiccatamente personali e perciò, (almeno in alcune occasioni, come quelle degli sport praticati nell'ambito di una manifestazione ufficiale), più umanamente controllabili-i cosiddetti gesti atletici – il meccanismo di imputazione soggettiva fondato su una diligenza qualificata [100] sarebbe idoneo ad orientare il giudizio di colpevolezza su un piano più soggettivo e sicuramente più distante dal modello di responsabilità indiretta o per fatto altrui [101].

A dispetto delle preannunciate crisi dell'istituto e delle critiche al ruolo di supplenza che lo stesso è chiamato a svolgere, la responsabilità civile intesa come disciplina nell'ambito della più vasta materia dell'ordinamento civile, di competenza statale riservata sia pure da ultimo secondo un criterio di prevalenza [102], è inesorabilmente destinata ad esercitare un ruolo vitale e cruciale nella ricerca di quel punto di equilibrio tra ordinamento generale e ordinamento sportivo e nell'ambito di una delicata un'operazione di composizione e di bilanciamento di interessi diversi e concorrenti.

*Sport is conceived as a legal system and as a part of the international sports system; however despite its autonomy and specificity, the interaction between sport system and national legal system has significatively increased. The sport activities raise various teoretical and pratical questions concerning the branch of private law in a most diverse*

---

prodotto e danno, bensì tra difetto e danno e, una volta fornita tale prova, incombe sul produttore – a norma dell'art. 118 dello stesso codice – la corrispondente prova liberatoria, consistente nella dimostrazione che il difetto non esisteva nel momento in cui il prodotto veniva posto in circolazione, o che all'epoca non era riconoscibile in base allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche". Si tratta di Cass. 20 novembre 2018 n. 29828, Pres. Travaglino (cfr. Cass. 29 maggio 2013, n. 13458 in *Corr. giur*., 2014, 1, 31 ss. con nota di L. DE BENEDETTO, *Legittimazione ad agire, oneri probatori del danneggiato, conferme e richiami della Suprema Corte in materia di responsabilità da prodotto difettoso*).

[100] G. ALPA, *La Responsabilità*, cit., 156.

[101] Rileva la dottrina che dagli orientamenti della giurisprudenza si evincerebbe la tendenza a considerare la responsabilità del produttore come responsabilità presunta e non oggettiva; ciò in quanto non ritenendosi sufficiente la prova del nesso causale tra danno e prodotto non è sufficiente a trasferire sul produttore l'onere di dimostrare l'assenza di difetti; in tal senso la valorizzazione dell'esigibilità dello standard di sicurezza e delle condizioni d'uso rivaluterebbe il profilo della colpa. Si osserva tuttavia come non siano mancate pronunce di merito (v. Trib. Trento 3 maggio 2012) con cui si è statuito che la responsabilità ha natura oggettiva, in quanto sussistente anche nelle ipotesi in cui egli non abbia colpe dirette, qualora in fase di produzione non abbia agito né in maniera dolosa né in maniera colposa e dunque per il solo fatto di creare una situazione di pericolo, quale può essere la commercializzazione di un prodotto difettoso. V. E. AL MURDEN, *La sicurezza*, cit., 189.

[102] F. BENELLI, *Materie statali e materie regionali: ambiti, tipi e relazioni*, in *Le Regioni*, 2011, 2-3, 251 ss.; ID., *I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2007, 1, 11 ss.

*range of topic – which in the event of a dispute the judge must evaluate-not only related to the protection of the personal right, but also to the nature of the sports rules, the legal regime of sports associations, and finally the criteria of imputation of liability. According to this study the civil liability plays a key role in defining the relationship between Sport system and State system.*