

# JUS CIVILE

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



**1/2024**

*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.



## INDICE

*pag.*

### **Articoli e Saggi**

L'Introduzione alle scienze giuridiche di Angelo Falzea ** di <i>Mario Trimarchi</i>	1
La dogmatica come “dispositivo immunitario” della scienza giuridica nel pensiero di A. Falzea. Come <i>pensare</i> la società digitale ** di <i>Carmelita Camardi</i>	12
L’“accertamento” nel pensiero di Angelo Falzea ** di <i>Carlo Granelli</i>	29
Dati genetici e procreazione medicalmente assistita ** di <i>Leonardo Lenti</i>	44
Prestito tra privati su piattaforma * di <i>Lara Modica</i>	53
La sanabilità della nullità: ipotesi particolari * di <i>Giorgia Vulpiani</i>	62
Per una rilettura della proprietà risolubile attraverso il prisma delle situazioni giuridiche condizionate * di <i>Michele Raggi</i>	82
Prestazioni di cura e restituzioni (parte prima) * di <i>Giulio Biancardi</i>	119

---

\* Contributo sottoposto a revisione.

\*\* I curatori, valutata la rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.



*pag.*

Prestazioni di cura e restituzioni (parte seconda)\*

di *Giulio Biancardi*

146

Il risarcimento dei danni da intelligenza artificiale nello spettro della responsabilità “vicaria”\*

di *Michael W. Monterossi*

175



MARIO TRIMARCHI

*Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Messina*

## L'INTRODUZIONE ALLE SCIENZE GIURIDICHE DI ANGELO FALZEA

SOMMARIO: 1. *L'introduzione alle scienze giuridiche: l'insegnamento tenuto dal Maestro e la pubblicazione del volume.* – 2. *L'assiologismo e le concezioni del diritto.* – 3. *Il diritto come fenomeno reale ed oggettivo.* – 4. *Le sfere della realtà, fondamento degli interessi e degli orientamenti dei consociati.* – 5. *Manifestazione e dichiarazione quali modalità di formalizzazione dei valori.* – 6. *Positività del diritto e realizzabilità dei valori.* – 7. *Sostanza e forma nel diritto. Il compito del giurista.*

1. – Angelo Falzea (1914-2015), professore ordinario dell'Università di Messina di Istituzioni di diritto privato dal 1943 al 1970 e di Diritto civile dal 1970 al 1989, per oltre un quarto di secolo, dal 1944 al 1947 e dal 1965 al 1989, ha tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza anche il corso di Introduzione alle scienze giuridiche. Non si è molto lontani dal vero se si afferma che l'Introduzione è stato l'insegnamento preferito dal Professore, quasi una sua creatura, al quale ha dedicato larga parte del suo impegno didattico e scientifico.

Falzea, in più occasioni, ha avuto modo di tornare sulle ragioni per le quali la Facoltà di Giurisprudenza – di cui per molti anni è stato Preside – aveva previsto, su sua indicazione, per la formazione degli studenti già al primo anno, l'insegnamento facoltativo, ma di fatto obbligatorio, dell'Introduzione<sup>1</sup>. Il Nostro riteneva che lo studio della teoria generale del diritto e cioè dei concetti teorico-generalmente non rientrasse nelle trattazioni istituzionali del diritto privato. I civilisti sono – affermava – pienamente competenti ad occuparsi dell'applicazione di tali concetti al diritto positivo, ma per una trattazione ampia ed organica della teoria generale del diritto appare preferibile prevedere un corso apposito, appunto l'Introduzione alle scienze giuridiche<sup>2</sup>.

L'Introduzione non rappresentava certo una novità assoluta nel panorama della cultura giuridica europea. L'insegnamento, in particolare, trae origine dall'esigenza, maturata in Germania a metà del '700, di fornire agli studenti conoscenze sintetiche sull'intero universo giuridico. Si trattava del cosiddetto genere enciclopedico, diffusosi in vari paesi e poi anche in Italia, dove a metà dell''800 furono inserite nei programmi universitari materie quali l'Introduzione allo studio delle scienze giuridiche o l'Introduzione enciclopedica alla scienza del diritto<sup>3</sup>.

Anche la Facoltà giuridica messinese già a partire dagli ultimi decenni dell''800 aveva previsto per gli

---

<sup>1</sup> Insegnamento solo formalmente facoltativo, in quanto se lo studente non intendeva sostenere l'esame di Introduzione era tenuto a rispondere sul relativo programma, quale Parte generale, al momento dell'esame di istituzioni di diritto privato.

<sup>2</sup> A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I, Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 658.

<sup>3</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 631.



studenti la possibilità di seguire corsi di Introduzione alle scienze giuridiche<sup>4</sup>. Lo stesso Salvatore Pugliatti, fondatore della Scuola civilistica, ha tenuto tale insegnamento per parecchi anni dal 1930 al 1936<sup>5</sup>. Durante tale periodo Pugliatti pubblica con Giuffrè vari volumi, nel 1932 le Istituzioni di diritto privato. Lezioni integrative, I, II, III e poi, con nuova denominazione le Istituzioni di diritto civile, I, II, III, prima edizione nel 1933 e seconda nel 1935, dedicate rispettivamente all'ordinamento giuridico e alla norma giuridica, ai soggetti del diritto e all'attività giuridica e IV, prima edizione nel 1934 e seconda nel 1937, dedicata all'oggetto del diritto; nel 1943, infine, in unico volume, sempre con Giuffrè, pubblica Gli istituti del diritto civile. I. Introduzione allo studio del diritto. I. Ordinamento giuridico, soggetto e oggetto del diritto, dove insiste sulla necessità di una organica trattazione generale che avvii alla comprensione del fenomeno giuridico e sull'opportunità che venga tenuto presso le Facoltà di Giurisprudenza un insegnamento autonomo di Introduzione alle scienze giuridiche<sup>6</sup>.

Il progetto a livello didattico trova piena realizzazione solo nel dopoguerra, quando, dopo alcune interruzioni, col magistero di Angelo Falzea, a partire dalla metà degli anni '60, la materia ha assunto un ruolo assolutamente centrale nella formazione dei giovani giuristi.

Falzea è convinto che come "Non si può imparare scientificamente una lingua senza avere imparato l'alfabeto ed appreso a conoscere e praticare le leggi grammaticali e sintattiche"<sup>7</sup>, al pari per lo studio del diritto è preliminarmente necessario padroneggiare le categorie fondamentali, cosicché dichiara apertamente: "Chi vi parla ha avvertito profondamente questa esigenza e si è assunto il compito di una attualizzata *Introduzione alle scienze giuridiche*, ricostruendo il sistema culturale del diritto nel quadro dei sistemi della cultura contemporanea"<sup>8</sup>.

Falzea tiene, quindi, il corso formalmente sino al momento del raggiungimento dei limiti d'età, e cioè sino al 1989. Negli anni successivi, sicuramente per più di un decennio e sino agli albori di questo secolo viene affettuosamente richiesto dai suoi allievi, nell'ambito del corso di Diritto privato 1 – che purtroppo per ragioni dovute a formalismi universitari aveva sostituito l'Introduzione –, a tenere cicli di conferenze o alcune lezioni agli studenti di primo anno integrative di quelle ufficiali, per approfondire tematiche da lui impareggiabilmente svolte ed in particolare l'analisi delle concezioni del diritto<sup>9</sup>.

I contenuti dei corsi di lezione di Introduzione andavano progressivamente di anno in anno arricchendosi di pari passo con l'evoluzione degli studi e del pensiero del Professore. Gli studenti nei primi tempi sostenevano l'esame sulla base degli appunti che prendevano durante le lezioni. Per fornire loro un testo di riferimento Falzea decise, allora, di pubblicare almeno una parte delle sue riflessioni, quella relativa alla storia del pensiero giuridico. Siamo nel 1975 e nella presentazione del volume *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima. Il concetto di diritto*, edito da Giuffrè, delinea il programma dell'intero corso, co-

---

<sup>4</sup>Tra i docenti che tennero l'insegnamento possono ricordarsi Francesco De Cola Proto e Angelo Ermanno Cammarata. Le informazioni di cui alla presente e alla successiva nota, nonché quelle di cui al testo sono tratte dal volume *Il corpo docente della facoltà giuridica messinese (1827-1990)* a cura di L. VINTI CORBANI, con la prefazione di A. METRO, Messina, 1993.

<sup>5</sup>Tranne nel 1932-33 quando fu attribuito a Eugenio Di Carlo.

<sup>6</sup>S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile. Volume I. Introduzione allo studio del diritto. Sezione I. Ordinamento giuridico, soggetto e oggetto del diritto, Prefazione*, Milano, 1943, specie V s.

Da ricordare che delle Istituzioni di diritto civile Pugliatti ha editato anche il volume V, nel 1938, dedicato alla proprietà, mentre il tema dell'attività è confluito nel volume *I fatti giuridici* del 1945, di cui è coautore Falzea.

<sup>7</sup>A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., 659.

<sup>8</sup>A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 632.

<sup>9</sup>Chi scrive ha seguito come studente il corso dell'anno accademico 1970-71 e successivamente come assistente o docente titolare tutti i suoi corsi dal 1975 in poi.



stituito da tre parti, la prima appunto dedicata al concetto di diritto – peraltro non ancora definito nell'ampiezza della sua problematica-, la seconda avente ad oggetto i valori giuridici e quindi la norma giuridica, le situazioni giuridiche e le trasformazioni giuridiche, ed infine la terza, dedicata ai fenomeni giuridici, con le teorie del soggetto, dell'oggetto, del fatto e dell'atto. Alla prima si succedono altre edizioni del volume, sino alla sesta edita nel 2008 (con una presentazione del 2007), dove il Professore completa la sua definizione del diritto anche alla luce della moderna teorica della complessità giuridica ma senza poter trattare il suo esito necessario costituito dall'interpretazione giuridica. La seconda e la terza parte del corso, pur oggetto di tante sue indimenticabili lezioni, non sono mai venute alla luce; Falzea, consapevole dello "scorrere *velocior* della curva minore del vivere"<sup>10</sup>, nella seconda metà degli anni '90 pubblica i due volumi delle Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, dove raccoglie contributi già editi in precedenza, concernenti rispettivamente gli studi sin allora condotti di fondazione sui valori giuridici e quelli concernenti i fenomeni giuridici.

Il contenuto del volume *Introduzione alle scienze giuridiche*. Il concetto di diritto non coincide, quindi con le lezioni dell'insegnamento tenuto per oltre un quarto di secolo con grande passione dal Professore di *Introduzione alle scienze giuridiche*, che trattavano anche della norma, delle situazioni e delle trasformazioni giuridiche, nonché del soggetto, dell'oggetto, dei fatti (eventi) e dei comportamenti giuridici. Il suo pensiero in ordine ad alcune di queste tematiche può essere tratto, come si è accennato, dai saggi o dalle voci dell'Enciclopedia del diritto ripubblicati nelle Ricerche, dove quindi è possibile rinvenire, tra gli altri, suoi fondamentali studi sulla norma giuridica e sui tipi di efficacia giuridica, sulla prassi, sui principi e sugli standards valutativi e ancora sulla capacità, sui fatti, sul comportamento e sul negozio.

In questa sede, però, non ci si intende soffermare sull'intero pensiero di Angelo Falzea e sulla prestigiosa figura dello studioso. Altri ha già mirabilmente tratteggiato, con il dovuto approfondimento, quel Magistero<sup>11</sup>; ai suoi studi, di assoluto rigore scientifico e concernenti tutte le aree di interesse del civilista, sono stati dedicati importanti convegni. Si intende, adesso, soltanto rifarsi al volume dell'*Introduzione*, forse in ragione delle tematiche trattate il meno conosciuto dalle più giovani generazioni, dedicato al concetto di diritto, per provare a cogliere in tutta la sua portata innovativa il senso di quel grandioso, illuminante e affascinante affresco della giuridicità che il Professore ci ha donato.

2. – Nell'avviare la ricerca sul concetto di diritto Falzea si preoccupa in primo luogo di circoscriverne l'oggetto ricordando quelli che considera i caratteri incontrovertibili del fenomeno giuridico, e cioè l'umanità, la socialità e la normatività. Ha così modo, in relazione al carattere umano, di discutere sul problema del diritto degli animali oppure, in relazione al carattere sociale, da un lato dell'ipotesi robinsoniana teorizzata, tra gli altri, da Croce e dall'altro del superamento del principio della statualità del diritto<sup>12</sup>. Ma è soprattutto con riferimento al carattere normativo, assunto come presupposto generale del pensiero giuridico comune, nel senso che in concreto ogni ordinamento giuridico si presenta come un sistema di norme, che utilizza una catego-

---

<sup>10</sup> A. FALZEA, *Presentazione*, in *Introduzione alle scienze giuridiche, parte prima, Il concetto di diritto*, quinta edizione, Milano, 1996.

<sup>11</sup> P. GROSSI, *Omaggio ad Angelo Falzea*, in *Giornate in onore di Angelo Falzea. Atti del 15-16 febbraio 1991*, Milano, 1993, 149 ss.; V. SCALISI, *Dalla scuola di Messina un contributo per l'Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 11 ss.

<sup>12</sup> A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, sesta edizione ampliata, Milano, 2008, 5 ss.



ria, quella del valore, fondamentale per la comprensione dello sviluppo e degli approdi del suo pensiero in ordine al fenomeno giuridico<sup>13</sup>.

Falzea è ben consapevole che nell'accezione attuale e nell'uso tecnico la voce "valore" è relativamente recente, non risalendo al di là del secondo ottocento e però ritiene che un discorso di tipo assiologico sia essenziale per la conoscenza e l'inquadramento dei tanti e diversi modi nei quali nel corso dei secoli si è ragionato di diritto. La giuridicità, in altri termini, è connotata, secondo modalità più o meno consapevolmente avvertite, da momenti valutativi, cosicché va affermato che in sostanza il problema del diritto è il problema dei valori giuridici<sup>14</sup>. Più specificamente il termine viene da Falzea utilizzato per designare in un campo dato ciò che è importante: il valore, cioè, emerge dall'irrelevante dall'indifferente dal neutrale come ciò che ha rilievo e fa differenza, a sua volta articolato in caratteristiche: bipolarità e rango gerarchico. E così il dato rilevante si polarizza, nella dimensione del diritto, tra il lecito e l'illecito o tra legalità e illegalità; e ancora, a seconda del grado gerarchico, si specifica in valori superiori e valori inferiori<sup>15</sup>.

Precisati logicamente i contorni della categoria del valore, Falzea rileva che in sé presa l'idea di valore non è meno problematica dell'idea di diritto; il concetto di valore, in altri termini, è uno strumento essenziale a disposizione del giurista sul piano metodologico per la comprensione del diritto, ma non in grado di per sé di fornire una risposta circa la natura del fenomeno giuridico. Per disvelarla Falzea conduce, allora, un'ampia indagine storica in ordine ai vari possibili modi di intendere l'operazione determinativa dei valori, chiarendo che le principali controversie attengono al carattere soggettivo o oggettivo dei valori, nonché al loro carattere reale o ideale<sup>16</sup>. E delinea, così, un quadro delle principali concezioni del diritto, dal giusnaturalismo al giusformalismo, dal volontarismo allo storicismo, dal sociologismo alla giurisprudenza degli interessi, ripercorrendo per ciascuna di esse i passaggi fondamentali, gli aspetti positivi e le principali criticità.

L'analisi, finemente condotta, porta in primo luogo ad escludere che i valori giuridici presentino natura o dimensione ideale. Non potranno, quindi, condividersi tutte quelle concezioni che vedono nel fenomeno giuridico momenti o aspetti di assoluta generalità o addirittura di universalità. Il termine idealismo è quindi inteso in senso ampio per farvi rientrare, in prospettiva critica, tutti i movimenti di pensiero secondo i quali i valori giuridici presenterebbero una dimensione tendenzialmente identica nel tempo e nello spazio prescindendo dalla realtà storico-sociale<sup>17</sup>. E così, pur facendo emergere gli aspetti positivi che ciascuna di queste con-

<sup>13</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 20 ss.

<sup>14</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 26 ss.: "Si tratta di stabilire quale posto hanno i valori giuridici nel quadro dei valori pratici umani e ciò che costituisce in questo quadro la loro essenza peculiare. L'area dei rapporti tra diritto e valore rappresenta dunque il campo massimo dentro cui si agitano tutte le controversie intorno al diritto" (27).

<sup>15</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 22 s.

<sup>16</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 29 ss. Il metodo storico è ritenuto essenziale dai Maestri della Scuola giuridica messinese ai fini della comprensione della giuridicità. Pugliatti lo utilizza in molti suoi lavori e lo teorizza chiaramente: "Vi è, infine, un'altra via, un metodo di ricerca che ricorre a diversi mezzi, cerca di utilizzare tutte le risorse possibili e di tenersi quanto più possibile a contatto con la realtà e l'esperienza, provando al tempo stesso a soddisfare il bisogno di ordine, che sorregge la cosiddetta scienza e che costituisce una necessità intellettuale degli uomini, per dominare appunto il caos della materia e potersi orientare anche nella vita pratica, il che nel campo del diritto è molto importante. In che cosa consiste quest'altra via? In una parola, la tradizione, la storia ... La serie delle generazioni non comincia con noi ed è importante tenere presente, qualunque sia l'argomento di cui si tratta, che abbiamo sempre dietro le spalle tutta un'opera di un numero cospicuo di generazioni ... C'è quindi un patrimonio immenso di esperienza e di elaborazioni culturali, di esperienze immediate di vita vissuta, di *erlebnis* si direbbe con una felice espressione del vocabolario germanico ... La tradizione ha dunque un'importanza enorme, e di essa non possiamo liberarci perché finisce con l'essere l'eredità che ci viene trasmessa dalle generazioni immediatamente precedenti la nostra ... L'accettiamo e diventa il patrimonio su cui anche la nostra riflessione lavora": *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto civile e diritto amministrativo*, a cura di M. TRIMARCHI, Napoli, 2017, 46.

<sup>17</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 36 ss.



cezioni presenta, Falzea evidenzia l'unilateralità e la parzialità sia della concezione di tipo sostanziale del giusnaturalismo<sup>18</sup>, sia di quella di tipo formale fondata sulle categorie logiche kantiane<sup>19</sup>.

Tra le varie concezioni reali, accomunate genericamente dalla convinzione della relatività dei valori giuridici, da cogliere quindi sul piano della realtà sociale positiva particolare empiricamente e storicamente determinata, Falzea si preoccupa, poi, di riprendere le insuperabili obiezioni da tempo avanzate nei confronti del volontarismo, anche nella sua versione imperativistica, evidenziando tra l'altro come, almeno nella contemporaneità, non è praticabile l'idea che il diritto possa promanare dal comando, e cioè dalla volontà di uno o più soggetti detentori del potere<sup>20</sup>.

**3.** – Superata ogni concezione di tipo ideale o soggettivo, Falzea colloca la sua ricerca nel grande e moderno alveo delle concezioni reali oggettive ed in particolare di quelle che ravvisano l'essenza della giuridicità nel fenomeno dell'interesse. Il riferimento è, così, in primo luogo al pensiero di Jhering e di Heck e alla scuola della *Interessenjurisprudenz* che ha saputo cogliere il dato effettivo reale e oggettivo degli interessi dei consociati quale elemento fondativo e giustificativo delle regole giuridiche.

Ma Falzea va ben oltre la generica considerazione dell'interesse quale forza motrice del diritto, o anche quale momento sostanziale della giuridicità di cui tener conto in sede di interpretazione per pervenire alla soluzione pratica più giusta e rispondente alle reali esigenze dei consociati. Ed invero amplia la prospettiva d'indagine e con una ricerca pluridisciplinare dal grande respiro culturale si ripromette di individuare quali caratteri presenti la dimensione reale dei valori giuridici, e quindi, dove e come tali valori originino e quale la loro natura, ed ancora in che senso si diano ed emergano sul piano della realtà oggettiva e quale la loro consistenza.

A questi fini si preoccupa preliminarmente di identificare il reale. E ciò in quanto anche tra le impostazioni comunemente definite realistiche è possibile riscontrare già in premessa modi diversi di intenderlo.

In linea di principio le concezioni realistiche sono accomunate dal condivisibile intento di costituire forme di reazione al giuspositivismo formalistico, legalista e idealista. Alcune di esse tendono, però, a privilegiare lo studio delle regole come effettivamente applicate dai giudici e/o praticate dai consociati, negando che possano assumersi come reali quelle risultanti dalle formule legislative. In particolare nel corso del Novecento si sono diffuse le concezioni del realismo scandinavo e nordamericano, fondate proprio sull'assunto che il diritto, come fenomeno reale, non consiste nelle tradizionali regole di condotta (nel dover essere), essendo reali – come afferma la corrente filosofica del neopositivismo logico– solo i fatti e le cose empiricamente riscontrabili<sup>21</sup>.

Ora, Falzea ribadisce che reale non è solo ciò che è materiale o comunque empiricamente accertabile attraverso i sensi. La realtà si presenta con modalità ben più ampie, ha natura composita, articolata, relativa e va colta nella sua intrinseca storicità, nel suo continuo divenire, nonché nella sua ineliminabile complessità.

---

<sup>18</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 38 ss.

<sup>19</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 60 ss.

<sup>20</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 85 ss.

<sup>21</sup> Nell'ambito di questa impostazione possono poi distinguersi posizioni più radicali, secondo le quali le leggi non sono altro che pezzi di carta senza rilievo particolare in ordine alla previsione di future condotte e posizioni più articolate che ammettono che le proposizioni linguistiche normative, stante il condizionamento che i consociati hanno storicamente subito circa la loro vincolatività, possono in fatto in qualche misura influenzare il loro agire. Sul realismo scandinavo e nordamericano v. A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 16 ss. specie nt. 11, 265 ss., 283 ss.



Reali, ad esempio, sono certamente anche tutti i fatti culturali e spirituali. Più in generale, la realtà presenta una sicura componente immateriale; il linguaggio tipicamente ma lo stesso diritto, ancorché poggiato su un ineliminabile sostrato materiale, sono essenzialmente fenomeni reali immateriali.

In questo contesto Falzea evidenzia che la dimensione reale e oggettiva del diritto, in quanto fenomeno preposto alla conservazione e al progresso della vita dei consociati, consiste in primo luogo nei bisogni e degli interessi degli esseri viventi ricorrenti in ambito sociale, nonché nell'individuazione delle azioni funzionali a tutelarli. Nella stessa essenza del fenomeno dell'interesse<sup>22</sup> (dal latino *inter-esse*) va, infatti, ravvisata una intrinseca dinamicità protesa al conseguimento delle utilità in grado di soddisfarlo. Alla radice del diritto, in altri termini, non ricorre solo l'interesse in sé, astrattamente considerato, ma anche l'indicazione coesenziale dei comportamenti atti a realizzarlo.

Dall'osservazione del reale risulta, peraltro, un quadro estremamente ampio ed articolato di esigenze umane, del più vario genere e della più varia natura. Falzea – attento anche alle più recenti evoluzioni della teorica della complessità – rileva come nella vita sociale della contemporaneità disordine, casualità e singolarità coesistono e convivono in sommo grado con l'ordine, la necessità e la globalità in un groviglio sempre in evoluzione che genera un inevitabile stato generale di incertezza. I ritmi evolutivi della società sono incalzanti, le linee di sviluppo contraddittorie, spesso si riscontrano aporie e irrazionalità, diventa problematico e spesso tardivo l'adeguamento delle regole alle situazioni di interesse. È quindi essenziale mettere ordine, superare i contrasti, selezionare, in altri termini, tra tutti gli interessi quelli giuridicamente rilevanti, e far sì che mediante le regole di organizzazione e di relazione le forze ordinatrici della complessità prevalgano sulle azioni disgregatrici dell'anticomplexità<sup>23</sup>.

Falzea insiste sul fatto che tale processo va colto precipuamente in una dimensione sociale e cioè nell'ambito della comunità come luogo dove le esigenze dei singoli e dei gruppi hanno origine, si sviluppano e si affermano. E rileva che dall'insieme degli interessi riscontrabili a livello sociale risulta il tipo di vita al quale quella comunità aspira, mentre l'insieme degli orientamenti rinvenibili in quella società tendenti a conseguire tutto ciò che è necessario ai consociati integra il relativo stile di vita. Tipo di vita e stile di vita costituiscono, nella formula falzeiana che felicemente li riassume dell'interesse fondamentale della società, il criterio della rilevanza giuridica, cosicché può affermarsi che un interesse e una condotta idonea a soddisfarlo integrano valori giuridici nella misura in cui sono conformi all'interesse fondamentale della società<sup>24</sup>.

**4.** – Una concezione reale del diritto deve, quindi, avere riguardo ed osservare, adottando un metodo interdisciplinare, il reale in tutto il suo variegato e complesso atteggiarsi, in tutte le sue possibili articolazioni. Le esigenze, i bisogni, gli interessi dei consociati e della società e le correlate azioni idonee a soddisfarli risiedono, infatti, sempre nel reale, originano dalla realtà ed integrano valori proprio nella misura e a condizione che emergano dalla vita effettiva dei consociati considerata in tutto il suo possibile dispiegarsi.

---

<sup>22</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, specie 320 ss., dove la categoria giuridica dell'interesse è considerata complementare a quella della sostanza del diritto (325).

<sup>23</sup> A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir. Annali*, I, Milano, 2007, 201 ss.; ID., *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, sesta edizione ampliata, cit., 492 ss. Sul tema cfr. anche M. TRIMARCHI, *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, in *Jus civile*, 2017, 393 ss.

<sup>24</sup> Occorre quindi rifuggire dall'idea, spesso comunemente e superficialmente condivisa, secondo cui il diritto si identifichi con le regole (leggi) formalmente poste. Il diritto è molto di più delle prescrizioni di condotta risultanti dalle formule legislative, rinvenendo il suo unico ed ultimo fondamento nelle esigenze reali dei consociati e nelle azioni necessarie per soddisfarle.



Per definire il diritto, –adottata questa impostazione–, appare allora a Falzea imprescindibile effettuare una approfondita indagine che faccia emergere, ai vari livelli della realtà, quelli rispettivamente della realtà materiale, della realtà vitale o organica, della realtà della coscienza empirica e della realtà spirituale, gli interessi tutelati e gli orientamenti dei consociati in fatto ricorrenti per il loro soddisfacimento, da quelli più semplici ma essenziali (ad esempio l’interesse all’alimentazione, alla salute, a disporre di un riparo) a quelli che coinvolgono profili culturali o spirituali (ad esempio l’interesse alla tutela dei beni culturali o l’interesse alla stipula di contratti).

Non è possibile in questa sede riprendere *funditus* la splendida e ricchissima ricognizione operata da Falzea. È comunque importante evidenziare i principali passaggi della sua analisi, preposta a cogliere i dati assiologici, i fenomeni e le categorie emergenti nelle varie sfere della realtà, concentricamente disposte secondo la nota visione aristotelica<sup>25</sup>.

Per quanto riguarda la prima sfera, quella della materia, Falzea rileva che già in questa sede si riscontrano le categorie, essenziali per il diritto, della exteriorità, dell’oggettività e della forma. Ed è qui che emergono esigenze umane connesse al verificarsi di eventi o fatti naturali o all’esistenza di oggetti materiali, nonché in una più moderna prospettiva collegate alla tutela dell’ambiente fisico.

In relazione alla seconda sfera, quella della vita materiale o organica, Falzea rinviene l’origine della stessa categoria sostanziale del diritto e cioè dell’interesse, che attesta proprio la tensione dell’essere vivente verso una realtà esterna in grado di soddisfarlo o realizzarlo. In particolare vengono, poi, in rilievo i fatti di vita e quindi le esigenze fondamentali di rispetto della vita, di tutela della salute, nonché quelle connesse alle varie età della persona.

La terza sfera, quella della vita animata e della coscienza empirica, comprova l’esistenza dei fenomeni dell’esperienza, matrice di ogni normatività, e della manifestazione. Appaiono poi il soggetto collettivo e le cose animate. E ancora le esigenze connesse ai fatti psichici, di conoscenza, di volontà e di sentimento.

L’ultima sfera, la quarta, quella più elevata, segna un sicuro salto di qualità: la vita umana, individuale e sociale, si distingue dalle altre forme di vita, essendosi dotata dei metodi e degli strumenti più avanzati della scienza e della tecnica. Ricorrono fenomeni espressione della spiritualità umana e quindi i fatti e i comportamenti propri della cultura, ed in specie il linguaggio e lo stesso diritto<sup>26</sup>. La persona umana, quale essere dotato di libertà, si pone con i suoi valori al centro del reale ed in modo almeno in parte svincolato dalla stessa legalità espressa dal tipo e dallo stile di vita della società alla quale appartiene.

**5.** – Per Falzea i valori giuridici non sono quindi nient’altro che gli effettivi e reali interessi dei consociati e le correlate condotte atte a soddisfarli, giuridicamente rilevanti: valori, proprio in quanto reali, dotati di riconoscibilità a livello sociale, fondata sulla loro exteriorità ed oggettività.

Perché le esigenze della vita umana acquistino la dimensione della giuridicità devono, in altri termini, manifestarsi in modi oggettivamente osservabili; se l’aspetto sostanziale del diritto – nota Falzea – guarda

---

<sup>25</sup> Con la conseguenza che i fenomeni tipici di ogni sfera superiore ripetono anche le caratteristiche di ogni sfera inferiore: e, così, la sfera umana, la più elevata, presenta, sia come singoli, sia come gruppi, non solo fenomeni e interessi suoi esclusivi ma anche tutti i caratteri propri delle sfere inferiori (quella animale, quella vegetale e quella fisico-materiale). L’uomo, in altri termini, è fatto non solo di spiritualità e di cultura, ma anche di esperienza cosciente, di energia vitale e di materia e le sue esigenze rilevanti per il diritto originano quindi a ogni livello o sfera della realtà.

<sup>26</sup> A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., specie 213 ss.



alla realtà delle esigenze di vita, l'aspetto formale attiene alla manifestazione di queste esigenze, al loro modo di apparire e di evidenziarsi<sup>27</sup>.

Chiunque sia chiamato a realizzare il diritto, siano essi i consociati o i funzionari, non può adempiere il suo compito senza una qualche conoscenza delle norme giuridiche, che è acquisibile proprio attraverso dati formali ed esteriori<sup>28</sup>.

Invero in vari casi la conoscenza dei valori dell'azione (e dei correlati interessi che soddisfano) da parte dei consociati riposa sul fatto stesso di vivere e operare in una data società; ed infatti una parte delle regole e certamente alcune fondamentali, è sentita come tale ed osservata spontaneamente dai consociati in quanto viene avvertita la loro rispondenza al tipo di vita e allo stile di vita della comunità. In questi casi la formazione della norma avviene, in altri termini, attraverso l'instaurarsi di una prassi che può dunque dirsi genetica. Ed invero, poiché la consuetudine, che ne è l'espressione, è dotata di una forza giuridica che le deriva dalla sua appartenenza alla natura delle cose, la prassi giuridica genetica resta la via attraverso cui le nuove situazioni di interesse penetrano nella vita sociale e giuridica e costituisce la modalità primaria di generazione spontanea del diritto<sup>29</sup>.

Nelle società contemporanee l'estrema complessità del reale e del sistema degli interessi richiede, però, che l'oggettivizzazione dei valori giuridici sia, in larga parte, veicolata da forme simboliche, e cioè attraverso l'uso del linguaggio che proprio in considerazione della sua ricchezza e varietà consente la specificazione e l'articolazione delle regole. Il linguaggio – osserva Falzea – costituisce la forma più comune e più perfetta del simbolismo culturale e rappresenta il fenomeno espressivo e comunicativo caratteristicamente spirituale attraverso il quale nel tempo l'itinerario della complessità formale si è arricchito per estensione, intensità ed efficacia con raccolte legislative, sistemi codicistici, consacrazioni costituzionali e intese internazionali<sup>30</sup>.

Si danno, quindi, due diverse modalità di formalizzazione dei valori giuridici, quella manifestativa, identificata nella prassi sociale, negli stessi comportamenti tenuti dai consociati, e quella dichiarativa, che consiste in proposizioni linguistiche, in genere scritte. La manifestazione, per sua stessa natura, costituisce astrattamente il modo ottimale di formalizzazione dei valori giuridici, dal momento che dà garanzie pressoché assolute di conformità agli interessi e alle azioni giuridicamente rilevanti in ambito sociale<sup>31</sup>. La dichiarazione, viceversa, sconta la possibilità che le espressioni del linguaggio di volta in volta utilizzate presentino un significato non pienamente idoneo a rappresentare i valori giuridici.

Con riferimento essenzialmente agli ordinamenti che privilegiano la forma dichiarativa in sede di oggettivizzazione dei valori giuridici, Falzea, alla luce anche delle diverse esperienze risultanti dal processo storico-sociale, nota acutamente che la formalizzazione può peraltro atteggiarsi con modalità in parte diverse a seconda che avvenga accentuando il momento della situazione di interesse come valore o quello dell'azione (attuativa dell'interesse) come valore. Fermo restando che entrambi i momenti caratterizzano imprescindibilmente la giuridicità, può infatti notarsi che un ordinamento di ispirazione autoritaria tende a privilegiare o

<sup>27</sup> A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, sesta edizione ampliata, cit., 457 s.

<sup>28</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 456.

<sup>29</sup> A. FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., 437 ss.

<sup>30</sup> A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, sesta edizione ampliata, cit., 470 e 482 s.

<sup>31</sup> Le manifestazioni possono ovviamente essere tradotte in proposizioni linguistiche, orali o scritte e in concreto in molti casi vengono trasmesse e conosciute mediante l'uso del linguaggio. Tutto ciò, però, non inficia i loro caratteri in quanto il linguaggio si adatta al possibile variare della prassi sociale e ad essa rimane coerente. A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 464, rileva che “per quanto sia impensabile una norma consuetudinaria sorta e trasmessa senza l'ausilio del linguaggio, l'essenza del fenomeno non sta nelle parole ma nei fatti, non nella tradizione orale o nelle raccolte di usi bensì nei comportamenti uniformemente adottati dal gruppo sociale”.



accentuare il valore-azione, potendo così in qualche misura imporre ai consociati condotte non pienamente coerenti agli interessi sociali. Un ordinamento –da preferire– orientato alla realizzazione della giustizia, configura una normatività che si fonda sulle reali situazioni di interesse, nella quale il dover essere dell'azione è funzione del dover essere di tali situazioni<sup>32</sup>.

**6.** – Il pensiero di Falzea risulta coerentemente definito anche attraverso la mirabile rivisitazione che opera delle concezioni prospettate in dottrina in ordine al problema della positività del diritto.

E così: trattando della diffusa idea secondo la quale diritto positivo è solo quello posto sulla base di determinate procedure di formazione delle regole giuridiche, nega che la positività possa esaurirsi nella realtà delle forme in quanto in tal modo si oscura l'essenziale momento sostanziale della norma e dei valori giuridici<sup>33</sup>. Anche la tesi giuspositivistica della coattività, secondo la quale è positivo l'ordinamento in grado di imporsi con la forza, non lo persuade, essendo possibile opporre le critiche tradizionalmente rivolte al volontarismo e alla statualità del diritto<sup>34</sup>. In una diversa prospettiva ritiene, poi, superabili anche le tesi del neopositivismo logico che riducono la positività giuridica alla mera fattualità, connettendola alla realtà empirica in contrapposto alla idealità della religione, della morale o della ragione, in quanto finiscono col negare la peculiare realtà immateriale dei valori giuridici.

Per Falzea, sostenitore di uno specifico assiologismo realistico, la positività del diritto si identifica con la sua realtà empirica<sup>35</sup>, nel senso che i valori giuridici integrano –come si è già avuto modo di ricordare– entità reali costituite dagli interessi giuridicamente rilevanti dei consociati e dalle correlate condotte idonee a soddisfarli. Ogni valore reale della vita individuale e sociale, nell'atto stesso in cui definisce un interesse, imprime un orientamento alle energie vitali, a tutti i livelli –organico, animale o umano– in cui queste energie sono in grado di operare. Tali energie danno luogo ad una complessa trama di istituti attraverso cui si organizza la comunità. La ragione profonda della positività del diritto sta proprio negli orientamenti che gli interessi comuni ai vari membri della società determinano nella vita comune e nelle sue forze interne<sup>36</sup>. Le norme, avuto anche riguardo alla loro formalizzazione, integrano, quindi, diritto positivo in quanto attuate negli orientamenti e nelle energie di vita della comunità<sup>37</sup>. Il diritto positivo –può anche notarsi– è tale in forza della realizzabilità propria delle norme dovuta alla ricorrenza di un insieme di forze che a livello sociale orienta fortemente per la loro effettiva attuazione e per il loro spontaneo rispetto.

Quando la formalizzazione dei valori giuridici si realizza mediante l'uso di simboli linguistici (dichiarazioni), appare, peraltro, per qualche aspetto inevitabile che si verificano situazioni nelle quali il sistema normativo, cioè le regole scritte, non traducano fedelmente i valori ricorrenti in ambito sociale. Il fenomeno giuridico è, infatti, segnato dall'alternativa tra continuo e discontinuo, dove il continuo è costituito dall'evolversi incessante, nella concretezza storica dell'esperienza giuridica, degli interessi giuridicamente rilevanti dei consociati, mentre il discontinuo è presente nella giuridicità formale statica e astratta delle formule legislative, non sempre

<sup>32</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 453 s.

<sup>33</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 268, 274 ss.

<sup>34</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 269 s.

<sup>35</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 261.

<sup>36</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 290 s.

<sup>37</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 291.



in grado di tenere il passo dei cambiamenti che si registrano a livello sociale<sup>38</sup>. In altri termini: l'istituzione, anche se di tipo democratico, preposta all'approvazione delle regole scritte, per una qualche ragione potrebbe anche non cogliere in tutta la sua pregnanza la realtà dei valori (interessi e azioni per soddisfarli) e adottare e diffondere formule con significati in parte o non del tutto denotanti quei valori e quindi prescrivere condotte non pienamente confacenti alle effettive esigenze dei consociati<sup>39</sup>.

Va subito rilevato come tale scollamento ordinariamente non può verificarsi ed infatti non ricorre. Gli interessi e i bisogni reali della comunità e i connessi orientamenti da questa espressi in ordine ai comportamenti da adottare presentano, infatti, una giuridicità originaria in forza della quale la proposizione linguistica prefigurante il valore di azione (il dover fare) prevede una condotta adeguata, idonea a soddisfare gli interessi rilevanti. Il diritto non è altro che la forza dinamica che dà impulso al divenire storico dei valori. La loro formale esteriorizzazione sottende sempre e non può prescindere da una sostanza assiologico-reale. Si dà, in altri termini, uno stringente nesso di tipo esigenziale tra i valori giuridici reali e quelli risultanti dal significato delle proposizioni linguistiche normative<sup>40</sup>.

In questo quadro la presenza, più o meno diffusa, di determinate proposizioni linguistiche normative non rispondenti al reale assetto dei valori e cioè agli interessi dei consociati o anche la circostanza che date norme rimangano talora non osservate, non appaiono in grado di inficiare le considerazioni sinora proposte ed anzi in qualche misura si configurano come un dato inevitabile. La valutazione sulla rispondenza tra momento sostanziale e momento formale va, infatti, condotta avuto riguardo al complesso delle regole, all'intero ordinamento. La sopravvivenza del sistema normativo non richiede un massimo di realizzazione; basta – osserva Falzea – che il modello di esistenza si conservi nel suo insieme e abbia la capacità di attrarre le forze sociali, in modo che nel bilancio totale dei valori il passivo sia equilibrato e compensato dall'attivo.<sup>41</sup> Singole formule normative possono tradire i reali interessi della società per le più varie ragioni, e così, ad esempio, per ragioni connesse alle stesse caratteristiche dello strumento utilizzato, il linguaggio, spesso ambiguo o difficile, oppure per ragioni dovute alla estrema complessità del reale e/o alla scarsa sensibilità dei soggetti che quelle formule hanno predisposto e/o approvato, ma questo non consente per ciò solo di negare all'ordinamento di cui fanno parte l'attributo della positività. Appartiene, poi, alla fisiologia dell'umano e del sociale la circostanza che un certo numero di disposizioni venga violata o non rispettata ma anche questo certo non consente di ritenere che il diritto non sia un sistema di valori dell'azione umana, che tali valori non siano reali anche se poi talora rimangono inattuati, essendo un loro essenziale carattere la realizzabilità e non la totale realizzazione<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, *Nota su continuo e discontinuo*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 259 ss., ora in S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici*, V, 1965-1996, Milano, 2011, specie 1272 ss.

<sup>39</sup> Una siffatta eventualità non dovrebbe in linea di principio potersi verificare – come si è già detto – nel caso in cui l'oggettivizzazione dei valori risulta dalla stessa prassi sociale.

<sup>40</sup> A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., 178: “La condizione ottimale di ogni società giuridicamente organizzata sta nell'equilibrata presenza e nel corretto contemporaneo della componente sostanziale e della componente formale del diritto”.

<sup>41</sup> A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, sesta edizione ampliata, cit., 453.

<sup>42</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 451 s.

D'altra parte – si può anche aggiungere – in ogni ordinamento sono predisposti da un lato dei meccanismi, in genere mediante l'attivazione di autorità giurisdizionali a ciò preposte, per rimuovere tutte le formule non coerenti con gli interessi e i valori fondamentali del sistema e dall'altro apparati che in casi determinati sono autorizzati a imporre ai consociati coattivamente la regola.



7. – Le considerazioni sinora esposte inducono Falzea a concludere nel senso che il diritto risulta essere l'insieme degli interessi sociali derivanti dalla vita comune congiunto all'insieme dei valori dell'azione umana orientati alla loro realizzazione, manifestati socialmente ed evidenziati oggettivamente dall'esperienza comune e dalla comune cultura<sup>43</sup>.

Falzea propugna, quindi, una concezione del diritto di tipo fortemente sostanzialista, dove gli interessi e le esigenze reali ed effettive dei consociati ricorrono in un dato ambito sociale e in un dato momento storico vengono riconosciuti quali motore e ragione della giuridicità. Interessi giuridicamente rilevanti che non possono mai andare disgiunti dalle azioni umane destinate a realizzarli. In altri termini: la ricorrenza di un interesse segnala al tempo stesso l'indicazione di ciò che è necessario per soddisfarlo, cosicché si dà una legalità sociale originaria, costituita da interessi e condotte integranti, nella misura in cui sono importanti per la comunità, valori giuridici. In particolare non può esistere un interesse che non sia assistito da un agire pratico atto a realizzarlo, né tantomeno la previsione di una condotta che non sia finalizzata al soddisfacimento di effettivi e reali interessi dei consociati.

Gli interessi giuridicamente rilevanti e le correlate condotte si manifestano e si rendono conoscibili – osserva poi Falzea – attraverso la prassi spontanea da un lato e le proposizioni linguistiche dall'altro. Quello che comunemente si definisce come il momento formale del diritto, invero non è altro che l'oggettivo esteriorizzarsi in ambito sociale del dato sostanziale costituito appunto dalle esigenze dei consociati che aspirano a realizzarsi. In questa prospettiva non è dato cogliere né una contrapposizione, né una sintesi nel rapporto tra sostanza e forma nel diritto, bensì può ben affermarsi la necessità di un reciproco contemperamento secondo canoni di razionale equilibrio, ricorrendo una fondamentale concordanza tra l'interesse tutelato e il valore della condotta<sup>44</sup>.

Angelo Falzea delinea, quindi, – si è rilevato<sup>45</sup> –, nell'ambito di una sua personale impostazione assiologica, una concezione triadica o a tre dimensioni del fenomeno giuridico, costituito dai due fondamentali momenti dell'interesse rilevante e del valore dell'azione, entrambi evidenziati oggettivamente.

La particolare pregnanza riconosciuta alle esigenze dei consociati ricorrono in ambito sociale non si traduce, peraltro, nella visione falzeiana nella possibilità per il giurista di registrare autonomamente tali esigenze e di formulare regole adeguate a soddisfarle, sostituendo la legalità del diritto formalmente stabilito con la (eventualmente divergente) prescrittività normativa salente dal basso delle situazioni di interesse e dal tipo e dallo stile di vita della comunità<sup>46</sup>. Se, quindi, l'interprete non può ergersi a legislatore, è comunque suo preciso dovere quello di evidenziare le aporie e le irrazionalità delle formule normative sottolineando la mancata rispondenza tra le regole formalmente poste e la realtà della vita<sup>47</sup>. Considerato, poi, che “la legge lascia sempre nella sua astrattezza alternative applicative più o meno ampie, nella sua complessità molteplici possibilità combinatorie, nelle sue lacune larghe iniziative di integrazione”<sup>48</sup>, è anche suo ineludibile ed essenziale compito quello di condurre l'operazione ermeneutica nel modo più coerente possibile ai valori giuridici e alla sostanza del fenomeno giuridico.

<sup>43</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 500.

<sup>44</sup> E ciò – in altri termini – sulla base del generale principio di convenienza o adattabilità dell'effetto giuridico (del dover fare) agli interessi rilevanti evidenziati dal fatto: A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 490 s.

<sup>45</sup> V. SCALISI, *Dalla scuola di Messina un contributo per l'Europa*, cit., specie 19 s.

<sup>46</sup> V. SCALISI, *Conclusioni. Angelo Falzea: per un diritto al servizio dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1089.

<sup>47</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 282.

<sup>48</sup> A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 463.



CARMELITA CAMARDI

Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università Ca' Foscari Venezia

## LA DOGMATICA COME “DISPOSITIVO IMMUNITARIO” DELLA SCIENZA GIURIDICA NEL PENSIERO DI A. FALZEA. COME PENSARE LA SOCIETÀ DIGITALE

SOMMARIO: 1. L'irruzione dell'economia digitale nel mondo del diritto. Concetti in affanno. – 2. Una tentazione e un tentativo di comprensione. – 3. La lezione di Angelo Falzea: la dogmatica come dispositivo immunitario della scienza giuridica. – 4. Tentativi di pensare la società digitale. La questione della natura giuridica dei dati personali. – 5. La questione della soggettività degli algoritmi capaci di “volere”. – 6. Una speranza.

1. – La tentazione che mi coglie nell'impostare una riflessione che si inserisce nel vasto tema del rapporto tra diritto e tecnologie, e nel contesto di un volume dedicato al magistero di Angelo Falzea, è quella di provare ad immaginare quale atteggiamento ermeneutico il Maestro avrebbe tenuto nell'approccio ad alcuni degli interrogativi che usualmente il civilista si pone nell'affrontare le tematiche innovative proprie del *digital law*, o dell'economia *data driven*.

Gli interrogativi sono più che intriganti, e non tutti hanno ancora avuto soluzione condivisa. Eccone qualcuno.

Come qualificare i dati personali? Sono attributi della personalità, come suggerisce un approccio – per così dire – ispirato alla dogmatica tradizionale<sup>1</sup>. Oppure sono oggetto di un diritto, riconducibile ad una dimensione “proprietaria”, come suggerisce la prassi della continua utilizzazione dei dati quale corrispettivo per la prestazione di servizi da parte degli intermediari digitali<sup>2</sup>? Ed ancora, in quest'ultimo caso, a quale categoria di “beni” essi vanno ricondotti, se la loro cessione non comporta anche la cessione dell'uso esclusivo, ed essi si configurano tipicamente come beni “non rivali”?

Altri interrogativi investono le tematiche del consenso individuale all'accesso ai dati personali rilasciato quotidianamente dal singolo in una infinita serie di “momenti” non soltanto contrattuali, ma – come ancora la prassi dimostra – anche non o precontrattuali (il semplice girovagare in un sito web senza acquistare nulla). Trattasi di un'autorizzazione? Oppure di un vero e proprio consenso negoziale alla cessione dei propri dati, a

---

<sup>1</sup> Per tutti, G. CERRINA FERRONI, *I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale*, in P. STANZIONE (a cura di), *I “poteri privati” delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022, p. 59.

<sup>2</sup> Con accenti diversi, G. DI FILIPPO, *I dati come beni giuridici. Dati personali e dati non personali: regime di appartenenza e di circolazione*, in P. STANZIONE, *op. cit.*, p. 15; S. SICA, V. D'ANTONIO, *La commodification dei dati personali nella data driven society*, *ibidem*, p. 129. Ed ancora, V. RICCIUTO, C. SOLINAS (a cura di), *Forniture di servizi digitali e “pagamento” con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale*, Milano, 2022; C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020.



titolo gratuito, quando non a titolo oneroso? E tale operazione di “cessione” dei dati (specie nelle ipotesi che prevedono un corrispettivo a favore dell’interessato) è un vero “contratto”<sup>3</sup>?

Ed ancora, algoritmi e robot, che presiedono a talune attività materiali, dalla guida dei veicoli *driverless*, all’assistenza delle persone per una pluralità di servizi, sono oggetti o soggetti? Sono responsabili delle proprie “decisioni”, quando le assumono (l’auto totalmente *driverless* “decide” di orientare l’inevitabile scontro verso il treno piuttosto che verso i passanti), oppure i danni derivanti dalle loro “azioni” vanno imputati ad altri soggetti che con essi hanno uno specifico “rapporto”?

Il tema risulta tanto più inquietante quanto più si riflette sul fatto che le cosiddette “decisioni” assunte dall’algoritmo si basano su di un metodo statistico, non causale, pressoché totalmente indecifrabile e oscuro (determinato in seno ad un *black box*); ciò che rende quasi impossibile controllarne i nessi e le motivazioni, e perciò “argomentare” il risultato o le conseguenze che se ne vogliono trarre, ad esempio per contestare un errore, ovvero conoscere la ragione giustificativa di una certa azione o decisione<sup>4</sup>. Pertanto, tali decisioni sono “atti” o “fatti”<sup>5</sup>?

Ed infine, il potere che i giganti *big tech* esercitano attraverso le infrastrutture tecnologiche, appropriandosi di una quantità sterminata di informazioni destinate ad essere elaborate in una infinita quantità di direzioni, a quale categoria va ricondotto? È un potere privato di fatto, paragonabile a quello di qualunque imprenditore sul mercato, esercitato in virtù del controllo sui propri beni aziendali, in particolare sui beni intangibili; oppure va ricondotto ad altri schemi che vadano oltre quelli del diritto privato<sup>6</sup>? E i cosiddetti “*followers*”, che misurano con numeri indicibili e viepiù crescenti tale potere, sono paragonabili alle “liste clienti”?, Sono oggetto di un qualche diritto “proprietario”? Si iscrivono a bilancio<sup>7</sup>?

Le domande si potrebbero moltiplicare, specie se si abbandonano i certo non angusti confini del diritto civile, e ci si avvicina – ad esempio – alle tematiche della discrezionalità amministrativa, allorché la decisione algoritmica sia assunta nel contesto di un procedimento amministrativo: siamo dinnanzi ad un provvedimento

<sup>3</sup> In argomento si vedano le interessanti riflessioni di A. QUARTA,  *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020, in particolare p. 200 ss., ove l’Autrice ragiona sulla situazione giuridica di chi accede a siti privati mediante una procedura che comporta la manifestazione di un assenso virtuale alle condizioni d’uso (registrazione, click su casella); e di chi invece accede a siti pubblici direttamente attraverso l’inizio della navigazione, senza selezionare alcuna casella, e cioè senza esprimere alcun consenso.

<sup>4</sup> Riferimenti in N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, Bologna, 2021, in particolare pp. 20, 28 ss.

<sup>5</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 31.

<sup>6</sup> Sulla scia del noto studio di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli 1977, la letteratura utilizza di frequente questa denominazione per inquadrare la posizione giuridica delle grandi piattaforme tecnologiche e costruire i rimedi opportuni al favore degli utenti. Si vedano al proposito D. D’ALBERTI, *Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 745; F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell’odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 2018, p. 507; A. QUARTA, *Mercati senza scambi*, cit., *passim*; ID., *Il ruolo delle piattaforme digitali nell’economia collaborativa*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2017, p. 554; e l’interessantissimo saggio di I. STOLZI, *Diritto e nuove tecnologie: cronache di un eterno presente. A proposito di recenti studi su Intelligenza artificiale e società algoritmica*, in *Quaderni fiorentini*, 2022, p. 715, p. 727, secondo la quale si tratta di fronteggiare forme di “sovranità privata”, munite di un tale potere performativo che sollecita l’introduzione di adeguati “contropoteri”.

<sup>7</sup> Qualche spunto utile sul tema si trova in questi contributi di R. MORO VISCONTI, *La valutazione dei social network*, in *Il Diritto Industriale*, 2020, p. 71; *L’avviamento digitale: profili di valutazione economica*, *ibidem*, 2022, p. 467; *La valutazione dei marchi nella moda: dal FashionTech al Digital Clothing*, *ibidem*, p. 255. Ma si veda anche C. GALLI, *Social Media, segni distintivi e lealtà della concorrenza, tra Influencers, Trend Setters, Fake News e pubblicità*, in *Il Diritto Industriale*, 2019, p. 122. Il valore dei *followers* viene invece del tutto negato dalla magistratura amministrativa, quando si tratta di valutare la rappresentatività della collettività locale in capo ad un’associazione ambientalista, la quale aveva pochi iscritti, ma molti *followers* nella sua pagina Facebook: T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. I, 18 febbraio 2019, n. 302, in *Ambiente e sviluppo*, 2019 (solo massima, reperibile in *OneLegale*).



to amministrativo sindacabile ai sensi della L. n. 241/90 sul procedimento amministrativo? Ovvero si guarda alle tematiche del diritto dell'impresa e della proprietà intellettuale, che coprono l'arco della vita di un'impresa sotto il profilo dell'applicabilità dei diritti di proprietà alle più varie "raccolte di dati" non connotate dall'apporto umano; come pure sotto il profilo della *governance* informatizzata delle società, nell'ambito della quale l'azione amministrativa dei "roboboard" chiama in causa l'applicazione dell'art. 2381, co. 2, e le conseguenti problematiche di soggettività e responsabilità<sup>8</sup>.

Tralasciando – perché meno pertinenti ancorché assai rilevanti – le tematiche pubblicistiche concernenti la qualificazione del potere di mercato delle cosiddette piattaforme tecnologiche nella loro azione "politica", ritorno alla tentazione che ha aperto queste mie riflessioni, e provo ad assecondarla, con tutte le precauzioni del caso.

2. – Credo di dover precisare innanzitutto che la tentazione trova origine già nella mera osservazione del pensiero di Falzea, nella capacità di costruire la speculazione giuridica all'interno dei più vasti territori culturali, conducendola sul filo della teoria generale, e perciò ad un livello talmente alto rispetto alle singole discipline di settore, da giustificare riflessioni e conclusioni alle quali – in assenza di tali conoscenze – l'uomo comune mai potrebbe arrivare<sup>9</sup>. Intendo dire che la vocazione sistematica e l'impostazione sistemica del (pensiero del) Maestro<sup>10</sup> coglievano sempre, ed avrebbero perciò continuato a cogliere, le trasformazioni sociali e giuridiche nella loro connessione e soprattutto nel loro immediato precipitare nei metodi e nei discorsi della scienza giuridica<sup>11</sup>.

Un'altra ragione del presente approccio sta invece, ben più profondamente, in quella potente costruzione (dei livelli) della scienza giuridica che Egli ha sviluppato, includendo nelle logiche di tale scienza l'attitudine alla stabilità e contestualmente al cambiamento, all'adeguamento, allo sviluppo nella continuità. Tutte attitudini intese – quale fine ultimo – a preservare la scienza giuridica da processi autodistruttivi, come da rischi esogeni di obsolescenza indotti da trasformazioni del mondo reale troppo radicali e perciò difficilmente controllabili con i dispositivi propri della teoria giuridica.

Insomma, una specie di *dispositivo immunitario* funzionale ad una sorta di perpetuità dinamica e variabile della scienza giuridica e delle sue virtù<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Per questi temi, riferimenti ancora in N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *op. cit.*, *passim*, e p. 127 ss.

<sup>9</sup> A. Falzea, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 1, ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, Milano, 1999, p. 189 (da cui si cita). Il riferimento a questo saggio intende valorizzare quell'idea per la quale il sottosistema giuridico sarebbe – insieme con quello linguistico – un sottosistema di base del sistema culturale, in quanto essenzialmente "prodotto della riflessione razionale", a vocazione sistematica (p. 213, 216).

<sup>10</sup> Vedi da ultimo il saggio di N. IRTI, *Un 'volo di storni' tra lingua e diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 956, e p. 964 sul contributo di Falzea alla teoria dei sistemi. Definisce Angelo Falzea come "il civilista più contraddistinto da una forte, quasi esasperata, dimensione teoretica", P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia tra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021, p. 67; ancora di P. GROSSI si veda *Omaggio ad Angelo Falzea*, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, p. 189. Per chi volesse osservare e studiare il pensiero di Falzea in un contributo di assoluta fedeltà e rigore, si rinvia al saggio di V. SCALISI, *Il diritto civile nelle prolusioni del secondo novecento*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 501.

<sup>11</sup> Su tale vocazione, da ultimo, S. MAZZAMUTO, *Il pensiero di Angelo Falzea sull'Europa*, in *Europa e Diritto Privato*, 2022, pag. 461; ma dello stesso Falzea si veda il saggio *Il civilista e le sfide d'inizio millennio*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. SCALISI, Milano, 2004, p. 3, ove il Maestro si interroga proprio sull'impatto delle nuove tecnologie sulle categorie dogmatiche; e poi *Complessità giuridica*, in *Oltre il positivismo giuridico. In onore di Angelo Falzea* (a cura di P. SIRENA), Napoli, 2012, p. 3.

<sup>12</sup> Si traggono queste considerazioni, e quelle che seguono nel successivo paragrafo, dal saggio *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, cit. p. 223.



Queste caratteristiche della costruzione scientifica di Falzea incoraggiano la tentazione di verificare la loro tenuta a fronte della rivoluzione digitale, la quale – come già è accaduto in altre rivoluzioni ad impatto allargato nella società (si pensi al motore a scoppio) – esibisce una capacità pervasiva praticamente senza limiti, investendo tutti gli istituti del diritto civile che ruotano intorno all'economia dei dati, nonché alle funzionalità che – sempre attraverso i dati – è possibile imprimere agli algoritmi e ai sistemi di intelligenza artificiale. Per non dire degli *output* generati dalla filiera digitale nei suoi effetti di ritorno sulla persona fisica che ha generato i dati: dalla profilazione, alla selezione a fini di *rating*, alla ammissione o esclusione dalla fruizione di taluni benefici, e così via, i processi digitalizzati possono generare effetti di redistribuzione sociale talora anche impercettibili da parte degli interessati, e produrre in tal senso anche lesioni dei diritti della persona.

Ciò posto, la riflessione che segue si articola lungo due direttrici.

La prima richiede di cogliere e sintetizzare quegli aspetti del pensiero (della lezione) di Falzea che permettono di candidare una scienza giuridica attrezzata secondo i suoi canoni ad affrontare le sfide concettuali poste anche dalla rivoluzione digitale.

La seconda richiede poi di utilizzare questi canoni nella concreta sfida posta dagli interrogativi segnalati all'inizio di questo contributo, per verificare la possibilità di elaborare una risposta capace di introiettare i problemi indicati e proporre una soluzione di disciplina che confermi la funzione storica della scienza giuridica, così come Falzea ha teorizzato. La sfida posta da quegli interrogativi, infatti, mette alla prova la tenuta della dogmatica civilistica, e con essa la tenuta del sistema civilistico, come pure la tenuta di alcuni principi fondamentali. Essa pone l'interprete di fronte a scelte radicali, e dunque al rischio che la proposta finale, in un senso o nel senso opposto, sia comunque parziale e incompleta: idonea forse a riaffermare la capacità del sistema di assorbire il nuovo, ma inidonea a cogliere la novità e pertanto – ciò che è peggio – incapace di individuare la disciplina appropriata alla soluzione del problema e di prevedere e prevenire eventuali conseguenze dannose.

**3.** – Per gli aspetti che qui interessano del rapporto tra tecnologie e diritto, un rinvio ideale agli interrogativi prima formulati suggerisce di richiamare quei passaggi del pensiero di Falzea che definiscono la dogmatica, il suo ruolo, la sua posizione nel percorso conoscitivo dell'ordinamento giuridico<sup>13</sup>.

Una prima premessa riguarda il convincimento di Falzea secondo il quale la conoscenza di un ordinamento giuridico non può prescindere da una visione sistematica e teorica, nonché da una visione dogmatica. Più precisamente la SISTEMATICA come rappresentazione unitaria dell'ordinamento realizzata con l'impiego della logica, sarebbe un passaggio obbligato per svolgere una TEORIA GENERALE del diritto; mediante la quale, e indipendentemente dalla struttura del diritto positivo attuale, si costruiscono principi e categorie generali, ovvero i cosiddetti “universali formali”, tutto ciò che è in grado di rappresentare la fenomenologia giuridica come strumento di regolazione della vita sociale<sup>14</sup>.

Viceversa, la dogmatica è una forma superiore di conoscenza rispetto all'esegesi, che ha il compito di

---

<sup>13</sup> Sulla importanza riconosciuta da Falzea alla “dogmatica”, come metodo di conoscenza e di ricostruzione del fenomeno giuridico, in un ordine di idee non lontano da quello qui proposto, si pone G. D'AMICO, *Angelo Falzea e il ruolo della dogmatica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1015. Il contributo si inserisce fra gli Atti di un Seminario dedicato al Maestro (svoltosi nell'Università di Reggio Calabria l'11 febbraio 2017) pubblicati nello stesso numero della Rivista, p. 967 ss.

<sup>14</sup> A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, cit., p. 270 ss.



rappresentare scientificamente un ordinamento positivo nella sua sinteticità e globalità; il compito di elaborare concetti giuridici aventi per oggetto i valori, sotto il profilo degli interessi che motivano la norma e sotto quello della loro efficacia attraverso l'azione prescritta dal diritto<sup>15</sup>.

Inutile dire che la dogmatica e la teoria generale rappresentano – per il tramite della sistematica – livelli diversi ma collegati della conoscenza del diritto. La prima trasforma la conoscenza empirica in conoscenza teoretica, cercando i principi generali sui quali si fonda la struttura del diritto positivo. La seconda si colloca ad un livello scientifico di conoscenza ancora superiore a quello della dogmatica e ancor più generale, opera in via *sistematica* e non è condizionata dalla struttura del diritto positivo.

Detto in altri termini, nella sistematica prevalgono gli aspetti teorico-formali del diritto che presiedono alla organizzazione razionale della fenomenologia giuridica, cogliendone anche la variabilità.

Nella dogmatica prevalgono gli aspetti teorico-sostanziali che includono i criteri assiologici e i principi fondamentali che incorporano i valori dell'ordinamento<sup>16</sup>.

Le distinzioni così poste non escludono la convergenza tra sistematica e dogmatica, nella misura in cui l'una serve all'altra e reciprocamente si alimentano per una conoscenza completa del diritto, sul piano dei valori come su quello della formulazione degli schemi generali di comprensione della fenomenologia giuridica. Dogmatica e sistematica, pertanto, rappresentano le due facce – sostanziale e formale – della medesima medaglia: il sistema reale del diritto, visto dal lato dei principi e valori generali, e dal lato delle sue generali categorie fenomenologiche<sup>17</sup>.

Le modalità con le quali Falzea argomenta e sviluppa le sue “ricerche” di teoria generale e dogmatica non ha soltanto lo scopo di stabilire i canoni della ricerca scientifica nel campo del diritto. Di frequente, infatti, di fronte alle aporie del sistema, ovvero alle critiche che gli stessi giuristi muovono alla sistematica e alla dogmatica, Falzea trova modo di osservare che gli affermati canoni della ricerca giuridica costituiscono altresì il presupposto del progresso civile di una società. La dogmatica è irrinunciabile e l'anti-dogmatica è per Lui una forma di arretramento culturale, ed il compito della scienza giuridica pertanto va concepito in tal senso: il rifiuto della dogmatica porterebbe indietro la scienza giuridica, verso dimensioni meramente esegetico-descrittive, o radicalmente realistiche, privando la società civile intera del suo necessario spessore teorico.

In tal senso la dogmatica è una forma di conoscenza condizionata alla variabilità del diritto positivo, ma non scindibile dal processo della sua conoscenza; i dogmi alla creazione dei quali la scienza giuridica deve dedicarsi, pertanto, non vanno confusi con la fede; così come non si deve confondere la funzione della dogmatica con la dogmatica storicamente data, o con il *dogmatismo*<sup>18</sup>.

Ne ricaviamo due lezioni utili alle considerazioni da svolgere in questo contributo. La prima è che la dogmatica è una metodologia di lavoro, un *processo di conoscenza* da applicare ad un oggetto complesso, sempre variabile e storicamente determinato. La seconda è che i dogmi non sono eterni, possono e devono cambiare, se cambiano i valori e se cambiano le leggi. Più di quanto non debba dirsi della teoria generale, la

---

<sup>15</sup> A. Falzea, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, cit., pp. 263, 266 ss.

<sup>16</sup> Sulla definizione assiologica del diritto, vedi il saggio *Avvio ad una definizione assiologica del diritto*, in *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte prima, *Il concetto del diritto*, Milano, 1979, p. 5.

<sup>17</sup> A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, cit., p. 292 ss.

<sup>18</sup> Son queste considerazioni essenziali nel contesto del discorso che si cerca di svolgere in queste brevi note. Esse delineano quel carattere dinamico, capace di evolversi e di trasformarsi, senza perdere però la propria funzione culturale e scientifica, che Falzea attribuisce alla dogmatica come forma di conoscenza, separandola dalla dogmatica storica. Chiarissime in tal senso le pp. 254-263 (e la nota 26) in *Dogmatica giuridica e diritto civile*, cit., nella consueta imponente prospettiva filosofica.



dogmatica si riformula continuamente e si attualizza, e diventa *nuova* dogmatica, tutte le volte in cui il diritto reagisce a crisi e turbamenti sociali e produce la rottura e il cambiamento dei valori fondamentali.

Sta in ciò quello che ho creduto di poter definire come una specie di *dispositivo immunitario* funzionale ad una sorta di perpetuità dinamica e variabile della scienza giuridica. Nella asserita capacità della dogmatica di riproporsi sempre come interprete di un diritto e di una società che costantemente cambiano, con concetti nuovi, ma senza perdere la continuità funzionale alla necessaria comprensione integrale dell'ordinamento positivo. Se ciò non accadesse, ripetiamo, la scienza giuridica si renderebbe artefice di un arretramento culturale. Del resto, se Falzea costruisce la dogmatica come una forma della conoscenza, dotata per definizione di strumenti che la rendono capace di attingere al *suo* oggetto specifico – il diritto positivo – non si vede la ragione per la quale, con una tale premessa, essa non debba essere capace di modificare i *suoi* dogmi – cioè i *prodotti* della conoscenza – in relazione al cambiamento se non alla rottura dei valori e dei principi del diritto positivo. Questa sarebbe la sua funzione nel sistema culturale e questa la sua sfida.

4. – Non c'è dubbio che i processi di cambiamento che più impegnano la dogmatica in questo suo incessante compito di adeguamento siano quelli che vedono la tecnologia irrompere nel presente con una carica demolitoria senza pari di quella che per comodità chiamiamo “tradizione”. Non solo la tradizione sociale, le abitudini dei singoli e dei gruppi, ma anche la tradizione economica, scientifica, e naturalmente della scienza giuridica. Falzea citava l'energia nucleare, ma basterebbe riflettere in dimensione storica per un momento per rintracciare, ad esempio nella scrittura, la cancellazione della tradizione orale e la fondazione di un sistema di comunicazione durevole capace di attrarre tutta la strumentazione di governo sociale<sup>19</sup>. La biotecnologia è un altro aspetto dello sviluppo tecnologico capace di sovvertire persino i canoni tradizionali della riproduzione umana “naturale”; mentre la rivoluzione digitale è nel momento odierno il fattore principale al quale attribuire, come già la biotecnologia, la capacità di sovvertire la dimensione esistenziale dell'uomo e la stessa organizzazione istituzionale nella prospettiva della globalità.

Il lettore ben conosce questi fenomeni e la loro ripercussione nella fenomenologia giuridica. In questa sede si è perciò scelto di misurare la capacità della dogmatica, ricostruita secondo i canoni di Falzea, di riassumere il controllo concettuale di quella fenomenologia, e di offrire la strumentazione idonea a comprenderla scientificamente, a fronte di una normativa che presenta tutti i caratteri di instabilità e soprattutto di indecidibilità e di pluridimensionalità che connotano l'attuale complessità del “giuridico”<sup>20</sup>.

Procederemo con qualche esempio in via casistica.

Il primo caso è quello della rappresentazione giuridica del dato personale, questione che si porta dietro la tradizionale rappresentazione concettuale del soggetto e dell'oggetto. Vale a dire di due figure della teoria generale imprescindibili nell'opera di conoscenza scientifica e sistemazione del “giuridico”.

La questione si dibatte ad oggi<sup>21</sup> nel segmento teorico compreso all'interno di una dicotomia insanabile (come tutte le dicotomie) tra soggetto e oggetto; e nello spazio reale delineato dagli attori sociali con i con-

---

<sup>19</sup> Rinviando in tal senso alle considerazioni introduttive di G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2010, sul rapporto tra diritto e tecnologia, p. 10 ss.

<sup>20</sup> Un'impostazione corretta in tal senso è quella di G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, p. 199.

<sup>21</sup> Vedi *supra*, note 1 e 2.



notati innegabili di un mercato, praticato ma non dichiarato (se vuoi continuare dàmmi i tuoi dati, oppure abbonati)<sup>22</sup>, e spesso negato a livello istituzionale (i dati non sono merce, dice l'UE)<sup>23</sup>.

La letteratura meno legata alla tradizione non esita a richiamare la realtà, e a dichiarare che – una volta per tutte – occorre ammettere che i dati sono una merce idonea ad essere usata come corrispettivo, e che la persona è più tutelata dal contratto che non dalla responsabilità civile<sup>24</sup>.

La letteratura più attenta al valore della persona, invece, continua a negare la possibilità teorica di questa reificazione e postula la prevalenza assiologica della persona quale “titolare” dei dati che la identificano<sup>25</sup>.

La scelta dell'una o dell'altra alternativa è legata a due variabili complesse. La prima è l'individuazione del sistema positivo di riferimento. La seconda è la definizione del limite di estensione e di tenuta del concetto al quale si affida il compito di rappresentare il fenomeno indagato. In altri termini, la definizione del campo di attualizzazione di un dogma, del confine superato il quale occorre *un altro* dogma, per evitare di mortificare la dogmatica sostituendola con l'infertile dogmatismo. Resta inteso che i due procedimenti non sono separabili, nel momento in cui l'interprete – dopo averli definiti – li mette in atto di fronte ad un “testo”, perché è impossibile leggere un testo senza le categorie utili a superare l'esegesi; come è impossibile mantenere un dogma intatto di fronte ad un testo che lo smentisce, o non lo sorregge. Forzature e irriducibilità sono in agguato.

Cominciamo allora dalla prima variabile segnalata, scusandoci con il lettore per la rapidità e sinteticità dell'argomentare che informano questo “esercizio”.

Dunque, il primo testo da considerare non può che essere il Regolamento europeo (UE) 2016/679, relativo alla *Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*. Esso si candiderebbe a testo primario, perché contiene i principi e la disciplina della materia, una sorta di “codice” che dovrebbe permettere all'interprete di abbracciare molti degli elementi necessari al suo *output* scientifico. O perlomeno questo è quanto cercheremo di verificare.

Il primo indice rilevante restituisce, a dire il vero, un'ambiguità, tanto più significativa quanto più essa investe i principi fondamentali della materia: il comma 3 dell'art.1, infatti, stabilisce salomonicamente che “*La libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*”. Un incipit decisamente impegnativo, che evoca la segnalata dicotomia, e lascia un'incertezza sulla posizione dei due principi affermati nell'intero articolo nella scala dei valori di questo sistema normativo. L'interprete è così indotto a percorrere la direzione di un bilanciamento per l'appunto salomonico, o alla pari, grazie al quale si potrebbe convenire sull'idea per la quale i dati personali devono liberamente circolare nei limiti di una procedura che garantisca la protezione effettiva della persona fisica, e quest'ultima non può opporsi al trattamento se realiz-

---

<sup>22</sup> Questa è la nota alternativa che moltissime *app* recano dopo l'accesso libero dell'utente, fornire i propri dati personali attraverso l'iscrizione ad una *community* o la registrazione, oppure concludere un contratto oneroso, in entrambi i casi per ricevere il servizio. Sono i rapporti governati dalla Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, recepita con Decreto legislativo 4 novembre 2021 n. 173, che ha modificato il Codice del consumo, artt. 135 *octies* ss. Su tale normativa mi permetto di rinviare a C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, 2019, pp. 499.

<sup>23</sup> È stata questa l'opinione dell'*European Data Protection Supervisor* (“EDPS”), parere 4/2017, reperibile al link [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-06-23\\_opinion\\_digital\\_content\\_ex\\_summ\\_it.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-06-23_opinion_digital_content_ex_summ_it.pdf).

<sup>24</sup> Per tutti, V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 642 ss. Altri contributi nel volume di V. RICCIUTO, C. SOLINAS, *op. cit.*, *passim*.

<sup>25</sup> Un'analisi attenta in tale dimensione è quella di G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, in particolare p. 113 ss.



zato nel rispetto dei suoi diritti, peraltro sanciti a livello costituzionale, oltre che – come vediamo subito – positivamente disciplinati nel GDPR<sup>26</sup>.

Non interessa in questa sede esercitarsi nel bilanciamento concreto dei due principi. Si vuol scoprire – per poterla meglio definire – quale rappresentazione concettuale dei dati può darsi nell’alternativa prima segnalata.

Il Regolamento invero contempla innanzitutto delle regole che stabiliscono la liceità del trattamento, ancorandola a taluni presupposti, tra i quali il consenso dell’interessato, liberamente prestato e revocabile (artt. 6-7); per stabilire subito dopo al capo III una serie di diritti personali dell’interessato. Non occorre elencarli; occorre invece sintetizzarne la *ratio* evidenziando che il processo che permette l’apertura dei dati personali al trattamento del titolare realizza – per così dire – una sorta di messa a disposizione da parte dell’interessato delle informazioni personali che lo riguardano, ma rimane però un processo pur sempre reversibile. Non risolubile, ma per definizione *reversibile*, perché l’interessato non perde mai il controllo dei suoi dati: ciò si evince dai diritti all’accesso, alla rettifica, alla cancellazione e soprattutto alla portabilità dei dati. Una prerogativa, quest’ultima, la quale per un verso suggerisce l’idea che i dati ceduti si siano oggettivizzati in un *quid* di (immateriale, ma) “portabile”, un “formato strutturato” lo chiama il Regolamento (leggibile da dispositivo automatico); ma per altro verso fa sì che l’interessato possa contemporaneamente e liberamente “trasmettere” ad altri questo *quid* e in tal senso *portarlo altrove*<sup>27</sup>. Più avanti, l’art. 82 regola il diritto al risarcimento dei danni anche non patrimoniali causati dalla violazione del Regolamento<sup>28</sup>.

Ora, senza scendere nella ricostruzione sistematica dello statuto dei diritti dell’interessato, sembra incontestabile che la fenomenologia giuridica messa in campo dal Regolamento per l’aspetto che qui esploriamo, renda difficile utilizzare per il dato personale la categoria del bene giuridico, ed ancora renda difficile configurare il dato personale come oggetto di un diritto annoverabile fra i diritti reali, o addirittura “di proprietà”.

Come si accennava e passando adesso alla seconda variabile sopra indicata, l’utilizzo del concetto tradizionale di bene giuridico richiederebbe di verificarne l’estensibilità alla varietà di risorse *immateriali* aventi valore economico generate dai processi di sviluppo sociale<sup>29</sup>, di testare l’intento del legislatore di consentire l’appropriazione esclusiva come oggetto di un diritto, ma anche e forse prima l’attitudine della risorsa a “lasciarsi appropriare”, cioè a porsi come “oggetto” di un diritto ed in forma esclusiva, sì che il godimento dell’uno escluda il godimento di un altro<sup>30</sup>.

Questa configurazione dogmatica non proviene da un mero pregiudizio di natura proprietaria, ma dalla stessa struttura genetica dei diritti reali, ai quali storicamente è stato affidato il compito di rendere possibile l’appropriazione privata della ricchezza in forma individuale. La scienza giuridica ha costruito questo dogma in un contesto storico nel quale, per un verso il carattere prevalentemente materiale della ricchezza rendeva credibile la rappresentazione del diritto in chiave di pieno controllo ed esclusività; e per altro verso il proces-

---

<sup>26</sup> Il Considerando 4 del resto fa presto a precisare che “Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. Su questo articolo, vedi il commento e le indicazioni di G. Finocchiaro, in *Codice della privacy e data protection*, a cura di D’ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA, Milano, 2021, p. 113 ss.; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, nel volume a cura di V. RICCIUTO, C. SOLINAS, *op. cit.*, p. 53.

<sup>27</sup> Sull’art. 20 del GDPR si rinvia al commento di V. FALCE, nel *Codice della privacy e data protection*, *cit.*, p. 349.

<sup>28</sup> Anche su questo tema, mi permetto rinviare a C. CAMARDI, *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in *Jus Civile*, 2020, pp. 786.

<sup>29</sup> Quanto alle risorse materiali, infatti, non ci sono dubbi sul fatto che essi siano beni giuridici, indipendentemente dalla loro utilità. Per tutti, M. BARCELLONA, *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, II, p. 65 s.

<sup>30</sup> In argomento, G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali*, *cit.*, p. 17 ss.



so istituzionale si conservava ancora estraneo all’impatto ritenuto eversivo dei principi costituzionali di cui all’art. 42 della Costituzione<sup>31</sup>.

Allorché questi due elementi di contesto sono venuti meno, la sopravvivenza – l’attualizzazione – del dogma del diritto reale si è affidata ad una elaborazione di livello superiore, che ha smussato l’aspetto della “sovranità proprietaria” ed ha nel contempo accentuato quello della sua estensione alle risorse immateriali aventi valore economico. Il ripensamento ha reso possibile che si confermasse lo schema proprietario anche a fronte delle limitazioni imposte alla proprietà urbana o agraria. Ma ha anche permesso di estendere il concetto ad altri ambiti – tipici di più evoluti contesti economici, e continuare a parlare ancora di *diritti di uso esclusivo* a fronte di risorse diverse dai tradizionali beni immateriali qualificati (dal brevetto ai diritti di proprietà intellettuale), ma ugualmente *intangibili*, come gli slot aeroportuali, le quote latte o i diritti di emissione nociva (i quali si acquistano e si rivendono tra gli operatori del mercato interessato, sotto la vigilanza pubblica).

In altre parole, la categoria dei diritti di appropriazione si è mostrata in grado di comprendere una varietà di situazioni soggettive, seppur diversamente connotate dal punto di vista dell’intensità *dello ius excludendi alios*, e riferibili a risorse materiali o non materiali, o comunque intangibili; ma nelle quali però permane un elemento essenziale ai fini di poterne constatare la ricorrenza: ed è l’elemento della *oggettività giuridica*, della *separabilità* della risorsa economica oggetto del diritto dalla sfera del titolare della relativa situazione soggettiva. Non tanto la separabilità fisica, quanto la separabilità logica-giuridica, formale, la riferibilità cioè della titolarità a soggetti volta a volta diversi, che permette di dire che quella risorsa può essere “oggetto” di uno scambio, all’esito del quale il cedente perde il diritto e il cessionario lo acquista<sup>32</sup>.

Questo giudizio si evince o dalla natura corporale della risorsa (la “cosa”); ovvero, mancando la corporalità, dal fatto che la norma che disciplina quella risorsa esplicitamente consente questo effetto di cessione all’esito di un processo circolatorio. Ciò che avviene, a dimostrazione della estensibilità della categoria, attraverso la creazione dei mercati cosiddetti “secondari” per quelle risorse innanzi citate – gli slot o le quote di emissione gas o anche i diritti sulle radiofrequenze-, non a caso definite alla stregua di “beni di origine amministrativa”. Una definizione che allude all’effetto prodotto dalla norma che li regola: la quale istituisce tali beni – oggetto di diritti e contestualmente il mercato (amministrato) nel quale essi soli – *rectius*, le relative situazioni soggettive – possono circolare, per essere ceduti e scambiati<sup>33</sup>.

Ora, se l’attualizzazione del concetto di bene giuridico, sistematicamente connessa a quella di diritto reale<sup>34</sup>, si potesse estendere anche a risorse di indubbio valore economico, ma per le quali non si riscontra una

---

<sup>31</sup> Utilissimi spunti per la comprensione di questo processo in C. SALVI, *Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Roma, 2019.

<sup>32</sup> Il presente contributo non consente che un riferimento di sintesi al pensiero di S. PUGLIATTI, *Beni e cose*, Milano 1962; e ai volumi di A. GAMBARO, *I beni*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, Milano, 2012; e di C. SGANGA, *Dei beni in generale*, nel *Codice civile commentato*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2015, pp. 3, 60 ss., ed ivi ogni altra indicazione.

<sup>33</sup> I beni di cui si discorre, per essere più chiari dal punto di vista descrittivo, non sono cose corporali; non sono beni immateriali nel senso di cui alle norme sui diritti di proprietà industriale o intellettuale, e non rappresentano il cosiddetto pensiero estrinsecato; non esistono in natura e non sono assimilabili ai beni naturali immateriali, come le energie; hanno consistenza scritturale o elettronica; ancora, sono scarsi o abbondanti in relazione a decisioni amministrative delle Autorità di settore che presiedono alla loro “regolazione”. Più compiutamente il tema è trattato in C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa e diritto privato*, 2018, p. 955; mentre sull’importanza del processo di “oggettivazione”, nel contesto di un ragionamento focalizzato sui dati personali, si rinvia all’ampia e ragionata rassegna di C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali*, cit., p. 56 ss.

<sup>34</sup> O comunque alla relativa situazione di appartenenza.



norma che chiaramente le faccia “oggetto giuridico”, suscettibile di entrare nella sfera giuridica di un soggetto acquirente senza che il cedente continui a vantare diritti incompatibili, l’operazione concettuale si connoterebbe senz’altro per un più elevato livello di generalità, e però registrerebbe – per così dire – un effetto collaterale di confusione rispetto ad altri territori normativi, nei quali l’appropriazione di risorse economiche avviene nel contesto di un rapporto cooperativo diverso dal contratto di scambio<sup>35</sup>.

Ne consegue, se questo ragionamento ha una sua logica, che con difficoltà i dati personali – per come disciplinati nel GDPR – possono annoverarsi tra i beni giuridici suscettibili di essere oggetto di una pretesa proprietaria, di un diritto di appropriazione esclusiva<sup>36</sup>. Ciò non esclude affatto che essi ricevano nel mercato valore economico, quale effetto sostanziale di una tecnologia che ne permette l’elaborazione finalizzata al profitto. E dunque i dati personali sono davvero il petrolio dell’economia *data driven*, ma non lo sono in quanto beni separabili dalla persona dell’interessato, perché quest’ultimo – come si è visto – riceve dalla norma il potere di controllare i propri dati *sempre*, anche quando li avesse *ceduti* al titolare del trattamento, e di far cessare il trattamento con la revoca del consenso: cosa che, se davvero si trattasse dello scambio di un bene, risulterebbe impensabile, potendosi la revoca paragonare ad un diritto di libero recesso da un contratto, a sua volta estraneo alla logica di uno scambio contrattuale.

*Quid iuris?* Quale forma dare alla struttura del diritto al controllo dei propri dati configurata nel Regolamento, articolandola in una pluralità di facoltà?

Se i dati non sono oggetto di un diritto in senso proprio, per la inscindibilità dalla persona alla cui identità sono riferibili, ritorna in campo la seconda alternativa, il loro essere attributo della personalità e oggetto sì di un diritto, ma di un diritto fondamentale, *bene protetto* come suol dirsi. Ma ad assumere tale lettura in senso assoluto, si corre il rischio di rendere inaccettabile anche l’idea che i dati personali abbiano valore economico, e l’interprete potrebbe vedersi costretto tra le forbici di un’altra alternativa: o negare l’evidenza di una realtà inconfutabile<sup>37</sup>, pur di conservare l’integrità del concetto di persona; oppure dichiarare – almeno per questo aspetto – la mercificabilità della persona. Ciò che ancor di più stride con i principi fondamentali dell’ordinamento.

Ci si trova apparentemente in un vicolo cieco e di fronte ad una apparente impotenza della dogmatica

---

<sup>35</sup> Si vuol dire, in altri termini, che non è il valore economico l’elemento che candida la risorsa a transitare nel novero dei beni giuridici, ma la circostanza formale della istituzione normativa della relativa situazione individuale di appartenenza nel senso prima descritto. Ove tale circostanza non sia rinvenibile, quella risorsa può certamente essere utilizzata nel mercato, ma non con le forme del contratto di scambio. Tornando al tema dei dati, pertanto, la fruizione degli stessi da parte del titolare del trattamento vedremo essere effetto non della loro cessione, ma di quel consenso ad utilizzarli – senza mai perderli – disciplinato dal GDPR. Vedi in argomento l’interessante contributo di C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021.

<sup>36</sup> Chiaramente in tal senso, G. RESTA, *Governare l’innovazione tecnologica*, cit., p. 204, il quale espressamente argomenta sul fatto che scopo del Regolamento sui dati personali non è quello di allocare titoli esclusivi alienabili, e che lo schema proprietario, applicato all’informazione – anche non personale-, si rivela fuorviante e inidoneo al fine di elaborare soluzioni operazionali affidabili (p. 209 ss.).

<sup>37</sup> Come dicono G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss., secondo i quali, soltanto «chiudendosi in una stanza buia» si può sostenere la gratuità delle transazioni digitali che non comportano il pagamento di un prezzo in denaro, o credere come «allockhi» che un certo servizio «*is free and will always be*»; mentre a fronte della realtà di tali rapporti sorge addirittura il dubbio che la situazione si possa rovesciare: e cioè che siano gli utenti i fornitori di una risorsa (i loro dati) a certe imprese, che in cambio li remunerano mediante servizi digitali. Ancor più decisa nel superamento dei tradizionali condizionamenti dogmatici l’impostazione di V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2018, p. 689, il quale non vuole contestare in sé e per sé la lettura personalistica della disciplina dei dati personali; ma ritiene ormai imprescindibile affiancare a questa lettura una più realistica prospettiva patrimonialistica, che riconosca l’esistenza reale di un mercato dei dati personali; e che attribuisca infine al soggetto interessato e contraente nello scambio dei suoi dati anche la tutela propriamente contrattuale.



ad elaborare la situazione giuridica in modo rigoroso e fedele. Un risultato inconcepibile nell'approccio teorico di Falzea, per come lo abbiamo rappresentato, e in contrasto con quel convincimento per il quale il diritto civile conterrebbe tutti gli strumenti di tutela della persona, ed anzi questo sarebbe – fra gli altri – il suo compito di sistema<sup>38</sup>. Questa suggestione sollecita la ricerca di una terza via, che superi la dicotomia e colga quegli aspetti del Regolamento a partire dai quali diventi possibile una elaborazione concettuale soddisfacente.

A seguire questa strada, l'interprete potrebbe partire da un rilievo di questo tipo. Il Regolamento non vuole affatto negare il carattere economico dell'attività di trattamento dei dati personali, anzi – come detto – garantisce che quest'ultima si svolga *liberamente* a dispetto dell'afferenza dei dati alla persona che contribuiscono ad identificare. Questa esplicita statuizione di principio ha un valore strategico anche dal punto di vista civilistico: essa ci dice forse che – a parte i casi in cui la base del trattamento sia diversa dal consenso –, è proprio il consenso della persona a renderli circolabili, o meglio “accessibili”: ciò che avviene per l'appunto senza che l'interessato ne perda il controllo e senza che se ne separi<sup>39</sup>. È questo il punto da comprendere: i dati acquistano valore economico nella misura in cui la realtà sociale offre dispositivi tecnici per creare ricchezza dal loro trattamento, ma non per questo essi diventano merce “separata” dalla persona che li genera, e il titolare del trattamento non ne diventa “proprietario” pur se ne fa uso; mentre questo uso è sottoposto a regolamentazione organizzativa dei relativi profili professionali, sotto la vigilanza di apposita Autorità.

Se così funziona l'assetto giuridico dell'attività di trattamento dei dati personali, ha poco senso sul piano concettuale chiedersi “cosa siano” o come debbano essere qualificati i dati personali, così come poco senso avrebbe chiedersi “cosa” sia l'opinione politica o l'orientamento sessuale di ciascuno di noi, salvo ammettere che davvero – e non nel contesto di una metafora evocativa – la persona sia la sommatoria meccanica delle “cose” che la compongono: dal nome, alle sue preferenze, ai suoi *click* sui social, ai suoi dati anagrafici e così via.

Se così davvero fosse, non si spiegherebbero le rigide regole poste a carico di chi svolge professionalmente l'attività di trattamento, e l'esplicita concezione di quest'ultima come attività “a rischio elevato” che emerge dal regolamento. Quale rischio? Quello della lesione dei diritti della persona, non delle sue “cose”, o meglio: non delle “cose” di cui essa si sarebbe liberata attraverso una cessione di mercato<sup>40</sup>.

Pertanto, e riguardando da questo punto di vista il fatto dell'accesso ai dati personali su di una base legale di liceità, esso sembra rimandare alla più ampia fenomenologia delle manifestazioni espressive della personalità/identità individuale (in rete), realizzate nei confronti del titolare del trattamento, per il tramite di strumenti tecnici (usualmente le piattaforme e le varie infrastrutture tecnologiche) che permettono a quest'ultimo la “raccolta” dei relativi dati, con modalità comportamentali e organizzative che garantiscono, da una parte che l'accesso sia frutto di una autodeterminazione consapevole del singolo interessato; e dall'altra che il trat-

<sup>38</sup> A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, cit., pp. 310, 311.

<sup>39</sup> E con tutti i distinguo che riguardano particolari categorie di dati, ad esempio quelli sensibili, per i quali la “circolazione” è sottoposta a vincoli assai più rigorosi (artt. 9-10 del Regolamento).

<sup>40</sup> Il considerando 75 fa riferimento ai rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, in particolare: se il trattamento può comportare discriminazioni, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale, decifrazione non autorizzata della pseudonimizzazione, o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo; ovvero se sono trattati dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati relativi alla salute o i dati relativi alla vita sessuale o a condanne penali e a reati o alle relative misure di sicurezza.



tamento rispetti regole che assicurano all'interessato l'effettivo potere di controllarne o modificarne lo svolgimento e/o di farlo cessare (oltre che la sicurezza del trattamento)<sup>41</sup>.

Detto in altre parole, e con le metafore che la letteratura giustamente utilizza per sottolineare la gravità del tema, il regolamento vorrebbe prevenire il rischio «*che la persona venga considerata una sorta di miniera a cielo aperto dove chiunque può attingere qualsiasi informazione e così costruire profili individuali, familiari, di gruppo, facendo così divenire la persona oggetto di poteri esterni, che possono falsificarla, costruirla in forme coerenti ai bisogni di una società della sorveglianza, della selezione sociale, del calcolo economico*»<sup>42</sup>. Mantenere il baricentro normativo sulla persona significa contrastare il rischio che i poteri forti ne sopprimano la libertà; significa configurare il potere in funzione di un limite invalicabile. Spostare il baricentro direttamente sul dato in quanto tale, come bene-risorsa avente valore economico, significa svincolarlo da questo limite e funzionalizzare l'attività esclusivamente al calcolo economico. Ma il regolamento non sembra avere scelto questa strada.

In questa chiave assiologica, dunque, la concettualizzazione del dato personale sembra doversi porre nel contesto teorico delle dinamiche identitarie della persona in rete, piuttosto che in quello dei beni giuridici in senso stretto. Certamente la teoria dei beni giuridici risulta per così dire coinvolta da questo assetto della regolazione dell'attività di trattamento dei dati personali. Ma non per aggiungere altre categorie di beni alla lista di quelle già individuabili, bensì per constatare che il campo dello sfruttamento delle risorse economiche non è più di sua esclusiva pertinenza, se mai lo è stato, atteso che il sistema attuale del diritto positivo consente lo sfruttamento di risorse economiche che *non sono* beni giuridici; ovvero – con altre parole – si astiene dal qualificare come beni giuridici talune risorse economiche, senza con ciò rinunciare a regolarne in modo congruo lo sfruttamento. Ciò che, come si sta cercando di argomentare, costituisce uno stadio evoluto dei diritti della personalità.

Del resto, per azzardare un paragone che meriterebbe ben altro studio, un processo non dissimile è avvenuto nel passaggio storico/istituzionale della configurazione del lavoro umano non più come elemento di una subordinazione personale, bensì come oggetto di subordinazione “contrattuale”, alla stregua di una prestazione obbligatoria; seppur lo strumento contrattuale possa indurre a configurare le energie lavorative “cedute” in cambio di salario alla stregua di beni o merci. Ed invero il lavoratore non perde le sue energie, perché non può separarsene, le mette a disposizione, le consuma, e può – in certa misura – decidere di porre fine al rapporto. Mentre i principi costituzionali posti a protezione della sua persona e della sua dimensione esistenziale, insieme con il corredo di tutele tipiche dei contratti di lavoro, segnalano che anche qui il baricentro normativo è tarato sulla persona e non esclusivamente sul valore economico che essa può generare con la sua attività.

Infine, per chiudere queste rapide argomentazioni, i più recenti Atti normativi dell'UE dedicati al “mercato” dei dati non sembrano andare in senso contrario a quanto fin qui ritenuto. Ad esempio, nel *Data Governance Act*, che dispone una regolamentazione per il riutilizzo di alcuni dati posseduti dagli enti pubblici, per

---

<sup>41</sup> Sembra muoversi in questa direzione la recente indagine di A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, Napoli, 2022, in particolare p. 334 ss., la quale elabora il tema della “trasmissione” dei propri dati personali in chiave di *autorizzazione* al trattamento, distinguendo peraltro le dichiarazioni della persona, e la relativa natura giuridica, in relazione alle circostanze del rilascio. Possono così aversi dichiarazioni di scienza, dichiarazioni di volontà non negoziali e dichiarazioni negoziali. L'A. precisa poi che nel contesto del Regolamento non emerge un principio che vieta la disposizione onerosa dei dati personali nei rapporti di scambio di beni o servizi, ma si affretta a chiarire però che tali ipotesi non determinano “la considerazione dei dati personali alla stregua di beni in senso stretto” e nemmeno “l'accettazione della mercificazione della persona”, e nemmeno ancora una riduzione della tutela dei suoi interessi (p. 369 ss.).

<sup>42</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 48, richiamando il noto saggio di S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *civiltistica.com*, 2013, p. 11.



la condivisione dei dati tra le imprese e l'utilizzo dei dati per motivi altruistici, esplicitamente il legislatore europeo fa sempre salva l'applicazione del GDPR se vengono in gioco dati personali, e ne stabilisce la prevalenza in caso di conflitto tra norme<sup>43</sup>. Con ciò esprimendo l'orientamento per il quale il dato personale *mai* è inteso come un *quid* che può separarsi – diventando “altro” – dalla persona cui si riferisce, e quest'ultima *mai* può perderne il controllo. Ugualmente è a dirsi per gli altri Atti che disciplinano il commercio on line dei prodotti di consumo in forma digitale, allorquando sarebbe facile confondere e annacquare il consenso al trattamento dei dati personali nel consenso alla conclusione del contratto di acquisto del bene o servizio, specie se non è previsto il pagamento di un corrispettivo in denaro<sup>44</sup>.

5. – L'esercizio di interpretazione condotto sulla cosiddetta natura dei dati personali è stato un tentativo di attualizzare la dogmatica per cogliere gli elementi di rottura indotti dall'economia digitale e sfruttare – in termini di controllo dei rischi indotti da tale economia – il potenziale regolativo sprigionato dall'elaborazione concettuale. Il lettore giudicherà se il tentativo è andato a buon fine, non solo dal punto di vista della coerenza delle argomentazioni, ma anche da quello della corretta lettura del fenomeno indagato, nella sua forma normativa e nella realtà cui si assiste quotidianamente.

Lo stesso esercizio potrebbe essere condotto rispetto ad altri interrogativi proposti nell'incipit di questo contributo. Quello più intrigante – seppur per molti aspetti *de iure condendo* – consiste nella regolazione possibile della robotica e degli algoritmi: è plausibile considerarli soggetti di diritto?

Il tema è sollecitato da diversi, apparentemente disparati, fattori. Il primo viene dagli indirizzi normativi della stessa UE, sebbene non abbia avuto finora alcun un esito formale, e si riscontra in una non lontana Risoluzione del Parlamento europeo del 2017, che lanciava la necessità di norme di Diritto civile sulla robotica, immaginando la possibilità di attribuire una “personalità elettronica” quantomeno ai robot più sofisticati, dotati di capacità di assumere decisioni autonome e di interagire con i terzi, istituendo in tal modo uno *status* giuridico specifico idoneo a fornire risposte adeguate alla molteplicità di rischi generati dal funzionamento degli algoritmi<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Si tratta del REGOLAMENTO (UE) 2022/868 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 30 maggio 2022, relativo alla *governance* europea dei dati, pubblicato il 3 giugno 2022. Primi commenti in F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, p. 199, 207 ss.

<sup>44</sup> Sul punto si vedano ancora i contributi di C. IRTI, *Consenso negoziato*, cit., *passim*, e A. LA SPINA, *op. loc. cit.*

<sup>45</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL), reperibile nella pagina <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//IT>).

Il Parlamento invita la Commissione ad esplorare la possibilità della “istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi”. Formula tale invito all'esito-fra le altre – della considerazione per la quale “nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati”. Ciò avviene con riferimento all'attività di robot dotati di “determinate caratteristiche autonome e cognitive – ad esempio la capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti – e perciò “sempre più simili ad agenti che interagiscono con l'ambiente circostante e sono in grado di alterarlo in modo significativo”. Ciò che fa perdere loro la caratteristica di strumenti gestiti dal fabbricante piuttosto che dall'utilizzatore, esonerando tali soggetti dalla responsabilità per i danni non riconducibili alla loro attività. La Commissione è altresì invitata a stabilire una definizione comune europea di robot autonomo intelligente.



Un altro elemento di sollecitazione viene dalla stessa letteratura, a sua volta impegnata nell'osservazione dei concreti rischi posti dalla diffusione della robotica, e dalla constatazione della insufficienza dei dispositivi della responsabilità civile (dai criteri di imputazione, alla stessa nozione di danno ingiusto) rispetto alla necessità di copertura totale dei danni causati. Gunther Teubner ne è convinto assertore, e nel replicare a scontate contrarie opinioni trova occasione di svolgere al proposito una riflessione fondamentale ai nostri fini, che non tocca solo il piano della opportunità o della maggiore utilità di una regolamentazione che bypassi il richiamo della disciplina che *ex post* pone rimedio alle conseguenze dannose di un'attività pericolosa, ma attinge direttamente al piano dogmatico. La riflessione è quella per quale sarebbe solo una fallacia dogmatica, frutto di un deficit analitico, l'idea di attribuire ai robot la *piena* soggettività giuridica, cioè l'idea di considerarli soggetti *tout court*, *a tutti gli effetti*. Il dispositivo della soggettività, infatti, va inteso in senso funzionale, esattamente con riguardo alla regolazione dello specifico contesto sociale nel quale è destinato ad operare, e proporzionato al tipo di problema da risolvere. In questa chiave, non serve nella fattispecie postulare la soggettività generale ed astratta degli algoritmi "pensanti", ma – tutto al contrario – quest'ultima dovrebbe declinarsi in una soggettività digitale graduabile, misurata in proporzione al perimetro nel quale il robot si muove con decisioni indipendenti. E quindi sostanzialmente funzionale alla prevenzione e al ristoro dei danni eventualmente prodotti nei confronti dei terzi<sup>46</sup>.

La proposta non sembri scolastica. L'idea di una soggettività con capacità parziale, funzionale e graduata, emerge – ed a porre attenzione alla storia è *già* emersa – anche in tutt'altri settori, la cui diversa valenza sociale mette in evidenza la "naturale" generalità del dispositivo di cui parliamo, e la sua attitudine alla formalizzazione di elevati strumenti di protezione giuridica degli interessi. Innanzitutto quello della biotecnologia, laddove la formula aiuterebbe ad accettare l'idea che *anche* l'embrione umano – la cui vita del tutto dipendente dalla madre gestante e priva di volontà propria non esprime nessuna delle caratteristiche tipiche della persona fisica – sia a dispetto di ciò una persona (e non un semplice mucchietto di cellule), capace di vantare il suo diritto alla vita e all'identità<sup>47</sup>. Poi il settore ambientale, oggi da ribattezzare in chiave di diritto della sostenibilità, ove la soggettività delle generazioni future, più volte evocata nei testi normativi perfino di livello costituzionale, senza che ad essa si riesca a collegare uno strumento giuridico idoneo a superare la dimensione comunicativa o di mero principio programmatico, servirebbe ad instaurare formali processi di interlocuzione e a dare titolo giustificativo formale per l'istituzione di obblighi e la previsione di comportamenti a carico dei soggetti – privati o pubblici – cui la sostenibilità è demandata come compito istituzionale, oggetto di *accountability*, non di propaganda<sup>48</sup>.

Ed infine, e per esaltare la tradizione della scienza giuridica, la sofisticata elaborazione della teoria dei "diritti senza soggetto", costruita in relazione a problemi e situazioni "enigmatiche", come l'eredità giacente o la capacità delle persone minori di età o afflitte da infermità tale da impedire l'espressione di una "volontà"; elaborazione capace di esprimere le aporie di una teorizzazione dogmatica affetta – si direbbe – da dog-

<sup>46</sup> G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019, p. 19 ss.; ID., *Responsabilità civile per i rischi della digitalità*, in *SMART, la persona e l'infosfera*, a cura di U. SALANITRO, Pisa, 2022, p. 13. L'A. considera il dispositivo della personificazione come risposta ai vuoti di norme creati dal carattere sistemico dei rischi indotti dal proliferare dei sistemi di AI. Analizza e riarticola tali rischi, e propone infine tre di verse forme di "soggettività" digitale parziale (*op. ult. cit.*, p. 24).

<sup>47</sup> Indicazioni in R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1554; ma già F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, II, p. 393.

<sup>48</sup> Una trattazione sistematica e rigorosa è offerta da M.W. MONTEROSSO, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020.



matismo; sostanzialmente dall'idea che l'attribuzione di diritti soggettivi sia condizionata dalla previa esistenza di un soggetto predefinito. Una fallacia che conduceva ad un dilemma, quello di negare l'esistenza delle situazioni giuridiche sopra indicate in termini di diritti soggettivi, oppure riconoscere l'esistenza di diritti soggettivi senza soggetto<sup>49</sup>.

Un'altra situazione, ben più lontana nella storia del diritto ma di recente riesumata, è quella dello schiavo in ipotesi dotato di *peculium*: un *oggetto* che tuttavia, entro certi limiti, compie *atti* giuridici. Fino a quando – attraverso un atto di riconoscimento – diventa almeno parzialmente un *soggetto*. Così come allo stesso modo lo “schiavo elettronico” – cioè, il robot intelligente/pensante – in presenza di una qualificazione giuridica in tal senso diventerebbe un soggetto<sup>50</sup>.

Questi elementi sono suscettibili di diventare tasselli di un discorso rigoroso, che può toccare il livello della teoria generale e ricostruire il processo di istituzione della soggettività, tutte le volte in cui quest'ultimo implica – come ha già implicato – il riconoscimento normativo della capacità nei confronti di entità non umane, così mettendo in evidenza innanzitutto il carattere eminentemente *formale* – non naturalistico – di tale processo. Il riconoscimento della soggettività, questo si vuol dire, non risponde ad un imperativo naturalistico, non è un dato, ma un costruito, sottoposto ad un imperativo formale. E in quest'ottica nemmeno riducibile al mero arbitrio del legislatore (che potrebbe a questa stregua improvvisamente dichiarare soggetti i fiori o gli animali), quanto ad un rigoroso processo di selezione degli interessi, che giustifica su questi presupposti il riconoscimento e la creazione di un centro di imputazione di diritti e obblighi, senza ogni volta dover invocare una improbabile *fictio* legata alla (pre)esistenza di un essere umano.

Una impostazione di questo genere, de-dogmatizzata rispetto al preconetto della necessaria (pre)esistenza umana, svelerebbe forse un'altra serie di pregiudizi. Innanzitutto quello per il quale presupposto della soggettività sarebbe la capacità di esprimere una volontà<sup>51</sup>, laddove invece rovesciando l'ordine dei fattori, sarebbe proprio l'esigenza sostanziale di attivare un processo di autonomizzazione e autodeterminazione *che ancora non c'è e che si vuole che ci sia*, il presupposto assiologico dell'attribuzione della soggettività.

Pertanto, così come è stata l'esigenza di riconoscere un centro di interessi meritevole di autonoma tutela nelle organizzazioni unitarie superindividuali di beni e persone, l'impulso al riconoscimento della soggettività delle fondazioni e degli enti; allo stesso modo, sarebbe l'esigenza di istituire un contraddittorio, che altrimenti non potrebbe esserci, l'impulso a riconoscere un peculiare soggetto di diritti nelle generazioni future, o negli ecosistemi<sup>52</sup>; o ancora, sarebbe la necessità di tenere sotto controllo la produzione di gravi rischi sistemici la giustificazione del processo di creazione di un soggetto responsabile in capo al robot “capace” di assumere decisioni<sup>53</sup>. Così come, infine, è stata la scelta assiologica emancipatoria di attribuire autonomia an-

<sup>49</sup> È ovvio il riferimento a R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, p. 149, 154 ss.

<sup>50</sup> Riferimenti in N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 29 ss.

<sup>51</sup> Ciò che semmai è una conseguenza del riconoscimento della soggettività giuridica.

<sup>52</sup> Analizza bene questi processi M.W. MONTEROSSO, *op. cit.*, p. 260 ss., anche con analitico riferimento ad esperienze realizzate in altri ordinamenti, ad es. la Nuova Zelanda, che hanno soggettivizzato gli ecosistemi in funzione di tutela ambientale. In senso apparentemente contrario, P. FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia*, in *THE CARDOZO ELECTRONIC*.

*LAW BULLETIN*, 2019, I, p. 1, il quale propone una categoria innovativa, quella “diritti trans-soggettivi”, diritti senza padrone: diritti il titolare dei quali non soltanto non può esercitare nel proprio interesse, ma l'esercizio dei quali si consuma all'interno stesso dell'atto di esercizio. Come le *actiones populares*, il sistema giuridico introduce agenti di contrasto (controdiritti): valenze collettive che ciascuno può attivare, ma delle quali nessuno può diventare il signore.

<sup>53</sup> In tal senso G. TEUBNER, *opp. cit.*; ma vedi anche F. ASTONE, *Intelligenza artificiale e diritto civile*, in *La circolazione della ricchezza nell'era digitale*, a cura di V. CUOCCI, F.P. LOPS, C. MOTTI, Pisa, 2021, pp. 3, 8, 14 ss.; A. ASTONE, *La persona elettronica: verso un tertium genus di soggetto?*, e E. MOROTTI, *Una soggettività a geometrie variabili per lo statuto giuridico dei robot*, en-



che a persone fisiche che – *ciononostante* – non ne disponevano, la ragione della successiva loro attribuzione della piena soggettività (quella delle donne, a suo tempo).

Se la scienza giuridica si disponesse a ragionare a tale livello di teoria generale, così riconoscendo che la soggettività non si pone come un *prius* dato, bensì come un *posterius*<sup>54</sup>, che risponde a principi di diritto idonei a governarlo, non solo quanto siamo adusi a ritenere ormai assodato – la personalità giuridica degli enti – sarebbe spiegabile in un’ottica formale non finzionistica; ma lo stesso processo istitutivo della soggettività rivelerebbe quella sua precipua cifra teorica che emerge – ci si consenta di dichiararlo – dal pensiero di Falzea<sup>55</sup>.

Tornando dunque al problema pratico dal quale siamo partiti, l’esercizio dogmatico del possibile conferimento della soggettività giuridica in capo all’algoritmo pensante, progettato per produrre decisioni autonome seppure nel senso proprio dato dalla logica statistico-computazionale, altro non sarebbe che la sperimentazione anche in questo campo della opportunità di utilizzare un dispositivo giuridico che solo la fallacia ideologica del giusnaturalismo ha relegato all’unica funzione – certamente essenziale e imprescindibile nel processo storico della nostra società liberale – del riconoscimento della centralità dell’uomo (individuo persona fisica) nel sistema delle relazioni sociali. Così celando l’unicità del processo formale di qualificazione normativa che presiede all’istituzione della soggettività sia delle persone fisiche che degli enti.

Ma se di questo si tratta, allora la soggettività di altre entità non umane non può aprioristicamente essere esclusa dal campo operativo del diritto, e il tema diventa piuttosto quello – nel nostro caso *de iure condendo* – di stabilire l’opportunità e il ‘guadagno’ effettivo della soluzione del problema attraverso il dispositivo della soggettività, piuttosto che attraverso altri strumenti o rimedi.

Ragionando su questa linea, si evidenzia una possibile alternativa teorica. Se il problema è quello di fronteggiare opportunamente i rischi e i danni indotti dalla diffusione della robotica nelle più svariate attività sociali<sup>56</sup>, uno strumento di soluzione potrebbe trovarsi anche nell’adeguamento del sistema della responsabilità civile, allargandone l’operatività e superando le strette poste dalle attuali previsioni in materia di responsabilità da prodotto<sup>57</sup>. In tal modo, il rimedio graviterebbe nell’orbita delle obbligazioni risarcitorie poste in

---

trambi in F. BILOTTA, F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, 2020, rispettivamente p. 253, p. 291.

<sup>54</sup> Più in generale, e non solo con riferimento alla soggettività, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, p. 86.

<sup>55</sup> Anche in questo caso è ovvio il riferimento al pensiero di A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, in particolare p. 60 ss. “L’uomo è soggetto di diritto non per i suoi caratteri ‘etico-psicologici’, ... ma solo in virtù del riconoscimento formale da parte dell’ordinamento giuridico”. L’organismo psico-fisico è il substrato materiale presupposto di qualificazione della fattispecie soggettiva ... e del riconoscimento formale. Così come allo stesso modo il substrato materiale delle persone giuridiche è normalmente dato da un complesso di beni e di persone, substrato della qualificazione normativa di persone giuridiche (p. 62). in tal modo, l’ordinamento ha voluto ampliare la categoria dei soggetti giuridici, non dei soggetti umani (p. 64).

<sup>56</sup> Nella Comunicazione del parlamento UE prima citata, come pure nella Proposta di Regolamento sull’approccio europeo all’intelligenza artificiale (visibile qui: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence>), l’utilizzo di una robotica sofisticata (per la quale si propone pure l’istituzione di un sistema di registrazione) è ipotizzata nel settore dei trasporti (automobili *driverless*), nella medicina, nell’assistenza agli anziani o soggetti fragili, negli interventi migliorativi del corpo umano, nel settore della ricerca e del soccorso attraverso i droni.

<sup>57</sup> Così riassunte nei considerando seguenti, di cui alla Risoluzione del 16 febbraio 2017:

AH. ... la direttiva 85/374/CEE riguarda solamente i danni causati dai difetti di fabbricazione di un robot e a condizione che la persona danneggiata sia in grado di dimostrare il danno effettivo, il difetto nel prodotto e il nesso di causalità tra difetto e danno e che pertanto la responsabilità oggettiva o la responsabilità senza colpa potrebbero non essere sufficienti;

AI. ... l’attuale quadro giuridico non sarebbe sufficiente a coprire i danni causati dalla nuova generazione di robot, in quanto questi possono essere dotati di capacità di adattamento e di apprendimento che implicano un certo grado di imprevedibilità nel loro comportamento, dato che imparerebbero in modo autonomo, in base alle esperienze diversificate di ciascuno, e interagirebbero con l’ambiente in modo unico e imprevedibile.



capo a soggetti cui risulti ragionevole imputare la responsabilità in base alla loro posizione nella filiera di programmazione degli algoritmi che muovono il robot (il fabbricante e/o lo sviluppatore). La scelta di questa opzione tuttavia potrebbe comportare un eccessivo stravolgimento della logica della responsabilità civile, che si pone pur sempre come un sistema di selezione dei danni ingiusti e di distribuzione dei rischi di un'attività tra chi li crea e chi li subisce, laddove le esigenze riparatorie messe in luce dagli studiosi vengono riferite nel campo che ci occupa proprio a quei danni per i quali non risulta tecnicamente facile stabilire un nesso di causalità tra il danno e il soggetto che si vorrebbe responsabile: ad esempio il programmatore dell'algoritmo che dichiara non aver programmato quel comportamento che poi il robot ha messo in atto. In tali casi pertanto l'obbligazione risarcitoria non potrebbe nemmeno richiamarsi per l'impossibilità di ricondurre causalmente il danno a "qualcuno".

Viceversa, l'istituzione di un meccanismo di qualificazione giuridica di taluni robot in quanto "persone elettroniche" potrebbe coprire esattamente questi vuoti, attraverso un correlato meccanismo di responsabilità oggettiva per rischio, del tutto indipendente da improbabili profili di negligenza. Fermo restando il problema pratico della costituzione del "peculio" della persona elettronica, da formare per il tramite di meccanismi assicurativi e fondi cosiddetti di solidarietà a carico dei fabbricanti; questi ultimi da assegnare in maniera appropriata tra le varie macchine intelligenti, come proposto in altri ordinamenti<sup>58</sup>.

6. – Gli esercizi dogmatici proposti nelle pagine precedenti esauriscono il contenuto di queste riflessioni. Esse hanno avuto lo scopo di sperimentare il potenziale conoscitivo della dogmatica rispetto a fenomeni di *disruptive innovation*, la cui portata destabilizzante si unisce a quella indotta da altri fenomeni non strutturalmente legati alla tecnologia, ma all'evoluzione del sistema delle fonti (come di tutti i formanti) e del sistema sociale in generale.

A fronte di tali sfide, il giurista ha ovviamente alcune opzioni: dal nichilismo, al pragmatismo, al ritorno all'esegesi. L'opzione dogmatica è certamente la più faticosa, ma forse quella destinata a durare più a lungo, sempre che il tentativo riesca ad andare a buon fine. Sulla qualcosa però il dubbio è sempre in agguato.

---

<sup>58</sup> Per queste problematiche, nello speciale contesto del diritto USA, si rinvia alle considerazioni di G. CALABRESI, E. AL MUREN, *Driveless cars*, Bologna 2021, p. 159 ss., i quali riferiscono della cosiddetta *Market enterprise responsibility doctrine*, con la quale si argomenta – per i danni creati dalla circolazione di veicoli del tutto autonomi – un passaggio dal sistema risarcitorio ad un sistema latamente indennitario, alimentato dalla contribuzione per quote di tutti i fabbricanti, e destinato a sostenere il costo degli incidenti a favore di tutti i possibili danneggiati: terzi, occupanti, pedoni, ciclisti e ogni tipo di *bystanders*. Ciò che, a dire il vero, non sembra consenta ancora di parlare di responsabilità civile. Restituisce tutti questi dubbi, invero, il suggestivo saggio di J. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Ohio state law journal*, 2017, p. 1217, la cui premessa è quella per la quale nella società algoritmica il problema non sono gli algoritmi, ma gli esseri umani che ne fanno uso.



CARLO GRANELLI

Professore emerito – Università degli Studi di Pavia

## L'“ACCERTAMENTO” NEL PENSIERO DI ANGELO FALZEA

SOMMARIO: 1. Il fenomeno generale dell'accertamento nell'ottica degli effetti giuridici. – 2. L'accertamento e la c.d. efficacia preclusiva. – 3. L'accertamento come effetto e l'accertamento come fatto giuridico. – 4. I fatti di accertamento ed i loro effetti.

1. – L'interesse di Angelo Falzea per il fenomeno dell'accertamento – che ha avuto la sua espressione più universalmente nota nella voce *Accertamento. Teoria generale* apparsa nel 1958 nel vol. I della nascente *Enciclopedia del diritto* (pp. 205-227) – risale, in realtà, agli studi dallo stesso condotti sul più vasto tema dell'«efficacia giuridica» e, in particolare, alle riflessioni confluite nella sua monografia del 1951 dal titolo *Teoria dell'efficacia giuridica* (rimasta allo stadio di edizione provvisoria, ma più tardi pubblicata, seppur parzialmente, nel volume *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I, Teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 43-168) e poi ulteriormente sviluppate nella voce *Efficacia giuridica* apparsa nel 1965 nel vol. XIV dell'*Enciclopedia del diritto* (pp. 432-509).

«Ciò che veramente caratterizza un fenomeno giuridico – questo il punto da cui prende le mosse l'analisi di A. Falzea – è sempre l'*effetto giuridico*, il quale traduce nell'ambito della norma la classe di valori o interessi umani a cui il diritto intende dar tutela. Stabilire esattamente il tipo di efficacia che l'accertamento produce è fondamentale per tutta la teoria dell'accertamento»<sup>1</sup>.

Conseguentemente l'attenzione dell'A. si concentra sul «fenomeno generale dell'accertamento» e non tanto sullo «studio delle figure particolari rientranti nella categoria – figure di diritto sostanziale e di diritto processuale, di diritto privato e di diritto pubblico – (...), salvo ogni richiamo che si renda necessario per la determinazione e l'analisi del fenomeno generale»; tutto ciò nello «sforzo di individuare e fissare il *denominatore unitario* che ricorre in temi importantissimi, quali l'accertamento processuale nella sentenza e nel giudicato, l'accertamento sostanziale nel negozio giuridico di diritto privato»<sup>2</sup>. L'obiettivo ultimo – dichiarato dall'A. stesso – è non solo quello di «definire la relativa categoria in funzione delle note teoriche essenziali che le sono proprie», ma anche quello di esplorare «la possibilità di scoprire proprio in quella comune categoria la chiave per risolvere le principali difficoltà e questioni che il giurista incontra e non riesce a superare nello studio delle singole figure»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Così voce *Accertamento*, cit. nel testo, p. 209 (corsivo aggiunto) (ripubblicata in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 195 ss.).

<sup>2</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 205 (corsivi aggiunti).

<sup>3</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 205.



2. – Nell'affrontare il fenomeno dell'accertamento nell'ottica – come si accennava – degli effetti giuridici che ne conseguono, l'A. parte dalla premessa secondo cui, in linea generale, occorre innanzitutto discernere fra «tre tipi di efficacia ben distinti»<sup>4</sup>:

«α) *efficacia costitutiva* in cui la situazione giuridica stabilita dalla norma *diverge*, in modo netto e giuridicamente apprezzabile, dalla situazione giuridica preesistente (...)»<sup>5</sup>;

β) *efficacia dichiarativa* in cui la situazione giuridica stabilita dalla norma *converge*, nell'essenziale, con la situazione giuridica preesistente (...)»<sup>6</sup>;

γ) *efficacia preclusiva* in cui la situazione giuridica stabilita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità della) situazione giuridica preesistente<sup>7</sup>»<sup>8</sup>: «il fatto preclusivo, dunque, (...) rende (...) irrilevante l'alternativa possibile, della *conformità* o della *difformità*, del senso positivo o negativo, di quella determinata realtà giuridica alla quale l'effetto fa riferimento»<sup>9</sup>; «quando ricorre un fatto preclusivo – conclude l'A. – a fondare la validità dell'effetto vale sia l'ipotesi della *conformità* che l'ipotesi della *difformità* [rispetto alla situazione giuridica antecedente], di contro all'effetto dichiarativo per il quale vale unicamente l'ipotesi della *conformità* ed all'effetto costitutivo per il quale vale unicamente l'ipotesi della *difformità*»<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 209.

Il tema era stato dall'A. ampiamente esplorato nella monografia *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit. nel testo, p. 119 ss.; e successivamente approfondito nella voce *Efficacia giuridica*, cit. nel testo, p. 490 ss. (ripubblicata in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 1 ss.).

<sup>5</sup> Il punto era stato dall'A. già trattato in *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 120 ss.; e successivamente approfondito nella voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 490 ss., ove lo stesso distingue, all'interno della categoria dell'efficacia costitutiva, i sottotipi della «costituzione», della «modificazione» e dell'«estinzione»; pur con la puntualizzazione che «le singole figure in cui questa categoria si distingue possono sussistere cumulativamente e prodursi in forza di un unico fatto giuridico. Tra le ipotesi più note vi è quella della efficacia estintivo-costitutiva, che ricorre, ad esempio, nell'istituto della novazione; e quella della efficacia modificativo-costitutiva, nella quale rientrano i casi del cosiddetto acquisto derivativo-costitutivo».

<sup>6</sup> Il punto era stato dall'A. già trattato in *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 129 ss.; e successivamente approfondito nella voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 492 ss.

Nella voce *Accertamento*, cit., p. 209, l'A. porta quale esempio di atto ad efficacia dichiarativa «la ricognizione del rapporto enfiteutico», che «può spiegare gli effetti che il diritto le assegna solo in quanto il rapporto preesista nella realtà giuridica».

Sui molteplici – e delicati – nodi problematici della figura contemplata nell'art. 969 c.c. mi permetto di rinviare al mio studio «*Ricognizione*» imposta al possessore del fondo enfiteutico e riconoscimento della proprietà, in *Riv. trim.*, 1982, p. 41 ss.; i cui esiti sono stati ripresi e sintetizzati nella monografia *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983, p. 184 ss.

<sup>7</sup> Il punto era stato dall'A. già affrontato in *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 150 ss.; e successivamente approfondito nella voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 498 ss.

«Mentre i concetti di efficacia costitutiva e dichiarativa possono considerarsi già conosciuti dalla dottrina civilistica anteriore, per quanto incerte e mutevoli siano storicamente risultate le loro rispettive definizioni, quello di efficacia preclusiva – come sottolinea efficacemente, da ultimo, P. SIRENA, *La teoria dell'efficacia giuridica nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1011 – costituisce un apporto di pensiero originale da parte dell'A., per lo meno per quanto riguarda il diritto sostanziale».

Peraltro già lo stesso A. aveva evidenziato che «il tema della efficacia preclusiva sostanziale costituisce un *novum* nella letteratura giuridica» (così, testualmente, in voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 498 s.).

<sup>8</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 209.

V. anche voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 498 s., ove è dato leggere che – mentre «la teoria tradizionale della efficacia è che non possa aversi alcuna situazione giuridica che non sia in un rapporto ben definito, di conformità o di non conformità, con la situazione giuridica anteriore» – «l'esperienza giuridica mostra (...) trasformazioni che ben possono dirsi «ambivalenti». Queste trasformazioni sono ambivalenti, perché non presuppongono di necessità né la conservazione né la innovazione dello stato giuridico anteriore. I fatti giuridici da cui esse derivano sono configurati dalla legge in modo tale da poter «precludere» dalle situazioni giuridiche pregresse, così da assorbire e precludere già sul piano sostanziale ogni loro ulteriore effetto».

<sup>9</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 210 (corsivi aggiunti).

<sup>10</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 210 (corsivi aggiunti).



«Rientrano nel quadro dei fatti preclusivi – afferma l’A. – fenomeni di fondamentale importanza, oltre l’usucapione<sup>11</sup>, quali la prescrizione<sup>12</sup> e la transazione<sup>13</sup>. Ma vi rientrano anche e soprattutto i fatti di accertamento»<sup>14</sup>.

Per quel che concerne, in particolare, questi ultimi, l’A. – partendo dal presupposto secondo cui «nell’accertamento come in ogni processo della realtà noi possiamo opportunamente distinguere tre momenti o stadi: l’inizio, lo svolgimento, il termine» – rileva che «dallo stadio iniziale, costituito dalla situazione di incertezza, si tratta di pervenire, attraverso lo stadio mediano rappresentato dall’attività di accertamento, allo stadio finale della situazione di certezza»<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> «Verificandosi l’usucapione, che è un caratteristico esempio di fatto preclusivo – sottolinea l’A., voce *Accertamento*, cit., p. 210 – non ha più importanza stabilire se in precedenza il soggetto fosse o meno titolare del diritto di proprietà sulla cosa usucapita, perché, qualunque fosse la situazione antecedente, di proprietà o di non proprietà, l’effetto giuridico della usucapione è quello della proprietà: mentre, se si trattasse di fatto costitutivo, come ritiene la dottrina tradizionale, che riporta il fenomeno tra i modi di acquisto a titolo originario della proprietà, la validità dell’acquisto dovrebbe essere condizionata al fatto che il soggetto non fosse in precedenza titolare del diritto di proprietà».

Sul tema v. anche voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 500 ss., ove viene sottolineato che l’usucapione «consente al soggetto di invocare giuridicamente questo titolo non solo nel caso in cui il diritto venga da lui effettivamente acquistato per la prima volta, ma anche nel caso in cui egli fosse precedentemente e per diversa fonte titolare del diritto. Il modo con cui opera l’usucapione (...) è dunque ambivalente: costituisce il diritto che prima non esisteva; conserva il diritto che prima esisteva»; sicché la «necessaria considerazione congiunta [delle due alternative] impone di riportarla [l’usucapione] nella categoria dei fatti con efficacia preclusiva. Perfezionatasi l’usucapione, la situazione giuridica anteriore cessa di essere rilevante e resta assorbita l’alternativa possibile della costituzione o della conservazione del diritto soggettivo» (p. 502).

<sup>12</sup> Secondo l’A., la prescrizione non sarebbe né «un fatto estintivo né un fatto costitutivo, bensì un fatto (...) preclusivo o di assorbimento (...), la cui funzione pratica fondamentale sarebbe pertanto quella di porre un limite alla rilevanza del passato e dello stato giuridico anteriore rispetto alle situazioni giuridiche presenti» (così *Teoria dell’efficacia giuridica*, cit., p. 154 s.).

Sul tema v. anche voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 500 ss., ove viene specificato che «la prescrizione (...) è bivalente – o, meglio ancora, ambivalente – perché lo stato giuridico di libertà, che ad essa segue, trova la sua fonte giuridica nella prescrizione, tanto se anteriormente esisteva il vincolo giuridico quanto se invece preesisteva lo stesso stato giuridico di libertà (...). Con la prescrizione perde rilievo l’alternativa della estinzione e della conservazione. Questo superamento dell’alternativa, con l’assorbimento di effetti giuridici appartenenti a classi diverse, è il fenomeno dell’efficacia preclusiva e la prescrizione rientra appunto tra i fatti preclusivi» (p. 502 s.).

<sup>13</sup> «La transazione – sottolinea l’A., voce *Accertamento*, cit., p. 217 – è un negozio con efficacia preclusiva, ma non un fenomeno di accertamento, perché essa (...) non si fonda sul momento della conoscenza, che rappresenta un dato necessario di ogni figura di accertamento»: infatti «le parti, nel dettare il regolamento transattivo dei loro rapporti in contestazione, muovono dalle rispettive pretese e tolgono di mezzo la lite mediante una composizione di tali pretese conseguita attraverso l’*aliquid datum et retentum*. (...) È lontano dal loro proposito attuare una puntuale e fedele determinazione della realtà giuridica, ché anzi attraverso la soluzione pratica da esse raggiunta, tendono appunto ad evitare le lungaggini e le difficoltà di un accertamento giurisdizionale; così come è lontano dai loro propositi di determinare necessariamente una modificazione della situazione giuridica anteriore» (così voce *ult. cit.*, p. 216 s.).

Sul punto v. anche *Teoria dell’efficacia giuridica*, cit., p. 159, ove si legge che «l’ufficio fondamentale di questo negozio [*i.e.*, la transazione] consiste nel predisporre un regolamento giuridico che non sia legato alla situazione anteriore, addotta con apprezzamenti difformi da ciascuna delle parti, e che prescindendo perciò per la sua validità dall’effetto contenuto in tale situazione»; e, più di recente, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 508 s., ove l’A. ribadisce che, a mezzo del meccanismo dell’*aliquid datum et retentum*, «la soluzione di compromesso, adottata dalle parti [in sede transattiva] per eliminare la lite e nello stesso tempo per evitare le difficoltà dell’accertamento, rende di per sé indifferente il raffronto tra il regolamento transattivo e la situazione giuridica anteriore. Un qualunque contenuto che questa abbia, purché rientri nello spazio compreso tra le ipotesi opposte implicate dalla pretesa e dalla contestazione, vale a legittimare la transazione (...). In presenza di reciproche concessioni la transazione è valida tanto se il suo effetto conserva quanto se modifica l’effetto anteriore».

<sup>14</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 210.

<sup>15</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 207.

Sul tema v. anche voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 504 ss., ove è dato leggere che «il fatto di accertamento è la risultante di un processo che, muovendo da una situazione iniziale di oggettiva incertezza, porta, mediante l’attività spirituale di chiarificazione della realtà, ad una dichiarazione di scienza munita di efficacia preclusiva. (...) Il fatto di accertamento assolve il suo compito, di eliminare



Ma – questo è il punto – attraverso quale meccanismo giuridico si attinge ad un siffatto risultato?

«Può a prima vista sembrare strano – rileva l’A. – che i fatti di accertamento, i quali (...) tendono alla più precisa e sicura determinazione della realtà giuridica anteriore, producano un effetto che non è del tipo dichiarativo»<sup>16</sup>.

In realtà, «né la ormai pressoché incontrastata accettazione della esistenza di fatti giuridici con efficacia dichiarativa, né la constatazione che i fatti di accertamento mirano a determinare la realtà giuridica anteriore e non già a trasformarla o modificarla, sono ragioni sufficienti per considerare fondata la implicazione tra fatto di accertamento ed effetto dichiarativo»<sup>17</sup>.

Invero – rileva l’A. – ad un esito siffatto si oppongono due distinte considerazioni: l’una di carattere (per così dire) generale, l’altra di carattere (per così dire) particolare.

Da un lato, rimane infatti «indimostrata del tutto la premessa logica della stessa ammissibilità (...) di un’efficacia dichiarativa e della sua indifferenziazione dall’ipotesi di assenza di una qualunque efficacia giuridica»<sup>18</sup>: «se un fatto è efficace e rilevante in una sfera di esistenza qualsiasi – rileva l’A. – questa efficacia e rilevanza non può accusarsi se non nella esperienza di un mutamento, cioè di un passaggio dall’antico al nuovo. Se nessuna novità si è prodotta, quale altro indice, anche in astratta ipotesi, sarebbe pensabile che valga a dare la prova di quella efficacia e rilevanza?»<sup>19</sup>. «Si prospetta così, nei suoi termini generali – conclude l’A. – il paradosso della efficacia dichiarativa»<sup>20</sup>: «se non vi è costituzione, non vi è novità nel mondo giuridico, e se non vi è nessuna novità in tale mondo, non vi è fatto giuridicamente apprezzabile. La verità è che, all’interno della concezione tradizionale della efficacia, una efficacia non costitutiva è un non senso»<sup>21</sup>; sicché «l’efficacia c.d. dichiarativa rientra pur sempre nell’orbita dell’efficacia costitutiva in senso lato»<sup>22</sup>.

---

l’incertezza, mediante un effetto che, in uno con l’ipotesi tendenziale della conservazione, copre l’alternativa della innovazione. L’efficacia preclusiva dei fatti di accertamento si atteggia perciò come efficacia tipicamente legale».

<sup>16</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 210: «invero – ammette l’A. stesso – la dottrina moderna [almeno quella dominante all’epoca in cui lo stesso scriveva], tanto per l’accertamento giudiziale che per l’accertamento negoziale, è decisamente orientata verso la efficacia dichiarativa» (*op. loc. ult. cit.*).

<sup>17</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 210.

<sup>18</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 210.

<sup>19</sup> Così già *Teoria dell’efficacia giuridica*, cit., p. 50.

<sup>20</sup> Così già *Teoria dell’efficacia giuridica*, cit., p. 52.

V. anche voce *Accertamento*, cit., p. 213 s., ove l’A. rileva che «sarebbe lecito a questo punto chiedere come possa trovare diritto di cittadinanza nella tradizionale concezione dei fenomeni giuridici una efficacia dichiarativa, che, appunto perché dichiarativa, sarebbe condizionata alla perfetta identità tra la situazione giuridica nascente dal fatto dichiarativo e la situazione antecedente che il fatto si limita a dichiarare: sarebbe cioè lecito domandare in che codesta efficacia giuridica, alla luce delle idee tradizionali, si distingua dalla non efficacia giuridica»; ovvero voce *Efficacia giuridica*, cit., 494, ove l’A. si interroga: “un fatto che non produce alcuna innovazione sullo stato giuridico preesistente e che ha come suo specifico ufficio quello di mantenere inalterata la situazione giuridica su cui incide, in che riesce a distinguersi da un qualsiasi fatto giuridicamente irrilevante, se per definizione fatto giuridicamente irrilevante è quello che non produce alcuna novità nel mondo del diritto?”.

<sup>21</sup> Così già *Teoria dell’efficacia giuridica*, cit., p. 53.

<sup>22</sup> Così *Teoria dell’efficacia giuridica*, cit., p. 55: «il fatto dichiarativo – precisa l’A. – sarà pertanto un fatto modificativo, un fatto capace di produrre comunque una qualche apprezzabile modificazione nell’effetto già sorto, benché certo non una modificazione di portata fondamentale, come quella che si opera nei soggetti a seguito di un atto di trasferimento e negli oggetti a seguito di una novazione» (*ivi*, p. 55 s.).

Nella successiva voce *Efficacia giuridica*, cit., l’A. giunge peraltro alla più matura conclusione che «il paradosso della efficacia dichiarativa (...) è [solo] apparente. La verità è che anche i fatti designati come dichiarativi o conservativi producono una qualche novità nel mondo del diritto» (p. 493 ss.): essi – seppure «non determinano alcun mutamento nella identità strutturale e sostanziale della situazione» – «conducono [tuttavia] questa ad un ulteriore sviluppo» (p. 494), che può essere nel senso: *a*) di un suo “*rafforzamento*” (così, ad es., «la ricognizione dell’enfiteusi per il campo dei diritti reali [e] il riconoscimento del debito per il campo dei diritti personali»), seppure inidonei a modificare la situazione giuridica preesistente, valgono tuttavia, rispettivamente, «a impedire che



Da altro lato – se è vero che nell'accertamento «la determinazione della realtà giuridica postula in primo luogo una attività spirituale diretta a stabilire l'effettivo contenuto della situazione contestata, val quanto dire un giudizio e quindi un'attività dichiarativa»<sup>23</sup>; con la conseguenza che «sarebbe perciò a priori viziato un fatto di accertamento in cui l'attività spirituale fosse intenzionalmente orientata verso una modificazione di tale realtà»<sup>24</sup> – non è men vero tuttavia che «lo scopo di superare l'ostacolo della contestazione non sarebbe in alcun modo conseguito da un fatto che si limitasse a dichiarare il contenuto della situazione giuridica contestata»<sup>25</sup>. Invero, «l'accertamento esige un effetto giuridico diverso da quello meramente dichiarativo»<sup>26</sup>: quello, appunto, della «preclusione di qualsiasi indagine sulla situazione giuridica antecedente al fatto di accertamento e pertanto [del]la irrilevanza di ogni contestazione relativa al contenuto della situazione giuridica accertata sulla base della sua validità storico-giuridica»<sup>27</sup>; con la conseguenza che «dopo il fatto di accertamento una ulteriore contestazione non tanto è vietata quanto è resa irrilevante e perciò è privata della sua forza paralizzatrice della realizzazione del valore giuridico»<sup>28</sup>.

Così, ad es., «la essenzialissima ed insostituibile funzione del giudicato sul piano sostanziale sta proprio in questa sua autonoma validità, che rende del tutto inoperante ogni ulteriore tentativo di rimettere in discussione la effettiva portata della realtà giuridica determinata dalla sentenza»<sup>(29)</sup>. Invero, «una volta intervenuto l'accertamento definitivo, con il passaggio della sentenza in cosa giudicata, il contrasto che aveva paralizzato la realizzazione dell'interesse viene tolto radicalmente di mezzo e non può essere più riproposto in forma giuridicamente rilevante: e ciò tanto se la sentenza abbia rispecchiato la realtà anteriore [c.d. “sentenza giusta”<sup>30</sup>], tan-

---

l'enfiteuta acquisti il diritto di proprietà per usucapione con la conseguente estinzione del diritto di proprietà del concedente, mentre il riconoscimento del debitore vale ad impedire che l'obbligazione si estingua per prescrizione»), sicché «il diritto soggettivo è, diciamo così, ringiovanito, ha riacquisito tutta la sua originaria vitalità, ed è al sicuro, per tutto un altro ciclo giuridico di esistenza, dalla forza logoratrice del tempo: dunque, si è rafforzato» (p. 495 s.); ovvero *b*) di una sua “specificazione” (così, ad es., «gli ordini del datore di lavoro e le istruzioni del mandante assolvono (...) alla funzione di specificare nelle singole circostanze l'obbligo della prestazione»): «atti ed eventi del genere non introducono un'obbligazione che prima non esisteva», «la situazione giuridica rimane quella che era»; essi semplicemente «assolvono (...) alla funzione di specificare nelle singole circostanze l'obbligo della prestazione» (p. 497); ovvero ancora *c*) di un suo «affievolimento» (che si verifica, ad es., quando «il diritto soggettivo incontra altri diritti pozzori a scapito dei quali esso non potrà essere né esercitato né realizzato. La compresenza di un altro diritto che impedisce il pieno esercizio e la piena realizzazione del diritto soggettivo – ad esempio il diritto di ipoteca rispetto al diritto di proprietà – non comporta alcuna modificazione strutturale della situazione giuridica; ma influisce sempre, in qualche modo, sul contenuto del diritto soggettivo, che in una certa direzione non potrà essere né esercitato né realizzato»: p. 498).

<sup>23</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 211 (corsivo aggiunto).

<sup>24</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 211.

<sup>25</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 211.

<sup>26</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 212 (corsivo aggiunto).

V. anche voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 503, ove si legge che «il fatto di accertamento può conseguire [il] risultato di rendere irrilevante per il diritto la contestazione sulla situazione giuridica accertata, solo in virtù di un effetto non meramente dichiarativo».

<sup>27</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 212.

V. anche voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 503, ove è dato leggere che, «se è accertata nelle forme di legge l'esistenza del diritto vantato da chi si dice creditore, diventa vana ogni ulteriore contestazione del debitore per evitare l'adempimento e la esecuzione forzata; nel caso opposto la pretesa non ottiene più giuridica considerazione neppure al limitato fine di controllarne la fondatezza».

<sup>28</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 212.

<sup>29</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 213.

<sup>30</sup> «Una sentenza giusta – rileva l'A. – non può negare il diritto di credito al vero creditore che faccia valere in processo le sue ragioni: colui che prima della sentenza era veramente creditore deve rimanere tale anche dopo la sentenza; invece, se taluno si faccia ad accampare in processo un diritto di credito che in realtà non gli spetta, non potrà e non dovrà ottenere il riconoscimento di un tale diritto se deve essere usata giustizia nei suoi confronti come nei confronti del suo avversario che nulla doveva. Insomma: le posizioni giuridiche fondamentali dei soggetti in ogni sentenza giusta debbono rimanere fondamentalmente immutate, perché la loro trasformazione darebbe luogo ad ingiustizia» (così voce *Accertamento*, cit., p. 210).



to se invece l'abbia modificata e perciò alterata»<sup>31</sup> [c.d. "sentenza ingiusta"<sup>32</sup>]. Ora, «la possibilità della sentenza di coprire insieme la duplice alternativa, che è propria del giudicato, della conformità e della difformità rispetto alla situazione anteriore, non può essere spiegata dalla teoria costitutiva, che è in grado solo di dare ragione della seconda ipotesi, né dalla teoria dichiarativa, che a sua volta può essere compatibile solo con la prima ipotesi, né da una teoria che assegni alla sentenza, volta a volta, efficacia costitutiva od efficacia dichiarativa a seconda che vi sia difformità o conformità riguardo alla situazione giuridica anteriore. Perché la alternativa sia abbracciata nella sua totalità occorre fare ricorso ad un tipo di effetto giuridico che superi le ipotesi singole della costitutività e della dichiaratività: e questo tipo di effetto giuridico è proprio l'*effetto preclusivo*»<sup>33</sup>.

«Problemi del tutto analoghi – rileva sempre l'A. – solleva il negozio di accertamento»<sup>34</sup>: «è nella natura del negozio di accertamento – come è nella natura della transazione e della sentenza – l'alternativa della conformità o della difformità della nuova situazione giuridica rispetto alla precedente. Una spiegazione adeguata di tali fenomeni non potrà essere perciò data fino a quando non si trovi modo, mantenendo la essenziale unità dell'effetto, di trovare eguale posto per entrambe le ipotesi dell'alternativa»<sup>35</sup>.

**3.** – L'approccio al fenomeno dell'accertamento fondato sull'effetto giuridico che ne deriva finisce inevitabilmente con il rendere marginali – nell'argomentare dell'A. – taluni profili che pure erano, specie all'epoca in cui egli scriveva, ancora al centro del dibattito, soprattutto dottrinale.

Il riferimento è innanzitutto al problema se nel nostro ordinamento possa trovare cittadinanza un accertamento negoziale; la cui «ammissibilità – osserva l'A. – è condizionata alla possibilità di configurare e di spiegare il concorso, in una sola fattispecie, del momento della volontà accanto a quello della conoscenza col medesimo rango di importanza. È questa la difficoltà più grave della teoria del negozio di accertamento, e ad essa fa capo quell'indirizzo dottrinale che nega già in sede logica la legittimità della figura per la insanabile contraddizione che sussisterebbe tra la natura essenzialmente volontaria, e perciò costitutiva, del negozio giuridico, e la funzione essenzialmente conoscitiva, e perciò dichiarativa dell'accertamento»<sup>36</sup>. Invero – se «il fatto di accertamento è la risultante del processo (...) che, muovendo da una situazione iniziale di obiettiva incertezza, porta, attraverso l'attività spirituale di chiarificazione della realtà, ad una dichiarazione di scienza munita di efficacia preclusiva»<sup>37</sup> – «per l'accertamento negoziale occorre spiegare come possano coesistere nella medesima fattispecie e col medesimo ruolo di essenzialità l'intento di accertare la situazione giuridica e l'intento di mantenere la situazione giuridica accertata anche per il caso di contrasto con la situazione giuridica reale, senza che il secondo intento renda inoperante, e quindi privo di rilievo, il primo»<sup>38</sup>.

---

Il punto era stato dall'A. già trattato in *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 65 ss.; e successivamente approfondito nella voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 505 ss.

<sup>31</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 214.

<sup>32</sup> «La sentenza ingiusta – rileva l'A. in *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 66 – può trasformare *ab imis* lo stato giuridico anteriore. (...) La conseguenza paradossale è che la sentenza, se giusta, non ha efficacia giuridica, perché non crea una situazione fondamentale nuova nel mondo del diritto; ma se è giuridicamente efficace non è giusta, perché trasforma la situazione fondamentale che avrebbe invece il compito di conservare e garantire».

<sup>33</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 214 (corsivo aggiunto).

<sup>34</sup> Così *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 70.

<sup>35</sup> Così *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 74.

<sup>36</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 217 s.

<sup>37</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 216.

<sup>38</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 218.



«A noi – si limita ad affermare conclusivamente l’A. – non spetta che indicare il problema»<sup>39</sup>.

Ancóra: l’attenzione appuntata sul profilo effettuale importa, nell’analisi dell’A., una sorta di evaporazione della distinzione fra negozio di accertamento e dichiarazione ricognitiva – di un fatto (*i.e.*, confessione) o di un rapporto giuridico (*i.e.*, riconoscimento) – che, all’epoca, restava uno dei nodi concettuali da sciogliere.

Invero – seppure avesse a suo tempo lucidamente rilevato che «la ricognizione è un atto e non un processo; in particolare non è, come invece l’accertamento, un processo di approfondimento della certezza. L’atto ricognitivo rivela una certezza già conquistata (ad esempio: la ricognizione di debito) ovvero, portando una data situazione a conoscenza di un altro soggetto, tende a mettere quest’ultimo in grado di conquistare la certezza (ad esempio, l’intimazione di pagamento)»<sup>40</sup> – l’A. finisce però con il ricondurre all’area dell’accertamento anche la confessione, seppure accreditandola di un effetto di (mera) «preclusione processuale»<sup>41</sup>; cioè, di un «effetto di grado minore (...), perché l’effetto preclusivo di verifica nel ristretto campo del processo e vale a preparare il fatto di accertamento sostanziale e l’effetto preclusivo sostanziale della cosa giudicata»<sup>42</sup>.

Di qui la necessità – secondo l’A. – di «distinguere due categorie di fatti di accertamento, a seconda che l’effetto preclusivo spieghi la propria funzione fondamentale direttamente sul piano dei rapporti giuridici sostanziali o invece sul piano del processo: fatti di accertamento sostanziale i primi e fatti di accertamento processuale i secondi. Gli uni producono un effetto giuridico di grado maggiore, perché il fatto preclusivo si svolge sugli stessi rapporti di diritto sostanziale, mentre gli altri producono un effetto giuridico di grado minore, perché l’effetto preclusivo è limitato nell’ambito del processo e sta in funzione del fatto di accertamento e del relativo effetto di grado maggiore, che è prodotto dal giudicato»<sup>43</sup>.

4. – A sua volta, l’approccio al tema dell’accertamento in chiave di «fenomeno generale»<sup>44</sup>, anziché di analisi delle singole, concrete «figure particolari»<sup>45</sup> – «di diritto sostanziale e di diritto processuale, di diritto privato e di diritto pubblico»<sup>46</sup> – che ad esso vengono (più o meno persuasivamente) ricondotte, ha finito con

---

<sup>39</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 218: significativamente il par. dedicato al tema viene titolato come «*Cenni sul fatto giuridico di accertamento*» (così *op. ult. cit.*, p. 216: corsivo aggiunto).

<sup>40</sup> Così *Teoria dell’efficacia giuridica*, cit., p. 149.

<sup>41</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 214 s.

<sup>42</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 215: «un tipico fatto di accertamento processuale – spiega l’A. – è la confessione. Si tratta di una dichiarazione di scienza che genera senza dubbio effetti sostanziali di per sé, ma (...) di grado minore, mentre il tipico effetto di accertamento, che si concreta nel suo operare come prova legale, si produce solo nel processo. L’effetto della prova legale è un effetto preclusivo processuale in quanto rende irrilevante, nell’ambito del processo, la contestazione sulla realtà che forma oggetto della confessione. La irrilevanza della contestazione comporta come ulteriore e necessaria conseguenza che il giudice, anche se venga contestata la realtà su cui verte la confessione, deve considerare tale realtà come incontestata. L’effetto si ripercuote sul contenuto della sentenza e sul giudicato, con il quale la preclusione viene ad incidere sul piano dei rapporti sostanziali».

<sup>43</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 215: «questa graduazione – prosegue l’A. – implica anche una gerarchia di ordine giuridico, perché l’effetto di accertamento sostanziale assorbe e supera ogni effetto di accertamento processuale, e così in caso di conflitto tra due effetti di accertamento di grado diverso vince sempre quello di grado maggiore. La confessione perde, ad esempio, il suo aspetto preclusivo processuale qualora si sia formato il giudicato in senso difforme sulla medesima realtà alla quale ha fatto riferimento la confessione. E così è da dire anche degli altri fatti di accertamento di grado maggiore, così come di ogni altro fatto preclusivo sostanziale: nel caso del negozio di accertamento (come nel caso della transazione, per fare un esempio di fatto preclusivo non di accertamento) è tolto di mezzo qualsiasi effetto di una eventuale confessione di contenuto difforme».

<sup>44</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 205.

<sup>45</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 205.

<sup>46</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 205.



il costringere l'A. ad una generalizzazione tanto intellettualmente affascinante e logicamente rigorosa, quanto tutta da verificare non solo sul piano della sua rispondenza al nostro diritto positivo, ma anche su quello della sua effettiva funzionalità a «risolvere le principali difficoltà e questioni che il giurista incontra e non riesce a superare nello studio delle singole figure»<sup>47</sup>.

In particolare, la c.d. «efficacia preclusiva» – che connoterebbe, seppure in via non esclusiva<sup>48</sup>, tutti i «fatti di accertamento», divenendone, in buona sostanza, il «denominatore unitario»<sup>49</sup> – non necessariamente è l'esito dell'operare di un medesimo meccanismo giuridico<sup>50</sup>.

Così come, peraltro, non lo è neppure con riferimento alle altre fattispecie cui pure l'A. ricollega una «efficacia preclusiva».

Ad es., è ben vero che l'usucapione rende *inutile* (o – per dirla con l'A. – ha «efficacia preclusiva» di) qualsiasi ulteriore discussione in ordine alla circostanza che il soggetto, a cui favore sono maturati i presupposti per l'usucapione, fosse o meno già prima titolare del relativo diritto reale; non è men vero tuttavia che ad un esito siffatto si perviene anche aderendo alla tesi tradizionale – ed ancor oggi assolutamente pacifica sia in dottrina<sup>51</sup> che in giurisprudenza<sup>52</sup> – che vede nell'usucapione un modo di acquisto dei diritti reali; e ciò, per il fatto che, con il maturarsi dei presupposti dell'usucapione, il soggetto interessato sarebbe *comunque* titolare del diritto in questione: o per esserlo stato già in epoca anteriore, o per esserlo divenuto in forza dell'usucapione. Ciò spiega perché «il soggetto, a favore del quale è maturata una fattispecie di usucapione, abbia la facoltà di richiamarsi ad essa per esercitare il diritto di godimento e per pretenderne il rispetto dai terzi, anche se per lo stesso diritto esista un'altra fattispecie di acquisto, originario o derivativo (...). E (...) questa facoltà [può] essere esercitata, oltre che sul piano sostanziale, anche nel processo, dove non vale ad ostacolarla la circostanza che risultino formalmente altre fattispecie di acquisto»<sup>53</sup>. Così, ad es., si ammette pacificamente che l'attore in rivendica possa assolvere all'onere probatorio sullo stesso gravante o dimostrando un acquisto a titolo originario, ovvero – così evitando le forche caudine della c.d. *probatio diabólica*

<sup>47</sup> Questo è l'obiettivo dichiarato dallo stesso A. nella voce *Accertamento*, cit., p. 205.

<sup>48</sup> Si ricorderà che – secondo l'A. – «rientrano nel quadro dei fatti preclusivi fenomeni di fondamentale importanza, oltre l'usucapione, quali la prescrizione e la transazione» (così voce *Accertamento*, cit., p. 210).

<sup>49</sup> Così voce *Accertamento*, cit., p. 205.

<sup>50</sup> «L'effetto di interdire ogni contestazione in ordine ad una data situazione giuridica – osserva efficacemente E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, Cedam, Padova, 1997, p. 139 – è comune ad altri mezzi di eliminazione della incertezza sia pubblici, che privati, quali la sentenza, la transazione, l'arbitrato e via dicendo. Il problema è che tali istituti pervengono al medesimo risultato pratico, ma percorrendo vie diverse».

<sup>51</sup> Cfr. per tutti, da ultimo, P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, 3, *La proprietà, i diritti reali limitati, il possesso*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 595 e 619 s., ove è dato leggere che «l'usucapione conduce all'acquisto della proprietà a favore di chi non è titolare del bene; ne consegue che in base all'opinione più diffusa l'istituto non può operare a favore di chi risulta già proprietario in forza di altri titoli di acquisto»; L. FOLLIERI, *L'accertamento giudiziale dell'usucapione*, ESI, Napoli, 2018, già p. 9; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 2ª ed., 2017, p. 615 ss., 627 s. e 637; A. GAMBARO, *La proprietà*, 1, *Beni, proprietà, possesso*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2ª ed., 2017, p. 553 ss.; L. BOZZI, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile, Della proprietà* a cura di A. JANNARELLI e F. MACARIO, artt. 1100-1172, Utet, Torino, 2013, p. 650 s.; A. GALATI, *Dell'usucapione*, in *C.c. Commentario* Schlesinger-Busnelli, artt. 1158-1167, Giuffrè, Milano, 2013, p. 3 ss.; T. DALLA MASSARA, *L'usucapione*, in G. VISINTINI (diretto da), *Trattato di diritto immobiliare*, I, 2, *I beni e la proprietà*, Cedam, Padova, 2013, p. 1433 ss.; G. FURGIUELE, *La circolazione dei beni*, in L. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, II, 2, *La proprietà e il possesso*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 371 ss.; E. GUERINONI, *L'usucapione*, in A. GAMBARO e U. MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 869 ss.; U. MATTEI, *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2001, p. 196 ss.

<sup>52</sup> Cfr. Cass. 20.6.2022, n. 19758; Cass. 17.11.2021, n. 34819; Cass. 8.9.2021, n. 24175; Cass. 13.5.2021, n. 12736; Cass. 29.5.2019, n. 14657; Cass. 8.2.2019, n. 3847; Cass. 6.2.2019, n. 3487; Cass. 15.1.2019, n. 848; Cass. 6.12.2018, n. 31638.

<sup>53</sup> Così voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 501.



– un acquisto per usucapione, che varrebbe a dimostrarne la proprietà quand’anche, per avventura, non già acquisita in forza di un diverso titolo<sup>54</sup>.

Del pari, è ben vero che la prescrizione rende *inutile* (o – per dirla con l’A. – ha «efficacia preclusiva» di) qualsiasi ulteriore discussione in ordine al fatto che il soggetto, a cui danno sono maturati i presupposti per la prescrizione di un suo (eventuale) diritto, fosse o meno, in precedenza, titolare di quel diritto; non è men vero tuttavia che ad un risultato siffatto si perviene anche accedendo alla tesi tradizionale – ed ancor oggi maggioritaria in dottrina<sup>55</sup> e assolutamente dominante in giurisprudenza<sup>56</sup> – che vede nella prescrizione un modo di estinzione dei diritti; e ciò, per il fatto che, con il maturarsi della prescrizione, il soggetto interessato, oggi, non sarebbe *comunque* titolare del diritto in questione: o per non esserlo stato neppure anteriormente, o per averlo perso per prescrizione.

<sup>54</sup> Cfr. Cass. 19.10.2021, n. 28865, secondo cui, «in materia di onere della prova nell’azione di rivendicazione, il rivendicante deve provare di essere divenuto proprietario della cosa rivendicata risalendo anche attraverso i propri danti causa fino ad un acquisto a titolo originario o dimostrando che il proprietario stesso o alcuno dei suoi danti causa abbia posseduto il bene per il tempo necessario ad usucapirlo. (...) Pertanto il rivendicante, per assolvere l’onere probatorio gravante a suo carico, deve dimostrare o che egli è fornito di un valido titolo derivativo proveniente, direttamente o tramite i suoi autori, da un soggetto cui possa attribuirsi la qualità (...) di legittimo titolare della proprietà del bene in contestazione, per averlo acquistato a titolo originario, oppure che egli stesso possa vantare un acquisto a titolo originario, per avere posseduto il bene per il tempo necessario all’usucapione»; Cass. 14.12.2018, n. 32386; Cass. 10.9.2018, n. 21940; Cass. 7.6.2018, n. 14734.

<sup>55</sup> Cfr., da ultimo, G. MAGRI, *La prescrizione. Ricodificazione degli ordinamenti giuridici europei e prospettive di modernizzazione del diritto italiano*, ESI, Napoli, 2019, pp. 12 ss. e 135 ss., almeno per quel che riguarda i diritti reali; R. RIVARO, *La prescrizione nel diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 15 ss., secondo cui, se è vero che l’istituto della prescrizione «mira ad assicurare la certezza del diritto» (p. 7), non è men vero tuttavia che «sembra (...) innegabile che questa sia pur sempre perseguita attraverso una regola che fa seguire l’estinzione del diritto allo scadere di un termine» (p. 19); P. GALLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile, Della tutela dei diritti* a cura di G. BONILINI e A. CHIZZINI, artt. 2907-2969, Utet, Torino, 2016, p. 506 ss.; ID., voce *Prescrizione e decadenza*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento VIII*, Utet, Torino, 2013, p. 509 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 7, Le garanzie reali. La prescrizione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 507 ss., il quale sottolinea che «la prescrizione persegue [si] una finalità di certezza dei rapporti giuridici, ma questa finalità si realizza tramite l’estinzione dei diritti trascurati nel tempo, in quanto secondo la valutazione normativa essi non corrispondono più ad un rilevante interesse dei titolari» (*op. cit.*, p. 514); S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in S. PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, Cedam, 2012, specie p. 139 ss., il quale evidenzia che, se è vero che «la prescrizione risponde all’esigenza di certezza nei rapporti giuridici, che viene compromessa quando si verifica una situazione di prolungata inerzia, poiché il mancato esercizio del diritto fa nascere un’aspettativa, inducendo a credere che il diritto non sarà più esercitato» (*op. cit.*, p. 137), non è men vero tuttavia che la prescrizione «conduce alla estinzione del diritto stesso» (*op. cit.*, p. 138); P. RESCIGNO, *Le categorie civilistiche*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile, I, 1, Le fonti e i soggetti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 245; M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Cedam, Padova, 2006, già p. 4; P. TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, p. 218.

Peraltro gli interpreti non si sono acquietati a fronte del pur chiaro disposto dell’art. 2934, comma 1, c.c. – che proclama che «ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge» – e «di volta in volta hanno visto nella prescrizione un fenomeno estintivo del diritto, dell’obbligo, del rapporto, dell’azione, oppure un fenomeno di paralisi dell’azione, o della pretesa, ovvero vi hanno scorto un fenomeno di natura meramente processuale, un fenomeno sostanziale, od un fenomeno di doppia natura processuale e sostanziale, ovvero, ancora, un fenomeno di peculiare natura “procedimentale”» (così P.G. MONATERI, in P.G. MONATERI e G. COSTANTINI, *La prescrizione*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2009, p. 2, ove le necessarie indicazioni bibliografiche; cfr., al riguardo, anche l’analisi di A. LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, ESI, Napoli, 2012, p. 66 ss.).

Quel che è certo, però, è che la tesi della «efficacia preclusiva» della prescrizione proposta da Falzea ha avuto un seguito tutto sommato limitato: cfr. peraltro P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *C.c. Commentario Schlesinger*, I, artt. 2934-2940, Giuffrè, Milano, 1990, p. 23 ss.; F. ROSELLI, in P. VITUCCI e F. ROSELLI in *La prescrizione*, in *C.c. Commentario Schlesinger-Busnelli*, I, artt. 2934-2940, Giuffrè, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 2012, p. 39 ss.; G. MAGRI, *op. cit.*, pp. 138 ss. e 178 s., con riferimento però ai soli diritti di credito; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 20<sup>a</sup> ed., 2021, p. 110.

<sup>56</sup> Cfr. Cass. 24.1.2022, n. 1980; Cass. 7.10.2021, n. 12182; Cass. 23.3.2021, n. 7987; Cass. 26.6.2021, n. 5413; Cass. 26.6.2020, n. 12740; Cass. 20.11.2019, n. 30246; Cass. 13.6.2019, n. 15869.



In sintesi: viene da chiedersi se la c.d. «efficacia preclusiva», di cui vengono dall'A. accreditate usucapione e prescrizione, altro non sia che il riflesso *indiretto* della rilevanza che detti istituti hanno (o almeno possono avere), in realtà, sul piano sostanziale, comportando essi, rispettivamente, l'acquisto o la perdita del diritto<sup>57</sup>.

Analogo interrogativo si pone – ovviamente – anche con riferimento ai c.dd. «fatti di accertamento».

Quanto al c.d. «accertamento negoziale» – «caratterizzato dall'intento di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto, cui si collega, al fine di precisarne l'esistenza, il contenuto e gli effetti»<sup>58</sup> – se oggi ne è ormai fuori discussione il diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento<sup>59</sup>, tutt'altro che pacifico ne è invece il profilo effettuale<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> «Per quanto concerne l'usucapione e la prescrizione – osserva M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, IV, *I contratti di composizione delle liti* a cura di E. GABRIELLI e F. P. LUISO, I, Torino, 2005, p. 49 s. – occorre (...) notare che in realtà non è affatto detto che queste operino senz'altro, vuoi in caso di difformità della situazione preesistente, vuoi anche in caso di conformità. Il fenomeno per il quale anche chi sia già proprietario può invocare l'usucapione, o chi non sia debitore può invocare la prescrizione, è infatti del tutto agevolmente spiegabile anche in modo diverso, e precisamente in chiave meramente processuale, ricorrendo al principio del primato della ragione più liquida: appurata la sicura presenza di quel fatto, potenzialmente costitutivo in un caso, estintivo nell'altro, il giudice non approfondisce la questione circa la precedente insussistenza della proprietà, o circa l'effettiva esistenza del credito, non perché tali fatti operino senz'altro, ma semplicemente perché a tal punto comunque il risultato non cambia (... è superfluo indagare se quel certo soggetto sia proprietario perché lo era già o perché lo è diventato per usucapione, ovvero se non è debitore perché non lo è mai stato o perché il credito si è prescritto)».

<sup>58</sup> Così Cass. 22.1.2019, n. 1636.

<sup>59</sup> Cfr. per tutti, da ultimo, in giurisprudenza, Cass. 3.11.2021, n. 31319; Cass. 10.9.2021, n. 24462; Cass. 13.3.2019, n. 7198; Cass. 19.2.2019, n. 4832; Cass. 22.1.2019, n. 1636; e, in dottrina, M. FRANZONI, *Il contratto d'accertamento: un paradosso*, in G. PASSAGNOLI, F. ADDIS, G. CAPALDO, A. RIZZI e S. ORLANDO (a cura di), *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, p. 1235 ss., specie p. 1250 ss.; ID., *La transazione*, in G. FURGIUELE (raccolta da), *Biblioteca dei contratti*, Cedam, Padova, 2001, p. 247 ss.; G. MINNITI, *Accertamento negoziale e costituzione del titolo dell'acquisto*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, p. 327; L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, cit., p. 23 ss.; E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. not.*, 2016, p. 242; ID., *Il negozio di accertamento*, in L. RUGGIERI e E. MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, ESI, Napoli, 2016, p. 186 ss.; R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento VIII*, Utet, Torino, 2012, p. 32; E. DEL PRATO, *Le risoluzioni negoziali delle controversie*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, IV, 2, *L'attuazione dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 562 ss.; M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 59 ss.; S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 502 ss.; L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione processuale*, Cedam, Padova, 2000, specie p. 104 ss.; F. GAMBINO, *La potenziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e le teorie della forma*, in *Contratto e impr.*, 1999, p. 1297; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 11 ss.; A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *C.c. Commentario Schlesinger*, artt. 1987-1991, Giuffrè, Milano, 1996, p. 506 ss.

Già alla fine del secolo scorso E. PAOLINI (in *Il contratto di accertamento*, cit., p. 7) poteva così sintetizzare: «la disputa sul[l'ammissibilità del] negozio di accertamento, un tempo così vivace, oggi può dirsi completamente spenta; ne è risultata "vincitrice" quella corrente di pensiero favorevole alla ammissibilità del negozio di accertamento». Le fa oggi eco L. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 29, il quale rileva che, «attualmente, il dibattito intorno all'ammissibilità del negozio [di accertamento] può dirsi superato e non sembra residuino dubbi sulla legittimità del ricorso ad un accertamento convenzionale» (cfr. anche S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 508, secondo cui «oggi il dibattito sorto intorno al problema dell'ammissibilità (o meno) dell'accertamento negoziale può considerarsi superato nel senso della soluzione affermativa»).

A supporto della tesi della ammissibilità, nel nostro ordinamento, del c.d. negozio di accertamento si possono oggi addurre una pluralità di indici normativi: dalle norme in tema di conciliazione giudiziale (artt. 185, 199, 320, 322, 410 ss. e 652 c.p. c.) a quelle in tema di conciliazione stragiudiziale (artt. 1, 2, 11 e 12 d.lg. 4.3.2010, n. 28, in materia di «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»; art. 5 d.l. 12.9.2014, n. 132, convertito con modifiche dalla l. 10.11.2014, n. 162, in materia di «procedura di negoziazione assistita», che fa testuale riferimento ad un «accordo che compone la controversia»); fino al disposto dell'art. 2643, n. 12-bis, c.c.

A tale ultimo proposito, si ricorderà che l'art. 84-bis d.l. 21.6.2013, n. 69 (convertito con modificazioni con l. 9.8.2013, n. 98), ha novellato l'art. 2643 c.c., prevedendo che siano suscettibili di trascrizione «gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato» (n. 12-bis). Secondo parte della dottrina,



Nella giurisprudenza meno recente evidente appariva l'influenza esercitata dalla tesi di A. Falzea<sup>61</sup>: «con il negozio di accertamento – era infatti dato leggere in molte massime della Suprema Corte – le parti rimuovono i dubbi e le incertezze relativi ad un determinato fatto o rapporto giuridico, con *effetti preclusivi* di ogni ulteriore contestazione»<sup>62</sup>.

Le pronunce degli anni a noi più vicini fanno invece ricorso a formule più sfumate, limitandosi all'affermazione secondo cui il negozio di accertamento rende «definitiva ed immutabile una situazione obiettivamente incerta»<sup>63</sup>, senza peraltro indicare attraverso quale meccanismo tecnico-giuridico un simile effetto avrebbe a prodursi<sup>64</sup>; tutt'al più specificando che – proprio per il fatto di rendere «definitiva ed immutabile una situazione obiettivamente incerta» – il negozio di accertamento «preclude ogni ulteriore contestazione»<sup>65</sup>.

La dottrina – pur generalmente condividendo la premessa, da cui muove anche la tesi della «efficacia preclusiva» del negozio di accertamento, secondo cui a quest'ultimo dovrebbe riconoscersi un effetto di «tom-bale» e definitivo superamento di quella situazione di incertezza che ne costituisce il presupposto, rendendo non più ed irreversibilmente incontestabile la pregressa situazione giuridica nei termini in cui la stessa viene accertata<sup>66</sup> – tende oggi a evidenziare come il richiamo alla «efficacia preclusiva» dell'accertamento nego-

---

l'introduzione nell'art. 2643 c.c. del n. 12-*bis* eleverebbe il negozio di accertamento a «contratto nominato, e cioè contemplato dal legislatore, ancorché normativamente atipico, e cioè privo di una organica disciplina legislativa più o meno ampia» (così E. MINERVINI, *op. cit.*, p. 187; v. anche L. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 36 s.).

<sup>60</sup> «È possibile affermare – si rileva testualmente in dottrina – che il problema del negozio di accertamento è, nella sua essenza, il problema dei suoi effetti» (così L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, cit., p. 37). Sulla medesima lunghezza d'onda M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 37, secondo cui «il problema dell'accertamento è, nella sua essenza, il problema dei suoi effetti».

<sup>61</sup> Lo rilevano anche L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, cit., p. 27 ss.; e R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, cit., p. 35.

<sup>62</sup> Così Cass. 5.6.1997, n. 4994 (corsivo aggiunto). In senso conforme cfr. anche Cass. 20.5.2004, n. 9651; Cass. 23.3.1996, n. 2611; Cass. 23.8.1991, n. 9047; Cass. 10.1.1983, n. 161; Cass. 27.4.1982, n. 2634; Cass. 16.3.1978, n. 1323; Cass. 29.1.1974, n. 241

<sup>63</sup> Cfr. Cass. 19.2.2019, 4835; Cass. 22.1.2019, n. 1636; Cass. 24.8.2012, n. 14618; Cass. 30.3.2009, n. 7640.

<sup>64</sup> Talora la giurisprudenza rimane ancora più sul generico, limitandosi ad attribuire al negozio di accertamento, «la funzione di eliminare l'incertezza di una situazione giuridica preesistente» (cfr. Cass. 24.8.2012, n. 14618); ovvero «di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente» (cfr. Cass. 12.11.1981, n. 6001; Cass. 29.1.1974, n. 241); ovvero ancora «di rendere definitiva la situazione giuridica derivante dal rapporto preesistente» (cfr. Cass. 23.12.1987, n. 9625): in ogni caso, senza indicare quale sarebbe lo strumento tecnico attraverso cui un siffatto risultato si realizza.

<sup>65</sup> Così Cass. 19.2.2019, n. 4835.

<sup>66</sup> Parte minoritaria della dottrina non condivide siffatta premessa: cfr., per tutti, P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, III, *Effetti* a cura di M. COSTANZA, Giuffrè, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 2023, p. 79 e 85 ss.; S. PATTI, *Le prove*, in *Tratt. dir. priv.*, Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 2021, p. 114; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 3<sup>a</sup> ed., 2019, p. 478 ss., secondo cui «l'effetto accertativo rileva (...) sul piano probatorio, in quanto il contratto di accertamento dispensa ciascuna parte dall'onere di provare il rapporto come accertato mentre pone a suo carico l'onere della prova contraria»: «conseguentemente le parti possono sempre provare che il loro rapporto non è quello accertato»; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 2011, p. 494 s.

Ovviamente, chi ritiene che il negozio di accertamento operi solo sul piano probatorio, prende altresì, di necessità, le distanze dalla tesi dell'asserita «efficacia preclusiva» di esso.

V. anche E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 306 ss., secondo la quale «il negozio di accertamento [è] capace di produrre un effetto preclusivo meno incisivo di quello della transazione. (...) Non si può infatti ritenere che l'autonomia privata possa prevalere sul potere giudiziale nell'accertamento della verità sino al punto da [non] consentire accertamenti sull'*an*, ossia sull'esistenza di una situazione soggettiva controversa, non suscettibili di verifiche giudiziali. (...) L'autonomia privata (...) non può svolgere in generale un ruolo di accertamento della verità giuridica (...), ma può soltanto limitarsi ad accertare il *quomodo* e non l'*an* di situazioni soggettive controverse»: «in conclusione – rileva l'A. – deve ritenersi che la funzione del negozio di accertamento sia quella di chiarire punti controversi di fatti e di situazioni giuridiche con un'efficacia preclusiva (e in tal senso costitutiva) limitata al *quomodo*, che non può coprire anche l'esistenza del diritto oggetto di accertamento».



ziale abbia, più che altro, valenza descrittiva<sup>67</sup>, trascurando e, conseguentemente, lasciando del tutto insoluto il problema dell'individuazione del meccanismo tecnico-giuridico attraverso cui un siffatto risultato si realizza.

Si spiega così il fatto che gli interpreti – proprio nel tentativo di fornire risposta a tale ultimo interrogativo – si siano progressivamente orientati ad affermare che «nel nostro diritto, come nel diritto tedesco, il negozio d'accertamento opera con efficacia immediata sulla situazione giuridica sostanziale *regolandola*, cioè direttamente conformandola nel modo che corrisponde al regolamento concordato: appunto in questo senso il negozio d'accertamento è fonte di una nuova regola sostanziale»<sup>68</sup>.

In quest'ottica – premesso che il contratto, secondo la stessa lettera dell'art. 1321 c.c., è volto a «costituire, *regolare* o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale» – il negozio di accertamento sarebbe da ricondurre all'ipotesi del «*regolare*» un rapporto giuridico attorno al quale si sia venuta a creare una situazione di incertezza: «“*regolamento*” – osserva efficacemente autorevole dottrina – è termine più ampio di “*modificazione*”. Si regola un rapporto non solo quando lo si modifica, ma anche quando lo si accerta»<sup>69</sup>.

---

Lo stesso può dirsi di chi aderisce alla tesi – di R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Reale Università di Messina*, 1934-1935, VII (oggi ripubblicato in *Raccolta di scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1980, p. 383 ss.) – secondo cui il negozio di accertamento farebbe sorgere l'obbligazione di non dare al rapporto preesistente una intelligenza diversa da quella risultante da quanto convenuto, con conseguente possibilità di far valere l'eventuale difformità della situazione reale rispetto a quella «accertata», salvo il conseguente obbligo risarcitorio.

<sup>67</sup> Osserva E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., p. 139, che – se l'efficacia preclusiva «è, in via generica e meramente descrittiva, il risultato cui perviene in concreto il contratto di accertamento» (corsivo aggiunto) – «ciò che fa discutere è la giustificazione, la fonte di un siffatto risultato». Le fa eco M. FURNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 50, il quale sottolinea che, «per quanto concerne (...) l'effetto preclusivo in sé, (...) va detto che tale categoria, per quanto attraente, è in realtà, di per sé, *meramente descrittiva*. Essa non spiega cioè quale sia il meccanismo, tramite il quale si produce il fenomeno in questione, vale a dire quello dell'operatività a prescindere dalla conformità o meno rispetto alla situazione preesistente» (corsivo aggiunto).

<sup>68</sup> Così A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Giuffrè, Milano, ed. provv. 1970, p. 46 ss. (corsivo aggiunto), ove si precisa che «la regola così posta vale di per sé, cioè in quanto sorretta da una funzione negoziale idonea, non in quanto conforme ad una regola preesistente da scoprire o da delucidare; perciò le parti, nel dettarla, dispongono costantemente della propria situazione giuridica, anche se, di fatto, il regolamento concordato non arrechi una modificazione, intesa come effettivo spostamento patrimoniale rispetto alla regola preesistente»; peraltro «la diretta incidenza conformatrice sulla situazione giuridica sostanziale può comportare anche una sostituzione di rapporti, ovvero la creazione di un rapporto nuovo dove prima non esisteva alcuno».

La tesi di Lener ha trovato ampia e positiva accoglienza nella dottrina successiva: cfr., da ultimo, M. FRANZONI, *Il contratto d'accertamento: un paradosso*, cit., p. 1252, secondo cui, «il contratto d'accertamento resta catalogabile fra i contratti regolamentari o costitutivi secondo la definizione dell'art. 1321 c.c., e si configura come atto dispositivo»; ID., *La transazione*, cit., p. 256; L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione processuale*, cit., p. 104; L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, cit., p. 43 ss., il quale aggiunge peraltro che il negozio di accertamento altresì «implica una rinuncia (reciproca) delle parti al potere di accertamento giurisdizionale» (così *op. cit.*, pp. 45 e 48); E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, cit., p. 242, secondo cui, in forza del negozio di accertamento, «le parti incidono direttamente sulla situazione giuridica, conformandola nei termini che risultano dall'attività conoscitiva svolta: i privati, per eliminare l'incertezza di una situazione giuridica, hanno soltanto il potere di incidere su di essa per renderla certa, regolandola e quindi disponendone per il futuro a scopo di certezza»; ID., *Il negozio di accertamento*, cit., pp. 206 s. e 217 ss.; R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, cit., p. 38; S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 584 ss.; E. DEL PRATO, *Le risoluzioni negoziali delle controversie*, cit., p. 564 s.; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 34 ss., con riferimento però alla sola ipotesi in cui la *res dubbia* sia costituita da una modalità del rapporto, e non anche a quella in cui l'incertezza colpisca invece la sua stessa esistenza; E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., p. 121; A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, cit., p. 514 ss.; A. CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988.

Quanto alla giurisprudenza, R. FERCIA, *op. cit.*, p. 35, ne propone una lettura nel senso che, allorché la stessa, specie in passato, «discorre[va] di efficacia “dichiarativa”» del negozio di accertamento (cfr., ad es., Cass. 12.3.2008, n. 6739; Cass. 4.7.2007, n. 13009), intendeva, in realtà, «semplicemente descrivere con riferimento alla triplice configurazione delle funzioni negoziali – “costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale” ex artt. 1321 e 1324 c.c. – quanto non sia rapportabile né al “costituire”, né all’“estinguere”. L'effetto “dichiarativo” di cui spesso parla[va] la giurisprudenza, ponendolo accanto a quello “preclusivo”, [era] allora solamente un “*obiter dogmatico*”, e [andava] rapportato ad un'accezione ampia della funzione di “regolare”».

<sup>69</sup> Così R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet, Torino, 4ª ed., 2016, p. 947 (corsivi aggiunti).



Peraltro, quand'anche non si dovesse accogliere tale ultima rappresentazione degli effetti dell'accertamento negoziale, resterebbe pur sempre da risolvere il nodo di fondo: quello, cioè, dell'individuazione del meccanismo tecnico-giuridico attraverso cui si realizzerebbe il c.d. «effetto preclusivo».

Che quest'ultimo non possa costituire esso stesso conseguenza *immediata e diretta* dei «fatti di accertamento» emerge già solo dalla constatazione che diverso è il modo di operare del c.d. «effetto preclusivo» di cui viene accreditato il negozio di accertamento rispetto al modo di operare dell'«effetto preclusivo» di cui viene parimenti accreditata la «cosa giudicata» (ex art. 2909 c.c.).

Di ciò rende avvertiti la circostanza<sup>70</sup> che – qualora, dopo un valido accertamento negoziale, una delle parti dovesse rivolgersi al giudice per far valere la situazione pregressa, che si affermi non esattamente rispecchiata in quella accertata – il relativo procedimento sarebbe destinato a sfociare in una *sentenza di rigetto nel merito*<sup>71</sup>; mentre – qualora, dopo il passaggio in giudicato di una sentenza di accertamento, una delle parti dovesse rivolgersi ad altro giudice per far valere la situazione pregressa, che si affermi fraintesa dalla sentenza precedentemente emessa (c.d. «sentenza ingiusta») – il procedimento sarebbe destinato a concludersi con una *sentenza di inammissibilità in rito*<sup>72</sup>.

---

In senso analogo cfr. anche E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 600, il quale rimarca che «regolare è termine più ampio di *modificare*: nella sfera del regolare è compresa non solo la modificazione di un elemento strutturale del rapporto, ma anche il semplice mutamento della sua disciplina» (corsivi aggiunti).

Peraltro già A. LENER (in *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, cit., p. 41) aveva osservato che «delle tre sfere di funzioni tecniche individuate dall'art. 1321 del codice vigente, che definisce il contratto come "l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale", la sfera del "regolare" è quella in cui si iscrive la funzione dell'accertamento negoziale».

<sup>70</sup> Efficacemente segnalata da M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 242, seppure con riferimento alla *exceptio rei per transactionem finitae*.

Da ultimo il medesimo A. (in *Il contratto d'accertamento: un paradosso*, cit., p. 1253 s.) rileva che non sarebbe corretto «affermare che il contratto di accertamento si pone in termini analoghi alla sentenza passata in giudicato»: quanto a quest'ultima, infatti, «l'effetto preclusivo è normalmente collegato al principio del *ne bis in idem* e svolge tecnicamente un ruolo sul piano processuale: la parte non può di nuovo impegnare un giudice su una questione sulla quale questi si è già pronunciato»; viceversa «la preclusione che si determina per effetto della conclusione di un contratto di accertamento (...) è espressiva di un principio completamente diverso: il contratto ha forza di legge fra le parti, secondo (...) l'art. 1372, comma 1, c.c. Una volta rimossa l'incertezza con il contratto di accertamento questa non esiste più: l'originario rapporto deve avere l'efficacia che le parti hanno attribuito con il nuovo regolamento, il vecchio è estinto»; di qui la conclusione che «il contratto di accertamento produce l'effetto preclusivo, quanto alla possibilità di litigare su questioni oggetto di un rapporto che si è estinto proprio con il contratto di accertamento. Nulla in comune con la preclusività che nasce dal giudicato di una sentenza».

<sup>71</sup> Ovviamente, sempre che si acceda all'idea – da cui muove anche la tesi dell'«efficacia preclusiva» del negozio di accertamento – secondo cui quest'ultimo renderebbe definitiva e incontestabile la situazione pregressa nei termini in cui la stessa è stata accertata. A diversa conclusione pervengono invece, di necessità, coloro (v. *supra*, nota 66) che ritengono che l'accertamento negoziale sia destinato a produrre effetti sul solo piano probatorio.

Nel senso indicato nel testo cfr., da ultimo, in giurisprudenza Cass. 19.2.2019, n. 4835; Cass. 22.1.2019, n. 1636.

<sup>72</sup> Cfr. da ultimo, in giurisprudenza, Cass. 15.10.2021, n. 28386, che parla di «improponibilità rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo»; Cass. 7.5.2019, n. 12012; Cass., Sez. un., 21.2.2019, n. 5198; Cass. 4.8.2017, n. 19498; e, in dottrina, S. MENCHINI e A. MOTTO, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile, Della tutela dei diritti* a cura di G. BONILINI e A. CHIZZINI, sub art. 2909, Utet, Torino, 2016, p. 177, secondo cui «l'eccezione di cosa giudicata (...) impedisce una nuova pronuncia di merito sul diritto soggettivo che è già stato deciso (c.d. *ne bis in idem*)», sicché «il modo di operare del giudicato si traduce in un effetto negativo, in un impedimento processuale rispetto ad una nuova decisione di merito sulla situazione giuridica che è già stata accertata»; A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, I, *Disposizioni generali*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, sub art. 2909, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1999, p. 81 s.; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Utet, Torino, 1997, p. 422, secondo cui, «ove il secondo giudizio verta sulla stessa entità trattata e decisa nel primo, l'*exceptio rei iudicatae*, in applicazione del principio del *ne bis in idem*, ostacola la pronuncia di una sentenza di merito ed impone la chiusura del procedimento con provvedimento di mero rito, declaratorio del difetto processuale»; ID., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 198.



In realtà, evocando una pretesa «efficacia (genericamente) preclusiva» del giudicato, non solo si elude il «tormentoso problema»<sup>73</sup>, oggetto di vivace dibattito in dottrina sin dal XIX secolo, relativo al quesito «se il giudicato modifica lo stato di diritto preesistente, imprimendo una nuova configurazione al rapporto deciso, oppure se lascia immutata la situazione di diritto materiale, esaurendo la propria efficacia nella formazione di un vincolo processuale, che impedisce al giudice ed alle parti di tornare a discutere in futuri processi in ordine al rapporto giuridico accertato»<sup>74</sup> – dibattito che, è noto, ha visto contrapporsi i sostenitori della c.d. «teoria sostanziale» (secondo cui la *res iudicata* opererebbe quale fonte regolamentare del rapporto dedotto in giudizio)<sup>75</sup> ed i sostenitori della c.d. «teoria processuale» (secondo cui la *res iudicata* importerebbe semplicemente il divieto per il giudice di un eventuale successivo processo di pronunciare nuovamente sulla questione già decisa)<sup>76</sup>; pur non essendo mancate voci a sostegno della tesi secondo cui «il giudicato possiede entrambe le connotazioni», per un verso, dando «certezza alle relazioni intersoggettive delle parti, ponendo fine, mediante la dichiarazione autoritativa della volontà di legge che regola il caso concreto, alla crisi verificatesi nel mondo sostanziale», e, per altro verso, esplicando «i propri effetti sul piano processuale, facendo sì

---

Peraltro anche Falzea (in voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 507) evidenzia che il giudice «è tenuto a dichiarare inammissibile la riproposizione della questione già decisa. La regola *bis de eadem res ne sit actio* è null'altro se non la inammissibilità di una nuova contestazione giudiziaria su una situazione giuridica accertata con sentenza passata in giudicato, e dipende perciò non da una particolare forza che la sentenza abbia in confronto agli altri fatti giuridici, ma unicamente dall'efficacia preclusiva del giudicato, come fenomeno di accertamento»

<sup>73</sup> Così F.D. BUSNELLI, in L. BIGLIAZZI GERI, F.D. BUSNELLI e R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. c.c.*, VI, 4, sub art. 2909, Utet, Torino, 1964, p. 202.

Bisogna peraltro prendere atto che la più recente dottrina pare orientata a ritenere superata la questione della natura sostanziale ovvero processuale della cosa giudicata: cfr., per tutti, A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, I, cit., specie p. 86 ss., secondo cui «quella della natura sostanziale o processuale della cosa giudicata» deve «probabilmente» annoverarsi «fra le questioni che furono più a lungo dibattute in dottrina, ma che con il passare dei decenni si rivelarono poco più che degli pseudoproblemi» (così p. 82 s.); S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 412, secondo cui sarebbe «poco proficuo soffermarsi ancora sulla nota questione circa la natura sostanziale ovvero processuale della cosa giudicata; infatti, da un lato, essa ha un valore preminentemente teorico, risultando poco o punto rilevante l'adesione all'una o all'altra prospettiva per la soluzione dei problemi di carattere applicativo posti dal fenomeno in esame, e, dall'altro lato, la stessa alternativa sembra non correttamente posta, non potendosi negare che il giudicato possiede entrambe le connotazioni».

<sup>74</sup> Così G.N. NARDO, *La cosa giudicata sostanziale*, in L. DITTRICH (diretto da), *Diritto processuale civile*, II, *Processo di cognizione*, Utet, Torino, 2019, p. 2878.

I termini del dibattito si ritrovano efficacemente sintetizzati in A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, I, cit., p. 82 ss.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, p. 812 ss.; F.D. BUSNELLI, in *Comm. c.c.*, cit., sub art. 2909, p. 202 ss.

<sup>75</sup> Pur nella specificità dell'impostazione di ciascuno, fra i fautori della «teoria sostanziale» possono annoverarsi, ad es., F.D. BUSNELLI, in *Comm. c.c.* Utet, cit., sub art. 2909, p. 202 ss.; ID., *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. trim.*, 1961, p. 1317 ss.; E. REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Giuffrè, Milano, 1962, p. 697; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, I, *L'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1961, p. 1 ss.; ID. *La cosa giudicata*, II, *Il concetto e la natura*, ivi, 1961, p. 217 ss.; M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 89 ss.; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Cedam, Padova, 1936, p. 270 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Giuffrè, Milano, 1935, p. 3 ss., specie p. 16 ss.; ID. *Natura della cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, I, p. 215 ss.

<sup>76</sup> Pur nella specificità dell'impostazione di ciascuno, fra i fautori della «teoria processuale» possono annoverarsi, ad es., C. VINCIGUERRA, *Considerazioni sul giudicato*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 51 ss.; A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1960, sub art. 2909, p. 286 ss., specie p. 295 ss.; E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1957, p. 56 ss.; E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim.*, 1956, p. 1306 ss.; L. CILFÒ BONACCORSO, *Il giudicato civile*, Jovene, Napoli, 1955, p. 29 ss.; H. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Cedam, Padova, 1937, pp. 20 ss. e 60 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Soc. ed. Foro Italiano, Roma, 2ª ed., 1936, p. 590 ss.; G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Giuffrè, Milano, rist. 1993, p. 409; E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Soc. ed. Libreria, Milano, 1911, p. 25 ss. (che peraltro è successivamente approdato alla corrente opposta).



che nessun giudice possa rimettere in discussione quanto è stato precedentemente deciso»<sup>77</sup> – ma si trascura altresì la problematica relativa al vario atteggiarsi, a seconda dei casi, del vincolo che il giudicato sostanziale è destinato ad imporre tanto nei confronti di un eventuale giudice successivamente adito quanto nei confronti delle stesse parti dell'originario giudizio: infatti – si è sottolineato – «il giudicato sostanziale ha, nello stesso tempo, efficacia negativa ed efficacia positiva: esso impedisce una nuova pronuncia di merito sul diritto soggettivo che è già stato deciso (c.d. *ne bis in idem*) (*effetto negativo*) e impone, in processi concernenti diritti dipendenti, allorché è resa la decisione in ordine a questi, di prendere le mosse da ciò che è stato stabilito in precedenza circa la situazione soggettiva pregiudiziale (*effetto positivo* o riflesso)»<sup>78</sup>.

È così che, in dottrina, si imputa alla tesi dell'«efficacia preclusiva» del giudicato patrocinata da Falzea non solo «di avere lasciato in ombra la sua funzione positiva»<sup>79</sup>, ma anche di avere trascurato che, con il formarsi del giudicato, «la realtà giuridica accertata viene imposta come realtà anteriore (...) che (...) deve, in conseguenza, ritenersi esistente fin dal momento in cui ha avuto luogo l'atto o fatto, che nella sentenza è dichiarato sua fonte»<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Così S. MENCHINI, voce *Regiudicata*, cit., p. 412. Dello stesso A. cfr. ora il suo commento all'art. 2909 in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile, Della tutela dei diritti* a cura di G. BONILINI e A. CHIZZINI, cit., p. 38.

Analogamente orientati in dottrina cfr., da ultimo, A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., sub art. 2909, p. 88 ss.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 818.

<sup>78</sup> Così testualmente S. MENCHINI, *Commentario del codice civile*, cit., p. 38 (corsivi aggiunti). Cfr. anche S. MENCHINI e A. MOTTO, *ivi*, p. 177 ss.

Analogamente orientati in dottrina cfr., da ultimo, A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., sub art. 2909, p. 77 ss.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 818.

<sup>79</sup> Così A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., sub art. 2909, p. 76.

Cfr. anche G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 828.

<sup>80</sup> Così G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 828.

Cfr. da ultimo, in dottrina, anche A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 76; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 66 ss.



LEONARDO LENTI

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Torino

## DATI GENETICI E PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA\*

SOMMARIO: 1. Verità genetica e vicende del rapporto di filiazione. – 2. Verità genetica e limiti alla conoscenza delle origini. – 3. Le informazioni sul donatore di gameti nel diritto francese. – 4. La sentenza *Gauvin-Fournis e Silliau c. Francia*. – 5. La difficile applicazione del principio in Italia.

1. – Negli ultimi decenni la crescente importanza attribuita alla *verità genetica* ha inciso molto a fondo sul diritto della filiazione, innovando in due direzioni diverse: l'una è l'ampliamento del suo peso nel rapporto giuridico di filiazione, pur con alterne vicende cui farò un rapido cenno; l'altra è la proclamazione che il semplice fatto della sua conoscenza è una componente essenziale dell'identità personale di ciascuno, e come tale è degna di essere garantita.

Con riguardo alla prima direzione – la costituzione e la rimozione del rapporto giuridico di filiazione – va anzitutto premesso che il principio di verità genetica sta alla base dell'intero sistema della filiazione da millenni, e non solo dal 1975<sup>1</sup>. Basti infatti ricordare che l'esigenza di garantire che la discendenza dal *marito-padre* fosse geneticamente vera è uno dei fondamenti delle regole sociali e giuridiche che nelle società europee hanno governato per millenni la famiglia patricentrica e la morale sessuale femminile.

Le vicende storiche delle regole sulla costituzione e sulla rimozione dello stato di figlio (legittimo) indicano che il principio di verità, pur restando centrale, ha sempre mostrato una grande *elasticità*: può essere *compreso* quando, in dati momenti storici, si presentano come prioritarie esigenze sociali fondate su principi etici e culturali che portano in direzione opposta. Il suo espandersi e ritrarsi, secondo i momenti, è dunque determinato dalle esigenze sociali in nome delle quali la legislazione accoglie uno o più principi che si contrappongono a quello di verità, riducendone il raggio d'azione. Sono esigenze sociali che cambiano man mano che il tempo passa e modificano quindi i limiti che ne derivano: dunque nascono, vivono e muoiono.

Nel corso della seconda metà del XX secolo le esigenze sociali che hanno portato a un grande ampliamento del raggio d'azione del principio di verità nelle regole sulla costituzione e sulla rimozione dello stato hanno la loro principale radice nel tramonto del valore sociale, un tempo intoccabile, della famiglia legittima, fondata sul matrimonio, e nella correlativa affermazione del principio di eguaglianza fra tutte le categorie di figli.

---

\* L'articolo è destinato al *Liber amicorum* per Michele Sesta.

<sup>1</sup> È tuttora d'uso ripetere che la riforma del 1975 avrebbe *sostituito* il fondamento del diritto della filiazione: dal principio di favore per la legittimità al principio di verità. Questa contrapposizione, semplicistica, non dà una descrizione veritiera della vicenda, ma è soltanto una formula di indubbia efficacia comunicativa per sintetizzare alcune importanti novità della riforma.



In pochi decenni, a partire dalla riforma del 1975, gran parte delle conseguenze del principale fattore tradizionale di compressione, di limitazione della verità sono così cadute, sicché questa ha trovato il terreno sgombro e ha potuto riespandersi. Nel formante legislativo è stata ammessa la riconoscibilità dei figli adulterini; è stata estesa alla madre e al figlio la legittimazione attiva al disconoscimento; è stato sottoposto all'assenso del figlio o al consenso dell'altro genitore, secondo se maggiore o minore di 14 anni, il riconoscimento tardivo. Quanto alla giurisprudenza, quella ordinaria ha ammesso che la donna sposata potesse dichiarare, in vista della formazione dell'atto di nascita, che il figlio era stato concepito con una persona diversa dal marito; e quella costituzionale ha ampliato i casi in cui poteva essere chiesto il disconoscimento e ha rimosso un forte limite procedurale alla dichiarazione giudiziale di paternità<sup>2</sup>, la quale era già stata enormemente ampliata dalla riforma del 1975.

Nel medesimo arco di anni si sono anche andati affermando valori nuovi, diversi da quelli del passato, in nome dei quali la verità genetica è andata incontro a limiti anch'essi nuovi.

Anzitutto l'adozione piena – introdotta dalla l. 431/1967 e confermata nei suoi principi dalla l. 184/1983 – è stata costruita come *trapianto* di un bambino da una famiglia a un'altra, nella quale inizia una nuova vita nella posizione di figlio a pieno diritto, al pari di quelli biologici: quasi fosse una nuova nascita, accompagnata dalla formazione di un nuovo atto di nascita.

Poi la disciplina della procreazione medicalmente assistita (in seguito PMA) di tipo eterologo: negli ultimi tre decenni del XX secolo, con la sua diffusione, si sono andati affermando nuovi valori in nome dei quali porre nuovi limiti alla verità. L'attribuzione della paternità o maternità al componente della coppia che non è genitore genetico mostra come la verità genetica soccomba davanti all'esigenza di tutelare la volontà del genitore sociale, maschio o femmina che sia, di essere *genitore* pur non avendo la capacità generativa necessaria. E l'inammissibilità del successivo disconoscimento paterno mostra come la verità genetica soccomba anche davanti al principio di responsabilità per il fatto della procreazione e a quello della priorità che dev'essere garantita all'interesse del minore.

Non solo, ma nell'ultimo decennio sono comparsi ulteriori nuovi valori davanti ai quali il principio di verità può soccombere: la priorità dell'interesse del *figlio* (in quanto tale) alla tutela della sua identità personale in senso morale e sociale e dei suoi diritti successori, e la priorità dell'interesse del *minore* (in quanto tale) a conservare integri i suoi riferimenti affettivi o, più realisticamente date le circostanze concrete, il suo diritto di essere mantenuto. Questa nuova compressione del principio di verità è una conseguenza della regola legislativa che impedisce a chiunque, tranne al figlio stesso, di agire per rimuovere la paternità una volta trascorsi 5 anni dalla nascita<sup>3</sup>; come pure della regola giurisprudenziale che ammette il rigetto del disconoscimento e dell'impugnazione del riconoscimento se risulta, nel necessario bilanciamento tra i diversi diritti e interessi in conflitto, che conservare il rapporto di filiazione corrisponde al miglior interesse del minore, anche qualora non corrisponda a verità<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Vd. per il disconoscimento C. cost. 266/2006 e per la dichiarazione giudiziale C. cost. 50/2006.

<sup>3</sup> Ciò è sempre vero per il disconoscimento (art. 244 c. 4° c.c.), mentre per l'impugnazione del riconoscimento fa eccezione il caso della lontananza del padre dal luogo della nascita (art. 263 c. 3° c.c.).

<sup>4</sup> Per il disconoscimento vd. Cass. 26767/2016, seguita da Cass. 8617/2017, 30403/2021, ove attore era il curatore speciale di cui all'art. 244 c. 6° c.c. e vi era l'opposizione del figlio e del padre legale; per l'impugnazione del riconoscimento vd. C. cost. 127/2020 e Cass. 4791/2020.



2. – Con riguardo alla seconda direzione in cui si va espandendo il principio di verità – la conoscenza del dato genetico come componente essenziale dell'identità personale – è ormai emerso un vero e proprio *diritto alla verità genetica*, che confligge con le regole di segretezza, diverse fra loro, che si erano consolidate nel tempo in due campi, quello dell'adozione piena e quello della PMA eterologa<sup>5</sup>. Guardando all'Italia, per la prima il testo originario dell'art. 28 l. 184 prevedeva il più rigoroso segreto sulle origini dell'adottato; e per la seconda l'anonimato del donatore di gameti era percepito come talmente ovvio, sin da quando questa modalità di procreazione aveva iniziato a diffondersi, da non meritare neppure una norma di legge che lo stabilisse esplicitamente con specifico riguardo alla PMA<sup>6</sup>.

In materia di adozione il principio di segretezza totale sulle origini ha iniziato a essere eroso in tutti i paesi di matrice culturale europea tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso. L'Italia è arrivata fra gli ultimi a limitarlo molto fortemente, pur senza abolirlo del tutto. La prima tappa data dal 2001, con la riforma dell'art. 28 l. 184, frutto della l. 149, seguita dalle indispensabili correzioni testuali apportate dal d.lgs. 196/2003. La seconda tappa data dal 2012, con la sentenza della Corte europea dei diritti umani (in seguito CtEDU) *Godelli c. Italia*<sup>7</sup> seguita, com'era inevitabile, dalla sentenza della Corte costituzionale 278/2013, la quale ha ammesso la ricerca delle origini anche in caso di parto anonimo, pur con limiti stringenti<sup>8</sup>.

Il principio di segretezza totale del donatore di gameti, non a caso comunemente detto *anonimo*, è stato accolto per lungo tempo in quasi tutti i paesi di matrice culturale europea, ma è progressivamente entrato in crisi. Fattore decisivo di tale crisi è stato il raggiungimento dell'età adulta da parte delle prime persone procreate a questo modo, accompagnata dalla fioritura di siti internet di buona efficienza, specializzati nella ricerca dei donatori di gameti.

La l. 40 non dà alcuna regolazione specifica sulla segretezza, ma si limita a prevedere che non si possono costituire rapporti giuridici fra il donatore di gameti e il nato. Lo fa ponendosi dal punto di vista del primo: stabilisce infatti che il donatore «non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» (art. 9 c. 3° l. 40). Se deve dedurre, correlativamente, che anche il nato non può acquisire una relazione giuridica parentale con tali soggetti. Ma la norma nulla dice su altri eventuali diritti del nato, quale appunto quello di conoscere la propria origine genetica. Né mi risultano precedenti giudiziari, nel diritto italiano, che si siano pronunciati sul diritto di accedere alle informazioni che permettono di identificare il genitore genetico.

Il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191, di recezione della direttiva Direttiva 2004/23/CE (del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004) sul trattamento di tessuti e cellule umani, prevede all'art. 14 c. 3° che «nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia, l'identità del o dei riceventi non è rivelata al donatore

---

<sup>5</sup> Sia per l'adozione che per la PMA è appena il caso di ricordare che l'informazione sulle origini genetiche non può mai essere utilizzata come base per giungere a costituire il rapporto di filiazione, né per ottenere qualsivoglia utilità economica. Per l'adozione piena lo si ricava dall'insieme degli artt. 253 c.c. e 27 c. 1° l. 184; per la PMA di tipo eterologo è espressamente stabilito dall'art. 9 c. 3° l. 40/2004.

<sup>6</sup> Utilizzo la parola *donatore* perché è quella comunemente usata, benché non distingua tra la donazione vera e propria, cioè gratuita, la dazione a pagamento. Avverto che tutto quanto riguarda il donatore riguarda allo stesso modo anche la *donatrice*: per non appesantire l'esposizione citerò solo il *donatore*, visto che è il caso di gran lunga più frequente.

<sup>7</sup> La sentenza *Godelli* (ric. 33783/09) ribadisce i principi che la CtEDU stessa aveva affermato anni prima nella sentenza *Odièvre c. Francia* (2003, ric. 42326/98), ma dei quali non si era tenuto alcun conto in Italia, neppure da parte della Corte costituzionale (C. cost. 425/2005).

<sup>8</sup> Secondo la Corte costituzionale tali limiti avrebbero dovuto essere regolati da una legge, che però non ha mai visto la luce. Alla consueta, stolidità inerzia del patrio legislatore ha dovuto supplire, come in tanti altri casi, la Corte di cassazione: vd. in particolare le sentenze 1946/2017 (una sorta di *sentenza-regolamento*), sulle modalità da seguire nell'interpellare al madre, e 15024/2016 (capostipite), sull'accesso alle informazioni dopo la morte della madre.



o alla sua famiglia e viceversa». Stabilisce dunque in linea di principio l'anonimato, ma anche l'obbligo di rispettare un'eventuale regolazione diversa: la quale non è esplicitata in alcuna norma del nostro diritto interno.

**3.** – La legislazione francese riguardante l'accesso del figlio alle informazioni sulla persona che ha donato i gameti – maschio o femmina che sia – e sui suoi dati genetici nel 2021 è stata oggetto nel diritto interno di una riforma radicale. Per comprendere appieno la sentenza della CtEDU *Gauvin-Fournis e Silliau c. Francia*, cui è dedicato questo breve commento, è bene ricapitolare per sommi capi la normativa vigente in Francia prima e dopo la nuova legge.

Al momento in cui la controversia aveva avuto inizio a Strasburgo, il diritto francese vigente vietava la comunicazione di ogni informazione identificativa: consentiva la comunicazione di informazioni sanitarie solo se non identificative e se volte a fini terapeutici, ma non anche a fini preventivi; inoltre la consentiva unicamente al medico curante e non all'interessato stesso.

Successivamente la legge 2021-2017 del 2 agosto 2021, seguita dal decreto sulle procedure 2022-1187 del 25 agosto 2022, ha capovolto la regola: ha introdotto nel *Code de la santé publique* (in seguito *CSP*) un'articolata disciplina delle informazioni sull'identità del donatore di gameti e ne ha ammesso comunicabilità alla persona concepita con PMA eterologa; ha inoltre modificato alcuni articoli del *code civil* per adattarli alle nuove norme. Resta comunque immutato il totale impedimento di giungere alla costituzione di rapporti giuridici tra il figlio e il donatore (artt. 342-9 e 342-10 *code civil*).

Oggi le nuove regole vigenti in Francia sono in sintesi le seguenti.

L'art. L. 2143-2 *CSP* stabilisce che: (a) ogni persona maggiorenne concepita mediante PMA eterologa ha il diritto di conoscere sia l'identità sia i dati personali non identificativi del donatore dei gameti da cui proviene; (b) ogni potenziale donatore, al momento in cui si propone come tale, deve dare il suo espresso consenso alla futura comunicazione dei suddetti dati alla persona così procreata, altrimenti la sua donazione è rifiutata; (c) la morte del donatore non influisce su queste comunicazioni.

L'art. L. 2143-3 *CSP* elenca i dati che devono essere acquisiti dal medico che pratica la PMA, oltre all'identità del donatore: la sua età, la condizione generale, le caratteristiche fisiche, la situazione familiare e professionale, il luogo di nascita e le motivazioni della donazione.

L'art. L. 2143-4 *CSP* prevede che tali dati siano conservati da un organismo amministrativo pubblico, l'*Agence de la biomédecine*.

L'art. L. 2143-5 *CSP* stabilisce che la persona maggiorenne, per ottenere la comunicazione dei dati, deve rivolgersi alla *Commission d'Accès des Personnes nées d'une Assistance Médicale à la Procréation (AMP) aux Données des tiers Donneurs* (in sigla *CAPADD*), costituita presso il *Ministère de la santé*.

L'art. L. 2143-7 c. 6° *CSP* attribuisce alla Commissione il compito di contattare i donatori che hanno fatto la donazione sotto il diritto previgente, che garantiva loro l'anonimato, per chiedere il loro consenso alla comunicazione dei dati; non li obbliga però a darlo.

L'art. L. 1244-6 *CSP*, che autorizzava il medico ad accedere alle informazioni sanitarie per finalità solo terapeutiche, è stato riscritto in termini molto ampliati, per comprendervi anche le finalità preventive: oggi prevede che «un medico può accedere alle informazioni mediche non identificative, in caso di necessità medica, a beneficio di una persona concepita con gameti donati o a beneficio di un donatore di gameti».



4. – La sentenza della CtEDU *Gauvin-Fournis e Silliau c. Francia* (ric. riuniti nn. 21424/16 e 45728/17) segna una tappa importante nella vittoriosa marcia del principio di verità in questo campo<sup>9</sup>. Riguarda un caso di conoscenza della verità genetica maschile, ma non vi è alcuna ragione che impedisca di estendere i principi della sentenza anche alla conoscenza della verità genetica femminile, nonostante i problemi che si pongono quando questa non coincide con quella di gravidanza e parto<sup>10</sup>.

Nel caso deciso dalla Corte due persone concepite mediante PMA eterologa, una volta venutene a conoscenza (rispettivamente a 29 e 17 anni), hanno chiesto invano alle autorità giudiziarie francesi l'accesso ai dati del padre di ciascuno di essi per identificarlo, o almeno, in subordine, per ottenere personalmente informazioni di interesse sanitario, per fini non immediatamente terapeutici. Ricevuto il rifiuto hanno fatto ricorso alla CtEDU; nel caso della prima ricorrente risulta che il padre genetico era già morto.

Il fatto che durante il corso della vicenda davanti alla Corte la legislazione francese sia cambiata è stato determinante per la decisione: ha evitato la condanna della Francia, che altrimenti sarebbe stata certa e, va sottolineato, unanime.

La Corte premette un'ampia ricognizione delle legislazioni degli Stati del Consiglio d'Europa in materia (§ 67): ne risulta che, pur mancando un chiaro consenso fra loro, emerge una tendenza, che di recente è andata rafforzandosi, a togliere l'anonimato del donatore<sup>11</sup>.

Esponde poi con attenzione e dovizia di particolari la vicenda legislativa francese, che ha portato dal divieto totale, salvo che per le informazioni non identificative necessarie per esigenze terapeutiche (com'era previsto dalla l. 94-654 del 1994 sulla PMA), all'opposta, completa ammissione della comunicabilità delle informazioni (legge 2021-2017 del 2021). La discussione in tema svoltasi in Francia per oltre un ventennio, fra il 1998 e il 2021, è stata molto ampia e di alta qualità culturale. La Corte dichiara espressamente di apprezzare la serietà, profondità e accuratezza dei documenti elaborati dalle autorità pubbliche (§§ 118 e 123), dal CCNE (*Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*) al *Conseil d'État*, dal parlamento al governo<sup>12</sup>. Grazie all'ampiezza di questa discussione e alla qualità dei documenti che ha prodotto, la Corte esclude che la Francia possa essere condannata per aver impiegato *troppo tempo* per giungere alla nuova legge, che comunque le appare necessaria.

La Corte considera la questione sotto il profilo dell'adempimento di un'obbligazione *positiva* e si concentra sul rispetto della vita *privata*, tralasciando come inutile quello della vita familiare.

Tutta la sentenza è costruita ponendo alla base della decisione il principio secondo il quale la conoscenza

<sup>9</sup> Vd. un primo commento di S. PRADUROUX, *Is it Safe to Bury the Truth under the Family Tree? The ECtHR's Response in Gauvin-Fournis and Silliau v. France*, in *strasbourgobservers.com*, 12 dicembre 2023.

<sup>10</sup> Va tenuto presente che per la femmina la verità *biologica* è duplice: vi è la derivazione *genetica*, cioè dal suo ovocita, e vi sono la *gestazione* e il *parto*. In passato, per ovvi motivi tecnologici, le due verità biologiche femminili non potevano che coincidere; ma oggi non più. Invece per il maschio la verità *biologica* e quella *genetica* si identificano: entrambe indicano la derivazione dai suoi spermatozoi.

<sup>11</sup> Solo 26 paesi, su 47, hanno risposto: fra questi non prevedono l'anonimato Austria, Germania, Irlanda, Malta, Norvegia, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Svezia, Svizzera; invece lo prevedono Belgio, Rep. Ceca, Grecia, Lettonia, Montenegro, Macedonia del Nord, Polonia, Serbia, Slovenia, Ucraina.

Fra i paesi che hanno risposto non vi è l'Italia: forse le nostre autorità non sapevano che cosa rispondere, visto il silenzio della l. 40 e – a quanto mi consta – la mancanza di precedenti giudiziari; ma sarebbe stato civile rispondere, anche solo per dire che manca una regola specifica.

<sup>12</sup> Segnalo in particolare l'ampio *Étude d'impact* governativo su un progetto di legge che regoli tutti gli aspetti rilevanti della bioetica in [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2187\\_etude-impact#](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2187_etude-impact#). Sono esempi di come si dovrebbe procedere quando si mette mano a una riforma legislativa che incide su questioni etiche rilevanti e suscita discussioni e dissensi: avremmo molto da imparare, onde non ridurci alle solite battaglie ideologiche, astratte e superficiali, tra guelfi e ghibellini.



dei dati del donatore, identificativi e non, è una componente essenziale dell'identità della persona concepita con una PMA eterologa e come tale necessita di piena tutela. Gli Stati hanno un margine di discrezionalità significativo sulla determinazione delle modalità con le quali comunicare i dati, ma non sul principio che ne vuole la comunicabilità.

La Corte smentisce recisamente che l'eliminazione dell'anonimato del donatore rischi di pregiudicare la quantità delle donazioni e di rendere quindi più difficile il ricorso alla PMA eterologa, sulla valutazione *positiva* della quale non manifesta alcun dubbio. L'affermazione non è però corroborata dalla citazione di ricerche socio-statistiche in tema.

Di rilevante importanza mi sembrano due passi della sentenza, che toccano il medesimo tema. Nel primo si legge che «continuare a difendere l'anonimato a ogni costo è un'illusione nella situazione odierna e futura della genomica e dei *big data*» (§ 45). Nel secondo si legge che il mantenimento dell'anonimato del donatore ha anche un «*carattere obsoleto*», «alla luce dell'evoluzione delle tecnologie e soprattutto dello sviluppo dei test genetici detti *ricreativi*», cioè motivati da semplice curiosità (§ 122). La Corte constata così, con solido e condivisibile realismo, che i divieti in materia sono di scarsa efficacia: possono infatti essere aggirati con facilità, visti i molti siti internet specializzati nella ricerca dei donatori di gameti.

Una volta entrata in vigore la legge 2021-2017 del 2021, la Corte ritiene, conclusivamente, che la Francia abbia ben adempiuto la sua obbligazione positiva e lo abbia fatto in tempi accettabili. Tale giudizio – va sottolineato – è *unanime*: è infatti condiviso anche dai tre giudici che hanno firmato l'opinione dissenziente.

Ma vi è ancora una questione da risolvere: il caso era sorto quando in Francia era ancora vigente la normativa precedente, che stabiliva il totale anonimato, cui la nuova legge può essere applicata retroattivamente, pur con i limiti accennati sopra. L'attenzione va allora alla norma, sostanzialmente transitoria, dell'art. L. 2143-7 c. 6° *CSP*: ai donatori che hanno fatto la donazione sotto il diritto previgente, che garantiva loro l'anonimato, dev'essere chiesto il consenso a comunicare le informazioni; e resta ferma la loro facoltà di rifiutarlo.

La Corte, benché a stretta maggioranza (4 contro 3), ha giudicato che questa norma, per il solo fatto di prevedere una modalità per rimuovere il segreto, bilanci in modo equo i diritti contrapposti: quello dei donatori all'anonimato, che la legge garantiva loro, e quello dei figli all'informazione, che ora la legge garantisce loro. È su questo punto, e solo su questo, che il collegio giudicante si è diviso: la minoranza, invece, ha ritenuto che la scelta della maggioranza non garantisse a sufficienza il rispetto del diritto all'informazione dei figli nati con la PMA eterologa.

**5.** – La sentenza della CtEDU *Gauvin-Fournis e Silliau c. Francia*, com'è ovvio, non potrà non avere un'influenza decisiva anche sul diritto italiano: dobbiamo accoglierne i principi, altrimenti una futura condanna è certa.

È indubbio che il diritto del figlio sia un diritto fondamentale della persona, protetto come tale dai principi costituzionali e da quelli posti dalla giurisprudenza della CtEDU sul rispetto della vita privata (art. 8 CEDU). Come emerge chiaramente dalla sentenza, agli Stati non è riconosciuto alcun margine di apprezzamento sul principio che ammette la comunicabilità dell'informazione sull'identità del donatore, mentre è loro riconosciuto sulle modalità da seguire per fornire tale informazione e sugli eventuali limiti.

Il diritto all'anonimato del donatore di gameti, finora pacificamente garantito, non può dunque persistere.

Siccome però le modalità per comunicare l'informazione non hanno una regolazione specifica, si deve fa-



re riferimento alla disciplina generale sul trattamento di cellule umane e di tessuti, contenuta nella Direttiva 2004/23/CE e nel d.lgs. di attuazione 191/2007.

La Direttiva prevede all'art. 14 c. 3° che «gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per assicurare che l'identità del o dei riceventi non sia rivelata al donatore o alla sua famiglia e viceversa, fatta salva la legislazione in vigore negli Stati membri sulle condizioni di divulgazione, in particolare nel caso della donazione di gameti»<sup>13</sup>. Come si vede, il caso della donazione di gameti è espressamente indicato come un caso *particolare*, che fa eccezione alla regola generale: viene così implicitamente riconosciuto che il bilanciamento fra i diritti e gli interessi contrapposti si pone qui in modo diverso rispetto agli altri casi regolati dalla stessa normativa.

Il d.lgs. 191/2007 recepisce nell'art. 14 c. 3° la stessa regola dettata, seppure in un modo che più sciattamente generico non si può: «l'identità del o dei riceventi non è rivelata al donatore o alla sua famiglia e viceversa», ma ciò «*nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia*».

Resta quindi indeterminato quali siano le «disposizioni vigenti in materia».

Non fornisce indicazioni univoche neppure il Regolamento (UE) 2016/679 (del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), attuato dal d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, contenente la disciplina generale della riservatezza dei dati personali: per quanto qui interessa, consente la comunicazione dei dati quando è necessaria «per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali» (art. 9 c. 2° lett. f), o per «finalità di medicina preventiva» (art. 9 c. 2° lett. g). Riguardo a questi dati, «gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute (art. 9 c. 3°).

Le norme generali sulla riservatezza appena citate sono chiaramente indirizzate a tutelare una persona ben identificata contro la diffusione dei suoi *dati genetici* (e di altri dati un tempo detti sensibili); e non a tutelare una persona altrimenti ignota contro la diffusione di informazioni che permettano di *identificarla*.

A questo punto, in mancanza di «disposizioni vigenti in materia» di fonte legislativa, è inevitabile chiedersi se si possa ricorrere all'analogia con la disciplina del segreto adottivo e più precisamente con quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza 18 novembre 2013, n. 278, sull'accesso alle origini in caso di parto anonimo. La risposta a mio avviso è negativa.

Il primo fattore da considerare è che nella PMA eterologa i diritti e gli interessi contrapposti sono molto diversi rispetto al caso dell'adozione a seguito di un parto anonimo: più precisamente, sono parzialmente diversi per il figlio e totalmente diversi per il genitore-donatore, di modo che il loro bilanciamento mi sembra che non possa proprio portare al medesimo risultato.

Anzitutto si guardi dal punto di vista del figlio: in caso di PMA questi è solo alla ricerca della persona con i cui gameti è stato procreato e dei suoi dati genetici. Invece in caso di adozione è alla ricerca anche – e credo soprattutto – di altro: delle vicende che hanno portato la madre alla scelta tragica di non volerlo tenere con sé, di abbandonarlo, e quindi di non voler essere nominata nell'atto di nascita. La conoscenza di queste vicende costituisce anch'essa un aspetto fondamentale della personalità del figlio e credo comporti un coinvolgimento esistenziale molto più ampio e intenso che in caso di PMA, salvo forse il rischio dell'effetto sorpresa, di cui dirò tra poco.

---

<sup>13</sup> La norma attua quanto si legge nel *considerando* 29: «in linea di principio l'identità del o dei riceventi non dovrebbe essere rivelata al donatore o alla sua famiglia e viceversa, fatta salva la legislazione in vigore negli Stati membri sulle condizioni di comunicazione dell'identità, che potrebbe autorizzare in casi eccezionali, in particolare nel caso della donazione di gameti, la revoca dell'anonimato del donatore».



Poi si guardi alla questione dal punto di vista del genitore genetico. La donazione mi sembra poco più che un banale atto meccanico: il donatore di gameti, qualunque sia la motivazione che lo spinge, non partecipa alla nascita e alla vita dell'essere procreato con i suoi gameti, né intende farlo, non ha dunque alcun progetto genitoriale, sicché può avere alcun coinvolgimento esistenziale o anche solo emotivo degno di tutela<sup>14</sup>. È improbabile che questa informazione, cioè la possibilità di essere conosciuto da esseri umani nati dai suoi gameti, possa avere per la sua vita degli effetti destabilizzanti abbastanza significativi da meritare di esserne protetto.

In caso di adozione tutto è completamente diverso: la ricerca da parte del figlio può far riemergere per la madre la vicenda del parto, con la sua scelta dell'anonimato. È altamente probabile che l'abbia vissuta con intensità esistenziale molto forte, sicuramente con dolore, e che con le successive vicende della vita si sia allontanata da quell'esperienza e magari abbia pure cercato di dimenticarla. È indubbio che l'informazione possa avere per lei effetti pesantemente destabilizzanti sul piano esistenziale, sicché si può ben capire che spesso desideri evitarli<sup>15</sup>.

I diritti e gli interessi da bilanciare presentano dunque caratteristiche troppo diverse per consentire l'analogia: in particolare, mi sembra alquanto modesta l'esigenza di tutela della vita privata del genitore-donatore, rispetto a quella della madre che ha partorito nell'anonimato.

Vi è un altro elemento importante da considerare, che però non attiene alla condizione del donatore e quindi non rileva al fine qui in esame, la sua tutela: il possibile effetto del fattore *sorpresa* sulla condizione psicologica e sociale del figlio. In linea di principio la sorpresa non dovrebbe mai verificarsi per il figlio, anche se adottato da molto piccolo, poiché i genitori hanno il dovere di legge di dirgli che è un figlio adottivo. Al contrario, per il nato da PMA eterologa la sorpresa potrebbe ben verificarsi, e spesso si verifica, dato il probabile desiderio di riservatezza dei genitori su una questione privata così intima e delicata: la legge non ordina infatti ai genitori di informarlo delle modalità del concepimento, sicché potrebbe venire a scoprirlo solo nell'età adulta o adolescenziale, com'è accaduto ai due ricorrenti, e magari pure per caso.

Il secondo fattore da considerare riguarda la procedura giudiziaria: l'autorizzazione del tribunale per i minorenni e il limite dei 25 anni, richiesti dall'art. 28 l. 184, possono avere una qualche razionalità in caso di adozione, mentre in caso di PMA eterologa sono evidentemente privi di qualunque senso, in particolare l'autorizzazione del tribunale.

Visto mi sembra da escludere il ricorso all'analogia con l'art. 28 l. 184, la lacuna va colmata facendo riferimento ai principi generali, che non possono che essere quelli affermati dalla CtEDU: l'anonimato non è ammesso, poiché la conoscenza della propria origine genetica è una componente essenziale dell'identità personale, garantita dall'art. 8 c. 1° CEDU come *vita privata*.

Questa soluzione è consentita dall'art. 14 c. 3° del d.lgs. 191/2007, visto che prevede in linea di principio l'anonimato, ma «nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia». Ed è consentita ancor più chiaramente dalla direttiva cui dà attuazione, laddove suppone espressamente che per il donatore di gameti che siano previste regole diverse da quelle per il donatore di cellule di altro tipo e di tessuti.

Grazie a questa norma, credo che il giudice possa senz'altro applicare direttamente il principio stabilito dalla CtEDU, senza necessità di un passaggio davanti alla Corte costituzionale.

Tuttavia non è una soluzione pienamente tranquillizzante: quanto meno in prospettiva futura sarebbe necessario garantire che i donatori siano informati che non hanno il diritto di mantenere segreta la propria identità.

---

<sup>14</sup> L'eventuale desiderio di propagare nella massima misura possibile i propri geni – una sorta di delirio di onnipotenza – non mi sembra degno di alcuna tutela.

<sup>15</sup> Non è un caso se finora le risposte delle madri all'interpello risultano essere state in gran maggioranza negative.



## JUS CIVILE

Una simile garanzia necessiterebbe però di una disposizione di legge: ed è improbabile che il legislatore se ne occupi, quanto meno in tempi brevi. Visto che l'anonimato non è espressamente previsto dalla l. 40, sarebbe forse sufficiente che se ne occupasse il Ministero della salute, introducendo una modifica in tal senso nel regolamento che contiene le linee guida per la PMA.

Tuttavia, data l'alta probabilità che resti inerte anche il ministero, si potrebbe ipotizzare un rimedio parziale, ma almeno rapidamente percorribile: introdurre nel codice di deontologia medica una norma che imponga al medico di informare ogni futuro potenziale donatore del fatto che l'anonimato non è garantito e che le persone concepite con i suoi gameti, divenute maggiorenni, avranno il diritto di identificarlo. Tale informazione dovrebbe essere recepita in un documento scritto, firmato dal donatore.



LARA MODICA

Professoressa ordinaria di Diritto civile – Università degli Studi di Palermo

## PRESTITO TRA PRIVATI SU PIATTAFORMA\*

SOMMARIO: 1. Il prestito tra privati su piattaforma e la sua dimensione problematica. – 2. I caratteri dell'operazione. – 3. La struttura dell'operazione. – 4. P2p lending e attività riservate. – 5. Il p2p lending in uno spazio non regolato.

1. – Nonostante il prestito tra privati su piattaforma sia un fenomeno recente e dalle proporzioni tutto sommato contenute sia per gli importi erogati sia per le dimensioni del relativo mercato<sup>1</sup> (forse anche per questo poco indagato dalla dottrina e non ancora giunto al vaglio del giudice ordinario<sup>2</sup>), la sua marginalità non lo rende meno insidioso dal punto di vista dei rischi generati né meno interessante nella prospettiva dell'indagine civilistica<sup>3</sup>.

Per un verso, e in generale, deve ritenersi tramontata l'idea che scambi di piccolo importo possano dirsi per ciò solo neutri dal punto di vista della portata dell'indebitamento e dei pregiudizi ai consumatori. Non a caso, la appena varata Direttiva 2023/2225/UE (CCD II) relativa ai contratti di credito ai consumatori<sup>4</sup>, con il dichiarato scopo di garantire un livello elevato di protezione dei debitori, maggiore trasparenza e maggiore fiducia<sup>5</sup>, amplia il suo ambito applicativo ricomprendendovi anche contratti di credito per un importo totale inferiore a 200 euro nonché le operazioni di “buy now pay later”, nuovi strumenti di finanziamento digitali che consentono ai consumatori di effettuare acquisti e di saldarli col tempo senza interessi e senza e

---

\* Contributo destinato agli Studi in onore di Rosalba Alessi.

<sup>1</sup> Fenomeno comunque in crescita in Italia: alla data del 30 giugno 2021 risultavano operative sul mercato italiano 28 piattaforme di lending, 6 delle quali dedicate esclusivamente al Peer to consumer lending: cfr. il 6° report italiano sul *crowdinvesting*, a cura del Politecnico di Milano, del luglio 2021, reperibile su <https://www.osservatoriefi.it/efi/wp-content/uploads/2021/08/reportcrowd2021-1.pdf>.

<sup>2</sup> Nell'ampio e variegato mondo del *crowdfunding*, il segmento *lending* è per molti versi ancora in cerca di identità: cfr. *Consumer Risks in Fintech New Manifestations of Consumer Risks and Emerging Regulatory Approaches*, Policy research paper, World Bank, aprile, 2021. Cfr. pure D.M. AHERN, *Regulatory Arbitrage in a FinTech World: Devising an Optimal EU Regulatory Response to Crowdlending*, European Banking Institute Working Paper, 2018, n. 24 (<https://ssrn.com/abstract=3163728>).

<sup>3</sup> Sia consentito rinviare a L. MODICA, *Peer to Consumer Lending*, in ODCC, 2022, 81 ss.

<sup>4</sup> Direttiva (UE) 2023/2225 del parlamento europeo e del consiglio del 18 ottobre 2023 relativa ai contratti di credito ai consumatori, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea il 30 ottobre 2023 e che abroga la direttiva 2008/48/CE.

<sup>5</sup> Cfr. il considerando 15, seppure con una significativa riduzione degli obblighi generalmente imposti agli intermediari in tema di annunci pubblicitari, informazioni precontrattuali e informazioni contrattuali, al fine di evitare oneri inutili per i creditori, tenendo conto delle specificità del mercato e delle particolari caratteristiche di tali contratti di credito. Con riferimento ai contratti di credito per un importo totale del credito inferiore a 200 euro, l'art. 2, § 8, della Direttiva consente agli Stati membri di non applicare l'articolo 8, paragrafo 3, lettere d), e) ed f), l'articolo 10, paragrafo 5, l'articolo 11, paragrafo 4, l'articolo 21, paragrafo 3.



spese<sup>6</sup>, cui già Banca di Italia aveva riservato attenzione, avvertendo che proprio il basso importo dei beni acquistati, in uno con la facilità di accesso al servizio, potrebbe incoraggiare scelte non del tutto consapevoli esponendo gli utenti al rischio di sovraindebitamento<sup>7</sup>. La digitalizzazione ha invece contribuito a modificare significativamente il mercato, sia sul versante dell'offerta che su quello della domanda, con la comparsa di nuovi prodotti e l'evoluzione del comportamento e delle preferenze del consumatore, sicché sono adesso le modalità di accesso al credito, sempre meno costose e (all'apparenza) meno intermedie a fare da moltiplicatore dei rischi.

Per altro verso, il prestito tra privati su piattaforma (d'ora in poi anche *peer to peer lending* o *p2p*<sup>8</sup>) rappresenta un angolo di osservazione particolarmente efficace di una serie di questioni che poi si coagulano tutte attorno al grande problema del se, ed eventualmente come e quanto, l'impiego di un algoritmo nel confezionamento del prodotto e nella determinazione delle prestazioni interferiscano con la dialettica debito credito che fisiologicamente si instaura a valle di un contratto di credito.

2. – Per articolare brevemente questo discorso, è indispensabile descrivere anche solo per punti la dinamica concreta dell'operazione, che, nei suoi tratti essenziali, è una forma di finanziamento alternativa a quelle tradizionali connotata da due elementi: su entrambi i lati del mercato operano soggetti privati (è un privato colui che presta, che, in *surplus*, impiega denaro in vista di un rendimento; è un privato colui che prende, che in *deficit*, reperisce fondi in cambio di una remunerazione); si tratta di prestito tra privati che nasce, vive e muore tutto su una piattaforma digitale (*lending marketplace*) la quale agisce in qualità di mandataria con rappresentanza di entrambe le parti in virtù di un contratto quadro che la stessa predispone.

Sebbene nulla escluda in astratto che la piattaforma si limiti ad assumere un ruolo defilato, di mera facilitazione dell'incontro fra domanda e offerta di credito, l'esperienza concreta e l'esame della prassi rivelano che un simile schema è pressoché assente nella realtà, almeno in quella italiana<sup>9</sup>. I modelli di *business* generalmente adottati assegnano infatti alla piattaforma un ruolo egemone durante tutto l'arco della vita del credito, affidandole una complessa e articolata serie di attività che, complessivamente considerate, inducono a ritenere che il *peer to peer lending*, lungi dal mettere capo a una forma di credito disintermediato, come di

---

<sup>6</sup> V. anche il 16° Considerando della direttiva: «I sistemi “Compra ora, paga dopo” in virtù dei quali il creditore accorda un credito al consumatore al fine esclusivo di acquistare merci o servizi da un fornitore o prestatore, che sono nuovi strumenti di finanziamento digitali che consentono ai consumatori di effettuare acquisti e di saldarli col tempo, sono spesso senza interessi e senza altre spese e dovrebbero pertanto essere inclusi nell'ambito di applicazione della presente direttiva».

<sup>7</sup> Comunicazione della Banca d'Italia in materia di Buy Now Pay Later (BNPL) del 28 ottobre 2022.

<sup>8</sup> Dà conto della varietà terminologica che connota tanto la prassi quanto la letteratura, economica e giuridica, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Lending marketplace e piattaforme digitali. Questioni di fondo*, in A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. BORELLO, R. FERRETTI, F. LENOCI, E. MACCHIAVELLO, F. MATTASSOGLIO, F. PANISI, *Marketplace lending. Verso nuove forme di intermediazione finanziaria?*, Consob, Quaderno FinTech, n. 5, luglio 2019, 11, privilegiando infine, fra le molte denominazioni in uso (*social lending*, *peer-to-peer lending*, *directlending*, *crowd-lending*, *loanbased crowdfunding*, *lending-based crowdfunding*, *debt-based crowdfunding*, *FinTech credit*) quella di *Marketplace lending*, siccome prescindente da qualsiasi connotazione soggettiva di *borrower* e *lender* e dunque meglio in grado di fotografare la variabilità dei modelli di *business*.

<sup>9</sup> Per i diversi modelli di *business* cfr. la tripartizione operata da E. KIRBY e S. WORNER, *Crowd-funding: An Infant Industry Growing Fast*, OICV-IOSCO Staff Working Paper, 2014, 3, <https://www.iosco.org/research/pdf/swp/Crowd-funding-An-Infant-Industry-Growing-Fast>. pdf. Cfr. anche EBA, *Opinion of the European Banking Authority on lending-based crowdfunding*, EBA/Op/2015/03, 26 febbraio 2015; FSB e CGFS, *FinTech credit Market structure, business models and financial stability implications*, 22 maggio 2017, p. 11 ss., reperibile su [https://www.bis.org/publ/cgfs\\_fsbl.htm](https://www.bis.org/publ/cgfs_fsbl.htm).



primo acchito sembrerebbe, dia luogo piuttosto a un nuovo modello di intermediazione, non meno pervasivo, e forse di più, rispetto a quelli tradizionali.

La piattaforma, dopo aver verificato la sussistenza dei criteri di partecipazione in capo agli utenti e consentito l'accesso con pseudonimo ad un'area riservata che abilita all'operatività, compie la valutazione preliminare del merito creditizio dei richiedenti e su tale base li classifica pubblicandone la richiesta. Appena la richiesta di finanziamento diviene visibile, la platea di potenziali finanziatori iscritti può decidere se aderirvi, sulla scorta delle condizioni determinate dalla piattaforma (rischio di credito, durata, tasso di interesse, ammontare, eventuali garanzie) oppure, più frequentemente, l'abbinamento è determinato da un algoritmo proprietario che ripartisce i fondi messi a disposizione dal singolo finanziatore fra più richiedenti appartenenti alla medesima classe di credito a partire dalle preferenze espresse in termini di rischio e rendimento atteso, secondo il meccanismo del cosiddetto *autobid*. Ciascun prestito è dunque finanziato da quote di limitato importo offerte da differenti prestatori. La suddivisione dell'importo investito tra una molteplicità di prenditori è volta a mitigare il rischio; allo stesso fine è in genere fissato un importo massimo finanziabile da ogni *lender* per ogni operazione. Una volta avvenuto l'abbinamento tra le offerte e la richiesta, è eseguito l'ordine di trasferimento delle somme dal conto di pagamento dei prestatori al conto di pagamento del richiedente: tutte le movimentazioni di denaro si appoggiano a un conto di pagamento nominativo attivato e gestito dalla piattaforma.

Il rischio di credito rimane in capo al finanziatore, il quale, nell'eventualità di mancata restituzione o anche semplice ritardo nel pagamento delle rate, non ha azione nei confronti del *lending marketplace*. Anche l'azione diretta nei confronti del debitore è però di fatto inibita dal momento che, giovandosi di clausole di espressa rinuncia ad azioni individuali, la piattaforma prende in carico tutta la eventuale fase patologica del rapporto, fino al recupero del credito.

Sempre più spesso, inoltre, è consentita ai creditori/investitori la possibilità di avvalersi della automatica riallocazione delle somme che affluiscono sul proprio conto allo scadere delle rate nonché di liquidare anticipatamente l'investimento originario cedendo il credito ad altri utenti, dando per questa via vita ad un mercato secondario di prodotti finanziari organizzato pur sempre dalla piattaforma<sup>10</sup>.

Si tratta dunque di una complessa e articolata attività svolta rendendo una serie di servizi abitualmente erogati da soggetti differenti – ciascuno destinatario di discipline ispirate a principi di specializzazione settoriale<sup>11</sup> – e anche per questo a fatica collocabile *de plano* entro un unico plesso normativo<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Sulla eventuale applicazione, in questa ipotesi, della disciplina recata dalla direttiva 2014/65/UE (MiFID II) cfr. G. Ferrarini, *Regulating FinTech: crowdfunding and beyond*, *European Economy*, 2017, p. 2 ss. Per una descrizione delle variegate modalità operative delle piattaforme di *peer to peer lending* cfr. E. BANI, *Le piattaforme di Peer to peer lending: la nuova frontiera dell'intermediazione creditizia*, in *Fintech*, a cura di M.T. PARACAMPO, Torino, 2019, p. 168 ss.; J. PAOLONI, *Peer to peer lending e innovazione finanziaria*, in *Fintech: diritti, concorrenza, regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*, a cura di G. FINOCCHIARO e V. FALCE, Bologna, 2019, p. 410 ss.

<sup>11</sup> A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Conclusioni*, in *Marketplace lending. Verso nuove forme di intermediazione finanziaria?*, cit., p. 245.

<sup>12</sup> È ricorrente allora l'ascrizione del *p2p lending* alle dinamiche della *sharing economy*, dalla quale mutuerebbe uno dei tratti caratteristici, quella frammentazione della catena del valore per cui servizi tradizionalmente offerti al consumatore da un solo soggetto professionale si disarticolano in più segmenti forniti da soggetti diversi, non tutti necessariamente professionali: cfr. R. FERRETTI, *Oltre le riserve di attività. Altre discipline potenzialmente applicabili alle piattaforme*, in *Marketplace lending. Verso nuove forme di intermediazione finanziaria?*, cit., p. 185; U. MINNECI, *L'informazione ai fruitori di servizi*, in *Diritto del Fintech*, a cura di M. CIAN e C. SANDEI, Padova, 2020, p. 87. Quella appena descritta non è naturalmente l'unica dinamica possibile, ben potendosi delineare in astratto assetti nei quali la piattaforma si limiti a intermediare offerta e domanda di credito favorendo l'instaurarsi di una relazione diretta tra utenti, mettendo loro a disposizione un luogo di incontro virtuale per la conduzione di trattative personalizzate e la conclu-



3. – La dottrina che si è occupata del tema e l'abf, che in materia ha reso qualche pronuncia, forniscono una descrizione dell'operazione in termini di struttura contrattuale a doppio livello articolata in un contratto quadro che prenditore e prestatore, ognuno per sé, stipulano con la piattaforma secondo le cadenze proprie della contrattazione per adesione e a valle un contratto di mutuo tra pari<sup>13</sup>. Un inedito triangolo contrattuale<sup>14</sup> dunque, che avrebbe come obliqui i due contratti quadro che ciascun utente conclude con la piattaforma e per base il rapporto negoziale intercorrente fra utenti<sup>15</sup>.

È questa («i singoli prestiti danno vita a contratti di prestito tra prestatore e richiedente»<sup>16</sup>) la fisionomia dell'operazione restituita dalla lettura dei testi contrattuali redatti dai maggiori operatori del settore facilmente reperibili *online*<sup>17</sup>, che programmaticamente enunciano l'estraneità della piattaforma rispetto alla vicenda

---

sione di un contratto di finanziamento autenticamente tra pari. In questi casi si può convenire con l'idea che il *peer to peer* metta capo ad una piena disintermediazione che non interseca il problema della compatibilità con le riserve di attività bancaria. Le discipline nazionali adottate da alcuni degli Stati membri sembrano assumere ad oggetto lo schema di libera negoziazione, pressoché assente invece sul mercato italiano. Limitando i riferimenti alle esperienze nelle quali le regole sono esplicitamente estese ai consumatori, può richiamarsi l'esempio dell'ordinamento francese, ove un intero capitolo del *Code monétaire et financier*, nell'ambito della disciplina degli «altri prestatori di servizi», è riservato agli *intermédiaires en financement participatif*, il cui *proprium* sta nel «mettre en relation, au moyen d'un site internet, les porteurs d'un projet déterminé et les personnes finançant ce projet» e nel quale comunque l'operazione è necessariamente connessa a finanziamenti di progetti educativi (Art. L548-1, modificato dalla ordonnance n. 2021-1735 del 22 dicembre 2021). Nel Regno Unito il *Financial Services and Markets Act* qualifica come «a specified kind of activity» la facilitazione dell'incontro tra prestatori e mutuatari attraverso un sistema elettronico, che, fra l'altro, «taking steps to procure the payment of a debt» e «exercising or enforcing rights» sulla base di un preciso mandato (Sezione 36H). Alle *Plataformas de financiación participativa* anche la Spagna ha destinato una disciplina piuttosto analitica con la Ley 5 del 27 aprile 2015 *de fomento de la financiación empresarial* (cfr. in particolare l'art. 51).

<sup>13</sup> Nel senso che «tra prestatori e soggetti finanziati si conclude un contratto, riconducibile al mutuo di cui all'art. 1813 ss. c.c.», Abf Milano, dec. n. 22804 del 15 dicembre 2020. Il riferimento al contratto di mutuo ricorre anche in G. BALP, *P2P lending e Invoice trading*, in *Diritto del Fintech*, cit., p. 304; E. CAPOBIANCO, *Il «peer to peer lending»*, in *FinTech*, a cura di F. FIMMANÒ e G. FALCONE, Napoli, 2019, p. 236 ss.; E.M. MASTROPAOLO, *Il social lending: aspetti di diritto sostanziale e di regolamentazione dell'attività*, ivi, p. 279 (che parla di mutuo di scopo); E. MACCHIAVELLO, *Una nuova frontiera del settore finanziario solidale: Microfinanza e Peer-to-peer lending*, in *Banca Impresa, società*, 2013, p. 314; F. FIORDIPONTI, *Peer to peer lending*, in *Fchub* – 11/06/2017, p. 3; F. LENOCI, *Il marketplace lending in Italia: volumi e caratteristiche strutturali delle piattaforme*, in *Marketplace lending*, cit., p. 117. Di «rapporto di credito-debito» cui è collegato un servizio di intermediazione discorre F. MORELLO, *The failure of assimilation. Peer-to-peer consumer credit and European private law*, in *A contract law for the age of digital platforms?*, a cura di E. BARGELLI e V. CALDERAI, Pisa, 2021, p. 69.

<sup>14</sup> L'immagine è di C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA e F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, p. 7, ove pure un interessante accostamento tra ruolo della piattaforma e ruolo dell'organizzatore in seno alla disciplina europea dei pacchetti turistici, entro la quale l'organizzatore – diverso dal venditore – che combina pacchetti turistici e li offre in vendita risponde dell'esecuzione dei servizi turistici indipendentemente dal fatto che tali servizi debbano essere prestati dall'organizzatore o da altri (cfr. art. 42, comma 1, cod. tur.).

<sup>15</sup> Cfr. in argomento le riflessioni di C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civile*, 2021, 4, p. 893 ss. Un articolato panorama delle forme che può assumere il rapporto fra piattaforma e utenti a seconda che il «servizio sottostante» sia offerto dalla prima o dai secondi è in A. QUARTA e G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, p. 105 ss. Per le sempre più frequenti incursioni dello schema p2p nelle aree del mercato assicurativo e del settore dei servizi finanziari cfr. F. MORELLO, *Transparency at any cost? Consumer protection in peer-to-peer finance*, di prossima pubblicazione su *European Journal of Privacy Law and Technologies* e letto in anteprima per la cortesia dell'A.; M.L. REGO e J.C. CARVALHO, *Insurance in Today's Sharing Economy: New Challenges Ahead or a Return to the Origins of Insurance?*, in *InsurTech: A Legal and Regulatory View*, a cura di P. MARANO e K. NOUSSIA, Springer, 2020, p. 27 ss. V. anche E. PIRAS, *L'assicurazione «peer to peer»*, in *Giustiziacivile.com*, 2019, 4, p. 10 ss.; G. ROSSI, *La nuova frontiera dell'economia condivisa: l'esempio del contratto assicurativo basato sul modello «Peer to Peer»*, in *Contratto e impresa*, 2018, 4, p. 1251 ss.

<sup>16</sup> Contratto Smartika richiedente, premessa (ma si tratta di affermazione comune a tutti gli operatori del settore).

<sup>17</sup> La ricostruzione dell'operazione è effettuata sulla base delle condizioni generali di contratto rese disponibili online da alcuni dei maggiori fornitori di servizi di crowdfunding ai consumatori nel mercato italiano: *Smartika, Prestiamoci, Soisy, MotusQuo*.



debito credito insistendo sulla piena e assoluta titolarità dell'utente delle somme giacenti sui conti di pagamento, patrimonio distinto a ogni effetto da quello della piattaforma; soprattutto, ribadendo che la piattaforma «non esercita l'attività di raccolta di risparmio tra il pubblico – che è riservata alle banche – e pertanto non ha un obbligo di rimborso delle somme ricevute dagli utenti»<sup>18</sup>. Argomenti funzionali alla professione di terzietà della piattaforma rispetto ai rapporti tra prestatore e richiedente, che ha una prima conseguenza di immediata percezione: il rapporto di mutuo sfugge al perimetro applicativo di qualsivoglia disciplina di protezione per difetto dei presupposti soggettivi, dal momento che il finanziatore è creditore non professionista e la piattaforma è professionista non creditore; con la ulteriore conseguenza che, se dal lato passivo c'è un consumatore, di certo non potrà giovarsi delle cautele che generalmente gli sono dedicate dalla disciplina del credito ai consumatori.

È però, più in generale, l'idea che ci si trovi davvero davanti a un contratto di mutuo e, ancor prima, di un contratto *tout court*, a suscitare perplessità perché si scontra con alcune eccentricità difficilmente riducibili<sup>19</sup>.

Anzitutto, il rapporto tra privati è caratterizzato da una parità davvero *sui generis*, tutta nel segno dello pseudonimato: le «parti» si muovono sulla piattaforma con un *nickname* e la loro identità è nota solo al gestore (che si impegna a non fornirla agli altri utenti), sicché nessun creditore sa chi sia il suo debitore e viceversa.

È in secondo luogo un rapporto interamente eteroregolato ed eterogestito siccome retto da (almeno<sup>20</sup>) due contratti quadro *standard*<sup>21</sup> a predisposizione aliena<sup>22</sup> sui quali la volontà delle parti non ha nessun margine di incidenza<sup>23</sup>.

Pseudonimato, standardizzazione e unilaterale predisposizione verrebbero dunque a caratterizzare una relazione che si sottrae al rassicurante perimetro del mutuo codicistico – mettendo fuori gioco perfino l'idea che prestatore e finanziato siano legati da un contratto – anche da altro profilo. Con la conclusione del contratto quadro il prestatore e il richiedente si assicurano, ciascuno per sé, la cooperazione della piattaforma per l'esecuzione di future operazioni (di finanziamento per il richiedente, di in vestimento per il prestatore). I

<sup>18</sup> Contratto Smartika richiedente, art. 9, punto 3; analogamente, contratto prestatore Prestiamoci, art. 1, punto 1.3.

<sup>19</sup> L. MODICA, *op. cit.*, p. 85 ss.

<sup>20</sup> Poiché in genere l'importo prestatato è la somma di più quote rese disponibili da più finanziatori, ciascuno dei quali ha concluso con la piattaforma un proprio contratto quadro, in realtà ogni operazione di prestito si perfeziona a valle di una molteplicità di contratti bilaterali.

<sup>21</sup> Carattere, questo, che non viene certo meno per la possibilità attribuita al finanziatore di scegliere il tasso di interesse nell'ambito di un *range* prefissato o la durata, fra due o tre opzioni consentite. Cfr. sul punto la Comunicazione Consob n. DEM/10101143 del 10-12-2010. V. anche P. PALKA, *Terms of service are not contract. Beyond contract law in the regulation of online platforms*, in *European contract law in the digital age*, a cura di S. GRUNDMANN, H. COLLINS, F. GÓMEZ, J. RUTGERS, P. SIRENA, Cambridge, 2018, p. 135 ss.

<sup>22</sup> Il contratto quadro, infatti, è unilateralmente predisposto (non, come abitualmente accade, ad opera della parte forte di un rapporto asimmetrico bensì) da un terzo che a quel rapporto sarebbe (e si proclama) estraneo; con conseguente problematica sporgenza dallo schema bipolare su cui poggia l'attuale quadro normativo dell'UE e le discipline che ne sono attuazione, la cui effettiva applicazione ai nuovi modelli aziendali-economici risulta «tutt'altro che piena e completa e spesso [...] anche difficile da accertare» (così il Parere del Comitato europeo delle regioni, *Un quadro europeo per le risposte normative all'economia collaborativa* (2020/C 79/08).

<sup>23</sup> Per la notazione secondo cui le piattaforme sembrano assumere le sembianze di nuovi intermediari più che di contesti di piena ed effettiva disintermediazione, cfr. E. MACCHIAVELLO e A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Marketplace Lending as a New Means of Raising Capital in the Internal Market: True Disintermediation or Reintermediation?*, <https://ssrn.com/abstract=3903292>, p. 5 ss.; G.P. LA SALA, *op. cit.*, p. 16. Rileva, rispetto ai testi contrattuali in uso, lo «stridente contrasto tra la dizione che vuole i contratti conclusi discrezionalmente ed in autonomia tra i clienti e quella secondo cui la selezione dei contraenti avviene automaticamente ad opera della piattaforma, A. LAUDONIO, *Le altre facce del crowdfunding*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2017, p. 319, nt. 103.



singoli «ordini» da un lato, i trasferimenti dei fondi da e verso il conto di pagamento del richiedente dall'altro, sono atti specificativi di quel generale dovere di cooperazione che sorge in capo alla piattaforma sia nei confronti dei prestatori sia nei confronti dei richiedenti in virtù del mandato conferito a monte. Il creditore non consegna né promette al debitore una somma di denaro; piuttosto, versa alla piattaforma e ottiene la restituzione dalla piattaforma. Il debitore non restituisce al suo creditore; piuttosto, consente che l'importo corrispondente alla rata in scadenza sia trasferito, ad opera della piattaforma, dal proprio conto di pagamento a quello dei prestatori. In nessuna delle fasi dell'operazione si instaura una autentica relazione tra gli utenti, il cui unico interlocutore è e rimane la piattaforma.

Infine, e soprattutto, la suddivisione di ogni finanziamento «in un numero predeterminato di parti, omogenee, standardizzate e rappresentative dei medesimi diritti ... che hanno identiche caratteristiche oggettive»<sup>24</sup>, imprime alla struttura dell'operazione una curvatura tale per cui a circolare (dentro la piattaforma) siano in realtà frazioni dell'unitaria operazione di credito «fungibilmente abbinate ad altrettanto parcellizzate offerte di prestito»<sup>25</sup>. La combinazione algoritmicamente determinata tra prenditori anonimi di «quote» derivanti dall'automatico frazionamento di somme rese disponibili da finanziatori altrettanto anonimi, in esecuzione di contratti quadro *standard* predisposti da un terzo che agisce quale mandatario di tutti soggetti coinvolti, non consente di rintracciare, neanche alla lontana, i tratti di un accordo fra chi prende a prestito il denaro e chi lo presta (per investirlo).

Nessun triangolo, dunque, e semmai un fascio di rapporti bilaterali sempre intercorrenti fra utente – creditore o debitore che sia – e piattaforma.

4. – Riguardata l'operazione dal punto di vista squisitamente economico, la piattaforma svolge un'attività che non è molto diversa dalla «raccolta del risparmio» e di «esercizio del credito», espressioni «volutamente e giustamente atecniche» che evocano la sequenza «denaro (acquisizione o concessione della disponibilità di) – tempo – denaro (restituzione del), così essendo il danaro, la moneta, l'inizio e il termine dell'operazione»<sup>26</sup>. Assumendo una prospettiva di analisi funzionale, anche la distinzione tra le fattispecie implicanti attività di acquisizione di fondi con obbligo di rimborso e quelle in cui detto obbligo è escluso risulta più sfuggente e di sicuro va condotta tenendo in secondo piano la configurazione giuridica che l'operazione assume siccome ideata, confezionata e offerta dalla piattaforma, dovendosi invece privilegiare la complessiva struttura finanziaria concretamente posta in essere, al di là di ogni (autoreferenziale) qualificazione formale<sup>27</sup>.

Se, nella prospettiva di analisi indicata, certo spinta ma forse plausibile, le piattaforme erogano il credito e raccolgono il risparmio senza essere banche, rischiano di muoversi ai confini delle tradizionali riserve stabilite dalla legge e probabilmente oltre i margini della legalità<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> P. LA SALA, *Intermediazione, disintermediazione, nuova intermediazione: i problemi regolatori*, in *Diritto del Fintech*, cura di M. CIAN e C. SANDEI, Padova, 2020, pp. 19-20.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>26</sup> P. FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, *Parte generale*, Torino, 2012, p. 102.

<sup>27</sup> V. in proposito Tar Lazio 12 dicembre 2009, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2010, 2, p. 45 ss., con nota di S. MEZZACAPO, *I prestiti «peer-to-peer» tra privati. La raccolta del risparmio e la prestazione dei servizi di pagamento alla luce della direttiva 2007/64/ce*, relativa alla vicenda che ha interessato la cancellazione della società Zopa dall'elenco generale degli intermediari finanziari di cui all'art. 106 TUB per violazione della riserva di raccolta di risparmio.

<sup>28</sup> «Ai margini» secondo P. LA SALA, *op. cit.*, p. 20. V. anche quanto detto *supra*, nota 13.



Il pericolo di una sistematica violazione della riserva di raccolta del risparmio presso il pubblico ha mosso Banca d'Italia a fornire alcune precisazioni in tema di raccolta non bancaria del risparmio<sup>29</sup>, volte a chiarire che l'operatività dei gestori dei portali *online* che prestano o raccolgono fondi è consentita purché si svolga nel rispetto delle norme che regolano le attività riservate dalla legge a particolari categorie di soggetti (attività bancaria, raccolta del risparmio presso il pubblico, concessione di credito nei confronti del pubblico, mediazione creditizia, prestazione dei servizi di pagamento)<sup>30</sup>.

Ribadito in linea di principio il generale divieto di raccolta del risparmio tra il pubblico, Banca d'Italia consente tuttavia alcune deroghe all'art. 11 TUB, precisando, quanto ai gestori, che non costituisce raccolta di risparmio tra il pubblico la ricezione di fondi da inserire in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione dei servizi di pagamento dai gestori medesimi, se autorizzati a operare come istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica o intermediari finanziari di cui all'art. 106 TUB autorizzati a prestare servizi di pagamento ai sensi dell'art. 114-novies, comma 4, TUB. Quanto ai prenditori, non costituisce raccolta di risparmio tra il pubblico l'acquisizione di fondi effettuata sulla base di trattative personalizzate con i singoli finanziatori, che ricorrono «allorché i prenditori e i finanziatori sono in grado di incidere con la propria volontà sulla determinazione delle clausole del contratto tra loro stipulato e il gestore del portale si limita a svolgere un'attività di supporto allo svolgimento delle trattative precedenti alla formazione del contratto». Per non incorrere nell'esercizio abusivo della raccolta del risparmio, i prenditori dovranno avvalersi esclusivamente di piattaforme che assicurino il carattere personalizzato delle trattative e siano in grado di dimostrare il rispetto di tale condizione anche attraverso un'adeguata informativa pubblica. Condizione, questa, che si considera rispettata ove il gestore predisponga un regolamento contrattuale standard che costituisca «solo una base di partenza delle trattative, che devono essere in ogni caso svolte autonomamente dai contraenti, eventualmente avvalendosi di strumenti informatici forniti dal gestore»<sup>31</sup>.

Nessuna delle indicazioni adesso richiamate intercetta la reale operatività del fenomeno. Si è già segnalato, e non occorre indugiare oltre, come il grado di incidenza della volontà di prenditori e finanziatori sulla configurazione del prodotto sia prossimo allo zero e quanto penetrante, se non del tutto decisiva, l'intermediazione della piattaforma. Niente di più lontano, insomma, da quella «attività di supporto allo svolgimento delle trattative precedenti alla formazione del contratto» che sola eviterebbero la violazione della riserva.

Con riguardo al velato suggerimento di assumere le vesti di istituti di pagamento, proprio le indicazioni provenienti dalla Autorità di Vigilanza hanno fin qui indotto la maggior parte dei *lending marketplace* operante in Italia a prescegliere lo *status* regolamentare di istituti di pagamento, cui è riservata (con banche ed istituti di moneta elettronica) la prestazione dei servizi di pagamento *ex art.* 114-*sexies* TUB nel rispetto della riserva di raccolta del risparmio<sup>32</sup>. È evidente tuttavia che la prestazione dei servizi di pagamento non solo non esaurisce

---

<sup>29</sup> Sezione IX della Delibera n. 584/2016 di Banca d'Italia *Provvedimento recante disposizioni per la raccolta del risparmio dei soggetti diversi dalle banche*.

<sup>30</sup> Analogamente, sebbene solo a fini dell'ottenimento di agevolazioni fiscali, la legge di bilancio 2018 (art. 1, comma 43, legge del 27 dicembre 2017, n. 205) prende in considerazione i prestiti effettuati attraverso piattaforme di *peer-to-peer lending* ove queste siano gestite da intermediari finanziari *ex art.* 106 TUB o da istituti di pagamento.

<sup>31</sup> cfr. in proposito E.M. MASTROPAOLO, *Il social lending: aspetti di diritto sostanziale e di regolamentazione dell'attività*, in *Fin-tech*, cit., p. 272 ss.

<sup>32</sup> Il che, per inciso, ha consentito all'ABF di inserire l'attività svolta dalla piattaforma – siccome essenzialmente qualificabile in termini di servizio di pagamento, seppur accompagnata da taluni servizi accessori – nel novero delle «operazioni e servizi bancari e finanziari» radicando per questa via la propria competenza per materia ai sensi della Sez. I, par. 4, Disposizioni ABF. Cfr. in proposito ABF Roma, dec. n. 9218/2021; ABF Milano, dec. nn. 22802 e 22804/2020).



il fascio delle attività svolte dalla piattaforma ma a ben vedere non ne rappresenta neanche il *core*<sup>33</sup>, atteggiandosi come meramente strumentale all'attività di allocazione, mentre l'assoggettamento alla relativa disciplina anche in punto di doveri informativi e obblighi di condotta, lascia fuori altri più rilevanti segmenti dell'operazione che «restano non regolati da disposizioni settoriali ed esenti da controlli delle autorità»<sup>34</sup>.

## 5. – Il *peer to peer lending* occupa uno spazio attualmente non regolato.

Pur manifestando – almeno quando fondato sui sofisticati modelli di *business* fin qui descritti – evidenti affinità con la «gestione individuale di portafogli di prestiti» anche nella forma dell'«autoinvestimento», risulta espressamente escluso dal recente regolamento sul *crowdfunding*<sup>35</sup>, il quale tuttavia non pare affrontare problemi radicalmente diversi da quelli posti dal *p2c lending*, sicché, ferma l'opportunità di una specificazione delle regole quando entrino in gioco i consumatori e un adattamento delle norme a tutela degli «investitori non sofisticati», avrebbe potuto rappresentare una utile occasione per disciplinare il fenomeno, tanto più ove l'assimilazione si fosse incaricata di ridurre i tratti che separano allo stato *crowdlendig* alle imprese e rapporti *p2p* quanto, per esempio, a necessità di un progetto, anonimato, discrezionalità del gestore.

D'altro canto, nel corso dei lavori preparatori che hanno condotto all'adozione della nuova direttiva di credito ai consumatori si era avvistato il problema<sup>36</sup> ma il Consiglio dell'Unione europea ha poi approvato un orientamento generale con il quale, tra l'altro, si pronunciava sulla inopportunità di includere i «servizi di prestito tramite crowdfunding diretto tra pari in un atto relativo alla protezione dei consumatori (riguardante le relazioni B2C)», proponendo «che tale tipo di prestito sia preso in considerazione in un atto separato»<sup>37</sup>. L'art. 46, § 2, del testo definitivo della nuova direttiva affida in effetti alla Commissione il compito di valutare, entro il 20 novembre 2025, la necessità di tutelare i consumatori che sottoscrivono prestiti e investono attraverso piattaforme di crowdfunding, quali definite all'articolo 2, paragrafo 1, lettera d), del regolamento (UE) 2020/1503, qualora tali piattaforme non agiscano in qualità di creditori o intermediari del credito ma facilitino la concessione di un credito fra consumatori.

Certo, rimane – per quanto attiene ai rapporti tra utente e piattaforma – la rete di protezione delle discipline orizzontali, anzitutto pratiche commerciali e clausole vessatorie<sup>38</sup> (destinata ad arretrare, come si è detto,

---

<sup>33</sup> Nello stesso senso G. BALP, *P2P lending e Invoice trading*, cit., p. 316. Secondo E. MACCHIAVELLO, *Le piattaforme di marketplace*, cit., p. 151, lo scarto fra le attività svolte dalle piattaforme di P2p lending e gli Istituti di pagamento determina significative aree di non tracciabilità dei crediti erogati dal momento che le piattaforme autorizzate come IP non sono tenute alla segnalazione presso i sistemi di rilevazione centralizzata dei rischi creditizi, con ricadute in punto di valutazione del merito creditizio dei richiedenti che siano anche *crowd-borrower*.

<sup>34</sup> E. MACCHIAVELLO, *Peer-to-peer lending ed informazione: la tutela dell'utente online tra innovazione finanziaria, disintermediazione e limiti cognitivi*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2015, p. 266. Cfr. in proposito F. VELLA e G. GIORDANO, *De-localizzazione e a-territorialità*, in *Diritto del Fintech*, cit., p. 46 ss.

<sup>35</sup> Regolamento (UE) 2020/1503 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 ottobre 2020 relativo ai fornitori europei di servizi di crowdfunding per le imprese che modifica il regolamento (UE) 2017/1129 e la direttiva (UE) 2019/1937, art. 2, comma 1, lett. a) e c).

<sup>36</sup> L. MODICA, *op. cit.*, p. 96 ss.

<sup>37</sup> Bruxelles, 9 giugno 2022 (10053/22).

<sup>38</sup> Cfr. E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, p. 237 e, in generale sui problemi connessi ad una applicazione efficiente della disciplina delle clausole vessatorie agli scambi su piattaforma, H.W. MICKLITZ, P. PALKA, I. PANAGIS, *The empire strikes back: digital control of unfair terms of online services*, in *Journal of consumer policy*, 2017, 3, p. 367 ss. I testi dei contratti quadro fanno peraltro registrare un alto numero di clausole di deroga al foro del consumatore (V. per esempio art. 23 n. 1 contratto Smartika richiedente e art. 13, punto 3, del contratto MotusQuo) o di rinuncia al diritto di recesso nel caso di avvio di immediata operatività prima dei 14 giorni dalla conclusione del contratto.



rispetto al contratto a valle, che non è concluso tra un professionista e un consumatore, pur essendo predisposto da un professionista ad uso di non professionisti e pur potendo contenere clausole vessatorie diverse e ulteriori rispetto a quelle contenute nel contratto quadro); ma è troppo poco rispetto ai rischi specifici generati da questo tipo di operazioni, legati all'assenza di tutele disponibili per i privati ma anche connessi alla necessità che gli operatori si muovano nel mercato senza violarne le regole.

La scelta – tanto europea quanto italiana – di non provvedere ad un corpo normativo dedicato a questo tipo di attività dipende, probabilmente, dalle dimensioni tutto sommato ridotte del relativo mercato, tali da non generare particolari allarmi e certamente dal timore di onerare eccessivamente le società che gestiscono le piattaforme compromettendone le possibilità di crescita<sup>39</sup>.

Non è escluso tuttavia che la scarsa attenzione del legislatore sia anche il portato di un qualche fraintendimento, della mancata presa d'atto delle profonde evoluzioni che hanno radicalmente fatto virare gli inoffensivi schemi originari – autenticamente ispirati a disintermediazione e compartecipazione, bene compendati nella locuzione *social lending* – verso forme assai sofisticate di produzione e scambio di prodotti finanziari in ambienti non regolati che invocano adesso una sistemazione.

---

<sup>39</sup> M. BOFONDI, *Il lending-based crowdfunding: opportunità e rischi*, Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers), n. 375, marzo 2017, p. 20.



GIORGIA VULPIANI

*Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Macerata***LA SANABILITÀ DELLA NULLITÀ: IPOTESI PARTICOLARI**

SOMMARIO: 1. *La sanabilità del contratto nullo e l'art. 1423 c.c.* – 2. *Sanabilità e recupero degli effetti del contratto nullo nel codice civile: conferma ed esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle.* – 3. *Contratto di lavoro nullo e pubblicità sanante.* – 4. *La questione della sanabilità nelle nullità di protezione.* – 5. *La sanabilità nel codice dei beni culturali.* – 6. *La sanabilità delle nullità urbanistiche.* – 7. *Edilizia residenziale pubblica e affrancazione.* – 8. *Considerazioni conclusive.*

1. – Il contratto nullo, salvo espressa disposizione legislativa, è considerato tradizionalmente insanabile. In considerazione dell'odierno atteggiarsi della nullità, tuttavia, è stata posta in dubbio la tenuta dell'insanabilità del contratto come tratto tipico della nullità<sup>1</sup>.

Il mutamento dell'assetto delle patologie negoziali, avvenuto a seguito dell'importante evoluzione legislativa in tema, impone, infatti, una lettura funzionale della nullità tesa alla valorizzazione e valutazione degli interessi coinvolti. Si pensi alla nullità di protezione che, diversamente dalla nullità tradizionale, è volta alla tutela di un interesse particolare, con il conseguente regime processuale che condiziona l'invalidazione alla volontà del soggetto tutelato. L'interesse particolare non implica, però, l'esclusione del rilievo d'ufficio, essendo la tutela del soggetto debole espressione di un interesse generale, così come precisato dalle Sezioni Unite nn. 26242 e 26243 del 2014 in tema<sup>2</sup>. Nelle note pronunce, in particolare, la Cassazione ha distinto tra rilievo – sempre ammissibile e necessario – e dichiarazione – condizionata all'interesse concreto della parte tutelata. Qui si inserisce, peraltro, la questione relativa alla possibilità o meno di ammettere la sanabilità del contratto nel caso in cui il soggetto legittimato, in seguito al rilievo d'ufficio, non voglia procedere nel senso

<sup>1</sup> S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 93; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 77 ss.; S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 174 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, p. 9 ss.; M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, p. 73 ss.; G. VULPIANI, *La sanabilità del contratto nullo tra interessi sottesi e funzione dell'atto*, Napoli, 2022, p. 221 ss.

<sup>2</sup> Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 225 ss., con nota di C. CONSOLO e F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*. In tema, I. PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, p. 70 ss.; M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, *ivi*, p. 1387; F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.*, 2015, c. 94 ss.; A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, *ivi*, c. 916 ss.; A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, *ivi*, p. 944; S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, p. 113 ss.; N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, p. 299.



della dichiarazione di nullità. Si pensi, ancora, alla lettura in chiave funzionale del requisito della forma nei contratti del mercato finanziario e alle conseguenze in tema di validità-invalidità-impugnabilità<sup>3</sup>; profili che si riverberano sul problema della sanabilità del negozio. Nel contesto attuale, la nullità del contratto non può, dunque, essere concepita come un istituto statico, ma come un sistema dinamico, relativo, che può adattarsi, senza essere frustrato, alla complessità del diritto vivente.

Primo riferimento normativo da cui muovere è l'art. 1423 c.c. che nel predicare l'impossibilità di convalidare la nullità, fa salva l'espressa previsione normativa. Da una rapida lettura della norma si ricava, dunque, che l'inammissibilità della convalida costituisca la regola, suscettibile tuttavia di eccezione ove espressamente previsto dalla legge. Di qui il dogma della insanabilità del contratto nullo, che secondo parte della dottrina non sarebbe superato neanche alla luce delle "nuove nullità"<sup>4</sup>. Ora, se da un lato, questa lettura può apparire in linea con l'indisponibilità dell'interesse generale presidiato dalla nullità, e dunque anche con la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la nullità in ogni caso, anche ove si tratti di nullità di protezione, dall'altro, risulterebbe sbrigativo, limitarsi ad un'interpretazione ancorata esclusivamente alla lettera della disposizione sulla scorta dell'antico brocardo *in claris non fit interpretatio*<sup>5</sup>.

Opportuna appare una lettura dell'art. 1423 c.c. alla luce del sistema nel suo complesso, in un'ottica assiologica-sistemica che dia effettivo valore agli interessi sottesi<sup>6</sup>.

Questo tipo di lettura, attenta agli interessi del caso concreto e tesa a storicizzare e relativizzare le categorie, sconfessa il dogma dell'inconvalidabilità delle nullità.

Non sempre, infatti, la caducazione del contratto è il rimedio più adeguato alla tutela delle parti. In tale ottica, autorevole dottrina ritiene che i casi di sanabilità del negozio nullo non siano esclusivamente quelli espressamente previsti dal legislatore, ma possano anche ricavarsi in via interpretativa<sup>7</sup>. Il rinvio dell'art.

<sup>3</sup> Sul c.d. contratto monofirma, Cass., sez. un. 16 gennaio 2018, n. 898, in *Nuova giur. civ.*, 2018, p. 741 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*. In tema v. anche S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.dd. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Il contratto*, a cura di A. FEDERICO e G. PERLINGIERI, Napoli, 2019, p. 319 ss.; G. PERLINGIERI, *Sanatoria*, in *Enc. dir.*, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, p. 1119. In tema di nullità selettive, Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 176 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*; v. anche ID., *Le sezioni unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. Giur.*, 2020, p. 5; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 154; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle sezioni unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 163; S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 169; C. ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020 p. 142 ss.; C. SARTORIS, *Nullità di protezione e interesse ad agire*, Padova, 2022, p. 119 ss. V. anche Cass., 17 maggio 2021, n. 13259, in *Foro it.*, 2021, I, c. 2325.

<sup>4</sup> G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, p. 201; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. contr.* Roppo, a cura di A. GENTILI, Milano, 2006, p. 138.

<sup>5</sup> Canone ermeneutico considerato da parte della dottrina come non esclusivo e dirimente, v. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica, Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990; A. MORACE PINELLI, *In claris non fit interpretatio: un brocardo che non trova asilo nel nostro ordinamento giuridico*, in *Giur. it.*, 1994, c. 1163 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 68. In arg., v. anche E. DEL PRATO, *Interpretare*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 336.

<sup>6</sup> P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 122 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 11; ID., *La convalida delle nullità di protezione. Contributo ad uno studio della sanatoria del negozio nullo*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di M.V. DE GIORGI, S. DELLE MONACHE e G. DE CRISTOFARO, II, Padova, 2010, p. 1901 ss.; ID., *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1105 ss.; ID., *Sanatoria*, cit., p. 1103.

<sup>7</sup> S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., pp. 127 ss. e 195 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 90.



1423 c.c. ai casi previsti dalla legge può, dunque, essere inteso sia come riferimento ad espresse disposizioni legali, sia come richiamo ai casi in cui la convalida si presenti come «conseguenza dell'ordinamento», dato che il diritto ed il sistema non coincidono con la legge<sup>8</sup>. La sanabilità del contratto nullo può, pertanto, configurarsi non solo per espressa previsione normativa, ma anche come «conseguenza del bilanciamento dei principi e valori normativi vigenti, nonché della valutazione comparativa degli interessi coinvolti»<sup>9</sup>.

Diverse sono le ipotesi di sanatoria del negozio nullo rinvenibili nel nostro ordinamento sia all'interno del codice civile sia nelle norme extracodicistiche: conferma ed esecuzione volontaria del testamento e delle donazioni nulle (artt. 590, 799 c.c.); conferma delle nullità urbanistiche (art. 46 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 480); sanabilità dei contratti che hanno ad oggetto l'alienazione dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). Con riguardo al recupero degli effetti dell'atto si fa riferimento anche all'art. 2126 c.c. e al meccanismo di cui all'art. 2652, n. 6, c.c. Vi sono, inoltre, diverse pronunce in cui si ammette la possibilità di sanare il contratto nullo, come nel caso della registrazione sanante "per adempimento" del contratto di locazione<sup>10</sup>.

Fattispecie interessante riguarda, infine, la particolare procedura di affrancazione, nell'ambito dell'edilizia residenziale pubblica.

**2.** – La prima ipotesi su cui soffermarsi riguarda la conferma e l'esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle<sup>11</sup>. Genericamente infatti, in tema di riserva di cui all'art. 1423 c.c., si fa riferimento agli artt. 590 e 799 c.c.

L'art. 590 c.c. stabilisce come la nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non possa essere fatta valere da chi, conoscendo la causa della nullità, abbia, dopo la morte del testatore,

<sup>8</sup> Così G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 90.

<sup>9</sup> G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 106.

<sup>10</sup> Cass., sez. un., 17 settembre 2015, n. 18213, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, p. 1035, con nota di P. SCARLETTARIS, *La locazione abitativa di fatto stipulata su pressione del locatore*; Cass., sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1098 ss., con nota di V. CUFFARO, *Contratto di locazione e nullità per mancata registrazione: «si peccas, pecca fortiter»*; Cass., 24 settembre 2019, n. 23637, Cass. 9 aprile 2021, n. 9475; Cass. 4 giugno 2021, n. 15582, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 213 ss., con nota di M. SIGNORELLI, *Ulteriori sviluppi dell'intricato rapporto tra registrazione del contratto di locazione e nullità, nel solco di una ritrovata continuità*. In tema, CUFFARO, *Aporie della giurisprudenza e pervicacia del legislatore in tema di locazione e obbligo di registrazione*, in *Giur. it.*, 2016, p. 324 ss.; S.T. BARBARO, *Forma, registrazione e sanabilità del contratto di locazione ad uso abitativo*, Napoli, 2018, p. 30 ss.; C. SARTORIS, *Il contratto di locazione. Oltre la nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 937 ss.; F. ADDIS, *La «riconduzione a condizioni conformi» del contratto non registrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 43 ss. V. anche Cass., 14 giugno 2021, n. 16742, in *Riv. giur. edilizia*, 2021, p. 1235 in tema di comodato.

<sup>11</sup> Sulla conferma cfr. *ex multis* F. SANTORO PASSARELLI, *Testamento revocato. Esecuzione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 192; M. DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1943; G. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, p. 45 ss.; A. AURICCHIO, *La conferma del testamento nullo e la sua forma*, in *Foro it.*, 1956, I, p. 122; G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1366; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974; G.B. FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IV, Torino, 1989, p. 335 ss.; R. CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1983; L. BIGLIAZZI-GERI, *Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1993, p. 148 ss.; più recentemente, S. LANDINI, *Le invalidità del negozio testamentario*, Napoli, 2012, p. 135 ss.; G. PALAZZOLO, *La conferma delle attribuzioni gratuite invalide come rinuncia all'azione*, in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, a cura di E. DEL PRATO, Napoli, 2013, III, p. 1673 ss.; M. LABRIOLA, *La conferma delle disposizioni testamentarie nulle*, in *Notariato*, 2014, p. 5 ss.; S. NARDI, in E. DAMIANI-S. NARDI, *Diritto ereditario*, Macerata, 2018, p. 301; F. MASTROBERARDINO, *Conferma, e volontaria esecuzione, della donazione orale*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 151 ss.



confermato la disposizione – e si parla in questo caso di conferma espressa<sup>12</sup> – o dato ad essa volontaria esecuzione – trattandosi in quest’ipotesi di conferma tacita<sup>13</sup>.

Quanto alla natura giuridica della conferma, un primo orientamento afferma che l’art. 590 c.c. integri uno dei casi in cui sarebbe ammessa la convalida del negozio nullo ai sensi dell’art. 1423 c.c.<sup>14</sup>. Tesi disattesa da altra dottrina, secondo la quale la conferma e la volontaria esecuzione delle disposizioni nulle non hanno alcuna efficacia sanante, ma precludono semplicemente la possibilità di agire in giudizio per far valere la causa di invalidità<sup>15</sup>, con la conseguenza che il testamento non verrebbe sanato, ma si produrrebbe soltanto una preclusione all’azione di nullità da parte di coloro che hanno confermato o eseguito le disposizioni invalide, restando il testamento impugnabile da parte degli altri eventuali interessati a far valere la nullità. Un’ulteriore ricostruzione fa rientrare la conferma tra le ipotesi di adempimento di una obbligazione naturale, ravvisabile nel dovere morale e sociale di rispettare ed attuare le ultime volontà del *de cuius*<sup>16</sup>. Diversa tesi ricostruisce la conferma come un negozio giuridico autonomo rispetto al testamento che costituirebbe la fonte e la causa giustificativa della conseguente attribuzione patrimoniale dal confermante nei confronti del chiamato. Si produrrebbe, così, una doppia vicenda attributiva: una *mortis causa* che realizza la successione dal *de cuius* all’erede o avente causa confermante; la seconda *inter vivos*, che realizza un’attribuzione da questi soggetti al beneficiario della disposizione nulla come conseguenza della conferma<sup>17</sup>.

Il meccanismo di cui all’art. 590 c.c. incontra, però, diversi limiti. Si pensi al testamento la cui nullità derivi da mancanza di volontà, come nei casi di violenza fisica, dichiarazione *ioci causa*, riserva mentale e simulazione assoluta<sup>18</sup>. La conferma non potrebbe operare neanche nei casi di testamento falso<sup>19</sup>, disposizioni fatte in favore di soggetto indicato in modo da non poter essere indeterminato, oggetto indeterminabile, mancanza di causa, illiceità del motivo determinante e contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume<sup>20</sup>. Insuscettibili di conferma si ritengono, inoltre, le ipotesi di sostituzione fedecommissaria oltre i limiti consentiti (art. 692 c.c.), le disposizioni a favore dell’indegno<sup>21</sup>, il testamento reciproco<sup>22</sup>.

<sup>12</sup> Il codice non prevede una forma specifica per attuare la conferma espressa, ma dottrina e giurisprudenza applicano analogicamente l’art. 1444 c.c., richiedendo la menzione della disposizione invalida, la menzione del vizio e la dichiarazione di voler confermare. V. L. BIGLIAZZI-GERI, *Successioni testamentarie*, cit., p. 161; A. PALAZZO, *Le successioni*, II, Milano, 2000, p. 938. In giurisprudenza, v. Cass., 13 luglio 2017, n. 17392.

<sup>13</sup> La conferma era già presente nel codice del 1865 all’art. 1311 che disponeva che “La conferma, ratifica o esecuzione volontaria di una donazione o disposizione testamentaria per parte degli eredi o aventi causa dal donante o testatore, dopo la morte di lui, include la loro rinuncia ad opporre i vizi delle forme e qualunque altra eccezione”. Secondo la dottrina dell’epoca la norma si sostanzialmente in una rinuncia all’azione di nullità. In arg., F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, III, *Delle successioni*, a cura di M. BATTISTA, Torino, rist. 1923, p. 588; N. DE CRESCENZO, *Della ratifica e conferma degli atti nulli in modo assoluto per effetto di forma secondo il codice civile italiano*, in *Il Filangieri*, 1885, p. 63.

<sup>14</sup> G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del codice civile*, Padova, 1982, p. 577; G. STOLFI, *Appunti sull’art. 590 c.c.*, in *Giur. it.*, 1977, p. 359; R. TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1978, XXVIII, p. 892.

<sup>15</sup> G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 75; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1978, p. 33; A. CICU, *Testamento*, rist. 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1969, p. 28.

<sup>16</sup> G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 367.

<sup>17</sup> F. GAZZONI, *L’attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 129 ss.

<sup>18</sup> L. BIGLIAZZI-GERI, *Successioni testamentarie*, cit., p. 155 s.

<sup>19</sup> G. GABRIELLI, *L’oggetto della conferma ex art. 590*, cit., p. 1375; R. CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, cit., p. 247.

<sup>20</sup> L. BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, cit., p. 212; ID., *Successioni testamentarie*, cit., p. 156 s.

<sup>21</sup> G. PASSETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, p. 126; G. GABRIELLI, *L’oggetto della conferma ex art. 590*, cit., p. 1404.

<sup>22</sup> G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, p. 930.



Questione interessante riguarda la conferma o esecuzione volontaria del testamento da parte del legittimario leso. Com'è noto, infatti, in tema di disposizioni lesive della legittima, il rimedio predisposto dall'ordinamento non è la nullità, bensì l'azione di riduzione<sup>23</sup>. Occorre, pertanto, interrogarsi sulla valenza della conferma di un testamento valido impropriamente possa in essere dal legittimario. Parte della dottrina ritiene che tale conferma possa valere come rinuncia all'azione di riduzione, ove il confermante sia a conoscenza della lesione<sup>24</sup>. Parimenti varrebbe come rinuncia all'azione di riduzione anche la conferma dell'atto nullo che provenga dal legittimario.

Oggetto di recente dibattito è, inoltre, la prospettabilità della conferma di un testamento redatto su supporti informatici<sup>25</sup>. L'analisi complessiva delle norme poste a presidio della volontà *post mortem* del testatore, condotta in prospettiva assiologico-funzionale, porterebbe a non escludere tale possibilità, ove si dimostri che quello sia stato l'unico modo in grado di offrire tutela alla volontà di un soggetto che non poteva in altro modo manifestarla<sup>26</sup> e l'assenza di qualsivoglia furto o manomissione dell'*account* del soggetto, sì da ricondurre con certezza le disposizioni al suo effettivo e reale autore<sup>27</sup>.

Meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 590 c.c. è previsto in materia di donazioni. L'art. 799 c.c. dispone, infatti, che la nullità della donazione, da qualunque causa dipenda, non possa essere fatta valere dagli eredi o aventi causa del donante che, conoscendo la causa di nullità, abbiano, dopo la morte di lui, confermato o dato volontaria esecuzione alla donazione.

La norma risponde alla stessa *ratio* di tutela della volontà del *de cuius* sottesa all'art. 590 c.c., ma, a differenza di questa, indica espressamente i soggetti legittimati alla conferma: gli eredi e gli aventi causa del donante. Il donante non può, invece, sanare la donazione nulla, ma potrà solo porre in essere un nuovo atto.

<sup>23</sup> Sui rimedi a tutela dei legittimari, v. L., MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2000, p. 235 ss.; G. MARINARO, *La successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 241 ss. Tra i più recenti, V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, p. 313 ss.; U. PERFETTI, *I legittimari*, Bologna, 2021, p. 289 ss. Sulla particolare questione della tutela dei creditori del legittimario leso o pretermesso, S. PAGLIANTINI, *Legittimario pretermesso e tutela dei creditori: un esempio di massima (dottrinale) mentitoria*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 495; F. PIRONE, *Rinuncia all'azione di riduzione ed art. 524 c.c.: la tutela del creditore del legittimario*, in *Notariato*, 2018, p. 19 ss.; P. MAZZAMUTO, *La tutela dei creditori del legittimario leso o pretermesso*, in *www.comparazioneDirittocivile.it*, 2019, 25 ss.; E. DAMIANI, *La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 847 ss.; A. G. ANNUNZIATA, *La tutela dei creditori personali del legittimario pretermesso: azione di riduzione in via surrogatoria e applicazione analogica dell'art. 524 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 285 ss.; G. VULPIANI, *Tutela della volontà del testatore e dei legittimari (per un ridimensionamento della rilevanza della questione della tutela dei creditori dei legittimari)*, in *Jus Civile*, 2022, p. 448.

<sup>24</sup> In questo senso R. CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, cit., p. 249. V. anche G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590*, cit., p. 1427; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 274; L. BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, cit., p. 186.

<sup>25</sup> Ritiene nullo e non inesistente il testamento redatto su supporti informatici S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 996.

<sup>26</sup> P.M. PUTTI, *Diritto e nuove tecnologie*, in *Contr. Impr.*, 2014, p. 1257, che fa riferimento al caso di un video girato con il cellulare da un soggetto in fin di vita in seguito ad un grave incidente o al caso di un soggetto rimasto intrappolato a causa di una slavina, con poche speranze di venir salvato.

<sup>27</sup> Tema connesso è quello della trasmissione del patrimonio digitale. In arg., tra i più recenti, A. VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni online. Note in tema di eredità digitale*, Napoli, 2020, p. 155 ss.; E. DAMIANI, *Legato e patrimonio digitale*, in *Legati*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja Branca Galgano, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2020, p. 87 ss.; S. NARDI, *Successione digitale e successione nel patrimonio digitale*, in *Dir. succ. e fam.*, 2020, p. 955; S. DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 460 ss.; V. PUTORTI, *Patrimonio digitale e successione mortis causa*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 163; V. CONFORTINI, *L'eredità digitale (appunti per uno studio)*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 1187; A. SPANGARO, *La successione digitale: la permanenza post mortem di aspetti della personalità*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1365; EAD., *L'eredità digitale entra nella "dichiarazione europea sui diritti e sui principi per il decennio digitale"*, in *Fam. dir.*, 2023, p. 889.



Quanto alla natura giuridica, si sono prospettate le stesse ricostruzioni teoriche emerse in caso di conferma ed esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie nulle: eccezione al divieto di convalida<sup>28</sup>; rinuncia all'azione di nullità<sup>29</sup>. Nonostante la lettera della legge preveda che la donazione nulla sia confermabile «da qualunque causa dipenda», parte della dottrina ritiene che non possa essere sanata la donazione con causa illecita<sup>30</sup>. Non sanabili, in quanto non sorrette da una volontà effettiva del donante, sarebbero anche donazioni false o simulate, con oggetto indeterminato<sup>31</sup> o nulle per violenza fisica<sup>32</sup>. La giurisprudenza ha, però, affermato la possibilità di confermare una donazione orale<sup>33</sup>. Perché possa procedersi alla conferma, è innanzitutto necessario che la volontà di donare sia rimasta sino alla morte del donante, in quanto ove il donante stesso, attraverso un successivo atto tra vivi o testamento, abbia disposto del bene precedentemente ed invalidamente donato, non potrebbe discorrersi di conferma o esecuzione volontaria, poiché difetterebbe l'intento liberale del donante, venuto meno con il successivo atto valido<sup>34</sup>. È, inoltre, necessario che sussistano la volontà degli eredi e aventi causa del donante di attribuire efficacia all'atto invalido e la conoscenza della causa di nullità<sup>35</sup>. Pertanto, la conferma deve contenere la menzione della donazione nulla, della causa di nullità e della volontà di sanare il negozio nullo. Peraltro, una donazione compiuta dal rappresentante privo di potere non potrebbe essere ratificata né convalidata dagli eredi del donante, atteso che l'art. 1399 c.c. non è applicabile alla donazione e che la convalida ai sensi dell'art. 799 c.c. presuppone una donazione nulla, ma compiuta personalmente dal donante<sup>36</sup>.

La conferma va, dunque, distinta dalla convalida dal punto di vista della legittimazione a porre in essere i due atti. Infatti, in un caso il potere di confermare non spetta a colui che ha perfezionato il negozio, il quale potrebbe solo rinnovare l'atto<sup>37</sup>, ma agli eredi o aventi causa del *de cuius* o del donante, nell'altro, invece, il potere di convalida spetta al soggetto che sarebbe legittimato all'impugnativa negoziale.

**3.** – L'art. 2126 c.c. plasma il regime della nullità generale in funzione protettiva del prestatore di lavoro, al fine di garantire allo stesso la titolarità dei diritti nascenti dal contratto invalido e dal rapporto che ne scaturisce per effetto della sua esecuzione.

La norma stabilisce, infatti, che la nullità (o l'annullamento) del contratto di lavoro non produca effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o

<sup>28</sup> G.B. FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 335 ss.

<sup>29</sup> C. GANGI, *La successione nel diritto civile italiano*, I, Milano, 1947, p. 237; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, p. 546 ss.; E. BETTI, *Convalida e conferma del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, p. 790 ss.; M. TAMPONI, *La sanatoria della donazione invalida*, in *Trattato dir. successioni e donazioni*, diretto da G. Bonifazi, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 1137.

<sup>30</sup> V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2015, p. 293; A. PALAZZO, *Le donazioni*, Milano, 1991, p. 472; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 875.

<sup>31</sup> BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1961, p. 613 ss.

<sup>32</sup> M. TAMPONI, *op. cit.*, p. 1135.

<sup>33</sup> Cass., 12 aprile 2018, n. 9091, in *Dir. & Giust.*, 2018, 68, p. 5, con nota di E. MATTIOLI, *Convalida della donazione nulla mediante esecuzione volontaria*, e in *Fam. dir.*, 2019, p. 151 ss., con nota di F. MASTROBERARDINO, *Conferma, e volontaria esecuzione, della donazione orale*.

<sup>34</sup> M. TAMPONI, *op. cit.*, p. 1130.

<sup>35</sup> Cass., 30 gennaio 2019, n. 2700, in *Persona e Mercato*, 26 gennaio 2019, con nota di C. SARTORIS, *Eredità e donazione di modico valore*.

<sup>36</sup> Cass., 4 ottobre 2018, n. 24235, in *Vita not.*, 2019, p. 321.

<sup>37</sup> Cass., 6 giugno 2018, n. 14504, in *Rep. Foro Italiano*, 2018, *Donazione*, n. 31.



della causa. Il principio generale secondo cui la nullità del contratto fa sorgere l'obbligo della restituzione delle prestazioni ricevute viene, pertanto, qui accantonato. Ed in effetti il lavoratore, se, da un lato, potrebbe restituire la retribuzione ricevuta, dall'altro, non potrebbe avere indietro le energie ed il tempo utilizzato per la prestazione lavorativa e, dunque, la nullità darebbe il via ad un ingiustificato arricchimento del datore di lavoro.

L'art. 2126, tuttavia, non equipara il contratto invalido a quello valido, ma disciplina unicamente gli effetti già realizzatisi di un rapporto di fatto svoltosi tra le parti<sup>38</sup>.

Il rapporto di lavoro ha, quindi, un'efficacia limitata al periodo in cui esso ha avuto attuazione, al fine di evitare che la pronuncia di nullità possa incidere sulla prestazione lavorativa già svolta. Il lavoratore ha pertanto diritto non solo alla retribuzione, ma anche allo stesso trattamento che gli sarebbe spettato in caso di contratto valido e ciò anche in considerazione di quanto previsto dall'art. 36 Cost. Si pensi al trattamento di fine rapporto<sup>39</sup>, all'indennità sostitutiva del preavviso<sup>40</sup>, all'indennità per causa di morte e ad ogni altro emolumento previsto dalla contrattazione collettiva, compreso il trattamento previdenziale ed il risarcimento dei danni per la mancata contribuzione previdenziale<sup>41</sup>.

Nel caso di cui all'art. 2126 c.c. non può, dunque, parlarsi di sanabilità del contratto nullo, poiché il contratto invalido non diviene valido. La norma prevede, infatti, un particolare meccanismo per cui il contratto invalido produce effetti con riferimento a quanto dovuto al lavoratore per la prestazione svolta, in virtù della peculiarità degli interessi che vengono in rilievo.

Parimenti, non si può di sanabilità nel caso dell'impropriamente detta pubblicità sanante di cui all'art. 2652, n. 6, c.c.: al terzo di buona fede che abbia trascritto il titolo prima della trascrizione della domanda di nullità non è opponibile la nullità, se la domanda volta a far dichiarare l'invalidità è stata trascritta dopo cinque anni dalla trascrizione dell'atto nullo da parte del terzo<sup>42</sup>. La pubblicità sanante si sostanzia, dunque, in uno strumento utile a consentire la circolazione dei beni in base al principio di tutela dell'affidamento dei terzi. Ma in realtà, e qui viene in rilievo l'inadeguatezza del sintagma "pubblicità sanante", il titolo originariamente invalido rimane tale e la pubblicità interviene solo al fine di conservare il titolo del terzo subacquirente<sup>43</sup>. L'art. 2652 n. 6 non si pone, pertanto, come ipotesi di convalida o conferma dell'atto che resta invalido, ma costituisce una fattispecie complessa volta a derogare al principio di retroattività della nullità e tutelare l'acquisto del terzo di buona fede e la certezza dei traffici giuridici. Occorre, tuttavia, chiedersi se il meccanismo appena delineato possa applicarsi a qualsiasi tipo di nullità, non operando la norma alcuna distinzione. Si pensi ad un contratto nullo per contrarietà all'ordine pubblico costituzionale o ad una nullità che discende dall'incommerciabilità, anche temporanea, dell'oggetto. In questi casi, secondo una lettura funzionale delle norme, la gravità della violazione dovrebbe indurre l'interprete ad escludere l'applicabilità del meccanismo di salvezza dell'acquisto del terzo di buona fede.

<sup>38</sup> Cass., sez. lav., 24 gennaio 1987, n. 685, in *Riv. giur. lav.*, 1987, II, p. 58.

<sup>39</sup> Cass., sez. lav., 22 dicembre 1987, n. 9615, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2046.

<sup>40</sup> Cass., sez. lav., 6 febbraio 2006, n. 2476, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 2.

<sup>41</sup> Cass., sez. lav., 5 febbraio 2019, n. 3314, in *Rep. Foro Italiano* 2019, *Impiegato dello Stato e pubblico in genere*, n. 221.

<sup>42</sup> Sulla natura dell'acquisto del terzo, v. S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 80 ss., il quale ritiene che sia un acquisto derivativo *a non domino*.

<sup>43</sup> In questo senso, C. ARGIROFFI, *Caducazione del contratto ad effetti reali*, Napoli, 1984, p. 105; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1994, p. 304; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, cit., p. 88 ss.; G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, p. 158.



4. – Il problema della sanabilità si pone in modo particolare con riguardo alle nullità di protezione, caratterizzate dalla riserva della legittimazione all'azione alla parte tutelata dalla norma e la – apparentemente dissomigliante – rilevabilità *ex officio*, con dichiarazione parametrata all'interesse concreto del contraente protetto.

Profilo di particolare importanza riguarda proprio il rapporto tra rilevazione/dichiarazione della nullità di protezione e convalida.

Innanzitutto, va ricordata la soluzione delle note Sezioni Unite del 2014<sup>44</sup>, secondo le quali la nullità è sempre rilevabile d'ufficio, ma, in caso si tratti di nullità di protezione, il giudice può dichiararla solo nell'interesse della parte tutelata. Se, infatti, il giudice rileva la nullità di una singola clausola e la indica alla parte tutelata, questa conserva la facoltà di non avvalersene, potendo chiedere che la causa sia decisa nel merito, perché, ad esempio, rientra nel suo interesse conservare il rapporto contrattuale o la clausola stessa. In questo caso, dunque, il giudice, indicata la nullità alla parte debole, non potrà anche dichiararla, nemmeno in via incidentale.

In tale contesto, particolare importanza rivestono le questioni dell'individuazione dell'oggetto del giudizio e dei limiti del giudicato.

Quanto al primo profilo, nelle citate sentenze delle Sezioni Unite si afferma che «nelle azioni di impugnativa negoziale l'oggetto del giudizio è costituito dal negozio, nella sua duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica, e con esso dal rapporto giuridico sostanziale che ne scaturisce», dal quale il giudizio non può prescindere, in funzione di un definitivo accertamento dell'idoneità della convenzione contrattuale a produrre tanto l'effetto negoziale suo proprio, quanto i suoi effetti finali. A sostegno di tale impostazione, si precisa che il riferimento alla struttura negoziale originaria (negozio/fatto storico) e alla fattispecie programmatica in esso contenuta è conseguenza del potere di indagine del giudice su qualsivoglia ragione, morfologica e funzionale, di nullità contrattuale. Il riferimento al rapporto negoziale sarebbe, inoltre, conseguenza naturale del tipo di azione esperita dall'attore: nelle domande di risoluzione e adempimento, oggetto di contesa è la distonia funzionale del sinallagma, da cui deriverebbe la necessità di valutare insieme la dimensione statica (il negozio) e quella dinamica (il rapporto) della fattispecie, mentre le domande di annullamento e rescissione postulerebbero un giudizio sul binomio invalidità/efficacia temporanea dell'atto che, a sua volta, non potrebbe prescindere dalla preliminare indagine sull'eventuale nullità dell'atto.

Quanto al giudicato, le Sezioni Unite cercano di fornire una soluzione volta a coniugare i valori della celerità e speditezza del processo con l'esigenza di una decisione tendenzialmente volta al definitivo consolidamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio e di «un sistema che eviti di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito».

L'indagine sui limiti del giudicato muove da una primaria duplice distinzione: a) a seconda del tipo di sentenza pronunciata (di accoglimento o di rigetto); b) a seconda del tipo di comportamento tenuto dal giudice nell'estensione della motivazione (mancata rilevazione, rilevazione senza dichiarazione).

L'espresso accertamento contenuto nella motivazione della sentenza è idoneo a produrre, anche in assenza di un'istanza di parte, l'effetto di giudicato sulla nullità del contratto in mancanza di impugnazione sul punto, mentre la mancanza di qualsivoglia rilevazione/dichiarazione della nullità in sentenza è idonea – in linea generale – a costituire l'effetto di giudicato implicito sulla validità del contratto. Più in particolare, distinguendo le ipotesi di rilevazione/non rilevazione e di accoglimento o rigetto, in presenza della rilevazione *ex officio* della nullità, si prospettano diverse ipotesi:

<sup>44</sup> Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, cit. Più di recente, v. Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 607, sul rilievo d'ufficio della nullità di protezione nel rito monitorio.



a) la parte propone domanda di accertamento della nullità del contratto, in via principale o incidentale, e allora il giudice dovrà pronunciarsi sulla domanda di nullità e l'accertamento sarà idoneo al giudicato sulla nullità negoziale;

b) le parti si limitano, in sede di precisazione delle conclusioni, a confermare la domanda originariamente proposta. Qualora il giudice rigetti tale domanda *sic et simpliciter*, non potendo in ipotesi pronunciare la risoluzione, l'annullamento o la rescissione di un contratto nullo, dovrà dichiarare in motivazione di aver fondato il rigetto sulla rilevata nullità negoziale; ciononostante l'accertamento/dichiarazione della nullità sarà idoneo alla formazione del giudicato, in sostanziale applicazione della teoria, di matrice tedesca, del cd. vincolo al motivo portante<sup>45</sup>. Peraltro, se si ammette che, in motivazione, il giudice possa in modo non equivoco affrontare e risolvere, dichiarandola, la tematica della validità/nullità del negozio, non sarà limitato ai soli segmenti del rapporto sostanziale dedotti in giudizio in tempi diversi, ma si estenderà a tutti i successivi processi in cui si discuta di diritti scaturenti dal contratto dichiarato nullo. Di qui la necessità di discorrere di oggetto del processo non soltanto in termini di rapporto, ma anche di negozio fatto storico/fattispecie programmatica. Si eviterebbe, così, il riferimento ai “diritti ed effetti strettamente collegati al giudicato di rigetto da nessi funzionali di senso giuridico”, che renderebbe assai arduo il compito del giudice di merito. La sostanziale differenza di tale ipotesi rispetto ad un accertamento *pleno iure* della nullità negoziale si coglierebbe sotto l'aspetto della trascrizione e della (in)opponibilità ai terzi dell'effetto di giudicato: l'attore che voglia munirsi di un titolo utile a tali fini dovrà, difatti, formulare, in quello stesso processo, una domanda di accertamento, in via principale o incidentale, della nullità come rilevata dal giudice.

c) a seguito della rilevazione officiosa del giudice di una nullità speciale, la parte tutelata non propone domanda di accertamento della nullità e chiede al giudice di pronunciarsi sulla domanda originaria. Il giudice rigetta o accoglie la domanda, pronunciandosi soltanto su questa e quindi, pur dovendo rilevare (*rectius* indicare) la nullità di protezione in corso di giudizio, non potrà dichiararla nemmeno in motivazione. Non vi sarà, pertanto, alcun accertamento della nullità speciale in sentenza.

d) le parti, a fronte della rilevazione officiosa, non propongono domanda di accertamento della nullità, chiedendo al giudice di pronunciarsi sulla domanda originaria, e questi si convince in sede decisoria – *re melius perpensa* – che la nullità sottoposta al contraddittorio nel corso del giudizio non sussiste. In tal caso, si formerà un giudicato implicito sulla non-nullità del contratto, la cui validità non potrà più essere messa in discussione tra le parti in un altro processo, non avendo le parti stesse – pur potendo – formulato alcuna domanda di accertamento incidentale nel corso del giudizio nemmeno a fronte della rilevazione officiosa e non essendo, pertanto, loro consentito di *venire contra factum proprium*, se non abusando del proprio diritto e del processo; abuso il cui divieto assumerebbe rilevanza costituzionale *ex art. 54* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

e) il giudice accoglie la domanda di adempimento, risoluzione, rescissione o annullamento: la pronuncia sarà idonea alla formazione del giudicato implicito sulla validità del negozio, fatta salva la possibilità che la nullità sia rilevata in appello.

f) il giudice rigetta la domanda di adempimento, risoluzione, rescissione o annullamento: si formerà il

---

<sup>45</sup> Sul tema, A. BONSIGNORI, *I limiti della cosa giudicata in un recente libro tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1961, p. 236 ss. (in riferimento a A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft in Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, Mohr, 1959). Più di recente, C. CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 941 ss.; S. DALLA BONTÀ, *“Una benefica inquietudine”*. Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 891 ss.



giudicato implicito sulla validità del negozio, salvo il caso in cui la decisione risulti fondata sulla ragione cd. più liquida e qualora il giudice in motivazione si pronunci non equivocamente nel senso della validità del negozio. Nel caso di rigetto della domanda di accertamento della nullità del contratto, ovvero di accertamento della non-nullità dello stesso, il giudicato impedirà una nuova proposizione della domanda di nullità sulla base di altre ragioni di nullità negoziale.

Ciò chiarito, occorre ora interrogarsi sui riflessi della citata ricostruzione giurisprudenziale sulla questione della convalidabilità delle nullità di protezione.

In tema, una parte della dottrina nega ogni possibilità di convalida del contratto nullo, facendo perno, da un lato, su una lettura restrittiva dell'art. 1423 c.c. – evidenziando, dunque, l'assenza di un'espressa previsione di legge che indichi la possibilità di convalidare le nullità di protezione – e, dall'altro, sul rischio che l'ammissione della convalida esporrebbe il contraente debole alle eventuali pressioni del soggetto più forte<sup>46</sup>.

In senso opposto, altra tesi ammette la convalida delle nullità di protezione, facendo perno sulla relatività della legittimazione ad agire che implicherebbe l'assoluta possibilità per il contraente debole di scegliere se invalidare o convalidare l'atto<sup>47</sup>. Si precisa, tuttavia, che una dichiarazione sanante non potrebbe validamente essere espressa dal contraente debole prima del momento in cui divenga attuale l'esercizio del diritto disciplinato dalla clausola o dal negozio nullo, in quanto solo allora il contraente tutelato sarà dotato della consapevolezza necessaria<sup>48</sup>. Coloro che criticano questa ricostruzione affermano che essa non tenga in dovuta considerazione la differenza tra rinuncia all'azione e sanatoria del negozio, confondendo due piani logicamente distinti<sup>49</sup>. Si afferma, infatti, che riservare ad una sola parte la possibilità di scegliere se agire per il rimedio o no non comporta automaticamente uno speculare potere di convalida, che implicherebbe un'assoluta disponibilità dell'interesse sotteso alla nullità. Nullità che è posta a tutela non solo della particolare posizione del soggetto debole, ma di un generale interesse alla correttezza degli scambi.

Una terza ricostruzione, in posizione intermedia, non esclude né ammette in via assoluta la convalida delle nullità di protezione, affrontando la questione in chiave sistematico-funzionale ed operando una distinzione basata sul tipo di vizio, strutturale o funzionale, determinante la nullità<sup>50</sup>. In tale contesto vengono in rilievo la distinzione tra negozio illecito e negozio illegale<sup>51</sup> e la valorizzazione in senso qualitativo e non quantitativo (privato-pubblico) degli interessi, soprattutto con riferimento alle nullità di protezione, volte alla tutela di interessi generali e particolari insieme. Tale dottrina, pertanto, ammette la convalida della nullità

<sup>46</sup> G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 189 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1593; F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, p. 226 ss.; D. RUSSO, *Profili evolutivi sulla nullità contrattuale*, Napoli, 2008, p. 214 ss.; G. BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Riv. trim.*, 2011, p. 495; A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 723 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti*, Torino, 2019, p. 418 s.

<sup>47</sup> C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, p. 242; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., p. 153; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 931 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, p. 454; EAD., *Nullità di protezione*, in *Enc. dir.*, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, p. 720.

<sup>48</sup> M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., p. 454.

<sup>49</sup> F. VENOSTA, *Nuovi profili della nullità: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 218; G. PERLINGIERI, *Rilevabilità d'ufficio e sanatoria dell'atto nullo, dieci anni dopo*, cit., p. 1115; ID., *Sanatoria*, cit., p. 1109.

<sup>50</sup> G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 97 ss.; ID., *La convalida delle nullità di protezione. Contributo ad uno studio della sanatoria del negozio nullo*, cit., p. 1901 ss.; ID., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 11; ID., *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, cit., p. 1105 ss.; ID., *Sanatoria*, in *Enc. dir.*, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, p. 1115.

<sup>51</sup> G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, cit., *passim*.



ove l'interesse finale protetto dalla norma venga soddisfatto o comunque non venga frustrato dalla sanatoria del contratto invalido, attuando comunque una rimozione concreta del vizio invalidante.

Va osservato che, come evidenziato dalla dottrina<sup>52</sup>, i citati precedenti delle Sezioni Unite sembrano intendere la rilevazione d'ufficio in un'accezione del tutto particolare, ovvero intendendola come mera segnalazione alle parti del vizio di nullità, anziché come autoritativo potere di tener conto del vizio ai fini della decisione, a prescindere dal richiesto delle parti.

In altre parole, se si seguisse alla lettera l'impostazione proposta dalla giurisprudenza di legittimità il rilievo officioso della nullità di protezione risulterebbe meramente apparente, potendosi addivenire alla dichiarazione di detta nullità solo in presenza della manifestazione d'interesse proveniente dalla parte protetta. Ed in quest'ottica, allora, si potrebbe ritenere che il difetto della manifestazione di volontà della parte o l'opposizione della stessa alla declaratoria d'invalidità del contratto possano essere qualificati come fattispecie sananti/convalidanti che vengono a realizzarsi in ambito processuale e che spiegano un'efficacia impeditiva del potere-dovere del giudice di dichiarare la nullità del contratto<sup>53</sup>.

**5.** – Un particolare meccanismo di sanatoria del contratto nullo è previsto con riguardo ai contratti di alienazione che hanno ad oggetto dei beni culturali<sup>54</sup>.

Perché l'alienazione dei beni culturali sia valida è necessario che vengano rispettate le previsioni contenute nel d.lgs. n. 42 del 2004<sup>55</sup>, a pena di nullità del contratto. L'art. 164 prevede, infatti, la nullità delle alienazioni e delle convenzioni poste in essere in contrasto con quanto prescritto dal c.b.c.: l'autorizzazione preventiva alla commercializzazione ex artt. 55 e 56 da parte del Ministero (per i beni culturali immobili appar-

<sup>52</sup> Cfr. S. MENCHINI, *Nullità contrattuale e processo*, in *Tutela giurisdizionale e giusto processo, Scritti in memoria di Franco Cipriani*, I, Napoli, 2020, p. 554 s.

<sup>53</sup> Così, S. MENCHINI, *Nullità contrattuale e processo*, cit., p. 555; S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 928 ss.; diversamente orientata C. SARTORIS, *Nullità di protezione e interesse ad agire*, cit., p. 348 ss.

<sup>54</sup> Sul concetto di bene culturale, M. CANTUCCI, *La tutela giuridica delle cose di interesse artistico e storico*, Padova, 1953; ID., *Beni culturali e ambientali*, in *Novissimo Dig. it.*, App. I, Torino 1980, p. 722 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *I beni della cultura nella costituzione italiana*, in *Studi in memoria di Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1421 ss.; M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 3 ss.; T. ALIBRANDI, *L'evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Foro amministrativo*, 1999, p. 2701 ss.; G. ALPA, R. SPECIALE, *Beni culturali e ambientali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 93 ss.;-S. RODOTÀ, *Lo statuto giuridico del bene culturale*, in *Annali dell'associazione Bianchi Bandinelli*, Roma, 1994; T. ALIBRANDI, P. G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001; A.C. NAZZARO, *Natura giuridica del bene, proprietà pubblica e monopolio*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. DI RAIMO e V. RICCIUTO, Napoli, 2006, p. 91 ss.; G. MAGRI, *Beni culturali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, Torino, 2011, p. 117 ss.; E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO, Roma, 2017, p. 53; U. MATTEI, *Beni culturali, beni comuni, estrazione*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, cit., p. 147; L. VACCA, *La nozione di bene culturale: alcune riflessioni*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, cit., p. 259 ss.; A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, *Dir. Amm.*, 2, 2019, p. 223.

<sup>55</sup> C. FABBRICATORE, A. SCARPA, *La circolazione dei beni culturali*, Milano, 1998; G. CELESTE, *Beni culturali: prelazione e circolazione*, in *Riv. not.*, 2000, p. 107 ss.; A. PISCHETOLA, *Circolazione dei beni culturali e attività notarile*, Milano, 2006 e A. FUSARO, *La circolazione giuridica dei beni immobili culturali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 12 ss.; G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, Torino, 2011, p. 1 ss.; P. GUIDA, *Mancata osservanza delle formalità necessarie e ritrasferimento del bene culturale*, in *Notariato*, 2012, p. 558 ss.; F. DELL'AVERSANA, *La circolazione dei beni culturali tra norme giuridiche e regole di mercato*, in *Il diritto dei beni culturali*, a cura di B. CORTESE, Roma, 2021, p. 211 ss. Con riguardo ai limiti all'esportazione, v. E. JAYME, G. MAGRI, *Patrimonio culturale e limiti all'esportazione: alcune riflessioni a margine di un recente caso canadese*, in *Arte e Diritto*, 2022, p. 135.



tenenti al demanio culturale e non rientranti tra quelli elencati nell'art. 54, 1 co.); l'obbligo di denuncia al Ministero (per gli altri beni culturali), nel termine perentorio di trenta giorni dalla data dell'atto, del trasferimento della proprietà o della destinazione di beni culturali di cui all'art. 59<sup>56</sup>.

Tale norma prescrive che gli atti che trasferiscono, a qualsiasi titolo, la proprietà o la detenzione di beni culturali devono essere denunciati<sup>57</sup>, nel termine di trenta giorni, al Ministero. Obbligati a tale denuncia sono, oltre all'alienante, anche l'acquirente (nel caso in cui il trasferimento sia avvenuto nell'ambito di procedure di vendita forzata o fallimentare ovvero in forza di sentenza che produca gli effetti di un contratto di alienazione non concluso) e l'erede o il legatario in caso di successione a causa di morte<sup>58</sup>.

Gli artt. 60 ss. prevedono, poi, una prelazione – la c.d. prelazione artistica – del Ministero, delle Regioni o altri enti pubblici interessati per l'acquisto dei beni di interesse storico o culturale alienati o conferiti in società<sup>59</sup>.

Tale prelazione deve essere esercitata dall'ente interessato nel termine di sessanta giorni dalla ricezione della denuncia di cui all'art. 59 c.b.c. e, nei casi in cui questa sia stata omessa o presentata tardivamente o incompleta, il termine è di centottanta giorni dalla denuncia tardiva. Si tratta di una prelazione peculiare, in quanto interviene a contratto già concluso, mentre – com'è noto – negli altri casi di prelazione l'alienante comunica l'intenzione di trasferire il bene prima dell'effettivo compimento dell'atto. Il diritto di prelazione si sostanzia in un diritto ad essere preferiti, a parità di condizioni, nella conclusione di un futuro contratto; caratteristiche che, come evidenziato dalla dottrina<sup>60</sup>, non ricorrono nel caso della prelazione artistica. In particolare, il difetto della *par condicio* si giustificerebbe in ragione degli interessi pubblici di rango costituzionale, quali la conservazione e la valorizzazione del patrimonio artistico di cui all'art. 9 Cost., tutelati dal codice dei beni culturali<sup>61</sup>. Un'altra differenza riguarda gli effetti: nel caso della prelazione legale “classica” se il prelazionario non è messo in grado di esercitare il proprio diritto può esercitare una tutela reale, riscattando il bene<sup>62</sup>; nella prelazione

<sup>56</sup> Sull'obbligo di denuncia a prescindere dalla natura del soggetto cedente, v. PACINI, *La circolazione in ambito nazionale*, in *La nuova tutela dei beni culturali e ambientali*, a cura di FERRI-PACINI, Milano, 2001, p. 107 ss.

<sup>57</sup> La denuncia deve peraltro contenere quanto previsto al comma quarto dell'art. 59 (dati identificativi delle parti e sottoscrizione delle medesime o dei loro rappresentanti legali; dati identificativi dei beni; indicazione del luogo ove si trovano i beni; indicazione della natura e delle condizioni dell'atto di trasferimento; indicazione del domicilio in Italia delle parti ai fini delle eventuali comunicazioni), altrimenti si considera come non avvenuta.

<sup>58</sup> Ai sensi dell'art. 59 d.lgs. n. 42 del 2004, per l'erede il termine per la denuncia decorre dall'accettazione dell'eredità o dalla presentazione della dichiarazione ai competenti uffici tributari; mentre per il legatario il termine decorre dalla comunicazione notarile prevista dall'art. 623 c.c., salva rinuncia.

<sup>59</sup> G. CELESTE, *La prelazione in materia di beni culturali*, in *Il commercio giuridico dei beni culturali*, Milano, 2001, p. 93 ss.; A. VENDITTI, *Denuncia degli atti di trasferimento e individuazione degli atti che danno luogo a prelazione artistica*, in *Il commercio giuridico dei beni culturali*, Milano, 2001, p. 63 ss.; A. LEPRI, *Prelazione: totale, parziale, determinazione del prezzo, dazione in pagamento*, in *La circolazione dei beni culturali: attualità e criticità*, Milano, 2010, p. 42 ss.; P. DE MARTINIS, *Prelazione artistica: vecchi e nuovi temi*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1014 ss.; V. MELE, *La prelazione culturale nell'attuale contesto socio-economico: spunti di riflessione*, in *Giur. merito*, 2013, p. 11 ss.; D. COSTANTINO, *La prelazione artistica in favore dello Stato delle Regioni, Enti pubblici territoriali e ogni altro ente ed istituto pubblico*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2015, p. 11 ss.; G. AVERSANO, *La prelazione artistica e l'autonomia contrattuale*, Torino, 2018; G.F. BASINI, *La prelazione artistica*, in *Contratti*, 2019, p. 462 ss.; R. INVERNIZZI, *Prelazione*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2019, p. 456; M. MAZZUCCA, *Osservazioni sulla prelazione artistica*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 360 ss.

<sup>60</sup> G. CASU, *Codice dei beni culturali. Prime riflessioni*, Studio n. 5019, in *Studi e Materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2004, 2, p. 688; G.F. BASINI, *La prelazione artistica*, cit., p. 465.

<sup>61</sup> Corte Cost., 20 giugno 1995, n. 269, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 1927.

<sup>62</sup> Si pensi al c.d. retratto successorio di cui all'art. 732 c.c., su cui *ex multis* A. DE CUPIS, *Sul fondamento giustificativo della prelazione ereditaria*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 328 ss.; G. BONILINI, *Retrato successorio*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 423 ss.; G.A.M. TRIMARCHI, *Prelazione e riscatto successorio: profili applicativi*, in *Notariato*, 1998, p. 337.



artistica se al ministero (o altro ente) non viene notificato l'atto di disposizione del bene culturale, è previsto il rimedio della nullità del negozio. Peraltro, secondo la giurisprudenza amministrativa, ai sensi degli artt. 60 ss. del codice dei beni culturali, la possibilità di esercitare il diritto di prelazione da parte della pubblica amministrazione interessata non deriva dall'esistenza di un contratto tipico o da una specifica causa negoziale, ma dall'esistenza di una regolamentazione negoziale che comporti un effetto traslativo della cosa soggetta a vincolo e che sia caratterizzata dall'esistenza di un reciproco sacrificio patrimoniale della parti. Dunque il presupposto dell'esercizio del diritto di prelazione è unicamente un negozio a titolo oneroso<sup>63</sup>.

Il mancato rispetto dei vincoli prescritti dal codice dei beni culturali provoca, come detto, la nullità del contratto che abbia ad oggetto l'alienazione del bene culturale ai sensi dell'art. 164 c.b.c. Tale articolo prevede, però, al secondo comma che resta salva la facoltà del Ministero di esercitare la prelazione ai sensi dell'art. 61, co. 2. Più in particolare, la norma da ultimo citata dispone che, nel caso in cui la denuncia sia stata omessa o presentata tardivamente oppure risulti incompleta, la prelazione è esercitata nel termine di centottanta giorni dal momento in cui il Ministero ha ricevuto la denuncia tardiva o ha comunque acquisito tutti gli elementi costitutivi della stessa ai sensi dell'articolo 59, comma 4.

Si prevede, pertanto, che la denuncia di cui all'art. 59 c.b.c. possa essere effettuata tardivamente. Ne consegue che il contratto, in questo caso, non potrebbe più considerarsi invalido.

La possibilità di sanatoria è prevista anche all'art. 62, co. 4, secondo cui «nei casi in cui la denuncia sia stata omessa o presentata tardivamente oppure risulti incompleta, il termine indicato al comma 2 è di novanta giorni ed i termini stabiliti al comma 3, primo e secondo periodo, sono, rispettivamente, di centoventi e centottanta giorni. Essi decorrono dal momento in cui il Ministero ha ricevuto la denuncia tardiva o ha comunque acquisito tutti gli elementi costitutivi della stessa ai sensi dell'articolo 59, comma 4». Si ritiene, peraltro, sanabile anche l'atto che difetti dell'autorizzazione di cui all'art. 55 c.b.c., in seguito a richiesta di autorizzazione successiva<sup>64</sup>.

Si tratterebbe, dunque, di un'ipotesi di sanabilità successiva del contratto nullo; sanabilità che interviene a seguito dell'adempimento tardivo della denuncia prescritta dalla legge.

A tal riguardo, occorre evidenziare come parte della dottrina ritenga più corretto parlare di inopponibilità dell'atto di disposizione nei confronti dello Stato invece che di nullità vera e propria, a meno di voler "stravolgere i principi generali"<sup>65</sup>: l'atto concluso, in assenza di denuncia, sarebbe pertanto valido, ma i suoi effetti resterebbero sospesi fino all'intervento della denuncia tardiva.

La disposizione normativa non parla, tuttavia, di inefficacia o inopponibilità, ma sanziona espressamente l'atto con la nullità. Si tratta, pertanto, di un'ipotesi espressa di sanatoria dell'atto nullo.

Quanto alla natura di tale nullità sono state proposte diverse tesi. Un orientamento minoritario ritiene l'invalidità dell'art. 164 c.b.c. una nullità assoluta, sulla base della genericità della formulazione della norma e in considerazione degli interessi generali sottesi alla disposizione<sup>66</sup>.

Giurisprudenza e dottrina maggioritarie qualificano, invece, tale nullità come una nullità relativa<sup>67</sup>, pro-

<sup>63</sup> Tar Bolzano, 10 settembre 2019, n. 203, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, p. 1361 e in *Foro amm.*, 2019, p. 1514.

<sup>64</sup> G. CASU, *Codice dei beni culturali. Prime riflessioni*, cit., p. 713.

<sup>65</sup> A. MASI, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2004, p. 291; G. CASU, *Codice dei beni culturali. Prime riflessioni*, cit., p. 712; C. LOMONACO, *Denuncia tardiva del trasferimento di un bene culturale ed effetti del decorso del termine*, *Quesito CNN 528-2006/C*, in *Studi e Materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2007, p. 805; A. PISCHETOLA, *Circolazione dei beni culturali e attività notarile*, in *Quaderni del Notariato*, Milano, 2006, p. 53; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida dell'atto nullo*, cit., p. 30.

<sup>66</sup> R. FUCCILLO, *La circolazione dei beni culturali d'interesse religioso*, in *Dir. eccl.*, 1993, I, p. 630.



prio perché è posta a tutela di uno specifico interesse dello Stato. Pertanto solo il ministero competente potrà far valere l'invalidità dell'atto posto in essere in violazione di quanto previsto dal codice dei beni culturali e del paesaggio.

#### 6. – Altra ipotesi di sanatoria può riscontrarsi nel campo delle nullità urbanistiche.

Il legislatore, al fine di contenere gli abusi edilizi, sanziona con la nullità il contratto di alienazione di immobili privo di determinati requisiti *ex artt.* 17 e 40 della legge n. 47 del 1985<sup>68</sup> e art. 46 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 (T.U. dell'edilizia)<sup>69</sup>.

Più in particolare, l'art. 46 dispone che gli atti tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria<sup>70</sup>. La disposizione, ai sensi del

<sup>67</sup> Cass., 27 novembre 2019, n. 30984, in *Guida al dir.*, 2020, 8, p. 100, secondo cui la nullità *ex art.* 164 d.lgs. n. 42 del 2004 è relativa e unico legittimato a far valere la nullità della vendita di bene culturale compiuta in difetto dell'autorizzazione di cui all'art. 56 c.b.c. è il ministero competente al rilascio. V. anche Cass., 10 marzo 2009, n. 5773, in *Guida al dir.*, 2009, p. 48 (con riferimento all'art. 61 legge n. 1089 del 1939 corrispondente all'art. 64 d.lgs. n. 42 del 2004); Cass. 24 maggio 2005 n. 10920, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1880; Cass., sez. un., 15 maggio 1971, n. 1440, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2829; Cass. 14 febbraio 1975, n. 590, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1107; Cass., sez. un. 9 dicembre 1985, n. 6180. In arg. v., F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà obbliga*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO, Roma, 2017, p. 223; F. DELL'AVERSANA, *La circolazione dei beni culturali tra norme giuridiche e regole di mercato*, cit., p. 221.

<sup>68</sup> Legge che ha abrogato l'art. 15 della legge 28 gennaio 1977, n. 10 c.d. legge Bucalossi.

<sup>69</sup> Sul particolare profilo dell'applicabilità dell'art. 46 d.p.r. n. 380 del 2001 alla divisione ereditaria, v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 81. In giur., v. Cass., 5 febbraio 2020, n. 2675, in *Riv. giur. edil.*, 2020, p. 475; Cass., sez. un., 7 ottobre 2019, n. 25021, in *ilfamiliarista.it*, 27 gennaio 2020, con nota di V. TAGLIAFERRI e F.M. BAVA.

<sup>70</sup> A lungo si è dibattuto se tale patologia negoziale avesse natura di nullità formale o sostanziale. Con riguardo alla prima tesi, v. Cass., 15 giugno 2000, n. 8147, in *Riv. notariato*, 2001, p. 142, con nota di G. CASU, *Brevi questioni sulla nullità ex artt. 17 e 40 l. n. 47/1985*, in *Contratti*, 2001, p. 13, con nota di A. ANGIULI, *Vendita di immobili abusivi tra nullità virtuali e testuali*; Cass., 24 marzo 2004, n. 5898, in *Riv. notariato*, 2005, p. 304, con nota di F. BUCCIARELLI DUCCI, *La Cassazione si pronuncia sulla natura della nullità di un atto in materia urbanistica: osservazioni alla luce del testo Unico n. 380 del 2001*; Cass., 26 luglio 2005, n. 15584, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 35; Cass. 5 luglio 2013, n. 16876, in *Imm. e propr.*, 2013, p. 599; Cass., 14 giugno 2017, n. 14804, in *Contratti*, 2018, p. 178, con nota di G. PETTI, *La circolazione degli immobili urbani tra requisiti di commerciabilità e forma del contratto*. In dottrina, P. ZANELLI, *Commento all'art. 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, p. 1237 s.; ID., *Il condono edilizio: vecchie e nuove nullità*, in *Contr. impr.*, 1995, 3, 1233 ss.; G. ALPA, *Abusi edilizi e categorie civilistiche*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 139 ss.; ID., *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge di condono edilizio*, in *Riv. giur. ed.*, 1986, p. 93.; E. BERTOLINI, *Commento all'art. 46 del d.P. R. 6 giugno 2001, n. 380 in Commentario breve alle leggi in materia urbanistica ed edilizia*, a cura di R. FERRARA e G.F. FERRARI, Padova, 2010, p. 334 ss. con riguardo alla natura sostanziale, v. V. MARICONDA, *Dalla Bucalossi ad oggi: le nullità civili strumento di controllo urbanistico*, in *Corr. giur.*, 1984, p. 71 ss.; ID., *Condono edilizio. La nullità degli atti, ivi*, 1985, p. 423 ss.; A. LUMINOSO, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici, dei terreni e degli spazi a parcheggio (prime impressioni sulla legge 28.2.1985, n. 47)*, cit., 332 s.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 229 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 233. In giurisprudenza 17 ottobre 2013, n. 23591, in *Nuova giur. civ.*, 2014, p. 181, con nota di M. NICOLINI, *Irregolarità urbanistiche e invalidità del contratto*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1221, con nota di A. ORIANI, *La vendita di edifici abusivi, tra nullità e inadempimento*; in *Contratti*, 2014, p. 660, con nota di N.A. VECCHIO, *Revirement in tema di nullità del preliminare ex art. 40 della legge 47/1985*; Cass. 2013, n. 28194; Cass. 5 dicembre 2014, n. 25811, in *Contratti*, 2016, p. 27, con nota di S. GOIONE, *Regolarità urbanistica degli immobili: vecchie certezze e criticabili novità*; Cass. 17 settembre 2015, n. 18261, in *Urb. e Appalti*, 2015, p. 1134. Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite, che hanno aderito alla nullità formale e testuale, Cass., 22 marzo 2019, n. 8230, in *Riv. notariato*, 2019, p. 341, con nota di C. CICERO e A. LEUZZI, *Le nullità delle menzioni urbanistiche negli atti traslativi*; ivi, p. 935, con nota di G. TRAPANI, *La circolazione dei fabbricati dopo la sentenza n. 8230/2019 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*; in *Nuova giur. civ.*, 2019, p.



comma quinto del medesimo articolo, si applica anche agli interventi edilizi realizzati mediante SCIA, qualora nell'atto non siano indicati gli estremi della stessa.

Il legislatore ha, però, previsto la possibilità di confermare i contratti nulli attraverso un successivo atto integrativo che contenga tutte le formalità necessarie. Il quarto comma dell'art. 46 T.U. edilizia stabilisce, infatti, che, se la mancata indicazione nell'atto dei documenti necessari ai fini della validità del negozio posto in essere non è dovuta all'effettiva inesistenza della documentazione richiesta, l'atto nullo può essere confermato mediante un atto successivo che abbia la stessa forma del precedente e contenga l'omessa documentazione, a cura anche di una sola delle parti contraenti. Ne consegue, pertanto, che non è necessario che entrambi i contraenti pongano in essere un atto di conferma, ma basta che si attivi una sola delle parti del contratto invalido.

La norma ha destato diversi dubbi, tanto che parte della dottrina ha contestato l'uso improprio del termine nullità, affermando che dovrebbe parlarsi più correttamente di contratto inefficace in senso stretto, sottoposto a condizione legale sospensiva potestativa<sup>71</sup>. Altra dottrina ha anche escluso che la conferma *de qua* possa rientrare in una delle ipotesi espressamente previste di cui all'art. 1423 c.c., in quanto essa assumerebbe la natura di un atto integrativo idoneo a completare un precedente atto irregolare<sup>72</sup>.

La conferma di cui all'art. 46 T.U. edilizia sembra, però, potersi annoverare tra le ipotesi che avallano la tesi dell'attuale inconsistenza del dogma dell'insanabilità dell'atto nullo, trattandosi, di fatto, di una sanatoria dell'atto. Ciò posto, ci si chiede se il principio sotteso alla norma citata possa essere esteso a fattispecie analoghe e cioè a tutti quei casi in cui l'invalidità dipenda esclusivamente dall'assenza di un documento che non incida sull'essenza del negozio. E, dunque, se sia possibile ipotizzare una sanatoria di quel negozio attraverso la successiva presentazione del documento. Ove l'interesse finale della norma non risulti frustrato, potrebbe ipotizzarsi una sanatoria dell'atto attraverso l'adempimento successivo prescritto dal legislatore, come prospettato dalla giurisprudenza nel caso della successiva registrazione "sanante" del contratto di locazione<sup>73</sup>.

Si pensi, inoltre, alla disciplina sui contratti aventi ad oggetto l'acquisto di immobili da costruire, per i quali è richiesta a pena di nullità – che può essere fatta valere solo dall'acquirente – la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa al momento della stipula del preliminare<sup>74</sup>. Anche in questo caso può ipotizzarsi la sanabilità del contratto attraverso la successiva presentazione dei documenti richiesti, ove non vengano pregiudicati gli interessi del promissario acquirente<sup>75</sup>. Tale presentazione successiva farebbe, peraltro, venir meno l'interesse del contraente all'azione di nullità.

---

717, con nota di C. NATOLI, *La natura testuale della nullità urbanistica*; in *Notariato*, 2019, p. 273 ss., con nota di F. MAGLIULO, *Le menzioni urbanistiche negli atti traslativi: quale nullità?*; in *Contratti*, 2019, p. 534, con nota di G. ORLANDO, *Le S.S.U.U. sulla circolazione degli immobili abusivi. Note minime sulle nullità documentali "non formali"*. In arg. v. V. RIZZI, *Considerazioni sulla nullità degli atti negoziali per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia alla luce della Sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *www.federnotizie.it*, 28 marzo 2019; S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, cit., p. 365 ss.; G. ORLANDO, *Le nullità documentali. Dal neoformalismo al documentalismo*, Napoli, 2021, p. 113 ss., secondo il quale sarebbe più corretto parlare di nullità "documentale".

<sup>71</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 1120; S. MONTICELLI, *Contratto e fattispecie giuridica*, cit., p. 217.

<sup>72</sup> M. FRANZONI, sub. *Art. 1423 c.c.*, in *Commentario Cod. civ.* Scialoja Branca, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1998, p. 195.

<sup>73</sup> Cass., sez. un., 17 settembre 2015, n. 18213, cit.; Cass., sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601; Cass., 14 giugno 2021, n. 16742, cit.

<sup>74</sup> Ex artt. 2, 3 e 4 d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122.

<sup>75</sup> G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 59 ss.; ID., *Sanatoria*, cit., p. 1115; S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 1050.



In tema, la giurisprudenza di legittimità ha escluso che potesse essere accolta la domanda di nullità di un contratto preliminare di vendita di immobili da costruire, per mancato rilascio della garanzia fideiussoria ex art. 2 d.lgs. n. 122 del 2005, che sia stata posta in essere dopo l'ultimazione dei lavori e senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore o senza che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente<sup>76</sup>. Ad avviso della Cassazione, infatti, vi sarebbe, oltre a carenza di interesse ad agire, una violazione della clausola di buona fede oggettiva da parte dell'acquirente. Diverso il caso in cui, nelle more della costruzione dell'immobile, si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore che non abbia rilasciato la garanzia fideiussoria ovvero siano stati altrimenti pregiudicati gli interessi del promissario acquirente<sup>77</sup>.

7. – L'edilizia residenziale pubblica si concretizza in quel settore dell'edilizia in cui un intervento pubblico mira a fornire alloggi per determinate categorie di soggetti<sup>78</sup>. Si divide in diversi rami, ciascuno con la propria disciplina: l'edilizia convenzionata, in cui gli alloggi sono costruiti da soggetti privati a seguito di convenzione stipulata con il Comune; l'edilizia agevolata, in cui gli alloggi sono costruiti da privati con contributo statale; l'edilizia sovvenzionata, in cui gli alloggi sono costruiti direttamente da enti pubblici.

Concentrando l'attenzione sulla disciplina dell'edilizia convenzionata, occorre far riferimento a due tipologie di convenzione: a) le convenzioni P.E.E.P. di cui all'art. 35 legge n. 865 del 1971<sup>79</sup>; b) le convenzioni

<sup>76</sup> Cass., 22 novembre 2019, n. 30555, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, p. 1538, con nota di E. BATTELLI e V. ROSSI, *L'invalidità del contratto preliminare avente ad oggetto beni immobili da costruire nel sistema delle nullità di protezione*. Cass., 8 febbraio 2023, n. 3817, in *Giur. it.*, 2023, p. 2305, con nota di M. AMBROSOLI, *Nullità per mancato rilascio di fideiussione nella vendita di immobili da costruire*.

<sup>77</sup> Cass., 18 settembre 2020, n. 19510, in *Corr. Giur.*, 2021, p. 786, con nota di L. MEZZASOMA, *La nullità di protezione tra violazione di obblighi di legge e abuso del diritto*; Cass., 12 luglio 2022, n. 21966, in *Contratti*, 2022, p. 629, con nota di D. BALBINO, *L'abuso del diritto nella disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*.

<sup>78</sup> V. DOMINICHELLI, *Edilizia residenziale pubblica*, in *Digesto disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 411 ss.; L. MELE, *Edilizia sovvenzionata, agevolata e convenzionata e piani per l'edilizia economica e popolare*, Firenze, p. 1987; M. COSTANZA, *Integrazione del contratto mediante inserimenti automatici di clausole e limiti dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1995, p. 1238; S. SIDERI, *Rivendita di alloggi da parte di assegnatari di cooperative*, in *Giur. mer.*, 1995, p. 647 ss.; K. PANELLA, *La nullità del contratto preliminare stipulato in violazione dell'art. 35, commi 15 e 19, l. 22 ottobre 1971 n. 865*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 3265 ss.; V. CERULLI, *I vincoli amministrativi nella circolazione dei beni di edilizia residenziale convenzionata; prezzo imposto e sostituzione automatica di clausola contrattuale difforme*, in *Dir. e giur.*, 1998, p. 214; G. CASU, *Edilizia residenziale pubblica convenzionata e legge finanziaria 1999*, in *Riv. not.*, 1999, p. 1423 ss.; F. BESOZZI, *Inalienabilità e preliminare di vendita*, in *Contratti*, 1999, p. 767 ss.; D. ZAPPONE, *Edilizia sovvenzionata e vincoli di inalienabilità*, in *Riv. not.*, 2000, p. 380 ss.; G. PERULLI, *Casa e funzione pubblica*, Milano, 2000, p. 41 ss.; G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2003; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 163 ss.; P. STELLA RICHTER, *Evoluzione della legislazione urbanistica postunitaria*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, p. 313 ss.; G. MARENA, *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2013, p. 893 ss.; M. BELLANTE, *Edilizia pubblica convenzionata e vincolo del prezzo massimo di cessione degli alloggi*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1542 ss.; M. GUGLIOTTA, M. FUSCO, *La Cassazione torna a pronunciarsi sulla vendita degli alloggi di edilizia convenzionata con vincolo sulla determinazione del prezzo: riflessioni a margine di un orientamento da rimeditare*, in *Riv. not.*, 2018, p. 293 ss.; G.M. ANTONELLI, *L'edilizia residenziale pubblica. Schemi e soluzioni operative*, Napoli, 2020, p. 17 ss.

<sup>79</sup> Le convenzioni P. E.E.P. hanno, da un lato, natura di concessione/contratto per la parte che comporta il trasferimento in capo al concessionario del diritto di proprietà o di superficie che lo autorizza all'uso dell'area e, dall'altro, natura di convenzione urbanistica per la parte che disciplina l'urbanizzazione del comparto ove è ricompresa l'area oggetto di concessione. Le convenzioni P. E.E.P. si inseriscono nell'ambito di un complesso procedimento amministrativo, che può così sintetizzarsi: il Comune espropria le aree da destinare all'edilizia residenziale per realizzare costruzioni e abitazioni che in seguito potranno essere concesse in proprietà piena o concesse in diritto di superficie; l'area viene concessa in proprietà piena o in superficie al costruttore o



c.d. Bucalossi, prima disciplinate dagli artt. 7 e 8 della legge n. 10 del 1977 e attualmente dagli artt. 17 e 18 del d.p.r. 30 giugno 2001, n. 380 (T.U. dell'Edilizia)<sup>80</sup>.

Tali convenzioni hanno lo scopo di attuare un intervento di agevolazione e di contenimento dei prezzi per l'accesso all'abitazione, con la previsione del c.d. prezzo massimo di cessione.

Il settore è stato interessato da diversi interventi normativi, tra i quali riveste particolare rilievo, ai fini del nostro discorso, l'introduzione dei commi 49-*bis*, 49-*ter* e 49-*quater* all'art. 31 della legge n. 448 del 1998<sup>81</sup> che prevedono la possibilità di rimuovere i vincoli di prezzo, attraverso il pagamento di un corrispettivo, sia nell'ambito delle convenzioni PEEP che nell'ambito delle convenzioni Bucalossi, consentendo tale facoltà a tutte le persone fisiche che vi hanno interesse, anche se non più titolari di diritti reali sul bene immobile.

Il comma 49-*bis* prevede, infatti, che «I vincoli relativi alla determinazione del prezzo massimo di cessione delle singole unità abitative e loro pertinenze nonché del canone massimo di locazione delle stesse, contenuti nelle convenzioni di cui all'articolo 35 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, e successive modificazioni, per la cessione del diritto di proprietà o per la cessione del diritto di superficie possono essere rimossi, dopo che siano trascorsi almeno cinque anni dalla data del primo trasferimento, con atto pubblico o scrittura privata autenticata, stipulati a richiesta delle persone fisiche che vi abbiano interesse, anche se non più titolari di diritti reali sul bene immobile, e soggetti a trascrizione presso la conservatoria dei registri immobiliari, per un corrispettivo proporzionale alla corrispondente quota millesimale, determinato, anche per le unità in diritto di superficie, in misura pari ad una percentuale del corrispettivo determinato ai sensi del comma 48 del presente articolo». Il comma 49 *ter* estende la previsione di cui al comma 49 *bis* anche alle convenzioni di cui all'art. 18 d.p.r. n. 380 del 2001.

Il comma 49-*quater* stabilisce, poi, che, «in pendenza della rimozione dei vincoli di cui ai commi 49-*bis* e 49-*ter*, il contratto di trasferimento dell'immobile non produce effetti limitatamente alla differenza tra il prezzo convenuto e il prezzo vincolato. L'eventuale pretesa di rimborso della predetta differenza, a qualunque titolo richiesto, si estingue con la rimozione dei vincoli secondo le modalità di cui ai commi 49-*bis* e 49-*ter*. La rimozione del vincolo di prezzo massimo di cessione comporta, altresì, la rimozione di qualsiasi vincolo di natura soggettiva»<sup>82</sup>.

La disposizione testé citata parla di “inefficacia del contratto”, a differenza di quanto previsto dall'art. 18, ult. co., del d.p.r. n. 380 del 2001, secondo il quale ogni pattuizione stipulata in violazione del prezzo massimo di cessione è nulla per la parte eccedente.

Sul vincolo di prezzo massimo di cessione degli immobili PEEP e Bucalossi sono intervenute le Sezioni

---

soggetto realizzatore, con i quali viene stipulata una convenzione che prevede vincoli sul prezzo di cessione degli alloggi e limitazioni alla trasferibilità degli stessi. In arg. v., G. CASU, *L'edilizia residenziale pubblica nell'attività notarile*, Roma, 2010, p. 130 ss.

<sup>80</sup> Tali convenzioni si inseriscono nell'ambito del procedimento del rilascio del permesso di costruire e incidono sulla determinazione del contributo concessorio, al cui pagamento è subordinato il rilascio del permesso di costruire. Qui, l'accordo tra parte pubblica e parte privata riguarda principalmente la decisione del Comune di concedere una riduzione del contributo per il rilascio del permesso a costruire verso l'obbligo del concessionario-costruttore di vendere i beni nella misura prevista e concordata con la parte pubblica. A differenza delle convenzioni P. E.E.P., dunque, l'impresa edile non acquista il suolo dal Comune, ma riceve una riduzione degli oneri concessori per l'edificazione e deve sottostare all'obbligo di vendere a prezzi calmierati. Ogni pattuizione stipulata in violazione dei prezzi di cessione e dei canoni di locazione è nulla per la parte eccedente *ex art.* 18, co. 5, d.p.r. n. 380 del 2001.

<sup>81</sup> In arg. U. GRASSI, *Edilizia convenzionata: una nuova proposta ricostruttiva secondo il principio di ragionevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 82 ss.

<sup>82</sup> Si prevede, inoltre, che quanto stabilito al comma 1 si applichi anche agli immobili oggetto dei contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 119 del 2018.



Unite della Cassazione nel luglio 2022<sup>83</sup>. Nella pronuncia la Corte chiarisce che il suddetto vincolo permane fino a quando non venga eliminato attraverso l'affrancazione, e ciò sia nell'ambito delle convenzioni PEEP che in quello delle convenzioni Bucalossi, in quanto in entrambi i casi il vincolo del prezzo persegue la stessa finalità sociale: la necessità di offrire un'abitazione a prezzi contenuti, evitando speculazioni nelle fasi successive. Pertanto, in ambedue i casi i soggetti interessati possono scegliere di continuare a vivere negli immobili di edilizia popolare ovvero di reimmetterli sul mercato a prezzo libero, avvalendosi della procedura di affrancazione di cui all'art. 31, commi 49-*bis* e 49-*ter*, legge n. 448 del 1998, applicabile indistintamente per entrambi i tipi di convenzione.

Occorre ora soffermarsi sull'edilizia sovvenzionata, caratterizzata dal fatto che gli alloggi sono costruiti dagli enti pubblici preposti al settore edilizio, come gli Istituti autonomi case popolari (IACP) e le Aziende territoriali di edilizia residenziale (ATER). Scopo degli interventi pubblici nel settore è quello di assicurare il bene casa mediante l'acquisizione, la costruzione o il recupero degli alloggi e la loro successiva assegnazione a soggetti aventi determinati requisiti. L'assegnazione in questione può avvenire: *a*) in locazione semplice a canoni di favore, con la conseguenza che l'operatore mantiene la proprietà dell'alloggio; *b*) mediante la definitiva cessione in proprietà a prezzi di favore; *c*) mediante la locazione con patto di futura vendita o con patto di riscatto.

Riguardo alla circolazione degli alloggi di edilizia sovvenzionata vengono individuati dei limiti con riferimento ai divieti di alienazione e al diritto di prelazione. La legge 8 agosto 1977 n. 513, dispone infatti, all'art. 28, che l'assegnatario, in presenza di determinati presupposti, possa alienare l'alloggio, ma debba darne comunicazione al competente Istituto Autonomo per le Case Popolari, il quale potrà esercitare, entro sessanta giorni, il diritto di prelazione all'acquisto per un prezzo pari a quello di cessione, rivalutato sulla base della variazione accertata dall'ISTAT dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati.

Il diritto di prelazione è previsto anche nella legge 24 dicembre 1993, n. 560, che dispone che in caso di vendita, gli Istituti Autonomi per le Case Popolari e i loro consorzi hanno un diritto di prelazione.

Il comma 25 dell'articolo unico della legge n. 560 del 1993 prevede, però, la possibilità di affrancare il bene dal diritto di prelazione attraverso la corresponsione di una determinata somma. Dalla norma si desume, inoltre, che l'ente non potrebbe opporsi all'affrancazione affermando di voler esercitare il diritto di prelazione, in quanto il versamento della somma comporterebbe *ope legis* l'estinzione del diritto di prelazione in discorso.

La norma nulla prevede in relazione alla possibilità di effettuare questo tipo di affrancazione dopo l'alienazione, effettuata in violazione del diritto di prelazione, per cui è prevista la nullità del contratto di compravendita.

Occorre chiedersi se sia possibile ipotizzare un'affrancazione *ex post* del bene – come accade nel caso dell'edilizia convenzionata. Più in particolare, ci si chiede se, ove non venga lesa l'interesse sostanziale sotteso alla norma, possa ipotizzarsi una sanabilità del contratto nullo attraverso la successiva corresponsione del prezzo di affrancazione. Tale ipotesi non sembrerebbe in conflitto né con l'interesse sotteso alle norme, né con l'interesse dei soggetti coinvolti. Come visto, infatti, la normativa, nel prevedere la necessità di dare comunicazione agli enti preposti per l'esercizio dell'eventuale diritto di prelazione, a pena di nullità dell'atto, prevede anche la possibilità di affrancazione attraverso il pagamento della somma. E allora ci si può chiedere

---

<sup>83</sup> Cass., sez. un., 6 luglio 2022, n. 21348, in *Dir. & Giust.*, 2022, f. 123, p. 37, con nota di G. TARANTINO, *Il vincolo del prezzo massimo di cessione è un limite opponibile a tutte le alienazioni, fino al termine della procedura di affrancazione*.



che tipo di interesse si intenda tutelare, dato che esso è superabile con il pagamento di un prezzo. Qui sembra che questo interesse sia prettamente economico – non par di rilevare un concreto interesse alla tutela dei soggetti beneficiari degli alloggi – e possa essere soddisfatto anche *ex post* attraverso un'affrancazione che intervenga in seguito all'atto di alienazione; anche in considerazione del fatto che la norma non sembra dar la possibilità agli enti di opporsi all'affrancazione.

Una diversa impostazione potrebbe, peraltro, portare ad una disparità di trattamento tra chi ha acquistato in regime di edilizia convenzionata PEEP e chi in regime di edilizia sovvenzionata. Entrambi, infatti, hanno acquisito un alloggio nell'ambito di una politica pubblica volta a garantire l'accesso alla casa in armonia con quanto previsto dall'art. 47 Cost.

La possibilità di sanare il contratto attraverso il successivo atto di affrancazione, tramite pagamento di una somma di denaro, di cui al comma 49 *bis* della legge n. 448 del 1998 è indice di una volontà dello Stato di monetizzare e restituire alla collettività il risparmio di cui ha goduto il soggetto che ha acquistato in convenzione PEEP. E dunque, la *ratio* del comma 49 *bis* dell'art. 31 è quella di far salvo l'acquisto, attraverso un successivo atto di affrancazione.

Questa *ratio* sembra sussistere anche nel caso dell'edilizia sovvenzionata, ove si prevede il pagamento di un prezzo determinato per svincolare il bene, da effettuare, però, prima dell'acquisto. Se, infatti, l'affrancazione non viene effettuata prima dell'atto, questo sarà nullo.

Qui non è prevista una possibilità di sanabilità del contratto e quindi, stando ad una lettura strettamente letterale dell'art. 1423 c.c., non vi sarebbe alcuna possibilità in tal senso. Come già rilevato, però, una lettura assiologico-funzionale dell'art. 1423 c.c., che dia un autentico valore agli interessi sottesi<sup>84</sup>, comporta che la sanabilità del contratto possa configurarsi non solo per espressa previsione normativa, ma anche come «conseguenza del bilanciamento dei principi e valori normativi vigenti, nonché della valutazione comparativa degli interessi coinvolti»<sup>85</sup>. Ciò appare ancora più evidente in quei casi in cui può dirsi sussistere un vizio solo «formale» dell'atto poi successivamente eliminato, come ad esempio nel caso della conferma di cui all'art. 46 T.U. edilizia.

Ove, dunque, la volontà del legislatore non sia pregiudicata e l'interesse protetto dalle norme imperative sia soddisfatto non sembra esserci motivo per negare la sanabilità dell'atto, anche in assenza di espressa disposizione normativa, soccorrendo i principi di sussidiarietà e ragionevolezza<sup>86</sup>.

Ponendosi nel solco della dottrina appena illustrata, pur in assenza di norma espressa nel senso della sanatoria del contratto di alienazione di un bene di edilizia sovvenzionata, in caso di mancata comunicazione all'Ater, si potrebbe ipotizzare l'applicazione della stessa *ratio* sottesa al co. 49 *bis* art. 31 legge n. 488 del 1998 e all'art. 46 T.U. edilizia, in modo da far salvo l'acquisto attraverso un successivo atto di affrancazione del bene, con il pagamento del dieci per cento del valore del bene all'Ater. In questo modo resterebbe comunque soddisfatto l'interesse sotteso alla norma, ovvero quello di restituire alla collettività il beneficio di cui il soggetto ha goduto con l'edilizia Ater, al fine di evitare speculazioni. Non si ravvisa, infatti, alcuna ragione per cui il pagamento *ex post* non possa soddisfare lo stesso interesse cui tende il pagamento *ex ante*. Diversamente opinando, si determinerebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra due situazioni analoghe.

<sup>84</sup> P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 122 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 97 ss.; ID., *La convalida delle nullità di protezione. Contributo ad uno studio della sanatoria del negozio nullo*, cit., p. 1901 ss.; ID., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 11; ID., *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, cit., p. 1105 ss.; ID., *Sanatoria*, cit., p. 1103.

<sup>85</sup> G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 106.

<sup>86</sup> G. PERLINGIERI, *Sanatoria*, cit., p. 1123. V. anche ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 16 ss.



8. – Tirando le fila del discorso, dall’analisi appena condotta risulta evidente come una lettura assiologico-funzionale dell’art. 1423 c.c. sia quella più adeguata ad assicurare una tutela effettiva degli interessi che di volta in volta vengono in rilievo, in quanto la nullità non sempre si pone come rimedio più efficace per la tutela degli interessi del caso concreto. Si pensi alla distinzione tra rilievo e dichiarazione della nullità di protezione, alla giurisprudenza in tema di registrazione sanante del contratto di locazione, alle sopra enunciate ipotesi legislative di sanabilità del contratto nullo.

In tali fattispecie si prevede la sanabilità di quegli atti in cui l’invalidità dipenda esclusivamente dall’assenza di un documento o da un adempimento “formale” che non incida sull’essenza del negozio stesso, attraverso il successivo compimento di quanto richiesto. Sembra enuclearsi, pertanto, una medesima *ratio* estensibile a tutti quei casi in cui la violazione di una mera formalità documentale, che non abbia però determinato pregiudizi sostanziali, possa essere superata con un successivo adempimento.

Dunque, ove l’interesse finale della norma non risulti frustrato e non vengano pregiudicati i diritti dei soggetti tutelati, potrebbe ipotizzarsi una sanatoria dell’atto attraverso l’adempimento successivo di quanto prescritto dal legislatore.

Questa logica sarebbe applicabile, come visto, nel caso dei contratti aventi ad oggetto l’acquisto di immobili da costruire, con la presentazione successiva della fideiussione – ove non siano stati pregiudicati i diritti dei promissari acquirenti –, e, nel caso dell’edilizia sovvenzionata, con l’ipotizzato svincolo *ex post* dalla prelazione, atteso che resterebbe comunque soddisfatto l’interesse di natura economica sotteso alla norma che prevede la possibilità di affrancazione *ex ante*.



MICHELE RAGGI

Dottorando – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

## PER UNA RILETTURA DELLA PROPRIETÀ RISOLUBILE ATTRAVERSO IL PRISMA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE CONDIZIONATE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Pendenza e incertezza: l'incidenza del tempo sulle situazioni giuridiche condizionate. – 3. Precisazioni sull'accezione di retroattività. – 3.1. Alcune eccezioni alla regola della retroattività condizionale. – 3.2. L'irrilevanza della retroattività: l'art. 1357 cod. civ. quale autonomo fondamento del regime circolatorio delle situazioni condizionate – 4. La ri-emersione della proprietà risolubile. – 4.1. La proprietà risolubile e quella temporanea nel sistema delle situazioni di appartenenza. – 4.2. Sull'assimilazione della proprietà risolubile alla proprietà destinata. – 5. Configurabilità della proprietà risolubile nella vendita con riserva di proprietà.

1. – È stato detto che l'istituto della condizione costituisce «l'unica ipotesi, di cui il legislatore abbia dettato una disciplina sufficientemente chiara ed esauriente»<sup>1</sup>. Eppure, è proprio la condizione a suscitare, ancor'oggi, questioni interpretative variegata, intersecanti diversi settori della civilistica<sup>2</sup>. Il suo carattere poliedrico, consistente nell'attitudine a declinare gli schemi tipici secondo i più svariati interessi dei contraenti, ne ha dettato la fortuna nei regolamenti contrattuali<sup>3</sup>.

Angolatura d'osservazione privilegiata è il problema della configurabilità della proprietà risolubile, isolatamente oggetto di interesse dottrinale<sup>4</sup>. La categoria, che non sembra essere stata esaminata in ordinamenti diversi da quello italiano<sup>5</sup>, individua una specificazione strutturale e funzionale della proprietà<sup>6</sup> e si riferisce

<sup>1</sup> A. BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 182.

<sup>2</sup> M. INDOLFI, *La condizione secondo la teoria della fattispecie*, in *La condizione nel contratto. Tra "atto" e "attività"*, a cura di F. ALCARO, Cedam, 2008, 2.

<sup>3</sup> Nella presente riflessione non ci si occuperà della *condicio iuris*, figura peraltro discussa, bensì della sola condizione volontaria. Di quest'ultima si avrà riguardo alla sola configurazione condizionale bilaterale, rispondente all'interesse di entrambi i contraenti. Se, al contrario, l'incompletezza dell'assetto negoziale è funzionale all'interesse di una sola delle parti, si parla di condizione unilaterale. Quanto al discrimine tra condizione unilaterale e bilaterale, la Corte di Cassazione ritiene che possa emergere anche implicitamente (*ex plurimis*, Cass. 11 febbraio 2013, n. 3741).

<sup>4</sup> A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Giuffrè, 1975, preceduto dal saggio ID., *La pretesa retroattività della condizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, 825 ss.

<sup>5</sup> Se lo studio della proprietà risolubile è prettamente di matrice italiana, la dottrina tedesca si è concentrata sullo studio dell'aspettativa reale, con particolare attinenza alla vendita con riserva di proprietà (rilievi in tal senso in L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, III ed., Giuffrè, 1975, 189 ss., spec. nota 21; G. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, *passim*; sull'argomento cfr. *infra*, § 5). Anche nel contributo di C. VON BAR, *Questioni fondamentali per la comprensione del diritto europeo delle cose*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 571 ss., spec. 599 ss., l'indagine non sembra considerare la proprietà risolubile e si arresta solamente alla considerazione delle limitazioni temporali dei diritti reali.

<sup>6</sup> Come meglio illustrato *infra*, § 4.1.



alla posizione sia dell'alienante *sub condicione* sospensiva sia dell'acquirente *sub condicione*. In entrambi i casi, i contraenti risultano titolari di una situazione soggettiva precaria in quanto suscettibile di estinguersi in occasione dell'avveramento della condizione.

Svariate sono le ragioni che suggeriscono l'opportunità di una rilettura della proprietà risolubile: le molteplici questioni interpretative sollevate dalla condizione, ormai maggioritariamente qualificata come elemento "multifunzionale"<sup>7</sup>; l'idoneità della condizione a incidere sulle situazioni giuridiche dei contraenti; gli scogli interpretativi riguardanti le dinamiche traslative occasionatesi durante la pendenza condizionale e, non da ultimo, l'urgenza metodologica di accostarsi alla disciplina negoziale della condizione in modo neutrale, evitando "incrostazioni" assiomatiche che la dottrina ha progressivamente sedimentato, ad esempio, in materia di retroattività<sup>8</sup>.

*Fil rouge* della presente indagine è la riflessione in ordine alla conformazione ingenerata dall'elemento condizionale sulle situazioni giuridiche soggettive<sup>9</sup>. L'elaborazione della proprietà risolubile è, infatti, il frutto dell'osservazione dell'incidenza dell'incertezza e della precarietà, predicati della pendenza condizionale, sulle posizioni dei contraenti *sub condicione*.

La proprietà risolubile ri-emerge all'esito di una rivisitazione del dogma della retroattività, condotta in modo aderente al sistema e alle sue deroghe, nell'imprescindibile tentativo di collocare la figura entro lo schema tradizionale delle situazioni di appartenenza.

**2.** – Lo iato temporale che si frappone tra la manifestazione negoziale condizionata e la realizzazione dell'evento o il suo mancato avveramento delinea lo stato di pendenza<sup>10</sup>, tratto essenziale del negozio condizionato, che ne influenza i diversi aspetti tipologici e funzionali.

La pendenza è un concetto che rimanda a una molteplicità di significati: il pendere designa genericamente ciò che è in corso di compimento e crea un'attesa e perciò può riferirsi a un evento certo o incerto<sup>11</sup>. Come osservato, tuttavia, «è più spiccatamente attesa l'attesa di un fatto incerto che non quello di un fatto certo»<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Cedam, 1996, 149. La dottrina più recente ha dimostrato un rinnovato interesse per l'elemento condizionale transitando dalle riflessioni più risalenti imperniate sui profili strutturali ed effettuali dell'istituto, a uno studio incentrato sulla valorizzazione della condizione come meccanismo selettivo degli interessi componenti il regolamento contrattuale (cfr. R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, Giuffrè, 1996, 4; M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari delle situazioni di pendenza*, Giuffrè, 2006, 112 ss.). La condizione è vista come momento di «esaltazione» dell'autonomia privata in R. SACCO, *La condizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, 10, t. II, Utet, 2002, 426.

<sup>8</sup> Anche G. TATARANO, *Incertezza, autonomia privata e modello condizionale*, Jovene, 1976, 3, ha segnalato quanto le valutazioni nell'ambito del contratto condizionale subiscano il rischio di essere falsate da preventivi riferimenti assiomatici. Il tentativo dell'Autore è quello di smarcarsi dal c.d. dogma della fattispecie che avrebbe instillato un inquadramento meccanicistico e asettico della condizione, alla stregua di elemento esterno alla fattispecie e al di fuori di qualsiasi riferimento di natura programmatica dell'atto. Cfr. *infra*, nota 196.

<sup>9</sup> Per "situazioni giuridiche condizionate" si intende sia la posizione del titolare dell'aspettativa sia quella – complementare – del titolare del diritto risolubile o precario.

<sup>10</sup> Accurata l'esegesi di A. BELFIORE, *Pendenza*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982, 873 ss. Per una lettura storica della pendenza alla luce delle fonti romanistiche si vedano C. GIOFFREDI, «*Pendere*»: per la storia di un dogma, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, I, Utet, 1960, 825 ss. e ID., «*Pendenza*» e «*sospensione*» dalle fonti romane alla dommatica odierna, in *Studi e documenti di storia e diritto*, 1956, 113 ss. Sulla pendenza nella condizione R. LENZI, *Della condizione nel contratto*, in *Comm. Gabrielli, Dei contratti in generale*, II, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Utet, 2011, 310 ss.

<sup>11</sup> C. GIOFFREDI, «*Pendere*», cit., 855.

<sup>12</sup> ID., «*Pendenza*» e «*sospensione*», cit., 147.



Differentemente dal negozio sottoposto a termine, in quello *sub condicione* l'attesa che consegue alla pendenza è specificamente qualificata dal predicato dell'incertezza. Trattasi di una modalità di incisione del tempo sui diritti soggettivi differente rispetto a quella che si rinviene nella proprietà temporanea alla quale è estraneo l'elemento dell'incertezza<sup>13</sup>.

Connaturato alla fattispecie è l'intendimento dei contraenti di differire la realizzazione dell'interesse presupposto al regolamento negoziale a un momento successivo alla costituzione del rapporto. Il negozio condizionato risulta quindi imperfetto perché l'incertezza temporale rende incompleto l'assetto di interessi predisposto dai contraenti, differendo la realizzazione del relativo programma.

Cionondimeno, anche rispetto al negozio *sub condicione*, rimane ferma la valenza del principio di vincolatività del rapporto *ex art. 1372 cod. civ.* «che si sostanzia appunto nella soggezione delle parti agli effetti che deriveranno dal negozio, in qualunque momento essi abbiano a seguire»<sup>14</sup>.

Più precisamente, l'interesse al differimento permea un contratto valido che, per quanto incompleto, è comunque idoneo a modificare doppiamente, nel tempo, la realtà giuridica<sup>15</sup>: gli effetti "immediati" preludono a una modificazione ulteriore del panorama giuridico che si atteggia diversamente a seconda che la condizione sia sospensiva o risolutiva<sup>16</sup>.

La dichiarazione di volontà condizionata è, dunque, «espressione di una volontà attuale non meno di quella che dà vita al negozio puro e semplice, anche se, rispetto a questa, fornita di meno vigore, o addirittura paralizzata, perché incapace di produrre il rapporto consequenziale (tipico) o, quanto meno, di produrlo in modo stabile e definitivo»<sup>17</sup>. La volontà negoziale condizionata è sussistente nel mondo giuridico nel momento in cui viene espressa, indipendentemente dall'avveramento o meno dell'evento: il mancato avveramento della condizione sospensiva o l'avveramento della condizione risolutiva non importa che ci si trovi innanzi a una *non volontà* negoziale<sup>18</sup>. Di condizionale e ipotetico nella dichiarazione condizionata non c'è che la forma dell'espressione, l'*habitus* esterno del corpo grammaticale e sintattico dei termini impiegati<sup>19</sup>. Come efficacemente chiosato, il contenuto attuale della dichiarazione in forma condizionata del "voglio se" diventa «"voglio che" l'evento x sia decisivo per la produzione dell'effetto y»<sup>20</sup>. La sostanza della determinazione volitiva è sempre attuale e univoca dal momento che due volontà antitetiche (volere e non volere) non possono coesistere nella stessa manifestazione volitiva<sup>21</sup>.

<sup>13</sup> Sulla proprietà temporanea si veda *infra*, § 4.1.

<sup>14</sup> U. NATOLI, *Condizione*, in *Commentario del cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Libro IV, *Delle obbligazioni*, I, Barbera, 1948, 426-427.

<sup>15</sup> M. COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. GABRIELLI, Utet, 1999, 931.

<sup>16</sup> D. CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 54 e 55; ID., *Condizione e termini*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Giuffrè, 2006, 331 ss. L'esistenza del negozio condizionato è confermata dalla produzione di effetti, da taluni detti "preliminari" discendenti *ex lege* (art. 1356 ss. cod. civ.), che connotano la durata della pendenza condizionale (U. NATOLI, *Condizione*, cit., 427 ss.).

<sup>17</sup> *Ivi*, 423.

<sup>18</sup> *Ivi*, 425. Come osservato da D. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Giuffrè, 1937, 11 ss., la manifestazione di volontà condizionata sembra caratterizzata da un'apparente ambiguità, in quanto espressiva alternativamente di una doppia direzione volitiva: «ogni voglio se sembra contenere implicito un non voglio se non... [...] Ma, poiché tra voglio e non voglio, non c'è gradazione di mezzo e dove non è l'uno è l'altro, l'assenza di un attuale voglio, rileva la presenza di un attuale non voglio. Infatti è solo un ineffabile neologismo l'uso invalso del "voglio se"; mentre il "se" non sopporta che un "vorrei"».

<sup>19</sup> *Ivi*, 17.

<sup>20</sup> *Ivi*, 16.

<sup>21</sup> *Ibidem*. L'aver indugiato su tali profili volontaristici conferma che l'attualità è il predicato caratterizzante la dimensione temporale negoziale: fonte di obbligatorietà è solamente una volontà *attuale*. Il presente è la dimensione preferenziale della misurazione del tempo giuridico. L. BAGOLINI, *Significati della parola "tempo" in alcuni discorsi giuridici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 337: «Il



La precarietà caratterizza le situazioni condizionate, in virtù della loro sottoposizione alla futura modificazione della realtà giuridica<sup>22</sup>. Il diaframma fra momento della prestazione del consenso e momento dell'attuazione degli effetti negoziali delinea un rapporto di subordinazione tra il vincolo negoziale e l'evento e connota le relative situazioni giuridiche come precarie<sup>23</sup>.

La certezza, connotato imprescindibile del diritto<sup>24</sup>, assume, nell'ambito dell'odierna riflessione, un'accezione specifica e singolare di "stabilità" e "prevedibilità" degli sviluppi delle determinazioni dell'autonomia privata. In questo senso si contrappone all'incertezza, quintessenza dell'evento dedotto nella clausola condizionale<sup>25</sup>. L'incertezza importa, strutturalmente, inattualità, da intendersi, come accennato, quale incompletezza dell'assetto programmatico delle parti<sup>26</sup>.

Nel negozio *sub condicione* si realizza una commistione di differenti dimensioni cronologiche, determinata dalla compresenza della futurità dell'evento, dell'attualità della determinazione negoziale e della dimensione passata derivante – secondo la tradizionale spiegazione – dall'agire retroattivo del meccanismo condizionale: l'elemento temporale, parametro ordinante la realtà fenomenica nonché connotato essenziale di ogni valutazione giuridica<sup>27</sup>, permea, in modo peculiare, l'analisi delle situazioni giuridiche condizionate.

**3. –** La retroattività della condizione trova tradizionalmente il suo fondamento nell'art. 1360 cod. civ., co. 1, a norma del quale gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, salvo che, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto o della risoluzione debbano essere riportati a un momento diverso.

---

tempo è presupposto dal giurista nel senso che l'unica forma reale e concreta del tempo è quella presente: l'«adesso», l'«ora», l'«Jetzt» costituiscono il tempo nella sua realtà; l'unica posizione reale e concreta del pendolo è quella presente, le posizioni passate non ci sono più, le posizioni future non ci sono ancora».

<sup>22</sup> A. BELFIORE, *Pendenza*, cit., 874. Per alcune precisazioni sul carattere dell'incertezza vedasi D. CARUSI, *Appunti*, cit., 62 ss., laddove quest'ultima va determinata con riferimento all'interesse dei contraenti prescindendo dalla natura intrinseca dell'evento. Sotto diversa prospettiva, al fine di risolvere il grave problema dell'ammissibilità della condizione di inadempimento, l'incertezza è oggetto d'approfondita analisi di G. AMADIO, *op. cit.*, 82 ss.

<sup>23</sup> G. AMADIO, *op. cit.*, 120 ss.; V. CONFORTINI, *Clausola condizionale, in Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, I, a cura di M. CONFORTINI, Utet, 2017, 95 ss.; D. CARUSI, *Appunti*, cit., 62. Per le diverse configurazioni giuridiche che può assumere il concetto di subordinazione, per l'individuazione delle peculiarità della subordinazione condizionale nonché per il distinguo rispetto alle categorie di presupposizione e presupposto cfr. D. BARBERO, *Condizione*, in *Noviss. Dig.*, III, Utet, 1959, 1098.

<sup>24</sup> N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. filosofia del diritto*, 1951, 146 ss.

<sup>25</sup> S. MAIORCA, *Condizione*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, III, Utet, 1988, 276, nota 6. L'incertezza identifica una situazione di cui non sono noti gli sviluppi e dev'essere intesa in senso assoluto (M. COSTANZA, *op. cit.*, 932 e 933). L'evento è in se stesso identificato, attenendo l'imprevedibilità alla sola sua verifica. L'evento condizionale, infatti, è sempre oggetto della valutazione e della programmazione dei contraenti. Anzi, proprio la programmazione condizionale rende evidente il difetto di attualità dello stesso interesse negoziale dei contraenti i quali «anziché programmare indiscriminatamente un certo assetto di interessi, preferiscono attendere l'acquisizione di un ulteriore dato con riferimento al quale selezionano l'effetto medesimo» (R. LENZI, *Condizione*, cit., 115-116).

<sup>26</sup> La prospettiva è ben messa in evidenza da G. TATARANO, *La condizione*, in *Condizione e modus, Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, a cura di G. TATARANO e C. ROMANO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 21 ss. La lettura funzionalistica costituisce congruo canone interpretativo dei riferimenti (menzionati nelle note precedenti), generalmente invalsi nella dottrina più risalente, al negozio condizionato come inattuale perché imperfetto strutturalmente (si pensi al NATOLI, *op. cit.*, 423, il quale si riferiva a una volontà attuale anche se, rispetto a quella presupposta al negozio puro e semplice, «fornita di minor vigore, o addirittura paralizzata»).

<sup>27</sup> A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, 1965, 484; V.M. TRIMARCHI, *Termine (diritto civile)*, in *Noviss. Dig.*, XIX, Utet, 1977, 96 ss.; A. DI MAJO, *Termine (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 187.



La retroattività è «modalità dell'efficacia giuridica della dichiarazione condizionale»<sup>28</sup>, la cui definizione coinvolge aspetti cardinali della scienza civilistica quali il tempo, il fatto giuridico e i relativi effetti<sup>29</sup>. L'obiettivo di chiarirne il contenuto e la portata è certamente arduo se si guarda alla stringata enunciazione di principio dell'art. 1360 cod. civ., il quale si limita ad affermare al primo comma che «gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto». A ciò si aggiunga che la retroattività, rientrando nel novero dei «concetti generici [...] pieghevoli ed elastici»<sup>30</sup>, consente difficilmente una riconduzione a principi direttivi e ordinanti.

In passato, il «problema»<sup>31</sup> sotteso alla spiegazione retroattiva degli effetti condizionali riguardava l'esigenza di «salvare l'intento delle parti, il quale fosse di chiedere all'ordinamento giuridico la produzione degli effetti dichiarati come dal momento della manifestazione, per l'ipotesi che l'evento venga a verificarsi»<sup>32</sup>. Così, la tradizionale giustificazione della retroattività ha sempre visto nell'intenzione del legislatore il riconoscimento della presunta volontà delle parti di far coincidere, anche nelle fattispecie condizionate, la produzione degli effetti del contratto con il momento della sua stipulazione<sup>33</sup>. Cionondimeno, data l'insussistenza di «prove persuasive della normale esistenza di una volontà delle parti diretta alla retroattività»<sup>34</sup>, tale *ratio* appare indimostrata.

La spiegazione gnoseologica del “come se fosse” potrebbe ingenerare l'equivoco di ricondurre la retroattività all'alveo della finzione<sup>35</sup>. Era questo l'avviso della corrente dottrinale prevalente in tempi meno recenti<sup>36</sup>: comportando la retrodatazione dell'effetto rispetto alla causa, la retroattività costituirebbe una deviazione dal principio di causalità giuridica<sup>37</sup>. In ossequio a questa impostazione, l'avveramento della condizione produrrebbe l'effetto di «agire sul passato (retroagire)»<sup>38</sup>: il fatto si considera avvenuto in un momento di-

<sup>28</sup> A. FALZEA, *Condizione. I) Diritto Civile*, in *Enc. giur.*, VII, Treccani, 1988, 9.

<sup>29</sup> Il problema della retroattività è stato recentemente considerato da M. GRANDI, *La modernità del dogma retrospettivo nel sistema dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 835 ss., contributo principalmente impostato sulla disamina della retroattività nei fenomeni risolutivi. Si veda anche ID., *Retroattività della condizione: il problema e le prospettive*, in *I contratti*, 2011, 289 ss., per un'indagine sulla retroattività seguendo una direzione trasversale tra gli aspetti pubblicitari, la circolazione giuridica, la condizione di inadempimento e la risoluzione per inadempimento.

<sup>30</sup> B. DUSI, *Cenni intorno alla retroattività della condizione*, in *Studi giuridici dedicati a F. Schupfer*, III, F.lli Bocca, 1898, 515.

<sup>31</sup> D. BARBERO, *Contributo*, cit., 32.

<sup>32</sup> *Ivi*, 32 e 33.

<sup>33</sup> Fin dal *Code Napoléon* si rinviene, quale giustificazione del principio di retroattività della condizione, l'argomento della corrispondenza all'interesse delle parti, le quali se sapessero della certa realizzazione dell'evento stipulerebbero un negozio puro e non condizionato. Tale spiegazione della retroattività permane ancora nella dottrina recente, cfr., *inter alia*, R. SACCO, *op. cit.*, 429.

<sup>34</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 22. Il riferimento alla presunta volontà delle parti è rinvenibile nella Relazione al codice civile (n. 621) nella quale, peraltro, si precisa che, proprio perché fondata sulla presunta volontà dei contraenti, dev'esser loro sempre riconosciuta la facoltà di derogarvi (come del resto codificato nell'art. 1360, co. 1, seconda parte, cod. civ.). Fin d'ora si può osservare che il richiamo sembra confermare il carattere non necessario della retroattività della condizione. Come correttamente precisato, «non si può far discendere la costruzione di un fenomeno giuridico argomentando da un dato che non è necessario, per legge, alla integrazione della fattispecie» (U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, 330-331).

<sup>35</sup> Sulla finzione vedasi S. PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, 1968, 658 ss.: «Col termine finzione si allude al risultato di un processo mentale che, in quanto immaginato o inventato, non corrisponde puntualmente ad una specifica realtà». Ricostruisce il problema muovendo la riflessione da una prospettiva extra-giuridica e gnoseologica A. LA TORRE, *La finzione nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 315 ss. Sulle diverse accezioni della finzione giuridica nella teoria generale del diritto vedasi R. GUASTINI, *Finzione giuridica (nella teoria generale)*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VIII, Utet, 1992, 354 ss.

<sup>36</sup> F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, t. I, Giuffrè, 1968, 190 e ID., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, 1952, 436 e 437.

<sup>37</sup> *Ivi*, 436.

<sup>38</sup> *Ivi*, 571.



verso da quello in cui realmente si è verificato, con la conseguenza di «distruggere la situazione giuridica interimisticamente viva durante la pendenza»<sup>39</sup>.

Sennonché, è prevalsa una diversa ricostruzione<sup>40</sup>. Lungi dal ricondurre la retroattività a una figura di *fictionis iuris*, si è correttamente ritenuto che il punto della questione fosse spiegare una modificazione della realtà intervenuta fin dalla stipulazione del negozio *sub condicione*. Non può dunque leggersi nella retroattività condizionale un espediente rispondente all'esigenza<sup>41</sup> di garantire, secondo la presunta volontà delle parti, la consequenzialità del fatto e dell'effetto.

Pertanto, risulta un equivoco considerare l'operare retroattivo come anteriorità dell'efficacia giuridica rispetto alla produzione del fatto da cui deriva. L'intervento del legislatore, il quale dispone solamente per il futuro e non per il passato<sup>42</sup>, non sovverte, stante l'irreversibilità delle situazioni di fatto, la relazione di causalità tra fatto ed effetto «né l'esclusione *a posteriori* dell'esistenza di ciò che è realmente esistito»<sup>43</sup>.

Il meccanismo retroattivo non consiste, dunque, in una modificazione o cancellazione dell'ordine fisico e giuridico<sup>44</sup>, bensì nell'instaurarsi di una realtà giuridica aderente e conforme all'assetto di interessi spiegato dal realizzarsi dell'evento condizionale<sup>45</sup>. Non si tratta di fingere già prodotti gli effetti giuridici attuali, bensì di far sorgere degli effetti attuali di contenuto tale da riprodurre il più possibile quella situazione che attualmente vi sarebbe, se il contratto fosse stato efficace fin dalla sua stipulazione<sup>46</sup>.

Il parametro temporale della negozialità è solamente quello del *presente*: nella dimensione negoziale gli obblighi e i diritti non possono sorgere per il passato. Solo apparentemente, quando si parla di retroattività, ci

<sup>39</sup> L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, rist. II ed., Giuffrè, 1948, 170: «Distruggere il passato? Raffigurata in tal modo si deve ricorrere a un artificio: a quella che si vuol chiamare una finzione». Lo stesso autore, tuttavia, propugna una rilettura, anzi un rifiuto, della – al tempo – predominante c.d. teoria della finzione. La finzione di avveramento *ex art.* 1359 cod. civ., che costituisce una vera e propria *fictionis iuris*, esula dal discorso sui rapporti tra finzione e retroattività. Trattasi, infatti, della fittizia instaurazione di un ordine reale corrispondente all'avveramento della condizione (o al mancato avveramento della stessa) a causa del comportamento non conforme a buona fede e imputabile alla parte che abbia determinato un'alterazione del naturale percorso attuativo (o impeditivo) dell'evento. Sull'istituto, *ex plurimis*, P. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione e di non avveramento della condizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, 809 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Giuffrè, 1975, 49 ss. e 107 ss.; F. PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Cedam, 1994; A. BELLIZZI DI SAN LORENZO, *Note sulla finzione di avveramento della condizione*, in *giustiziacivile.com*, 2023.

<sup>40</sup> D. BARBERO, *Condizione*, cit., 1106.

<sup>41</sup> Nel senso correttamente avanzato da LA TORRE, *op. cit.*, 321, il quale vede nella *fictionis iuris* una “necessità” dell'ordinamento giuridico rispondente, cioè, all'«esigenza di non applicare la *regula iuris* a casi in cui essa produrrebbe conseguenze inique; o per la inversa esigenza di estenderla a casi che, in modo altrettanto ingiusto, dovrebbero restarne fuori».

<sup>42</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 16.

<sup>43</sup> *Ivi*, 15. Parimenti critico nei confronti nella riconducibilità della retroattività alla *fictionis iuris* è M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Giappichelli, 1950, 225 e ID., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, rist., Giappichelli, 1999, 115 ss.

<sup>44</sup> A. FALZEA, *Condizione*, cit., 9.

<sup>45</sup> Secondo D. BARBERO, *Contributo*, cit., il fenomeno della retroattività sarebbe tutto interno all'ordine giuridico, divenendo così ultroneo il riferirsi al concetto di finzione. La mancata corrispondenza, nell'ordine giuridico, alla realtà fenomenica è discrasia da ricondursi solamente al piano giuridico: «Appunto il legislatore, mentre dispone e comanda non finge mai o, almeno, finge nello schietto senso latino, cioè *crea*: crea la realtà giuridica» (*Ivi*, 36); «[...] nell'ordine giuridico non esistono *finzioni*, ma esistono solo *realtà giuridiche*, che possono non coincidere con la realtà naturalistica o storica» (*Ivi*, 35). E ancora: «Non esistono finzioni nel diritto, e non si può nemmeno prospettare il concetto se non paragonando indebitamente, e quindi erroneamente, la realtà giuridica (formale) con quella naturale. Fra queste due categorie può benissimo non esserci e spesso non c'è, coincidenza [...] Non occorre quindi, ed è erroneo, rifarsi al concetto di “finzione” per capire e spiegare il contenuto della situazione giuridica formale quando sia diverso da una situazione naturale che le sia corsa parallela» (D. BARBERO, *Condizione*, cit., 1106). Tale lettura trova il favore di G. TATARANO, *Retroattività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 83.

<sup>46</sup> D. BARBERO, *Contributo*, cit., 37; A.C. PELOSI, *op. cit.*, 16.



si confronta con una disciplina rivolta al passato, perché essa produce i suoi effetti per il periodo successivo a quello in cui sorge.

Invero, la retroattività è un carattere naturale<sup>47</sup> della condizione, non necessario o essenziale, e comunque mai confliggente con la realtà materiale modificata dalla situazione di pendenza. Del resto, la regola opposta dell'irretroattività, peraltro adottata in alcuni ordinamenti<sup>48</sup>, sarebbe confacente al carattere attuale della volontà negoziale *sub condicione* e all'intenzione dei contraenti, i quali attraverso l'elemento condizionale, «si rimettono sostanzialmente al futuro»<sup>49</sup>.

**3.1.** – È utile soffermarsi, seppur parzialmente, sopra due momenti dimostrativi delle eccezioni alla retroattività, relativi al rischio per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione durante la pendenza e al mancato decorso della prescrizione delle situazioni giuridiche condizionate.

Con riferimento alla prima, oggetto di osservazione è l'art. 1465 cod. civ., co. 4, a norma del quale l'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione, se il trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima del verificarsi della condizione. Il punto è capire in quale rapporto si pone la norma, prevista per la pendenza condizionale nei contratti a effetti traslativi, con l'opposta regola *res perit domino* ospitata nel medesimo articolo al primo comma, la quale, come noto, esclude in via generale la liberazione dell'acquirente.

Ebbene, se vigesse il dogma della retroattività, l'acquirente del negozio *sub condicione* dovrebbe considerarsi *dominus* retroattivamente fin dalla conclusione del contratto e in quanto tale non esonerato dall'esecuzione della controprestazione: senonché, la soluzione è esattamente quella opposta, cioè la liberazione dell'acquirente, si avveri o no la condizione.

La soluzione accolta dalla disposizione si pone in continuità rispetto a quella del codice civile del 1865 (art. 1163, co. 1). La Relazione al codice (n. 664) spiega l'accollo del rischio all'alienante con la mancanza dell'oggetto del contratto e la sua conseguente nullità al momento dell'avveramento della condizione e del momento di produzione di efficacia<sup>50</sup>.

Parte della dottrina invoca l'art. 1347 cod. civ. per giustificare che il contratto, per la sopravvenuta man-

---

<sup>47</sup> Sul carattere non necessario della retroattività si vedano A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, 1941, 171 ss. e 237 ss.; U. NATOLI, *op. cit.*, 471; U. LA PORTA, *op. cit.*, 332; L. BARASSI, *op. cit.*, 165: «E così si può affermare che la retroattività non è affatto una conseguenza, o meglio un carattere logicamente indefettibile della condizione».

<sup>48</sup> D. CARUSI, *Condizione*, cit., 341. La regola della retroattività condizionale non è stata unanimemente accolta in tutti gli ordinamenti giuridici stranieri. Omologa alla soluzione adottata dall'ordinamento italiano era, fino al 2016, quella dell'ordinamento francese risultante dall'abrogato art. 1197 *Code civil*. Il vigente art. 1304-6, primo comma, *Code civil* («*L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive*»), invece, prevede l'irretroattività dell'avveramento della condizione sospensiva. Regola, questa, derogabile a tenore del comma successivo («*Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat [...]*»), il quale, infatti, è espressivo della facoltà delle parti di prevedere la retroattività condizionale. Nel caso della condizione risolutiva, invece, la regola è quella retroattiva (art. 1304-7 *Code civil*, primo comma), ancorché derogabile pattiziamente (secondo comma). L'ordinamento portoghese (art. 276 *Código civil português*) è allineato con quello italiano. Altri, come quello austriaco (parr. 696 ss., 897 ss. ABGB), non prendono posizione sul punto; altri ancora, quello svizzero (artt. 151 e 154 della legge federale di completamento al codice civile svizzero), quello cubano (art. 53, nn. 2 e 4 *Código civil cubano*), propendono per la regola opposta dell'efficacia *ex nunc*. Ancora, la soluzione dell'irretroattività è quella proposta da G. GANDOLFI (a cura di), *Codice europeo dei contratti*, Giuffrè, 2002, 930, (cfr. artt. 49 e 50 del Libro I, Titolo VI, Sezione 2, *Effetti dovuti ad elementi accidentali*).

<sup>49</sup> L. BARASSI, *op. cit.*, 165.

<sup>50</sup> U. NATOLI, *op. cit.*, 473.



canza dell'oggetto, non potrebbe avere effetto e dunque nemmeno un effetto retroattivo. Contrariamente, è stato osservato che da tale norma può solo desumersi che quando la prestazione è inizialmente impossibile è sufficiente, ai fini della validità del contratto, che la possibilità sopraggiunga prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine, non statuendo la stessa norma che la possibilità della prestazione perduri fino al momento dell'efficacia<sup>51</sup>. Un'interpretazione fedele al dato letterale della disposizione ricava il principio secondo cui la possibilità della prestazione durante la pendenza è sufficiente, ma non necessaria per la validità<sup>52</sup>. Inoltre, l'addurre la nullità del contratto a fondamento dell'esclusione dell'effetto retroattivo si pone in contrasto con la ricostruzione accolta del concetto di retroattività, alla stregua di effetti attuali con contenuti il più possibile aderenti alla situazione che vi sarebbe se il contratto fosse stato efficace *ab initio* e quindi da un momento in cui l'oggetto era possibile<sup>53</sup>.

A questo punto, il significato dell'art. 1465, co. 4, cod. civ., inteso come deroga alla retroattività condizionale, è da ricercarsi confrontando l'ultimo comma con il secondo, che riguarda l'apposizione del termine al contratto con effetti traslativi ed esprime l'opposta regola dell'accollo del rischio all'acquirente, in deroga al principio *res perit domino* del co. 1. La Relazione al codice civile<sup>54</sup>, nel caso del negozio sottoposto a termine iniziale, riconduce la sopportazione del rischio da parte dell'acquirente alla circostanza che l'alienante ha già manifestato il consenso e quindi adempiuto alla sua obbligazione principale consistente nella cooperazione necessaria per la verifica dell'effetto traslativo, alla quale si contrappone l'obbligo dell'acquirente di pagamento del corrispettivo. La spiegazione sembrerebbe non soddisfacente dal momento che anche nel caso di contratto a condizione sospensiva il contraente presta il consenso e quindi tutta la sua cooperazione al trasferimento, senonché il dettato codicistico sposa la regola opposta<sup>55</sup>. Oltretutto, l'automatica traslazione del rischio in capo all'acquirente in virtù dalla semplice conclusione del contratto (art. 1376 cod. civ.) è certamente valevole anche nel caso del negozio *sub condicione*<sup>56</sup>.

La *ratio* risiede, invece, nella circostanza che la scadenza del termine è un avvenimento sicuro e certo fin dalla stipulazione del contratto, differentemente dall'ipotesi condizionale nella quale, escludendo la retroattività, l'acquirente non potrebbe considerarsi proprietario fin dalla conclusione del contratto, data l'incertezza dell'esito finale della determinazione dell'autonomia privata<sup>57</sup>. Viene così corroborata l'esclusione della retroattività condizionale nel caso dell'art. 1465, co. 4, cod. civ. Il fondamento dell'eccezione non ha solamente una derivazione storica, ossia dal diritto romano<sup>58</sup>: siccome la retroattività viene esclusa dal legislatore per quanto riguarda i *commoda* (cfr. art. 1361, co. 2, cod. civ., in materia di frutti), la stessa operatività *ex nunc*

<sup>51</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 60. Ulteriore argomento per disconoscere la necessità della persistenza della possibilità della prestazione fino all'avveramento della condizione è il riferimento all'art. 1465, co. 2. Nel caso di termine iniziale, il rischio del perimento della cosa grava in capo all'acquirente il quale è tenuto alla controprestazione e il contratto è valido ed efficace nonostante l'oggetto della prestazione sia ormai perito, proprio nel momento in cui l'efficacia deve sopravvenire.

<sup>52</sup> *Ivi*, 61.

<sup>53</sup> *Ivi*, 62: «Quando si afferma che il contratto non può *retroagir* perché non può *agir* [...] non si fa più di un giuoco di parole». Contra S. PAGLIANTINI, *Art. 1465 – Contratto con effetti traslativi o costitutivi*, in *Comm. Gabrielli, Dei contratti – Vol. IV: Artt. 1425-1469 bis e leggi collegate*, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Utet, 2011, 598.

<sup>54</sup> Relazione al Re n. 664. *Ratio* accolta anche da parte della dottrina più risalente, cfr. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, III ed., Giuffrè, 1948, 499.

<sup>55</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 63; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta, Art. 1465*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2003, 125. Contra C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, 1995, 378.

<sup>56</sup> F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *I rimedi, Trattato del contratto, diretto da V. Roppo*, Giuffrè, 2022, 854.

<sup>57</sup> A riprova di quanto illustrato in apertura, si vede come l'incertezza dell'evento informa la vicenda della pendenza secondo molteplici aspetti, ora rispetto al passaggio del *periculum rei*.

<sup>58</sup> Dig. 18, 6, 8.



dovrebbe conseguire anche per gli *incommoda*, in particolare per la sopportazione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta<sup>59</sup>.

Dalla disamina dei commi 2 e 4 dell'art. 1465 cod. civ. emerge la sensibilità del legislatore rispetto alle peculiarità diacroniche della proprietà risolubile, e la distanza rispetto alla proprietà temporanea di cui al negozio con termine iniziale, non casualmente assoggettata a differente regime. Se, come assodato, il criterio discretivo dell'allocazione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta risiede nella proprietà, e non nella stipula del contratto o nella consegna<sup>60</sup>, il legislatore ha operato una differenziazione di trattamento tra l'alienante *sub condicione*, il quale soggiace all'incertezza condizionale, e il *dominus* temporaneo che al contrario fronteggia, in virtù del termine iniziale, l'ineluttabilità della perdita della propria investitura dominicale.

*Prima facie* la disciplina emergente dall'art. 1465 cod. civ. parrebbe "anomala"<sup>61</sup> in quanto derogante alla regola dell'efficacia *ex tunc* della condizione e al contempo frammentaria in virtù dei molteplici regimi condensati nella disposizione codicistica. Quest'ultima, tuttavia, risulta coerentemente interpretabile alla luce della portata caratterizzante dell'incertezza nel fenomeno della pendenza condizionale e rispettosa dell'incontrovertibile distanza rispetto alla certezza di cui al negozio a termine<sup>62</sup>.

Chi ritiene che in pendenza di condizione sospensiva nessuna proprietà si sia trasferita all'acquirente, rimanendo questa in capo all'alienante *sub condicione*, vede nell'ultimo comma dell'art. 1465 cod. civ. un'applicazione della regola generale dell'allocazione del rischio in capo al *dominus*, disconoscendone la qualificazione come deroga alla retroattività<sup>63</sup>. Per converso, la riemersione della proprietà risolubile, come situa-

<sup>59</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 66. La chiave interpretativa "funzionale" della condizione riesce a spiegare la differenza di trattamento tra i due commi dell'art. 1465 cod. civ.: l'allocazione del rischio non può incombere sulla parte, l'acquirente *sub condicione*, che non possiede nella propria disponibilità tutti i dati per la formulazione del programma negoziale (G. TATARANO, *Incetezza*, cit., 75). In linea anche MACARIO, *op. cit.*, 859 e C.M. BIANCA, *op. cit.*, 378. Secondo una prospettiva più "strutturalista" S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 597, quando afferma che il legislatore ha preferito ricorrere al criterio della «perfezione del contratto».

<sup>60</sup> F. DELFINI, *op. cit.*, 153.

<sup>61</sup> Così G. TATARANO, *Incetezza*, cit., 75 parla dell'ultimo comma dell'art. 1465 cod. civ. come fattispecie anomala. F. DELFINI, *op. cit.*, 124 ss. considera tale deroga una «disarmonia» della disciplina dell'art. 1465 cod. civ. che non risulta omogenea, di tal che non sarebbe ricavabile dalla stessa un unitario e coerente principio. Parla di deroga «particolarmente grave» G. MIRABELLI, *Della condizione nel contratto*, in *Commentario cod. civ.*, Utet, 1980, 194. Avverte l'«anomalia» anche V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2001, 1012. D. CARUSI, *Condizione*, cit., 346 in modo lapidario ritiene il comma in esame un'«importantissima deviazione dall'ordine di idee della retroattività della condizione». Analogamente, segnala il «contrasto» tra l'art. 1465, co. 4 e l'art. 1360 cod. civ., R. LENZI, *Della condizione*, cit., 346.

<sup>62</sup> Secondo V. ROPPO, *op. cit.*, 1012, l'acquisto sottoposto a termine è più stabilizzato e vicino alla perfezione, rispetto all'acquisto sottoposto a condizione: «nel primo caso l'impossibilità dell'acquisto mette in discussione il rapporto perché colpisce una vicenda sostanzialmente chiusa, nel secondo caso lo mette in discussione perché colpisce una vicenda ancora aperta». A. SCACCHI, *La proprietà temporanea*, Giuffrè, 2005, 134. Consapevole di tale differenza tipologica è A.C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, Utet, 1987, 468, il quale osserva che la certezza del diritto futuro spettante all'acquirente nel negozio a termine iniziale giustifica l'attribuzione di poteri maggiori e correlativamente «l'imposizione all'altra parte di vincoli più intensi rispetto all'ipotesi del trasferimento condizionale».

<sup>63</sup> S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 598. Analogamente A. SCACCHI, *op. cit.*, 134, ritiene l'alienante *sub condicione* ancora pieno proprietario della cosa, di tal che la regola dell'ultimo comma dell'art. 1465 cod. civ. altro non sarebbe che una applicazione della regola generale *res perit domino*. Dello stesso avviso è C. PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionato*, in *Arch. Giur. "Filippo Serafini"*, 1986, 289 ss. il quale fermamente ritiene la retroattività condizionale quale «ineliminabile premessa logico-esplicativa» del comma 4 art. 1465 cod. civ. Lo dimostrerebbe l'argomento logico per il quale, escludendo la retroattività della condizione, non potrebbe parlarsi di impossibilità *sopravvenuta*, producendosi gli effetti negoziali non dal momento della conclusione del contratto bensì solo al momento della realizzazione dell'evento, quindi, dopo il perimento dell'oggetto e non prima. Da A.C. PELOSI, *op. cit.*, 76-77 proviene l'obiezione secondo la quale anche nell'ultimo comma dell'art. 1465 cod. civ. l'impossibilità può considerarsi sopravvenuta rispetto alla conclusione del negozio, con il che non vi sarebbe bisogno di ricorrere alla retroattività per considerare sopravvenuta l'impossibilità della prestazione occorsa durante la pendenza.



zione giuridica “intermedia”, permette di considerare l’*attualità* della titolarità del diritto sulla cosa al momento del perimento di questa, a prescindere dalla retroattività condizionale. Così argomentando, la regola *res perit domino* risulterebbe sì applicabile all’alienante sotto condizione sospensiva, essendo quest’ultimo *dominus*, sia pur in modo risolubile.

Ulteriore passaggio dimostrativo della debolezza del preteso dogma risiede nella mancata decorrenza del termine di prescrizione con riferimento alle situazioni soggettive condizionate<sup>64</sup>. Il problema è stato oggetto di ampia riflessione giurisprudenziale la quale, nell’interpretare il brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio*, si è assestata sopra una massima poi divenuta consolidata: l’art. 2935 cod. civ., secondo il quale la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, si riferisce alle sole cause giuridiche impeditive dell’esercizio del diritto e non anche ai semplici ostacoli di fatto, che può incontrare il suo titolare. Così, tra gli impedimenti giuridici al decorso della prescrizione, dottrina<sup>65</sup> e giurisprudenza<sup>66</sup> hanno individuato l’apposizione della condizione o del termine<sup>67</sup>.

È il sistema a suggerire una congrua soluzione esegetica<sup>68</sup>. Dall’art. 1166 cod. civ., letto in modo combinato con l’articolo precedente, si ricava che la pendenza del termine o della condizione rilevano come impedimenti al decorso della prescrizione. L’art. 1166 cod. civ. precisa che nell’usucapione ventennale non ha luogo, riguardo al terzo possessore di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile, l’impedimento derivante da termine o condizione. In generale, quindi, il termine *ad usucapionem* non decorre finché non è scaduto il termine iniziale o non si è verificata la condizione sospensiva, salvo che si tratti di terzo possessore<sup>69</sup>. Se poi si guarda all’art. 1165 cod. civ., che estende all’usucapione, per quanto applicabili, le disposizioni generali in materia di prescrizione, si ricava che gli stessi impedimenti ostano al decorso della prescrizione *estintiva*.

Ebbene, anche in questo caso la retroattività della condizione è da escludersi. Posto che la pendenza della condizione è impedimento al decorso del *dies a quo* prescizionale, l’avveramento della condizione non potrebbe operare retroattivamente nell’accezione sopra chiarita. Se la retroattività importa l’instaurazione di una realtà giuridica il più possibile aderente a quella che si sarebbe instaurata laddove il negozio fosse stato puro, ne consegue che, in caso di avveramento della condizione, il periodo della pendenza dovrebbe compu-

<sup>64</sup> Ovviamente, il discorso che si sta per condurre è valevole per i soli diritti di credito, essendo la proprietà di per sé imprescrittibile.

<sup>65</sup> D. BARBERO, *Condizione*, cit., 1108, il quale parla di impotenza del titolare del credito sotto condizione sospensiva a reagire alla pendenza, cosicché «non può vederselo prescrivere sotto gli occhi durante la pendenza della condizione». Secondo l’Autore trattasi di *impedimentum iuris* che trova qualificazione giuridica nella legge con la peculiarità che la clausola condizionale, stabilita contrattualmente, impedisce di ritenere il diritto di credito costituito; non sorge così l’azione diretta a farlo valere. Per la ragione opposta sarebbe invece soggetto a prescrizione il credito condizionato risolutivamente.

<sup>66</sup> Per una rassegna della giurisprudenza sul tema A. GUARNERI, *L’exordium praescriptionis*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1136.

<sup>67</sup> Secondo una voce di segno opposto anche i diritti condizionati sarebbero prescrivibili sull’assunto che gli stessi potrebbero essere, a loro modo, fatti valere. Così, P. PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su “edificio da costruire”*, 1966, 155 ss. secondo il quale «manca una norma esplicita che regoli la prescrizione in tema di negozio condizionato». Inoltre, secondo questa lettura, il *silentium legis* costituirebbe ulteriore argomento a favore della prescrivibilità delle situazioni condizionate. Valorizza il silenzio della legge palesando incertezze sulla ricostruzione tradizionale dell’imprescrittibilità dei diritti condizionati anche G. PANZA, *Prescrizione*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XIV, Utet, 1996, 230.

<sup>68</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 80 ss.

<sup>69</sup> Controversa è l’identificazione della nozione di terzo possessore nell’art. 1166 cod. civ. In giurisprudenza è considerato terzo colui che possiede in virtù di un titolo autonomo, rispetto al vero titolare, o senza alcun titolo, giacché in tema di possesso *sine titulo* vige il principio che terzo è chiunque non ripeta il possesso dal titolare, per non essere intervenuto con il medesimo alcun rapporto, neanche nullo o viziato (Cass., 19 gennaio 1963, n. 76 e in dottrina A. MONTEL, *Il possesso*, in *Trattato Vassalli*, Utet, 1962, 504). Secondo altri (F. DE MARTINO, *Possesso*, artt. 1140-1172, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1984, 103), invece, è terzo colui che rimane estraneo al negozio pur essendo in possesso della cosa.



tarsi ai fini della prescrizione. Invero, l'enunciazione contrasta con l'esclusione del decorso prescrizione nel caso di situazioni condizionate, così confermando un'ulteriore deroga al dogma della retroattività.

La soluzione dell'irretroattività è del resto avvalorata se dalla prescrizione estintiva si pone lo sguardo sul rapporto tra il titolo condizionato e le regole del possesso vale titolo *ex art. 1153 cod. civ.* e dell'usucapione abbreviata *ex artt. 1159, 1160 e 1162 cod. civ.* Richiamando la regola romanistica «*si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capit*», è stato sostenuto che l'aspettativa di diritto non può costituire un titolo di possesso<sup>70</sup>, con conseguente inidoneità alla maturazione dell'usucapione durante la pendenza condizionale. Questo perché «non ha senso attribuire alla retroattività l'effetto di trasformare in possesso vero e proprio una situazione pregressa di semplice detenzione»<sup>71</sup>.

Ulteriore conferma della relatività della regola della retroattività condizionale deriva dallo stesso art. 1360 cod. civ.<sup>72</sup>, per il quale gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto salvo che per volontà delle parti o per la natura del rapporto gli effetti del contratto o la risoluzione debbano essere riportati a un momento diverso<sup>73</sup>. La prima ipotesi ha natura dispositiva ed esprime un momento di valorizzazione dell'autonomia privata alla quale è rimessa la facoltà di limitare o addirittura escludere la portata dispositiva dell'art. 1360 cod. civ. L'autonomia negoziale può atteggiarsi secondo due ordini di limitazioni: la condizione può essere fatta retroagire a un momento diverso da quello della conclusione del negozio oppure può essere esclusa del tutto<sup>74</sup>.

Disciplina l'operatività *ex nunc* anche l'art. 1360, co. 2, cod. civ., in relazione alle prestazioni già eseguite nei contratti a esecuzione continuata o periodica nel caso di avveramento della condizione risolutiva, salvo patto contrario<sup>75</sup>.

**3.2.** – La dimostrata inconsistenza del dogma attraverso la valorizzazione della «gravità»<sup>76</sup> delle relative eccezioni suggerisce un'ulteriore riflessione. Come autorevolmente chiosato, seppur rispetto ad altro ambito, non è del tutto conforme a logica l'inferire la debolezza o la tenuta di un principio dal riscontro quantitativo, consistente o irrisorio, delle relative eccezioni<sup>77</sup>.

<sup>70</sup> L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., 186-187. Sul punto anche M. GRANDI, *Retroattività*, cit., 294 ss.

<sup>71</sup> L. MENGONI, *op. cit.*, 187.

<sup>72</sup> Anche U. NATOLI, *op. cit.*, 477 desume la “normalità” della retroattività condizionale dalle limitazioni legali *ex art. 1360 cod. civ.* G. TATARANO, *Retroattività*, cit., 91 osserva che l'enunciazione della retroattività in termini di “principio” (art. 1360 cod. civ.) si accompagna a «grosse» deroghe allo stesso: è stato segnalato che «il legislatore al contempo fissa “il principio” ma fa salve le controindicazioni che possono venire dall'autonomia privata e dalla natura del rapporto; pone le “eccezioni”, ma fa anche qui salve le controindicazioni che possono venire dall'autonomia privata» (*Ivi*, 92). Anche G. MIRABELLI, *op. cit.*, 191, date le limitazioni di cui all'art. 1360 cod. civ., assegna alla retroattività una portata meramente dispositiva. Allo stesso modo, L. BARASSI, *op. cit.*, 167.

<sup>73</sup> D. BARBERO, *Condizione*, cit., 1106.

<sup>74</sup> U. NATOLI, *op. cit.*, 477 ss. Questione non secondaria riguarda la natura reale o obbligatoria delle pattuizioni derogatorie dell'operatività *ex tunc* di cui all'art. 1360 cod. civ. sia nel caso della fissazione di un momento diverso di efficacia sia nella variante della totale esclusione dell'efficacia *ex tunc*. Sul punto cfr. M. COSTANZA, *op. cit.*, 992 ss.

<sup>75</sup> La retroattività, ancorché non essenziale, può costituire oggetto di previsione pattizia delle parti, specie in materia di frutti art. 1361, co. 2, cod. civ., con efficacia obbligatoria (A.C. PELOSI, *op. cit.*, 141 nota 96).

<sup>76</sup> *Ivi*, 140. Per le altre deroghe codicistiche al dogma della retroattività si rimanda a *Ivi*, 23 ss. quanto alla disciplina dei frutti percepiti che spettano a chi risulta titolare del bene in seguito all'avveramento della condizione (art. 1361, co. 2, cod. civ.). Quanto agli atti di amministrazione del bene, anteriori all'avveramento, che rimangono validi anche se il successivo avveramento della condizione attribuisce il diritto stesso all'altra parte (art. 1361, co. 1, cod. civ.), si veda *Ivi*, 35 ss.

<sup>77</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, in *Europa e diritto privato*, 2022, 727, il quale, rispetto al preteso superamento del dogma della responsabilità *ex art. 2740 cod. civ.* recentemente affermato da alcuni autori,



Non è il numero delle eccezioni a determinare la debolezza di un principio<sup>78</sup>. Le ipotesi codicistiche che predicano l'operatività *ex nunc* non possono condurre a dimostrare *aprioristicamente* l'insussistenza o il superamento di un principio, di segno opposto, di efficacia *ex tunc*.

Ciononostante, nel loro insieme, le deroghe alla retroattività costituiscono un'evidenza difficilmente trascurabile, tant'è che la dottrina più recente segnala che «sul piano applicativo il principio di retroattività appare fortemente eroso»<sup>79</sup>.

Dunque, il complesso delle deroghe o, come voluto da alcuni, anomalie, più che scalfire il dogma della retroattività è in grado di confermare il carattere «naturale»<sup>80</sup>, e dunque non necessario, dell'atteggiarsi retroattivo della condizione.

Ai fini della decostruzione del dogma, invece, diviene dirimente la dimostrazione dell'*irrelevanza* della retroattività<sup>81</sup>. Anche quando non è derogata, la retroattività finisce per costituire una mera giustificazione teorica di taluni aspetti già ricavabili dalla disciplina in materia di condizione.

Significativa prova di resistenza della tesi in parola è la disamina delle vicende circolatorie delle situazioni giuridiche condizionate.

Tradizionalmente, la discussione sulla retroattività finisce per coincidere con la disquisizione se il negozio abbia da sempre prodotto effetti ovvero se da sempre sia stato inefficace. Secondo questa impostazione, operando una valutazione *a posteriori*, parametrata all'avveramento dell'evento, si ritengono efficaci gli atti di disposizione compiuti, in costanza di pendenza, dalla parte priva della legittimazione a disporre e per converso inefficaci le alienazioni realizzate dall'altra parte. Il tutto secondo un giudizio di accertamento che mira a cancellare il pregresso a seconda dell'avveramento o meno dell'evento futuro.

*Punctum pruriens* del discorso è l'esegesi dell'art. 1357 cod. civ., dal tenore letterale non cristallino<sup>82</sup>, il quale, costituendo «il dato normativo che maggiormente qualifica l'operare della condizione»<sup>83</sup>, ha attanagliato la dottrina in materia. Secondo il menzionato articolo «chi ha un diritto subordinato a condizione so-

---

osserva con fermezza: «è fin troppo evidente che la limitatezza e specificità delle fattispecie eccezionali non sono in grado di scalfire la generalità della regola, non possono significarne il rovesciamento: che la regola, come pure si afferma, sia diventata la sua derogabilità salvo che la legge preveda diversamente. Questa è una sortita del discorso, e l'affermazione criticata vale solo dal punto di vista topico, nel senso che più si accumulano le eccezioni, più facile diventa aggiungerne altre».

<sup>78</sup> È stato osservato che le diffuse eccezioni «non sono altro che concessioni all'autonomia privata esprimenti un preciso "ambito di derogabilità" della regola – e di per sé la derogabilità di una regola non infirma né la regola, né la sua eventuale sua eccezionalità – [...] complessivamente, non si può dire che le "eccezioni" della regola in questione possano ricomporre una opposta regola» (S. MAIORCA, *op. cit.*, 321). In questo senso anche A. FALZEA, *Condizione*, cit., 10, a dire del quale, essendo la retroattività posta in modo esplicito dall'art. 1360 cod. civ. ed essendo arbitrario ogni tentativo di superarla, «le limitazioni che lo stesso codice civile pone alla regola della retroattività – come avviene per il regime dei frutti e della risoluzione nelle obbligazioni a prestazione periodica o continuata – o i temperamenti che vi introduce – consentendo, ma limitatamente ai contratti, l'adozione del criterio della irretroattività – valgono soltanto a provare che la *ratio* della condizionalità deve comporsi con altre *rationes*, alle quali deve cedere qualche parte della propria pretesa a una rigida consequenzialità normativa».

<sup>79</sup> R. LENZI, *Della condizione*, cit., 347. Non stupisce che lo stesso Autore giunga ad affermare che «l'effettivo ambito applicativo dell'art. 1360, 1° co., cod. civ. conserva incerti confini».

<sup>80</sup> G. TATARANO, *Retroattività*, cit., 92 il quale nel tentativo di tratteggiare l'eccezionalità delle ipotesi richiamate rispetto al «principio» della retroattività, richiama il concetto di norma «completiva». L'operatività *ex tunc* della condizione alla stregua di principio generale si esplicherebbe solamente quando l'autonomia privata, nelle ipotesi previste dall'art. 1360, co. 1 e 2, nulla abbia disposto circa l'operatività *ex nunc*. Sembra di capire che l'Autore aderisca alla relatività del principio di retroattività, cioè limitatamente alle ipotesi di «completamento» del vuoto lasciato dall'autonomia privata negli spazi eccezionali previsti codicisticamente dalla suddetta norma.

<sup>81</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 101 ss.

<sup>82</sup> U. LA PORTA, *op. cit.*, 327.

<sup>83</sup> G. AMADIO, *op. cit.*, 173.



sensiva o risolutiva può disporre in pendenza di questa, ma gli effetti di ogni atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione».

Anzitutto, non è chiaro a quale delle parti nel negozio condizionato si riferisca la disposizione allorquando, rispetto al criterio di applicazione soggettiva, menziona «chi ha un diritto subordinato a condizione sospensiva o risolutiva».

Voci più risalenti interpretano restrittivamente l'art. 1357 cod. civ. come norma riferita ai soli titolari del diritto precario, cioè all'alienante sotto condizione sospensiva e all'acquirente sotto condizione risolutiva<sup>84</sup>. Di contro, altra voce dottrinale, stante la valorizzazione del «chi ha un diritto subordinato a condizione», restringe l'ambito applicativo al solo acquirente, sia esso sotto condizione sospensiva oppure sotto condizione risolutiva<sup>85</sup>.

La dottrina tende ormai ad attribuire alla norma, quanto al profilo soggettivo, una portata ampia, riconoscendo la facoltà di disposizione tanto al titolare precario quanto al contraente titolare dell'aspettativa<sup>86</sup>. Direzione confermata anche dalla giurisprudenza<sup>87</sup>.

Un secondo profilo interpretativo riguarda il significato da attribuire al concetto di «subordinazione» di cui al dato letterale.

Un inquadramento tradizionale vi ravvisa una subordinazione sospensiva *ex lege* dell'acquisto del diritto condizionato, cioè «a dire, atti di disposizione sottoposti ad una condizione legale sospensiva, e quindi forniti di un effetto negoziale, ma non di efficacia giuridica (attuale)»<sup>88</sup>. L'art. 1357 cod. civ. importerebbe un effetto legale indisponibile consistente nell'inserzione automatica della medesima clausola condizionale del contratto *sub condicione* nel successivo atto di alienazione del diritto precario<sup>89</sup>. Con il che, secondo tale impostazione, gli atti dispositivi *ex art.* 1357 cod. civ. risulterebbero inefficaci (e non meramente inopponibili) fintanto che perduri la pendenza e quindi non venga definitivamente a sciogliersi la sorte del negozio condizionato. La fattispecie di cui all'art. 1357 cod. civ. e la relativa opponibilità degli effetti condizionali sarebbero poi esemplificative di un caso eccezionale di operatività *erga omnes* del regolamento contrattuale, in deroga al principio di relatività degli effetti di cui all'art. 1372 cod. civ.<sup>90</sup>

Ancora, v'è chi ha ritenuto la norma una mera e «piana applicazione» del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* e del relativo corollario *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*<sup>91</sup>.

<sup>84</sup> U. NATOLI, *op. cit.*, 465. Così anche G. TATARANO, *La condizione*, cit., 98 ss. che riconosce il solo titolare del diritto precario quale unica parte propriamente titolare del potere di disposizione.

<sup>85</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1970, 197.

<sup>86</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 108; V. ROPPO, *op. cit.*, 628; U. LA PORTA, *op. cit.*, 323; S. MAIORCA, *op. cit.*, 310; G. MIRABELLI, *op. cit.*, 182.

<sup>87</sup> In giurisprudenza cfr. Cass., 29 aprile 1992, n. 5147, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1707. Più recentemente Trib. Venezia – Sez. Spec. Impresa, 9 marzo 2020, in *AIDA*, 2020, 1, 719.

<sup>88</sup> S. MAIORCA, *op. cit.*, 310, laddove la subordinazione «alla stessa condizione» *ex art.* 1357 cod. civ. sarebbe da qualificarsi alla stregua di una *condicio iuris*. Così anche P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Giuffrè, 1961, 782 ss. e 797.

<sup>89</sup> R. LENZI, *Della condizione*, cit., 325. Propende per la subordinazione legale allo stesso evento del contratto originario, purché risulti espressamente dalla seconda alienazione, anche D. BARBERO, *Condizione*, cit., 1104.

<sup>90</sup> S. MAIORCA, *op. cit.*, 318.

<sup>91</sup> L. BARASSI, *op. cit.*, 170. D. CARUSI, *Condizione*, cit., 333, il quale riconduce l'art. 1357 cod. civ. a un'applicazione del principio di retroattività e al contempo del brocardo *nemo plus iuris*. Più recentemente convengono in tal senso anche M. FACCIOLO, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, Cedam, 2006, 169, e G. PETRELLI, *Pendenza della condizione e tutela dei creditori*, in *Riv. not.*, 2017, 899, nota 40. Il riferimento a tali principi, pur avendo il pregio di prescindere dal ricorso alla retroattività, sarebbe idoneo a spiegare solamente il modo di caducarsi degli atti di disposizione compiuti da chi



La disputa dogmatica può sopirsi considerando che il meccanismo della norma si riferisce alla condizione della situazione soggettiva e non del negozio dispositivo. La situazione trasferita ai successivi acquirenti dalle parti dell'originario negozio *sub condicione* sarà oggetto di caducazione o di consolidamento *retroattivamente* solo nel senso che la caducazione o il consolidamento della situazione di questi importerà altresì la caducazione e il consolidamento della situazione da loro alienata ai successivi acquirenti<sup>92</sup>. Finisce per essere irrilevante il ricorso alla dogmatica retroattiva al fine di spiegare la caducazione e il consolidamento degli atti di disposizione delle situazioni giuridiche condizionate.

È la natura limitata e precaria della situazione soggettiva condizionata a indicare le sorti delle successive alienazioni, le quali soggiacciono non a una subordinazione legale bensì alla sola limitazione connaturata all'essenza del diritto o dell'aspettativa oggetto di alienazione. Con una «formula imprecisa»<sup>93</sup> il legislatore ha stabilito che la situazione soggettiva si trasferisce al nuovo acquirente con le stesse caratteristiche: pertanto, solo in questa direzione assume un significato plausibile la subordinazione dell'efficacia dell'atto alla «stessa» condizione.

Così, l'art. 1357 cod. civ. non ha altro significato che quello di norma specificamente dettata per le vicende circolatorie delle situazioni condizionate attraverso atti di disposizione puri e non sottoposti a condizione. Ciò, indistintamente, sia per il diritto precario dell'alienante sotto condizione sospensiva e dell'acquirente sotto condizione risolutiva, sia per l'aspettativa dell'acquirente sotto condizione sospensiva e dell'alienante a condizione risolutiva.

Gli aventi causa dei contraenti il negozio *sub condicione* sono esposti all'opponibilità delle situazioni condizionate non per la retroattività della condizione, bensì per la peculiare modalità cronologica che rende incerta e precaria la situazione giuridica alienata<sup>94</sup>. Lo conferma la circostanza che l'eventuale esclusione pattizia della retroattività non ha alcuna influenza sulla valutazione della sorte degli atti dispositivi, rimanendo comunque applicabile l'art. 1357 cod. civ.<sup>95</sup>. Né si avrebbe un'«intrinseca alternatività» del medesimo diritto in capo all'una e all'altra parte del negozio condizionato, in base all'avveramento o al mancato avveramento dell'evento<sup>96</sup>.

Individuato l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1357 cod. civ., vengono confermate l'autonoma giuridicità e l'alienabilità della situazione di aspettativa in capo all'acquirente sotto condizione sospensiva e in capo all'alienante sotto condizione risolutiva<sup>97</sup>.

---

perde il diritto in virtù dell'avveramento della condizione, ma non consente di giustificare altresì il loro consolidamento (A.C. PELOSI, *op. cit.*, 102 ss.).

<sup>92</sup> *Ivi*, 104.

<sup>93</sup> U. NATOLI, *op. cit.*, 465. Oltre alla circolabilità *inter vivos*, le situazioni giuridiche condizionate sono altresì trasmissibili *mortis causa* (cfr. CARUSI, *op. ult. cit.*, 334).

<sup>94</sup> R. SACCO, *op. cit.*, 429; U. LA PORTA, *op. cit.*, 327; PELOSI, *op. cit.*, 147.

<sup>95</sup> In questi esatti termini U. NATOLI, *op. cit.*, 479.

<sup>96</sup> Come vorrebbe, invece, S. MAIORCA, *op. cit.*, 309.

<sup>97</sup> Sull'aspettativa vedasi R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, 1958, 226 ss.; R. NICOLÒ, *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, III, Treccani, 1988; A.C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, Utet, 1987, 465 ss.; LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., 13 ss.; M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit. Autorevoli voci hanno negato l'autonoma rilevanza e trasmissibilità dell'aspettativa sull'assunto che la medesima costituisca una mera situazione interinale, priva di un'investitura immediata di un potere, su una cosa o verso un soggetto (R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*). Disconosciuta la valenza autonoma del concetto di aspettativa, si rinviene nell'art. 1357 cod. civ. una norma legittimante solamente un negozio a consenso anticipato avente a oggetto il diritto finale. La svalutazione dell'aspettativa è stata fomentata dal ricorso alla spiegazione retroattiva ai fini della valutazione *a posteriori* della legittimazione del titolare della situazione d'attesa a disporre anticipatamente del diritto finale, stante il condizionamento dell'alienazione ex art. 1357 cod. civ. e non della situazione sottesa. Adottando questa impostazione



Oggetto di precisazione esegetica dev'essere, altresì, il rapporto tra art. 1357 cod. civ., retroattività, realtà della condizione e opponibilità ai terzi, categorie oggetto di enunciazioni teoriche ambigue che hanno talvolta condotto a una sovrapposizione dei relativi concetti<sup>98</sup>.

Tradizionalmente la dottrina individua un nesso di derivazione necessaria della retroattività dalla realtà della condizione o viceversa, sostanzialmente postulando una connessione tra i due concetti<sup>99</sup>. V'è poi chi ritiene che il principio di cui all'art. 1357 cod. civ. comporti un rafforzamento dei normali effetti della retroattività della condizione: sussisterebbe per questa via un collegamento tra l'art. 1360 cod. civ. e l'art. 1357 cod. civ., data la funzione del secondo di rendere opponibile ai terzi l'effetto meramente retroattivo di cui alla prima<sup>100</sup>. Anche più recentemente si afferma che la spiegazione del regime di caducazione e di consolidamento non possa prescindere dal ricorso al combinato alle due disposizioni<sup>101</sup>. Secondo tale lettura, dall'art. 1360 cod. civ. discenderebbe la retroazione dell'opponibilità di cui all'art. 1357 cod. civ. Dalla «retroattività reale»<sup>102</sup>, ritenuta connotazione centrale del fenomeno condizionale, discenderebbe il carattere ultrattivo<sup>103</sup> dell'effetto condizionale, cioè un'efficacia riflessa del contratto *sub condicione*.

Di contro, le categorie richiedono una sistemazione autonoma, in quanto operanti su piani diversi<sup>104</sup>. L'opponibilità riguarda la risoluzione degli eventuali conflitti tra situazioni soggettive incompatibili e, in quanto tale, non scaturisce direttamente dalla retroattività *ex art.* 1360 cod. civ., la quale – se ritenuta sussistente – regolerebbe le conseguenze dell'avveramento della condizione<sup>105</sup>. Nemmeno potrebbe riconoscersi un collegamento o un rapporto di specificazione tra l'art. 1360 e l'art. 1357 cod. civ. in quanto, come visto, la disciplina degli atti di disposizione *pendente condicione* trova autonoma spiegazione.

Un siffatto argomentare non importa il disconoscimento dell'opponibilità *erga omnes* di cui all'art. 1357 cod. civ.<sup>106</sup>. L'apparente efficacia riflessa del negozio condizionato è espressione del precario atteggiarsi del-

l'aspettativa non risulterebbe liberamente trasferibile durante la pendenza, in quanto il dante causa, al momento dell'alienazione, non sarebbe ancora legittimato alla disposizione del diritto finale. Così, l'atto di disposizione compiuto sarebbe alienazione condizionata – solamente – del *diritto finale*. Al contrario, la lettura più recente dell'art. 1357 cod. civ. conferma la piena disponibilità dell'aspettativa alla stregua di ogni situazione a contenuto patrimoniale (cfr. in particolare U. LA PORTA, *op. cit.*, 324; R. LENZI, *Della condicione*, cit., 323). Emerge così un concetto di aspettativa quale situazione d'attesa giuridicamente autonoma, la cui attualità e diretta imputabilità al proprio titolare rendono possibile la sua alienazione. Il relativo atto dispositivo risulta immediatamente idoneo a produrre l'investitura dell'avente causa nella situazione interinale alla stregua di un negozio puro, non condizionato (cfr. U. LA PORTA, *op. cit.*, 326-327). La rilevanza *erga omnes* dell'aspettativa si riconnette alla tutela reale della stessa, consistente nel poter il titolare dell'aspettativa pretendere dal terzo acquirente (cessionario del diritto risolubile) l'osservanza dei limiti e degli obblighi che hanno la funzione di far sì che l'avveramento possa operare utilmente in suo favore (A.C. PELOSI, *op. cit.*, 414). Deriva, inoltre, l'inapplicabilità dell'art. 1478 cod. civ. in materia di vendita di cosa altrui al trasferimento dell'aspettativa, rispetto al diritto “finale”, in quanto la norma si riferisce all'acquisto della proprietà a prescindere dalla titolarità di un'eventuale situazione preliminare (*Ivi*, 112).

<sup>98</sup> Così G. AMADIO, *op. cit.*, 371.

<sup>99</sup> L. BARASSI, *op. cit.*, 170; G. MIRABELLI, *op. cit.*, 191; P. RESCIGNO, *op. cit.*, 782.

<sup>100</sup> U. NATOLI, *op. cit.*, 465. La norma integrerebbe «l'insufficienza della retroattività della condizione a far sì che, a qualunque momento retroagisca la condizione, gli atti di disposizione compiuti durante la pendenza non possano portare pregiudizio all'aspettativa del soggetto attivo» (*Ivi*, 478).

<sup>101</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, 628 mette in evidenza il collegamento tra l'art. 1357 e l'art. 1360 cod. civ., norma quest'ultima «sulla retroattività – anche reale – della condizione». C. PINELLINI, *op. cit.*, 322 e 329. Ancora in M. COSTANZA, *op. cit.*, 990 la connessione tra retroattività e realtà assume un collegamento necessitato, quasi che la prima, senza la seconda, non possa trovare un autonomo fondamento: «La retroattività, cioè, è dipendente dalla “realtà”».

<sup>102</sup> Così S. MAIORCA, *op. cit.*, 310, 318 e 319, definita invece da G. AMADIO, *op. cit.*, 371 «formula vischiosa».

<sup>103</sup> S. MAIORCA, *op. cit.*, 310 e 318 nota 158.

<sup>104</sup> R. LENZI, *Della condicione*, cit., 346.

<sup>105</sup> G. TATARANO, *La condicione*, cit., 80.

<sup>106</sup> L'idoneità *ex art.* 1357 cod. civ. a incidere *erga omnes* nei confronti degli acquisti dei terzi è intesa come indice del carattere conformativo e funzionalizzante della condizione anche nelle vicende circolatorie: G. PETRELLI, *Pendenza*, cit., 893. Vedi, però, *infra*, § 4.2.



le situazioni condizionate che, in quanto tali, limitano le successive vicende traslative<sup>107</sup>. La norma non comporta l'espansione del regolamento condizionato originario e non deroga, quindi, alla relatività generale degli effetti contrattuali. L'eventuale alienazione ai sensi dell'art. 1357 cod. civ. determina l'imposizione dell'originaria precarietà nei confronti dei successivi protagonisti delle vicende circolatorie, altresì prescindendo dalla valutazione retroattiva dell'effetto della condizione<sup>108</sup>. Con un'ulteriore precisazione: la limitatezza della situazione durante la pendenza non incide sulla libera disponibilità della stessa a opera delle parti del negozio *sub condicione*, determinando l'inefficacia *ab origine* degli atti di disposizione.

La confutazione dell'indisponibilità del diritto condizionato, e, dunque, dell'inefficacia originaria delle relative alienazioni, trova compiuta espressione se si iscrive l'art. 1357 cod. civ. nella dinamica della circolazione dei beni e dei relativi conflitti di titolarità<sup>109</sup>.

Si profila, anzitutto, l'interesse del titolare dell'aspettativa a non vedersi pregiudicato dagli atti di disposizione della controparte, interesse da cui deriva la tutela conservativa accordata dall'ordinamento *ex artt.* 1356 ss. cod. civ. Del pari, si delinea l'interesse speculare del titolare del diritto precario a disporre della propria situazione, che risulta pregiudicato dalla pretesa inefficacia *ab initio* degli atti compiuti durante la pendenza. L'incertezza programmatica del negozio condizionato colora l'interesse del titolare del diritto precario a conservare il futuro potere di disposizione di un bene che potrebbe – eventualmente – permanere nel suo patrimonio<sup>110</sup>. Si pone, infine, l'esigenza generale di circolazione dei beni che rende incongruo optare per la restrizione del potere di disposizione del titolare del diritto precario<sup>111</sup>.

Questo reticolato di contrapposti interessi, che trova sintesi nella portata dell'art. 1357 cod. civ., dimostra che all'interesse “conservativo” del titolare dell'aspettativa si affianca quello – non svalutabile – del titolare del diritto precario. Se è vero che il protrarsi della pendenza condizionale comporta «una tendenziale immobilizzazione» del bene sotto il profilo della sua appetibilità, è parimenti vero che proprio l'opponibilità della condizione depone per una conferma del potere dispositivo della situazione precaria<sup>112</sup>. Di qui l'impossibilità di ritenere *tout court* inefficaci le alienazioni delle situazioni condizionate durante la pendenza<sup>113</sup>.

L'apparente inconciliabilità tra l'opponibilità *erga omnes* della condizione e la normale inopponibilità del contratto (art. 1372 cod. civ.) può, inoltre, essere ridimensionata: la condizione è opponibile ai terzi non in forza della retroattività e nemmeno come deroga alla relatività del contratto, bensì in quanto idonea a incidere, nei termini illustrati, sulla prima vicenda negoziale e così sulle successive<sup>114</sup>.

La “rilevanza esterna” del contratto *sub condicione* rispetto ai terzi acquirenti si giustifica osservando che la portata dell'art. 1357 cod. civ. si attesta sul piano della situazione soggettiva condizionate e non su quello

<sup>107</sup> G. AMADIO, *op. cit.*, 396-397.

<sup>108</sup> Sotto la vigenza del codice del 1865 il conflitto tra titolare dell'aspettativa e i successivi acquirenti del diritto precario veniva risolto rifacendosi all'art. 1170 sulla retroattività, attribuendo, cioè, un effetto retroattivo al verificarsi della condizione e “fingendo” la priorità d'acquisto del diritto da parte del primo. Dunque, la previgente codificazione non prendeva posizione in merito all'efficacia e alla liceità degli atti di disposizione compiuti in pendenza della condizione dal titolare del diritto (A. BELFIORE, *Pendenza*, cit., 188). L'introduzione dell'art. 1357 cod. civ. sta evidentemente a significare che è possibile rinvenire la *ratio* dell'opponibilità *erga omnes* prescindendo dalla (pregressa) spiegazione retroattiva, pena una svalutazione della disposizione.

<sup>109</sup> Ci si riferisce all'articolato contribuito di A. BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., *passim*, il più pregnante in dottrina quanto alla prospettiva funzionalistica delle dinamiche circolatorie *ex art.* 1357 cod. civ.

<sup>110</sup> G. TATARANO, *La condizione*, cit., 83.

<sup>111</sup> A. BELFIORE, *op. cit.*, 200 ss.

<sup>112</sup> *Ivi*, 199 ss.

<sup>113</sup> *Ivi*, 185.

<sup>114</sup> G. AMADIO, *op. cit.*, 387.



del relativo negozio<sup>115</sup>. L'avveramento della condizione, anziché caducare l'atto di disposizione, fa venir meno la situazione alienata. L'alienazione, dunque, può essere ritenuta efficace *pendente condicione*, con l'unica particolarità di riguardare una situazione conformata dalla condizione come precaria, ma che, nell'eventualità dell'avveramento della condizione, è suscettibile di estinguersi<sup>116</sup>. La modificazione sostanziale delle situazioni che riguarda la vicenda condizionale originaria influisce correlativamente sulla tutela accordata all'avente causa successivo *ex art. 1357 cod. civ.* il quale, sia che acquisti il diritto precario sia che acquisti l'aspettativa, vede conformato l'esercizio dei poteri e delle facoltà a lui spettanti e promananti dalla situazione, attiva o passiva, condizionata. I successivi acquirenti sono così esposti allo scenario della caducazione della situazione – conformata – trasferita<sup>117</sup>.

La lettura offerta conduce a dubitare di una recente posizione che afferma «l'illiceità degli atti di disposizione del diritto risolubile che non siano stati consentiti, anche preventivamente, dal titolare dell'aspettativa»<sup>118</sup>. L'impostazione, basata sull'equiparazione della proprietà risolubile a quella destinata *ex art. 2645-ter cod. civ.*<sup>119</sup>, esclude la libera alienabilità della proprietà risolubile data la sussistenza di un vincolo di indisponibilità finalizzato a conservare le ragioni del titolare dell'aspettativa condizionale. In questo senso, il titolare del diritto precario sarebbe «limitato nella propria facoltà di disposizione, come lo è il titolare della proprietà destinata, e tale limitazione – desumibile chiaramente dall'*art. 1357 cod. civ.*, su cui si fonda la conformazione del diritto risolubile – ha indubbiamente efficacia “reale”: il proprietario interinale è privo della legittimazione ad alienare il diritto di piena proprietà»<sup>120</sup>.

Ebbene, dalla destinazione *ex art. 2645-ter cod. civ.* non deriva né l'indisponibilità né, segnatamente, l'inalienabilità della proprietà destinata, tutte le volte che l'alienazione a terzi consenta la permanenza della destinazione<sup>121</sup>. Lo stesso dettato normativo, prevedendo la possibilità di trascrivere l'atto di alienazione al fine di renderlo opponibile ai terzi, depone per la piena disponibilità del diritto conferito.

<sup>115</sup> La tesi dell'eccezionalità dell'*art. 1357 cod. civ.* diviene altresì debole se si osserva che per ogni contratto è possibile distinguere tra i due piani, quello della relatività intesa come efficacia diretta del contratto tra le parti (*art. 1372 cod. civ.*), e quello della c.d. rilevanza esterna verso i terzi (tra gli altri, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, 2000, 572 e 573).

<sup>116</sup> Oltretutto, se tali atti fossero fin dal loro sorgere inefficaci non si vedrebbe per quale ragione il legislatore abbia dovuto introdurre una norma nella disciplina della condizione per validare la legittimazione a disporre delle situazioni condizionate (A. BELFIORE, *op. cit.*, 183 nota 9).

<sup>117</sup> G. AMADIO, *op. cit.*, 386. Analogamente A. BELFIORE, *op. cit.*, 184, secondo il quale la situazione giuridica condizionata si trasmette ai successivi acquirenti con gli stessi requisiti e le medesime tutele che accedevano alla stessa al momento della stipulazione originaria. La trascrizione della clausola condizionale (sospensiva o risolutiva) *ex artt. 2655 cod. civ.*, 2659 *cod. civ.* e 2660 n. 6 *cod. civ.* rimane lo strumento attraverso il quale garantire la concreta operatività del meccanismo *ex art. 1357 cod. civ.* (G. TATARANO, *La condizione*, cit., 83). Sulla trascrizione del negozio condizionato si rimanda a R. TRIOLA, *La trascrizione del negozio condizionato*, in *Vita not.*, 1975, 665 ss.; G. GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 25 ss.; M. GRANDI, *La retroattività*, cit. Oltretutto la previsione della trascrivibilità immediata dei negozi *sub condicione* conferma ulteriormente la sua esistenza come negozio perfetto e la conseguente irrilevanza del dogma retroattivo. Nei casi di inapplicabilità del regime *ex art. 1357 cod. civ.* (ad esempio, nella fattispecie *ex art. 1153 cod. civ.* oppure in occasione della prioritaria trascrizione del terzo acquirente) la tutela in favore del dante causa sarà di natura obbligatoria e, dunque, risarcitoria (U. NATOLI, *op. cit.*, 472; M. FACCIOLO, *op. cit.*, 184; C. PINELLINI, *op. cit.*, 330).

<sup>118</sup> G. PETRELLI, *Pendenza*, cit., 900, il quale riferisce le uniche voci dottrinali in questa direzione, ossia E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, 1950, 541, secondo il quale il titolare del diritto precario è tenuto «ad astenersi da atti di disposizione giuridica o di trasformazione economica incompatibili con il venire in essere del rapporto condizionato o di quello che nasce dalla risoluzione», e M. FACCIOLO, *op. cit.*, 186 ss. e 192 ss.

<sup>119</sup> Sulla dubbia tenuta del parallelismo cfr. *infra*, § 4.2.

<sup>120</sup> G. PETRELLI, *Proprietà fiduciaria, art. 2645-ter e condizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 557-558.

<sup>121</sup> R. DICILLO, *Atti e vincoli di destinazione*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Agg., III., Utet, 2007, 167; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. giur.*, Agg., XV Treccani, 2007, 7; ID., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.*,



Inoltre, pare incongruo discorrere di «piena proprietà» con riferimento a colui che può vantare niente più che una situazione precaria e limitata. Come si è detto, il proprietario risolubile può disporre niente più che di un diritto risolubile. Ciononostante, la facoltà di disposizione della situazione giuridica a lui imputabile non va soggetta ad alcuna limitazione.

Diviene, altresì, arduo ritenere il proprietario risolubile alla stregua di un *non dominus*<sup>122</sup>, perché sprovvisto della legittimazione del *diritto pieno*: ne conseguirebbe l'inefficacia di eventuali alienazioni. Non può dunque configurarsi un atto di disposizione – tecnicamente – «incompatibile» con le ragioni del titolare dell'aspettativa. Quest'ultimo risulta adeguatamente tutelato dal corredo rimediale di cui all'art. 1356 cod. civ., che argina il rischio di pregiudizio senza che sia necessario, in via interpretativa, restringere ulteriormente le facoltà del *dominus* precario in punto di alienabilità del suo diritto.

Il proprietario risolubile può, invece, disporre liberamente<sup>123</sup> della – autonoma – situazione dominicale condizionata, senza il consenso del titolare dell'aspettativa. Il diritto risolubile si trasferisce all'acquirente in tutta la sua limitatezza, con gli obblighi e i limiti tipici del suo contenuto, così gravanti sull'avente causa ex art. 1357 cod. civ.

Per la tesi in parola<sup>124</sup> l'illiceità delle alienazioni ex art. 1357 cod. civ. discenderebbe dalla violazione della prescrizione del dovere di buona fede di cui all'art. 1358 cod. civ., canone di comportamento di entrambe le parti<sup>125</sup> del negozio condizionato durante la fase di pendenza.

Così ragionando, tuttavia, si rischia di ingenerare un rapporto di subordinazione, non emergente dal tenore letterale delle norme, tra l'art. 1357 cod. civ. e il successivo, con il risultato di svuotare il primo di qualsivoglia portata precettiva.

Nemmeno potrebbe affermarsi così agevolmente che in mancanza della previsione di cui all'art. 1357 cod. civ. «nessuno dubiterebbe che il compimento di atti di disposizione sul diritto pendente costituisca violazione, da parte del titolare interinale, del dovere, nascente dall'articolo successivo, di astenersi da ogni comportamento che possa pregiudicare il corretto adempimento dell'impegno traslativo nascente in caso di avveramento della condizione»<sup>126</sup>. Si finirebbe per caricare l'art. 1358 cod. civ. di una portata dispositiva eccessivamente debordante dalla sua effettiva *ratio*, e conseguentemente per imbrigliare, a danno della libera circolazione, la facoltà dispositiva del proprietario precario.

Per di più, anche l'art. 1356 cod. civ., di ampia portata, legittima elasticamente l'individuazione di un ampio ventaglio di obblighi sia negativi sia attivi<sup>127</sup>, di custodia, di manutenzione e conservazione, in capo ai contraenti<sup>128</sup>.

2006, 1189; M. COMPORI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Giuffrè, 1998, 862; E. RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni immobili o di mobili registrati (art. 2645 ter c.c.)*, in *Vita not.*, 2006, 1249.

<sup>122</sup> G. PETRELLI, *Proprietà*, cit., 558.

<sup>123</sup> Né potrebbe configurarsi un implicito divieto di alienazione ex art. 1379 cod. civ.: A.C. PELOSI, *op. cit.*, 105. Peraltro, le peculiarità che assistono il divieto di cui all'art. 1379 cod. civ., nonché la riconosciuta inopponibilità ai terzi, lo renderebbero inapplicabile alla fattispecie negoziale condizionata.

<sup>124</sup> G. PETRELLI, *Pendenza*, cit., 900.

<sup>125</sup> Nonostante il tenore letterale dell'art. 1358 cod. civ. imponga il rispetto dell'obbligo di buona fede a colui che si è obbligato o ha alienato sotto condizione sospensiva e a colui che ha acquistato sotto condizione risolutiva, l'interpretazione prevalente ritiene debba estendersi a entrambe le parti (L. BRUSCUGLIA, *op. cit.*, 31, 55; G. MIRABELLI, *op. cit.*, 246; D. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, t. II, Giuffrè, 1987, 605).

<sup>126</sup> Così in M. FACCIOLO, *op. cit.*, 188 e 189.

<sup>127</sup> R. LENZI, *Della condizione*, cit., 328 ss. Una siffatta interpretazione, volta a scorgere anche un obbligo di agire attivamente per la conservazione della situazione della controparte, è del resto in linea con il significato della Relazione al codice civile sul punto (n. 620).



L'art. 1358 cod. civ. impone alle parti del negozio *sub condicione* di astenersi da quanto possa recare pregiudizio alle ragioni altrui e al contempo di assumere un contegno positivo attivandosi per conservarle integre, ma senza che ciò contrasti con la salvaguardia degli interessi di ciascuno dei contraenti<sup>129</sup>. In caso di violazione dell'obbligo di buona fede opera la tutela obbligatoria tramite risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno, azionabili entro specifiche condizioni dalla parte lesa<sup>130</sup>.

Invero, la valutazione secondo buona fede della condotta dei contraenti *ex art.* 1358 cod. civ. non opera in termini di liceità o illiceità, derivando dalla sua violazione unicamente un obbligo di risarcimento del danno. È sempre necessario vagliare la contrarietà a buona fede del comportamento, valorizzando le concrete circostanze e l'idoneità della condotta a impedire il soddisfacimento dell'interesse altrui<sup>131</sup>.

4. – Se la valutazione giuridica è sempre una valutazione prospetticamente permeata dall'elemento cronologico<sup>132</sup>, il dogma della retroattività si fonda su un inquadramento falsato della dinamica condizionale, in quanto comporta l'esclusione *a posteriori* della realtà giuridica antecedente all'avveramento della condizione.

In virtù della spiegazione retroattiva, le situazioni giuridiche soggettive scaturenti dalla pendenza risultano offuscate da una duplice e contrastante valutazione: una anteriore all'avveramento della condizione e una successiva, sovrapposta *a posteriori* alla prima, in applicazione della retroattività, con esclusione di ogni considerazione delle situazioni interinali<sup>133</sup>. La retroattività comporta così una duplicità prospettica che contrastando con l'univocità causale e temporale delle situazioni di fatto, finisce con l'essere irrealistica: lo stesso soggetto «nello stesso periodo di tempo sarebbe e non sarebbe da considerarsi proprietario della stessa cosa, secondo che si valuti la situazione *ex ante* (cioè prima dell'avveramento della condizione) o *ex post* (cioè dopo l'avveramento della medesima)»<sup>134</sup>.

Questo inquadramento contrasta la generale irreversibilità delle situazioni di fatto e dei relativi effetti giuridici, nonché della causalità temporale sottesa, che impedisce che diritti e obblighi possano sorgere ora per il passato.

<sup>128</sup> Per un ampio catalogo delle svariate iniziative esperibili cfr. A. FALZEA, *La condicione*, cit., 210 e 211; M. ASTONE, *op. cit.*, 151 ss., 165 ss. Gli obblighi scaturenti dall'art. 1356 cod. civ. potrebbero qualificarsi come obblighi di protezione, in quanto accedono al rapporto condizionato e gravano sia sul titolare del diritto precario sia sul titolare dell'aspettativa, a garantire, in costanza dell'incertezza condizionale, l'integrità delle rispettive sfere giuridiche (cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, Giuffrè, 1954, 368, spec. nota 12).

<sup>129</sup> G. LAZZARO, *Comportamento delle parti in pendenza di condicione*, in *Giust. civ.*, 1969, I, 1, 1723.

<sup>130</sup> D. CARUSI, *op. cit.*, 96; M. ASTONE, *op. cit.*, 159 ss.; R. LENZI, *op. ult. cit.*, 331 ss., V. PUTORTI, *Pendenza della condicione e tutela del contraente fedele*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 158 ss.

<sup>131</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, Utet, 1987, 185. Emerge così l'ascrivibilità dell'art. 1358 cod. civ. al novero delle regole di comportamento, essendo tale disposizione congegnata per disciplinare, al contrario delle regole di validità, le conseguenze di comportamenti materiali scorretti. Per la distinzione tra le due categorie si vedano G. D'AMICO, *“Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996 e ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, 38 ss., nonché A. ALBANESE, *Contratto mercato e responsabilità*, Giuffrè, 2008, 181 ss.; cfr. anche A. RENDA, *Obblighi informativi e responsabilità precontrattuale da contratto valido*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 2020, 109 ss. Del resto, anche all'art. 1357 cod. civ. è estraneo un giudizio sulla legittimità o illegittimità degli atti dispositivi compiuti *pendente condicione* in quanto tali (L. BRUSCUGLIA, *op. cit.*, 106-107 in nota). L'obbligo di buona fede di cui all'art. 1358 cod. civ., vietando *ogni* contegno lesivo delle ragioni dei contraenti del negozio *sub condicione*, viene espressamente qualificato come “obbligo secondario di omissione”, *species* degli obblighi integrativi strumentali, da L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 370, a conferma, altresì, dell'afferenza della disposizione alle regole di comportamento.

<sup>132</sup> A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 485.

<sup>133</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 42.

<sup>134</sup> *Ivi*, 143.



La sostituzione *a posteriori* di una realtà susseguente all'avveramento con quella previgente condurrebbe agli stessi esiti cui perveniva la teoria della finzione, cioè «distruggere il passato» e così eludere la circostanza che un «contratto è esistito, un vincolo giuridico lo ha prodotto, un vincolo di aspettativa c'è stato, [...]»<sup>135</sup>.

Evitare il ricorso alla retroattività e l'adozione di una valutazione univoca delle posizioni delle parti del contratto *sub condicione* consente di riflettere sopra la situazione *intermedia* dell'alienante sotto condizione sospensiva e dell'acquirente sotto condizione risolutiva, entrambi titolari della proprietà risolubile, situazione soggettiva interinale giuridicamente autonoma<sup>136</sup>.

**4.1.** – La proprietà risolubile, una volta riemersa, deve essere iscritta nel sistema dei diritti reali.

Va anzitutto osservato che, nonostante la neutralità dell'elemento condizionale, in quanto apponibile sia a un contratto a effetti reali sia a uno a effetti obbligatori<sup>137</sup>, differente è l'atteggiarsi della stasi effettuale derivante dall'apposizione della condizione, a seconda della natura degli effetti spiegati dal contratto. Nel caso di contratto a effetti obbligatori, durante il periodo di pendenza non v'è altra conseguenza che quella della mancata insorgenza dell'obbligazione e del correlato diritto di credito. Diversamente, nel contratto a effetti reali, il diritto oggetto di alienazione condizionata, pur permanendo in capo al rispettivo contraente (l'alienante nel negozio a condizione sospensiva, l'acquirente nel caso della condizione risolutiva), subisce la peculiare conformazione derivante dalla sottoposizione del negozio all'incertezza condizionale<sup>138</sup>.

Inoltre, l'effetto conformativo è maggiormente apprezzabile con riferimento alle situazioni soggettive reali, essendo il loro contenuto (facoltà di godimento e di disposizione) per natura comprimibile. Di contro, il contenuto dei diritti di credito, ristretto alla sola facoltà di pretesa, non risulta fisiologicamente conformabile.

*Prima facie* la proprietà risolubile sembra atteggiarsi come un *quid minoris* rispetto alla “piena” proprietà<sup>139</sup>.

Da una parte, infatti, sembrerebbe improprio accomunare la categoria alla proprietà *ex art.* 832 ss. cod. civ.: ciò importerebbe una vanificazione di tutti i tratti distintivi del diritto risolubile che lo differenziano nettamente dal diritto “pieno”. D'altro canto, un'assimilazione ai diritti reali di godimento sarebbe impropria in quanto, tra le altre ragioni, in caso di avveramento della condizione la ri-espansione a diritto pieno non avviene in forza di un atto di disposizione del titolare dell'aspettativa o di una manifestazione di volontà del

<sup>135</sup> «... e nessun miracolo potrà cancellarli» (L. BARASSI, *op. cit.*, 171). Oltretutto, come autorevolmente osservato, la retroattività è una valutazione normativa e come tale non influisce sulle situazioni di fatto (L. MENGONI, *Gli acquisti*, cit., 187).

<sup>136</sup> La prospettiva di coloro (M. FACCIOLI, *op. cit.*, 163 e S. MAIORCA, *op. cit.*, 274) che adducono l'afferenza della condizione al negozio e non al diritto è chiaramente viziata da quell'eccesso di “meccanicismo” che per diverso tempo ha oscurato l'effettiva portata funzionale e conformativa della condizione di cui si è detto, relegando l'istituto a un ruolo accessorio del negozio. Si veda però la peculiare impostazione di G. AMADIO, *op. cit.*, 390 il quale ritiene il negozio risolubile, *pendente condicione*, come fattispecie a ciclo formativo non esaurito, parlando di una «proprietà in divenire». Salvo poi concludere, riferendosi a Pelosi, che un «determinato schema di qualificazione della condotta (*id est*: mancata titolarità del diritto pieno) può anche intendersi come riferibilità allo stesso di uno schema diverso (titolarità del diritto risolubile) [...] al di là di questo, il contributo di conoscenza fornito dalla teorica del diritto risolubile non può essere seriamente contestato» (*Ivi*, 395).

<sup>137</sup> C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 539.

<sup>138</sup> Approfondisce la diversa modalità di incisione G. TATARANO, *La condizione*, cit., 80 ss., osservando che nelle situazioni di tipo obbligatorio la condizione incide sul piano dell'esecuzione del regolamento; diversamente, in quelle traslative, essa indica che al momento della conclusione del contratto le parti non dispongono di tutti elementi per decidere immediatamente dell'effetto reale e consente, perciò, di selezionare i rispettivi interessi in funzione dell'acquisizione del dato mancante.

<sup>139</sup> G. AMADIO, *op. cit.*, 400: lo schema proprietario «non potrà dirsi operante “in modo pieno ed esclusivo”, durante la pendenza, nei confronti di nessuna delle due parti del negozio condizionato».



proprietario interinale, bensì automaticamente, in virtù dell'essenza degli stessi effetti negoziali. Per di più la proprietà risolubile condivide con il dominio pieno l'imprescrittibilità per non uso<sup>140</sup>.

La difficoltà esegetica è stata avvertita da chi si è occupato della tematica. La categoria dovrebbe intendersi in senso «atecnico»<sup>141</sup>, quale entità «ibrida»<sup>142</sup>, alla stregua di un vincolo di «appartenenza in senso lato», non ascrivibile alle nozioni, in senso tecnico, da un lato di proprietà e dall'altro di diritti reali su cosa altrui.

Al di là dell'imprecisa nozione «mediana» riferita, si può tentare di ricollocare la proprietà risolubile entro gli schemi generali.

Anzitutto, è da escluderne l'atipicità. L'individuazione interpretativa della categoria non determina alcuna aporia nel principio del *numerus clausus* e di tipicità<sup>143</sup>: si tratta solamente dell'emersione nel sistema di una categoria dominicale «precaria» all'esito della conformazione spiegata dall'elemento condizionale.

Il presupposto è la trasversalità, nell'alveo delle situazioni reali, della nozione di appartenenza, la quale può assumere diverse declinazioni o, meglio, «gradazioni» di intensità<sup>144</sup>. La categoria dell'appartenenza diviene il punto di riferimento delle situazioni reali che, come la proprietà risolubile, tendono a modellarsi sullo schema della proprietà tradizionale<sup>145</sup>.

Se, come ormai acquisito, il principio del numero chiuso è posto a presidio dell'autonomia privata al fine di negare ai contraenti la possibilità di creare situazioni reali non previste dalla legge, non è escluso all'interprete di rinvenirne nel sistema al di fuori delle ipotesi nominate<sup>146</sup>. Come autorevolmente osservato «pos-

<sup>140</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 449.

<sup>141</sup> *Ivi*, 448 ss.

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> Per il mantenimento della distinzione tra il *numerus clausus* (*Typenzwang*) e la tipicità (*Typenfixierung*) dei diritti reali, vedasi M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffrè, 1980, 217 ss., laddove il primo attiene all'esclusività della fonte, mentre il secondo alla determinazione del contenuto, cioè del «tipo» della situazione reale. Per la valenza ancora attuale dei principi si veda A. NATUCCI, *Numerus clausus e analisi economica del diritto*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 319 ss. e E. BAFFI, *The Efficiency Function of the Numerus Clausus Principle of Property Rights in Land*, in *The Italian Law Journal*, 2023, 33 ss.

<sup>144</sup> L'appartenenza è la qualificazione distintiva della titolarità soggettiva di tutti i diritti reali, e si contrappone alla spettanza, predicato dei diritti di credito. L'appartenenza è riscontrabile in diverse gradazioni di intensità, dal grado massimo nella proprietà a quello minimo nei diritti reali di godimento (D. BARBERO, *Sistema del diritto privato*, a cura di A. LISERRE e G. FLORIDIA, Utet, 1988, 447 ss.; ID., *L'usufrutto e i diritti affini*, Giuffrè, 1952, 22). Così anche S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il Mulino, 1981, 255. In senso contrario, l'appartenenza sarebbe un attributo del solo diritto di proprietà secondo L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 2, *Diritti reali*, Utet, 1988, 38 ss. Distingue l'appartenenza dalla spettanza secondo un criterio temporale, P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Jovene, 1971, 106 ss., a mente del quale la prima si riferirebbe all'attualità della situazione soggettiva, mentre la seconda a una mera potenzialità di acquisto della titolarità definitiva. Propendono, invece, per una nozione di appartenenza quale imputabilità presupposta a tutte le situazioni soggettive, rischiando, tuttavia, di rendere più liquido il confine tra situazioni patrimoniali reali e personali, M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti reali di godimento su cosa altrui*, Giuffrè, 1940, 163 ss.; L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, 1951, 7; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, 1964, 132; M. COSTANTINO, *La proprietà in generale*, in *Trattato Rescigno*, 7, 1, Utet, 2005, 258. Su questa linea anche V. CONFORTINI, *Primato del credito. Responsabilità patrimoniale ed espropriazione privata nell'economia del debito*, Jovene, 2021, 33 ss., che, sull'adesione alle teorie patrimonialistiche «pure», discorre del diritto di credito come forma di appartenenza di un'utilità economica corrispondente, cioè, a una «porzione ideale del patrimonio del debitore». La tesi trova specifica confutazione in C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 718 ss., attraverso la convinta ri-affermazione dell'incommensurabilità tra la dimensione relazionale del rapporto obbligatorio e l'appartenenza di matrice reale. Più enfaticamente, è stato osservato che l'edulcorazione del confine tra diritti reali e di credito costituirebbe «una tragedia per il ragionamento giuridico essendo la presa in carico della multiforme varietà delle cose e dei beni, essenziale ai fini di una qualunque adesione a criteri di giustizia» (A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, II ed., Giuffrè, 2017, 149 ss.).

<sup>145</sup> S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig.*, XIV, Utet, 1966, 145, sia pur senza specifico riferimento alla proprietà risolubile.

<sup>146</sup> L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., 190.



sono esistere nel sistema anche diritti reali innominati (non avvertiti dal legislatore storico) e tuttavia tipici, in quanto espressi da strutture normative tipiche»<sup>147</sup>. Così, la categoria della realtà e delle situazioni giuridiche a essa riconducibili, in virtù della trasversalità della nozione graduata di appartenenza, non si esaurisce nel novero del catalogo nominato.

La proprietà risolubile, ancorché non menzionata espressamente, mostra la sua essenziale derivazione tipica nella disciplina *ex artt.* 1353 ss. cod. civ., nonostante sia dei contraenti la scelta di stipulare un negozio *sub condicione*.

La riflessione sul tema implica il necessario confronto con la proprietà temporanea alla quale, come accennato, è estraneo l'elemento dell'incertezza.

La dottrina è ormai consenziente nel ritenere che la perpetuità della proprietà sia un carattere accidentale, «soltanto naturale»<sup>148</sup>. Tuttavia, l'*iter* di riconoscimento della proprietà temporanea ha attraversato disparate tappe esegetiche.

Ancor prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942 la proprietà temporanea veniva ammessa, ma finiva sostanzialmente per coincidere con un usufrutto non vitalizio<sup>149</sup>. Si postulava la coesistenza di due proprietà, compresse e simultanee, sulla medesima *res*, una a termine finale e l'altra a termine iniziale, realizzandosi «un frazionamento del diritto di proprietà con riguardo alla sua efficacia nel tempo»<sup>150</sup>.

Così delineata, la nota impostazione di Allara non è andata esente da una critica generalizzata. V'è chi, negata l'ammissibilità della figura, ha evidenziato l'incompatibilità della temporaneità con il concetto stesso di proprietà, essendo la perpetuità momento essenziale della pienezza del dominio<sup>151</sup>. Sennonché, si afferma che «il godimento temporaneo sarebbe sostanzialmente un usufrutto soggetto alle limitazioni inevitabilmente legate alla temporaneità»<sup>152</sup>.

All'opposto, l'elaborazione che propende per la configurabilità della proprietà temporanea, svincolandola dall'usufrutto, postula che la temporaneità gradi quantitativamente il dominio senza pregiudicare qualitativamente il diritto di proprietà nel suo contenuto<sup>153</sup>. La pienezza e l'esclusività del dominio, benché risultino

---

<sup>147</sup> *Ibidem*. Analogamente, A. ALBANESE, *La vendita con riserva della proprietà*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, Giuffrè, 2014, 481 e G. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., 965.

<sup>148</sup> U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, 1976, 204 e 207. A. GAMBARO, *op. cit.*, 228: «Qualunque cosa si voglia indicare con l'elemento della perpetuità, infatti, è certo che nessun proprietario lo è». A parte l'icastico assunto, lo stesso Autore precisa che la perpetuità esprime la connessione della durata *sine die* del diritto con il bene che ne costituisce oggetto, indicando, dunque, un'attitudine del diritto a sopravvivere alle vicende della vita del *dominus*, in caso di trasferimento *inter vivos* o di trasmissione *mortis causa*. Così intesa, la perpetuità sarebbe solamente una regola di chiusura del sistema, tesa a garantire la descritta caratterizzazione dell'istituto proprietario, nonché a differenziarlo rispetto agli altri diritti reali (*id est*, l'usufrutto). Il valore descrittivo assegnato a una siffatta nozione di perpetuità, tuttavia, non predica la necessaria inderogabilità della stessa, e si pone su un diverso piano rispetto a quello del vaglio di cittadinanza di proprietà limitate nel tempo (cfr. *infra*, nota 156). *Contra* F. DE MARTINO, *Proprietà, Artt. 810-1172*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1976, 150-151.

<sup>149</sup> M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, V ed., Giappichelli, 1958, 597, che inquadra l'usufrutto come «complesso di rapporti giuridici patrimoniali costituito da un rapporto reale (proprietà temporanea) e da una pluralità di obbligazioni *propter rem*» (*Ivi*, 720).

<sup>150</sup> M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, in *Il Circolo giuridico*, 1930, 69 ss.

<sup>151</sup> S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, Giuffrè, 1938, 12-13.

<sup>152</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Proprietà*, in *Enc. del Novecento*, V, Treccani, 1981, 660. Di talché, come coerentemente osservato da R. CATERINA, *Usufrutto e proprietà temporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 717, la divergenza di tali Autori rispetto alla teoria di Allara, da loro divisata, è solo nominalistica in quanto gli stessi incorrono, come Allara, nell'assimilare la proprietà temporanea all'usufrutto.

<sup>153</sup> In altri termini: *tempus non deminuit jus*. L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, 1951, 91; U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 203 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffrè, 1979, 30; A. DE CUPIS, *Pienezza e perpetuità della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 165 ss.



circoscritti entro un predeterminato *spatium temporis*, non subirebbero alcun mutamento, attenendo i limiti e gli obblighi del proprietario *ad tempus* a situazioni esterne e autonome, insuscettibili di alterare il contenuto del diritto<sup>154</sup>. Tuttavia, questa ricostruzione, che tenta di assimilare la proprietà temporanea a quella perpetua, salvo che per la durata, non pare logicamente sostenibile<sup>155</sup>.

Ad ogni buon conto, un dato accomuna le riflessioni susseguites sul tema: la proprietà temporanea riesce faticosamente a emergere quale categoria tipologicamente autonoma sia dalla proprietà in senso stretto sia dai diritti “parziari” o “corti”. Allo stato, dunque, in tanto l’idea di una proprietà temporanea sembra trovare fondamento, in quanto l’operazione esegetica si arresti all’individuazione della fattispecie nel reticolato tipico<sup>156</sup>.

Criticità maggiori sorgono allorché si tenti di delineare una configurazione generale di proprietà temporanea, soprattutto passando per l’ostico vaglio preliminare di ammissibilità dell’apposizione del termine al negozio a effetti reali.

Nonostante la generale apponibilità degli elementi accidentali a tutte le categorie negoziali, l’opinione prevalente è critica rispetto alla possibilità dei contratti di alienazione di tollerare un termine finale, per l’incompatibilità rispetto alla realizzazione istantanea e integrale dell’effetto traslativo (art. 1376 cod. civ.)<sup>157</sup>. Differentemente dall’alienazione subordinata a termine iniziale<sup>158</sup>, quella cui venga apposto un termine finale sarebbe nulla per impossibilità giuridica dell’oggetto e il termine finale resterebbe apponibile ai soli contratti di durata e di natura obbligatoria<sup>159</sup>.

Non sembra, quindi, che la dottrina sia riuscita a dimostrare la sussistenza di una categoria generale di proprietà temporanea, ontologicamente distinta dalle ipotesi nominate e configurabile *ex contractu* dall’autonomia privata<sup>160</sup>.

<sup>154</sup> A. PALERMO, *L’usufrutto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, VII, Utet, 1984, 101.

<sup>155</sup> L’assurdità, anche economica, di ritrarre nel sistema una proprietà temporanea che si ponga negli stessi modi e con la stessa ampiezza di quella “perpetua” è stata chiosata, in modo condivisibile, da R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, Giuffrè, 2000, 334.

<sup>156</sup> Come correttamente precisato da A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Cedam, 1988, 254. Tra le ipotesi tipiche di proprietà temporanea si individuano la proprietà superficaria a tempo determinato e il legato a termine iniziale, in capo all’erede, o finale, in capo al legatario (Cfr. U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 219 ss. e 229 ss.). Secondo A. GAMBARO, *op. cit.*, 230, la presenza di figure legali di proprietà temporanee create da negozio giuridico dovrebbe far propendere per l’insussistenza di un generale divieto di istituire forme proprietarie *ad tempus*.

<sup>157</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Giuffrè, 1999, 157 ss. Tuttavia, avverso tali obiezioni si può precisare che il principio del consenso traslativo opera senza depotenziamenti, pur se risulti apposto un termine o una condizione. Il principio consensualistico, infatti, non statuisce l’immediatezza dell’effetto traslativo, quanto il fatto che esso si produca *direttamente*, cioè senza necessità di ulteriori atti rispetto al contratto (P. SIRENA, *Il principio del consenso traslativo*, in M. COSTANZA, *Effetti*, *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, III, Giuffrè, 2023, 44).

<sup>158</sup> Se fortemente discussa è l’ammissibilità di una vendita a termine finale, la dottrina è, invece, consenziente sulla possibilità, avallata dalla previsione di cui all’art. 1465, co. 2 cod. civ., di apporre un termine iniziale al contratto traslativo della proprietà, (cfr. C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 156; P. SIRENA, *op. cit.*, 43, nota 86; V.M. TRIMARCHI, *Termine*, cit., 105 ss., 108; E. RUSSO, *Termine (dir.civ.) I) In generale*, in *Enc. giur.*, XXXI, Treccani, 1994, 13). Anche tra il compimento del negozio giuridico e il sopraggiungere del termine si individua una situazione di pendenza (M. ASTONE, *op. cit.*, 127) con il relativo insorgere di un’aspettativa, la quale, tuttavia, per la certezza dell’evento dedotto nel termine, è un *quid pluris* rispetto all’aspettativa condizionale (D. BARBERO, *Sistema*, cit., 278 e A.C. PELOSI, *Aspettativa*, cit., 468). Stante la certezza dell’attribuzione del diritto alla scadenza del termine, dovrà ammettersi *a fortiori* la tutela giuridica apprestata dalla legge per l’aspettativa condizionale (*Ibidem*).

<sup>159</sup> C.M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 157; D. CARRESI, *op. cit.*, 600; E. RUSSO, *op. ult. cit.*, 10; A. SPATUZZI, *La temporaneità del dominio, tra dato sistematico ed esigenze qualificatorie*, in *I contratti*, 2018, 849. *Contra*, N. DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Editoriale Scientifica, 1979, 138; A. SCACCHI, *op. cit.*, 79 ss.; seppur cautamente, D. CARUSI, *op. cit.*, 277, il quale, peraltro, ponendo al vaglio la configurabilità della proprietà temporanea, sostiene che «l’ammissione – con la disciplina della condizione – di una “proprietà risolubile” comport[a] implicitamente, ed in via generale, la disponibilità del sistema anche nei confronti di una proprietà “risolventa”».

<sup>160</sup> Recentemente, a favore della proprietà temporanea A. BELLORINI, *La proprietà e il tempo. Esercizio di insubordinazione*,



Tali difficoltà non sembrano sussistere per la proprietà risolubile. Anzitutto per la circostanza che non esiste proprietà risolubile oltre il perimetro di una fattispecie negoziale condizionata. L'interesse precipuo dei contraenti non è quello di alienare una proprietà risolubile, bensì quello di condizionare il negozio. La conformazione delle situazioni soggettive consegue, per l'appunto, alla sola scelta di contrarre *sub condicione*. Oltretutto, l'apponibilità dell'elemento condizionale al negozio, anche a effetti traslativi, va certamente esente dalle rimostranze sussistenti, invece, per il contratto traslativo a termine<sup>161</sup>.

Ancora, l'individuazione della proprietà risolubile non comporta alcun rischio di sconfessare le "consuetudine" coordinate proprietarie e, nella specie, la perpetuità. La predeterminazione, a mezzo della clausola condizionale, dell'evento da cui dipende la risolubilità del diritto del *dominus* interinale non è sufficiente a sovrapporre la figura con la proprietà sottoposta a termine. La comunanza con la proprietà risolubile della predeterminazione della causa di cessazione del diritto non impedisce di tener ferma la distinzione tra le due forme di proprietà: in quella risolubile si ravvisa un'instabilità impressa dalla condizione che resta qualitativamente difforme dalla fissazione di un termine di durata del diritto di proprietà<sup>162</sup>. Infatti, il *discrimen* risiede nella certa cessazione della prima alla scadenza del termine, mentre l'incertezza qualificante l'evento condizionale non consente di risolvere *a priori* la qualifica della proprietà risolubile come diritto limitato o illimitato nel tempo<sup>163</sup>. La provvisorietà del diritto risolubile esprime un'attuale instabilità superabile solamente in futuro a seconda dell'avveramento o meno dell'evento. Per queste ragioni, rispetto alla proprietà

---

Cacucci, 2022. Guardando alle dinamiche circolatorie già vagliate con riferimento alla circolazione dei diritti *sub condicione* (cfr. *supra*, § 3.2) anche chi propende per l'ammissibilità della proprietà temporanea sottolinea l'esigenza di affrontare con cautela e chiarezza nel coordinamento tra perpetuità e temporaneità delle situazioni dominicali (U. MATTEI, *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Utet, 2001, 242; cenni in tal senso anche in D. BARBERO, *Sistema*, cit., 456). Ciò per impedire che l'introduzione nel mercato di un dominio temporaneo, anche in virtù dell'intenso sfruttamento di un bene nel breve periodo, possa incidere sulla spendibilità dei beni stessi e aumentare i costi transattivi. Tali riserve, peraltro di natura squisitamente economica, potrebbero sciogliersi osservando che la circolazione dei diritti temporanei verrebbe regolata dai medesimi principi previsti per quelli *sub condicione*. Infatti, viene riconosciuta (A. DI MAJO, *op. cit.*, 197) al negozio a termine l'applicabilità dell'art. 1357 cod. civ. Anche alla circolazione dei diritti a termine finale, dunque, si estende il fondamento normativo sul quale si basa l'opponibilità ai terzi della conformazione delle situazioni condizionate. A ciò si aggiunge la generale trascrivibilità dei negozi a termine – anche finale – giusta l'art. 2659 cod. civ. (U. NATOLI, *Trascrizione*, in *Commentario cod. civ.*, Utet, 1971, 27 ss.).

<sup>161</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 450 in nota 52; A. DI MAJO, *op. cit.*, 194 in nota 29; O. T. SCOZZAFAVA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno e coordinato da A. Zoppini, *La proprietà e il possesso*, vol. II, t. II, Giuffrè, 2009, 70.

<sup>162</sup> Il distinguo è tracciato esattamente da U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 218 e 219. Sul punto anche C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Jovene, 1968, 205 ss. L'instabilità accomuna anche la c.d. proprietà in garanzia, la quale è ritenuta, dai fautori della sua ammissibilità, esposta all'eventualità della definitiva attribuzione in favore del creditore, in caso di inadempimento del debitore, oppure alla retrocessione a quest'ultimo in caso di adempimento dell'obbligazione garantita. Sul punto cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, 1996, 327 ss., 334 ss., 383 ss., il quale ribadisce la meritevolezza di una riflessione volta a mettere in luce la vicinanza delle situazioni soggettive del negozio traslativo in funzione di garanzia con quelle del negozio *sub condicione* o della vendita con riserva di proprietà. Come nel caso della proprietà risolubile, in quella dell'alienazione in garanzia sussiste una «connotazione programmatica del trasferimento» nelle forme di una funzionalizzazione allo scopo di garanzia. Senonché, nel caso della proprietà oggetto di alienazione in funzione di garanzia lo sforzo esecutivo pare assai maggiore: gli interpreti sono chiamati a interrogarsi sull'ammissibilità della causa sottesa e dell'eventuale effetto conformativo sulla proprietà, frutto di una determinazione certamente atipica. Di contro, la conformazione proprietaria operata dalla condizione e le implicazioni negoziali correlate trovano sicuro appiglio codicistico nel modello negoziale *ex artt.* 1353 ss. cod. civ.

<sup>163</sup> N. DI PRISCO, *op. cit.*, 99; A. NATUCCI, *op. cit.*, 247. Così inquadrata, la temporaneità non è riscontrabile nelle posizioni del fiduciario e del mandatario senza rappresentanza, nelle quali la transitorietà deriva dalla strumentalità delle situazioni in capo a tali soggetti. In queste ipotesi, infatti, la situazione di appartenenza «episodica» si accompagna all'insorgenza di obblighi in capo al mandatario o al fiduciario, dettati dalla finalità cui la proprietà è destinata, che non incidono, come nel caso della proprietà temporanea, direttamente sulla struttura e sul contenuto del diritto (specificamente per tale discrimine, U. NATOLI, *op. cit.*, 214 ss.).



temporanea, diritto necessariamente destinato a cessare, quella risolubile costituisce un'entità proprietaria più prossima a quella nominata *ex art. 832 cod. civ.*<sup>164</sup>.

Con riferimento alla proprietà risolubile, ancorché venga ad attuarsi una «modificazione dei caratteri normali del diritto di proprietà»<sup>165</sup>, non si realizza alcuna estensione delle prerogative proprietarie a una situazione di appartenenza aliena dal catalogo tipico. L'autonomia privata non può incidere sull'effetto conformativo condizionale, il quale discende unicamente da un previo riconoscimento legislativo del potere privato di contrarre *sub condicione*: la condizione è apposta al negozio per poi spiegare il proprio effetto conformativo sulla situazione soggettiva. Così, la proprietà risolubile si sostanzia in una forma di appartenenza riconducibile all'alveo della proprietà nominata, la cui conformazione non promana *direttamente* dall'autonomia contrattuale<sup>166</sup>: i limiti e gli obblighi identificanti il contenuto della proprietà interinale discendono unicamente dalla connotazione legale (*ex artt. 1353 ss. cod. civ.*) di determinati schemi negoziali, senza facoltà dei contraenti di incidere convenzionalmente sul regime delle situazioni condizionate.

Dunque, non si può addurre alcuna violazione del principio di tipicità dei diritti reali, il quale funge da argine solamente rispetto al dispiegarsi dell'autonomia contrattuale allorquando le parti si determinino a creare diritti reali atipici<sup>167</sup>. Tali principi non verrebbero sconfessati nemmeno laddove si osservi che la condizione, ancorché apposta al negozio, finisce, per il principio di necessaria consequenzialità e congruenza tra il negozio e i suoi effetti<sup>168</sup>, per conformare la situazione giuridica stessa.

A differenza del dominio temporaneo, quindi, nessuno scoglio positivo si frappone alla configurazione autonoma della proprietà risolubile. Del resto, anche l'argomento comparatistico riesce a dar conto dell'autonomia codificazione della proprietà risolubile: all'art. 3:84, 4 del codice civile dei Paesi Bassi (*Burgerlijk Wetboek*), nel libro dedicato ai diritti reali, la proprietà risolubile viene normata alla stregua di una forma proprietaria condizionata, non degradata a usufrutto<sup>169</sup>.

<sup>164</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 445.

<sup>165</sup> A. BELFIORE, *op. cit.*, 210 in nota: il diritto reale *sub condicione* (o sottoposto a termine) «è sì atipico, epperò non già nel senso che non risulta previsto e disciplinato nel nostro codice, ma soltanto perché sprovvisto di una propria nomenclatura legislativa».

<sup>166</sup> Sul tema della conformazione di matrice *negoziale* si veda, invece, F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Jovene, 2015.

<sup>167</sup> *Contra* M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Giuffrè, 1981, 169 ss., per una posizione favorevole all'ammissibilità della costituzione di diritti reali atipici attraverso una valorizzazione dell'art. 1322 cod. civ. (con il solo limite dell'ordine pubblico, della illiceità e della meritevolezza dell'interesse perseguito) e un correlato depotenziamento del *numerus clausus*.

<sup>168</sup> N. DI PRISCO, *op. cit.*, 144 ss. È questo un ulteriore comune dato tra la proprietà risolubile e quella temporanea. Analogamente alla condizione, la modalità cronologica impressa con il termine è destinata a incidere il contenuto della situazione soggettiva e a non rimanere un elemento operante *ab extrinseco* (A. DI MAJO, *Termine*, cit., 194). Anche secondo F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffrè, 1988, 129, il termine finale opererebbe sul piano del contratto non come atto ma come rapporto, inerente al complesso delle situazioni soggettive, determinandone la cessazione. Tuttavia, occorre precisare che, dopo aver dimostrato che la conformazione spiegata dall'elemento condizionale sul diritto oggetto di negoziazione va esente dalle problematiche interpretative invece sussistenti per il termine, le condivisibili considerazioni di DI PRISCO svolte sulla proprietà temporanea («il termine del negozio è termine del diritto») sembrano più fondatamente vevoli per la proprietà risolubile. L'insensibilità del diritto rispetto al termine apposto al negozio sembra, invece, emergere in A. BELLORINI, *La proprietà e il tempo*, cit., 57 ss., il quale ha recentemente tratteggiato la proprietà temporanea come titolarità temporanea di un diritto intrinsecamente perpetuo, scindendo qualitativamente la titolarità dal contenuto della situazione soggettiva.

<sup>169</sup> Riferimenti anche in R. CATERINA, *op. ult. cit.*, 339 in nota 15. Per una traduzione inglese della disposizione richiamata, si veda P.P.C. HAANAPPEL, E. MACKAAY (*translated by*), *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek Het Vermogensrecht*, Kluwer Law and Taxation, 1997, 49: «Where delivery is made in the performance of a conditional obligation, the right so acquired is subject to the same condition as the obligation» (corsivo aggiunto). V'è chi (E. BILOTTI, *Proprietà temporanea, usufrutto e tipicità delle situazioni di appartenenza*, in *Riv. not.*, 2013, I, 1312-1313 in nota) sostiene che ai fini dell'ammissibilità della proprietà temporanea sia necessaria, oltre a una chiarificazione interpretativa, quella operata dai fautori della figura, anche una presa di posizione del legislatore,



Non si tratta di individuare se sia configurabile una proprietà risolubile di origine convenzionale, quanto di qualificare le modalità di incisione della condizione sulle situazioni reali, ma è evidente che l'operatività dell'autonomia contrattuale si arresta alla scelta di apporre l'elemento condizionale, senza poter influire sulla precarietà delle situazioni soggettive o sull'esclusiva derivazione legale della conformazione<sup>170</sup>. Tale discernimento interpretativo non intacca i principi del *numerus clausus* e della tipicità, ma contribuisce soltanto a individuare un'ipotesi legale di funzionalizzazione delle situazioni soggettive reali<sup>171</sup>, evitando una cristallizzazione dell'interpretazione giuridica.

Lo spunto secondo cui il diritto reale primario «non ha oggi, se mai ha avuto, un significato univoco» è ormai innegabilmente attuale<sup>172</sup>. Ciononostante, non si può individuare nella proprietà risolubile un momento di depotenziamento dell'istituto proprietario *ex artt.* 832 e ss. cod. civ., secondo la ritenuta “crisi” e perdita di unitarietà del diritto di proprietà, ormai dilagata nelle riflessioni a partire da Salvatore Pugliatti. La categoria, come si sarà inteso, non è la risultante di poteri conformativi privati volti a dissociare le facoltà e le tutele proprietarie in favore di soggetti diversi al fine di soddisfare interessi di natura differente da quello del *dominus ex art.* 832 cod. civ.

Quanto al contenuto, la proprietà risolubile è gravata da limiti e obblighi che si contrappongono alla pienezza dei poteri e delle facoltà che connotano la piena proprietà. La disciplina della condizione finisce, in altri termini, per integrare il contenuto del diritto reale *sub condicione*.

Viene anzitutto in rilievo una limitazione della facoltà di godimento: al proprietario risolubile è dato utilizzare il bene con la limitazione imposta dal divieto di distruggere o di deteriorare il bene medesimo. Ne deriva un obbligo di conservazione della *res* in vista dell'eventuale consegna (nel caso di condizione sospensiva) o restituzione (nel caso di condizione risolutiva) al titolare dell'aspettativa a seguito dell'avveramento della condizione<sup>173</sup>. Quanto al rispetto della destinazione economica del bene al momento dell'apposizione della condizione, pare congrua l'inapplicabilità analogica delle prescrizioni in materia di usufrutto<sup>174</sup>. Dal momento che potrebbero esser apportati interventi volti a una migliore utilizzazione del bene, si ammette che il proprietario interinale possa mutarne la destinazione economica, previa specifica valutazione dell'utilità arrecata dalle innovazioni, anche secondo il parametro dell'obbligo di buona fede *ex art.* 1358 cod. civ.<sup>175</sup>.

---

sgombrando ogni equivoco di assimilazione della proprietà temporanea a un usufrutto non vitalizio. Si potrebbe ipotizzare la medesima obiezione nei confronti della proprietà risolubile, paventando un'esigenza di tipizzazione. Sennonché, proprio il riferimento al codice civile olandese dimostra che la proprietà risolubile altro non è che la specificazione della proprietà conformata dall'apposizione della condizione al negozio, di tal che l'esplicitazione normativa nulla aggiungerebbe all'individuazione della categoria a partire dalla riflessione sull'atteggiarsi della disciplina *ex artt.* 1353 ss. cod. civ. rispetto alle situazioni di appartenenza negoziate condizionatamente. Parzialmente simile alla disposizione olandese citata, nella formulazione e nella *ratio*, è il riferimento al *Draft Common Frame of Reference*, VIII, 2:203 (“*Transfer subject to condition*”): «(1) Where the parties agreed on a transfer subject to a resolutive condition, ownership is re-transferred immediately upon the fulfilment of that condition, subject to the limits of the re-transferor's right or authority to dispose at that time. A retroactive proprietary effect of the re-transfer cannot be achieved by party agreement. (2) Where the contract or other juridical act entitling to the transfer of ownership is subject to a suspensive condition, ownership passes when the condition is fulfilled».

<sup>170</sup> Il concetto di conformazione del diritto di proprietà, consistente nei vincoli e nei limiti derivanti dallo stesso ordinamento giuridico (ultima parte dell'art. 832 cod. civ.), è ormai acquisito alla dottrina (*ex multis*, cfr. A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., 253 ss.).

<sup>171</sup> Funzionalizzazione dello schema legale della proprietà che può essere imposto solo dalla legge (S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo, Teoria, Pratica*, Giuffrè, 1951, 276).

<sup>172</sup> S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 309; sulla pluralità degli statuti proprietari cfr. spec. 145 ss.

<sup>173</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 379. R. CATERINA, *op. ult. cit.*, 59 ss., 109 ss.

<sup>174</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 382 ss.

<sup>175</sup> *Ivi*, 384 ss. Impedire aprioristicamente il mutamento della destinazione significherebbe attuare il rischio, già scongiurato, di un sacrificio dell'interesse di una delle parti del negozio oltre che quello più generale all'accrescimento della ricchezza. A differenza del



Trattandosi di una situazione di appartenenza proprietaria, il titolare della proprietà risolubile può costituire su di essa diritti reali limitati<sup>176</sup>.

Ancora, il proprietario risolubile ha l'obbligo di impiegare nel godimento la diligenza del buon padre di famiglia<sup>177</sup>, di pagare le imposte e gli altri carichi della proprietà<sup>178</sup>, di rimborsare o indennizzare l'altro contraente per gli eventuali miglioramenti e addizioni<sup>179</sup>, sopporta il rischio del perimento del bene<sup>180</sup> ed è responsabile civilmente per i danni prodotti dalla cosa.

Va aggiunto che nel caso di mancato avveramento della condizione sospensiva o di avveramento di quella risolutiva non si verifica quanto avviene nel caso della nuda proprietà. La proprietà ri-diviene "piena", in capo all'alienante, automaticamente ed *ex nunc*, ri-espandendosi (nel caso della condizione sospensiva) o ritrasferendosi (nel caso della condizione risolutiva), senza alcun atto di volontà delle parti, in virtù della caducazione dell'effetto conformativo impressa originariamente al negozio *sub condicione*<sup>181</sup>. Ciò in conseguenza della modalità cronologica cui soggiace il negozio e – *ab intrinseco* – la situazione soggettiva.

In definitiva, la proprietà risolubile costituisce specificazione funzionale e strutturale della proprietà nominata e, in quanto tale, delinea una proprietà conformata nel contenuto direttamente dall'instaurarsi dello stato di pendenza, dalla conseguente disciplina *ex art. 1353 cod. civ.* e, solo mediamente, dall'autonomia privata<sup>182</sup>.

---

proprietario futuro, il quale sa che dovrà sopportare le conseguenze delle scelte del *dominus ad tempus*, non sarebbe ragionevole per il proprietario risolubile vedersi paralizzata la gestione di un bene in nome di una semplice eventualità (così R. CATERINA, *op. ult. cit.*, 107).

<sup>176</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 416 ss.

<sup>177</sup> L'obbligo di diligenza del titolare della proprietà risolubile si atteggia diversamente da quello previsto in materia di usufrutto all'art. 1001, co. 2, cod. civ., derivando il primo dalla specifica previsione dell'obbligo di buona fede da parte dell'art. 1358 cod. civ. (*Ivi*, 388 ss.).

<sup>178</sup> *Ivi*, 394 ss.

<sup>179</sup> In particolare, *Ivi*, 401, secondo il quale, in applicazione dei principi generali *ex art. 2041 cod. civ.* e della disciplina in materia di usufrutto, il proprietario risolubile avrebbe diritto, per i miglioramenti, al rimborso della minor somma tra l'importo della spesa e l'aumento di valore del bene (art. 985 cod. civ.). Sempre per analogia sarebbe applicabile, per le addizioni, l'art. 986 cod. civ. (*ivi* comprese quelle che alterino la destinazione economica della cosa, cfr. *supra*, nota 175).

<sup>180</sup> Cfr. *supra*, § 3.1.

<sup>181</sup> Analogamente, A.C. PELOSI, *op. cit.*, 449. Si può intravedere una somiglianza con i fattori della proprietà temporanea rispetto a quanto si verifica allo scadere del termine finale, cioè l'estinzione (*rectius*, «esaurimento del contenuto del diritto stesso»: M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, cit., 75) del dominio attuale, *ad tempus*, e il suo riacquisto automatico in capo all'alienante (A. NATUCCI, *op. cit.*, 251).

<sup>182</sup> Più distante si pone l'elaborazione dogmatica avanzata da A.C. PELOSI, *op. cit.*, 430, il quale, contestualmente a un faticoso abbandono dello schema proprietario, finisce per abdicare a incasellare sia la proprietà risolubile sia quella temporanea nel reticolato tipico, relegandola a una sorta di limbo tra la proprietà e gli altri diritti reali. Sennonché, l'individuazione da parte di PELOSI di un *tertium genus*, nel quale far confluire i diritti "corti", non contribuisce alla chiarezza complessiva del sistema (così anche A. DE CUPIS, *op. cit.*, 169). D'altro canto, va osservato che la tendenza a una «ipostatizzazione di una generale nozione di proprietà comprensiva di tutti i diritti reali non qualificabili come diritti su cosa altrui», denunciata da A.C. PELOSI (*Ivi*, 434), potrebbe risiedere, come evidenziato da R. CATERINA, *op. ult. cit.*, 333 ss., nella rigida dicotomia, insita nel sistema, tra proprietà e *iura in re aliena* di derivazione romano-pandettistica. Secondo l'Autore, un sistema dei diritti reali siffatto, imperniato sopra tale tradizionale bipartizione, sarebbe stato d'ostacolo a una compiuta riflessione sui "diritti corti" e sulla proprietà risolubile. Ciononostante, si è puntualizzato che «la sensazione che si preannunci un cambiamento epocale pare francamente eccessiva» (*Ivi*, 340) e che si tratti non tanto di un superamento della tradizionale tassonomia in seno ai diritti reali quanto di un mutamento nella sensibilità di concettualizzazione e, come nel caso della proprietà risolubile, di «affrontare figure non necessariamente nuove» (*Ibidem*). Del resto, «non si può negare aprioristicamente la possibilità di nuove interpretazioni, che attribuendo alle norme e agli istituti esistenti un contenuto differente da quello prima accolto dalla dottrina e giurisprudenza, adattino il sistema alle mutate esigenze della vita pratica» (G. CATTANEO, *op. cit.*, 953).



4.2. – Valorizzare la portata conformatrice della condizione non equivale a riconoscere nella proprietà risolubile una proprietà destinata, a differenza di quanto recentemente affermato da una tesi<sup>183</sup>. Secondo questa voce «la proprietà risolubile è una vera e propria proprietà destinata: anch'essa è infatti una proprietà strutturata nell'interesse (non solo del titolare interinale ma anche) di altro soggetto (il titolare dell'aspettativa condizionale), e come tale funzionalizzata e conformata».

Il parallelismo abbisogna, tuttavia, di alcune specificazioni.

La comunanza estrinseca dell'effetto conformativo sulla situazione giuridica interessata non può condurre a un'indiscriminata equiparazione dei due termini di analisi. Permane, infatti, una distanza ontologica tra l'atto *ex art. 2645-ter* cod. civ. e il negozio *sub condicione*. Se è vero che in entrambi casi, fenomenologicamente, la proprietà è sprovvista della pienezza, è parimenti evidente che la funzionalizzazione opera difformemente. Nella proprietà c.d. destinata nessuna precarietà o subordinazione a un evento incerto è ravvisabile, quanto, piuttosto, una negoziata e specifica funzionalizzazione del bene all'interesse *attuale* del beneficiario.

Che la proprietà risolubile sia soggetta a vincoli di conservazione e a obblighi in favore del titolare dell'aspettativa non è motivo per discorrere di una destinazione in senso stretto. Non si tratta, a ben vedere, di una funzionalizzazione in senso soggettivo in quanto la “finalizzazione” del diritto risolubile è la risultante della conformazione operata dalla pendenza sulle situazioni giuridiche coinvolte, mancando una destinazione del bene alla realizzazione di interessi altrui.

A difettare è, altresì, una destinazione così come intesa dall'*art. 2645-ter* cod. civ. volta cioè alla realizzazione di interessi della controparte (nella specie, il titolare dell'aspettativa) meritevoli di tutela. Inoltre, la conformazione che caratterizza la proprietà risolubile promana dall'incertezza tipica della pendenza e non dalla sussistenza di limiti e obblighi a carico del titolare precario, essendo questi ultimi, piuttosto, degli indici sintomatici della prima. Di contro, la funzionalizzazione che connota la proprietà destinata costituisce l'oggetto stesso della destinazione impressa dal conferente sul bene in vista dello scopo meritevole di tutela.

Secondo la tesi richiamata, la proprietà risolubile sarebbe assoggettata a un vincolo destinatorio attuale comportante l'inalienabilità del bene al pari della proprietà destinata, sull'assunto della configurabilità di un vincolo di indisponibilità «in ogni fattispecie di pendenza condizionale»<sup>184</sup> finalizzato alla conservazione delle ragioni altrui in virtù dell'*art. 1358* cod. civ. Al contrario, si è già visto che l'atto di destinazione non importa necessariamente ed *ex se* l'inalienabilità del bene: lo suggerisce lo stesso silenzio dell'*art. 2645-ter* cod. civ.<sup>185</sup>

Ancora, se il diritto condizionato è esposto programmaticamente all'incertezza, al contrario, la funzionalizzazione del diritto destinato *ex art. 2645-ter* cod. civ. agli interessi del beneficiario soggiace a una preeterminazione temporale certa e definita, delimitata legalmente fino a novant'anni o per tutta la durata della vita del beneficiario.

Oltretutto, la preeterminazione temporale *ex art. 2645-ter* cod. civ. importa un'eccezione legale ai “convenienti limiti di tempo” di cui all'*art. 1379* cod. civ. solo in quanto la causa destinatoria si sostanzia in particolari interessi meritevoli di tutela. Invece, a voler leggere la destinazione di cui all'*art. 2645-ter* cod. civ. nell'ambito della proprietà risolubile si incontrerebbe l'obiezione della durata indefinita dell'incertezza condizionale<sup>186</sup>. Sarebbe, così, confliggente con i principi generali discorrere di una destinazione *sine die* evi-

<sup>183</sup> G. PETRELLI, *Pendenza della condizione e tutela dei creditori*, cit. e ID., *Proprietà fiduciaria, art. 2645-ter e condizione*, cit.

<sup>184</sup> G. PETRELLI, *Pendenza*, cit., 898.

<sup>185</sup> Cfr. *supra*, nota 121.

<sup>186</sup> Salvo che le parti abbiano circoscritto l'avveramento della condizione entro un termine.



dentemente lesiva della libera circolazione dei beni nonché dell'autonomia privata e della libertà economica del singolo.

L'incertezza tipica della condizione e la conseguente precarietà del *dominus* interinale non permettono la configurazione di una situazione giuridica analoga a quella della proprietà destinata, la quale risulta invece *permanentemente*, entro il limite temporale di novant'anni, direzionata al soddisfacimento dell'altrui interesse<sup>187</sup>.

Quanto al regime effettuale, emergono ulteriori profili di divergenza tra i due istituti. Anzitutto, non pare possibile estendere l'effetto segregativo patrimoniale tipico dell'atto di destinazione *ex art. 2645-ter* cod. civ., che consiste nell'esclusione del bene e dei suoi frutti dall'azione esecutiva dei creditori del destinante per crediti non funzionali al vincolo. Se, come detto, non sussiste nella proprietà risolubile una destinazione in senso tecnico *ex art. 2645-ter* cod. civ., allora non si può ammettere l'applicabilità estensiva o analogica del predetto effetto segregativo. Estendere alla proprietà risolubile l'effetto della parziale esclusione dall'azione esecutiva dei creditori<sup>188</sup> significherebbe operare un discernimento nella platea dei creditori, in deroga ai principi in materia di responsabilità patrimoniale, il tutto per il sol fatto – di carattere fenomenico – che nella proprietà risolubile siano individuabili limitazioni e obblighi di conservazione della situazione giuridica altrui. La dottrina maggioritaria è poi concorde nel ritenere la generale facoltà di tutti i creditori del titolare della proprietà risolubile, senza distinzione temporale rispetto all'insorgenza della pendenza, di espropriare il diritto precario<sup>189</sup>.

Parimenti problematica è la riconducibilità della proprietà risolubile alla categoria della c.d. proprietà nell'interesse altrui<sup>190</sup>. Come la proprietà destinata quella risolubile sarebbe «proprietà strutturata nell'interesse (non solo del titolare interinale ma anche) di altro soggetto (il titolare dell'aspettativa)». A parte la dubbia configurabilità della categoria<sup>191</sup>, la riconduzione della proprietà risolubile nell'alveo della proprietà nell'interesse altrui non regge, ove solo si osservi che, secondo il bilanciamento sotteso al negozio *sub condizione*<sup>192</sup>, il titolare precario nel negozio condizionato non vanta un diritto *esclusivamente* conformato e direzionato al soddisfacimento delle altrui ragioni.

Anche gli interessi meritevoli di tutela del beneficiario *ex art. 2645-ter* non possono dirsi sovrapponibili agli interessi *lato sensu* vantati dal titolare dell'aspettativa. Nel caso dell'*art. 2645-ter* cod. civ. va accolta

<sup>187</sup> Ciò esclude la possibilità di estendere analogicamente la durata massima prevista per l'*art. 2645-ter* cod. civ. come ipotizzato da G. PETRELLI, *Proprietà*, cit., 550.

<sup>188</sup> Come sostenuto da G. PETRELLI, *Pendenza*, cit., 912-913.

<sup>189</sup> M. FACCIOLI, *op. cit.*, 177; A. BELFIORE, *op. cit.*, 201 ss.; D. CARRESI, *op. cit.*, 612; A.C. PELOSI, *op. cit.*, 121 e 424 ss. L'autonomia delle situazioni giuridiche "intermedie" nella pendenza, risultante dall'irrelevanza della retroattività, conferma l'assenza di una limitazione cronologica in seno alla responsabilità patrimoniale. Infatti, anche i creditori del titolare interinale possono aggredire, in costanza della pendenza, il diritto risolubile. Diversamente, l'agire retroattivo della condizione imporrebbe di statuire solamente *ex post* sulla facoltà dei creditori della pendenza di espropriare o meno la situazione condizionata, a seconda dell'avveramento o meno della condizione, ingenerando, così, un *discrimen* temporale nella compagine creditoria.

<sup>190</sup> G. PETRELLI, *Proprietà*, cit., 539: «La proprietà destinata o fiduciaria rientra nel più ampio *genus* delle proprietà nell'interesse altrui: categoria, quest'ultima, nell'ambito della quale si collocano altri due importanti istituti: la proprietà temporanea, e la proprietà condizionata o risolubile».

<sup>191</sup> Vedasi A. RENDA, *Donation-based crowdfunding, raccolte fondi oblativo e donazioni "di scopo"*, Giuffrè, 2021, 101-102, in nota 55, dove ci si domanda se effettivamente sia ancora un diritto soggettivo la situazione nella quale le facoltà sono a esercizio vincolato al soddisfacimento esclusivo di un interesse altrui. Da qui il richiamo a G.L. PELLIZZI, *La società persona giuridica: dove è realtà e dove è vuota formula (esperienza delle banche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, 488: «da che mondo è mondo, la titolarità d'un diritto è riconosciuta al titolare dell'interesse che quel diritto protegge: altrimenti bisognerebbe sovvertire [...] non solo la teoria dei soggetti, bensì quella stessa del diritto soggettivo».

<sup>192</sup> Cfr. *supra*, § 3.2.



l'opinione che subordina il potere privato di conformazione della proprietà alla ricorrenza di interessi del beneficiario che rivestano una particolare rilevanza sociale, intendendo la meritevolezza di tutela dell'art. 2645-ter come un requisito qualitativo di selezione degli interessi rafforzato rispetto al filtro selettivo cui soggiace l'autonomia privata ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. La lettura rigorosa della meritevolezza degli interessi si spiega con la necessità che la configurazione di patrimoni destinati e gli incisivi effetti correlati siano sorretti da scopi particolarmente qualificati e socialmente rilevanti<sup>193</sup>. Ciò posto, è evidente la differenza con il negozio condizionato nel quale «la legge non richiede alcuna “pregnanza causale” dell'interesse al cui soddisfacimento è finalizzata la condizione»<sup>194</sup>. Ciò non significa, per converso, che si possa riduttivamente affermare che «i negozi che danno origine alla proprietà risolubile richiedono solamente un interesse meritevole di tutela nella limitata accezione dell'art. 1322 cod. civ., ossia un interesse lecito, serio e apprezzabile, che si accompagna – nell'ambito della causa concreta del negozio – all'interesse egoistico dell'acquirente sotto condizione o a termine iniziale a conseguire il diritto»<sup>195</sup>. Come già illustrato, nel negozio *sub condicione* (volontaria, non unilaterale) spicca l'interesse di *entrambi* i contraenti all'acquisizione del dato indispensabile per la definizione o la caducazione dell'assetto programmatico<sup>196</sup>.

**5.** – Il discorso può giungere, in conclusione, alla considerazione delle ipotesi legali nelle quali è ravvisabile una proprietà risolubile, in particolare nella vendita con riserva di proprietà<sup>197</sup>.

Gli esiti interpretativi raggiunti sulla proprietà risolubile suggeriscono una lettura della categoria negoziale ex art. 1523 cod. civ. in questi termini. Il mancato pagamento integrale del prezzo viene considerato come

<sup>193</sup> A. DE DONATO, *L'interpretazione dell'art. 2645-ter. Prime riflessioni della dottrina e della giurisprudenza*, in *Dal Trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, a cura di M. BIANCA, A. DE DONATO, *Quaderni Fondazione Italiana Notariato*, 2013, n. 2; G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 541 ss.; A. RENDA, *op. cit.*, 487 ss. *Contra* G. PETRELLI, *Proprietà*, cit., 549.

<sup>194</sup> *Ivi*, 548.

<sup>195</sup> *Ibidem*.

<sup>196</sup> Con riguardo alla natura polifunzionale della condizione cfr., del resto, proprio G. PETRELLI, *La condizione “elemento essenziale” del negozio giuridico. Teoria generale e profili applicativi*, Giuffrè, 2000, 71 ss. dove, sottolineando l'inesistenza di un unico paradigma di interessi tutelati, viene illustrato un articolato catalogo di situazioni e modalità di condizionamento del negozio a seconda del diverso atteggiarsi degli interessi dei contraenti. Per il rapporto tra motivi e interessi si veda la teoria di A. FALZEA, *La condizione*, cit., 80 ss., nonché P. RESCIGNO, *op. cit.*, 765 e 766. La concezione tradizionale e meccanicistica del duplice piano di interessi di A. FALZEA, *Condizione*, cit., 2, vede la compresenza di un interesse interno corrispondente al programma negoziale e uno esterno equivalente a quello interno ma di segno negativo e qualificato come “controprogramma”, consistente, cioè, in una volontà contraria alla negoziazione in caso di mancato avveramento dell'evento. La tesi di FALZEA, caratterizzata da «un'esasperazione della logica della fattispecie» (G. AMADIO, *La monografia sulla condizione e la teoria degli elementi dell'atto giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1039) è stata ormai rivisitata, in favore di una prospettiva funzionale tesa a valorizzare la duttilità e dunque la multifunzionalità dell'elemento condizionale (G. AMADIO, *La condizione*, cit., 296 ss.). È stato detto che «l'impostazione fondata sul duplice piano di interessi di segno opposto, appiattisce la descrizione del rapporto tra meccanismo condizionale e interesse delle parti» (G. AMADIO, *La monografia*, cit., 1038). Attesa la coesistenza della programmazione di un assetto di interessi con la valutazione delle circostanze incidenti su quell'assetto, la condizione garantisce non solo la realizzazione concreta del regolamento ma anche la valorizzazione di interessi ulteriori ma collegati a quelli disciplinati dalla regola negoziale (G. AMADIO, *La condizione*, cit., 174 ss.).

<sup>197</sup> Le fattispecie legali di proprietà risolubile sono rinvenibili anche nella posizione dell'istituto sotto vincolo fedecommisario (nei limiti in cui ha cittadinanza il fedecommesso successivamente alla riforma di cui alla L. 19 maggio 1975, n. 151) e in quella dell'acquirente della vendita con patto di riscatto (A.C. PELOSI, *op. cit.*, 277 ss.). Proprio con riferimento alla vendita con patto di riscatto, in giurisprudenza (App. Napoli, sez. III, 19-11-2009, n. 3432), pur non abbandonandosi la retroattività condizionale, è stato affermato che «deve ritenersi pienamente ammissibile la c.d. proprietà risolubile, da distinguersi da quella temporanea proprio perché viene meno retroattivamente. In particolare si ha proprietà risolubile quando il diritto può venir meno per un accadimento dedotto in contratto tra le parti ovvero previsto dalla stessa legge [...]».



condizione risolutiva del contratto. Il compratore, al pari di ogni altro acquirente *sub condicione* risolutiva, diviene, con la stipulazione della vendita, titolare di una proprietà risolubile, suscettibile di trasformarsi in “piena” nel caso di mancato avveramento dell’evento, nell’eventualità, cioè, del pagamento dell’ultima rata del prezzo. Correlativamente, il venditore è titolare di un’aspettativa al riacquisto della cosa analoga a quella dell’alienante sotto condizione risolutiva. Per questa via, la vendita con riserva di proprietà può essere ricondotta a una sotto-ipotesi di vendita nell’alveo dei negozi tipicamente condizionati<sup>198</sup>, con conseguente applicazione per via analogica della disciplina della condizione risolutiva.

La *communis opinio* ha sempre escluso recisamente che il compratore potesse acquistare la proprietà prima del pagamento dell’ultima rata. Parallelamente, sia nella dottrina più risalente sia in quella più recente, traspare un certo imbarazzo interpretativo reso evidente dalle formule evanescenti impiegate per affermare che il compratore sarebbe «già sostanzialmente padrone»<sup>199</sup>, «quasi proprietario»<sup>200</sup> oppure soggetto che «si comporta di massima come proprietario pur non essendo (ancora) titolare del diritto reale»<sup>201</sup>. Correlativamente, l’istituto si ribadisce in tutta la sua complessità allorquando si debba spiegare per quale ragione, stante l’impressione di una situazione sostanzialmente proprietaria del compratore, il venditore continua a mantenere un certo grado di appartenenza rispetto alla *res*.

Muovendo dal tenore letterale dell’art. 1523 cod. civ., alla luce della rilettura dogmatica della proprietà risolubile, si può ritenere che il compratore acquisterà la *piena e definitiva* proprietà solo al pagamento dell’ultima rata, restando impregiudicato che prima di quel momento lo stesso compratore possa essere titolare di una situazione giuridica non piena e definitiva<sup>202</sup>. La norma, in altri termini, non prenderebbe posizione circa la qualificazione della situazione giuridica vantata prima del pagamento dell’ultima rata.

È comunemente riconosciuta la funzione economica di garanzia “impropria”<sup>203</sup> veicolata dalla vendita con riserva di proprietà in favore del venditore. Lo schema negoziale conferisce il godimento immediato al compratore senza il versamento dell’intero corrispettivo e al contempo al venditore di uno strumento facile per recuperare il bene in caso di inadempimento della controparte<sup>204</sup>. Il rilievo non consente, quindi, di giustificare la regola di cui all’art. 1523 cod. civ. così come accolta nell’interpretazione comune: l’attribuzione al venditore della piena proprietà fino all’integrale pagamento del prezzo sarebbe «un mezzo eccedente di

<sup>198</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 216; M. COSTANZA, *La condicione*, cit., 931 ss. e 941; P. RESCIGNO, *op. cit.*, 784.

<sup>199</sup> G. CATTANEO, *op. cit.*, 977.

<sup>200</sup> *Ivi*, 994.

<sup>201</sup> R. CALVO, *Situazioni di appartenenza e garanzia nella riserva di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 875. La parvenza che l’acquirente sia titolare di una situazione mediana e sfornita di pienezza è avvertita anche da A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. Ciccumessineo*, Giuffrè, 2014, 698 e da A. CAPRIOLI, *La vendita di immobili con riserva della proprietà*, in *Not.*, 2022, 131, ove si postula il riconoscimento in capo all’acquirente con patto di riservato dominio di un potere sulla cosa che «pur non assurgendo ancora al livello del diritto di proprietà, presenta certamente le caratteristiche dell’inerenza e dell’assolutezza tipiche del diritto reale di godimento». Orizzonte interpretativo, questo, condiviso anche da M. COMPARTI, *Diritti reali. I) Diritto Civile*, in *Enc. giur.*, VII, Treccani, 1989, 7, il quale, discostandosi dalla qualificazione in termini di aspettativa reale o di diritto pieno di proprietà, si riferisce alla situazione dell’acquirente *ex art.* 1523 cod. civ. come un «tipo particolare di proprietà, a contenuto ridotto, con possibilità di perdita della situazione per il mancato pagamento delle rate del prezzo» e dunque ascrivibile a «tipi particolari di proprietà ridimensionati nel loro contenuto».

<sup>202</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 197.

<sup>203</sup> *Ivi*, 194, 247. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, I, II, ed., Utet, 1993, 588-589 e 594; A. ALBANESE, *La vendita*, cit., 501.

<sup>204</sup> F. NADDEO, *Artt. 1523-1526*, in *Comm. Gabrielli, Dei singoli contratti*, I, 1, a cura di D. VALENTINO, Utet, 2011, 469 e 470; R. CALVO, *op. cit.*, 863 ss. Viene segnalata la complessiva versatilità dello strumento negoziale, tra gli altri, da A. TORRONI, *La vendita a rate con patto di riservato dominio. Alla riscoperta di un istituto antico ma sorprendentemente efficiente*, in *Riv. not.*, 2018, 760 ss.



gran lunga lo scopo di garanzia» e al contempo impedirebbe «una valutazione realistica della situazione giuridica del compratore»<sup>205</sup>.

Sono diversi gli indici normativi dai quali emergerebbe l'eccessività del mantenimento di un pieno dominio da parte del venditore rispetto alla mera funzione di garanzia apprestata negozialmente in suo favore: il passaggio immediato del rischio del perimento del bene in capo al compratore al momento della consegna con conseguente persistenza dell'obbligo della controprestazione, in deroga al principio generale *res perit domino* (art. 1523, seconda parte, cod. civ.); il diritto al godimento implicitamente attribuito al medesimo (art. 1526, co. 1, seconda parte, cod. civ.); la conseguente responsabilità per i danni arrecati dalla circolazione dei veicoli (art. 2054 cod. civ., co. 3 e 4); la parificazione operata rispetto alla vendita immediatamente traslativa per il caso della liquidazione del venditore emergente dalla normativa della crisi d'impresa (cfr. il vigente art. 178 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e il previgente art. 73 r.d. 16 marzo 1942, n. 267), in virtù della quale il compratore con patto di riservato dominio, ancor prima del pagamento integrale del prezzo, è considerato alla stessa stregua del contraente che abbia già acquistato un diritto reale. Tali riferimenti dicono, infatti, del passaggio in capo al compratore del godimento, dei vantaggi e dei rischi normalmente attribuiti al proprietario della cosa. Essi sono indici sintomatici di una situazione giuridica certamente non equiparabile a un mero diritto personale di godimento e nemmeno a una mera situazione di attesa, quale l'aspettativa condizionale.

Viene così avvalorata la sostanza delle formule, particolarmente evocative, impiegate per indicare la sostanziale "padronanza" del compratore con riserva di proprietà<sup>206</sup>.

Di contro, rimane evidente che, al pari di tutte le fattispecie nelle quali sia ravvisabile una proprietà risolubile, anche il godimento vantato dall'acquirente *ex art. 1523 cod. civ.* si differenzia, per i suoi connotati, dal godimento del titolare della proprietà *piena*.

È ormai dominante l'incasellamento della figura negoziale entro la vendita a effetti reali differiti<sup>207</sup>, categoria che costituisce espressione del tentativo di riconduzione a unità di eterogenee ipotesi speciali di vendita sulla base del carattere comune della posticipazione nel tempo dell'effetto traslativo. Sennonché, l'affermazione del differimento viene condotta senza ricorso ai due strumenti tipici, della condizione e del termine, per conseguire tale effetto. Il riferimento alla categoria della vendita con effetti reali differiti, anziché qualificare il fenomeno, si limita a descriverlo<sup>208</sup>.

Il differimento, elemento qualificante la fattispecie negoziale in parola imperniata sulla mancanza di immediata coincidenza fra il perfezionamento dell'accordo e il passaggio del pieno dominio, può così assumere la specifica qualificazione di condizionamento risolutivo<sup>209</sup>.

<sup>205</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 194.

<sup>206</sup> G. CATTANEO, *op. cit.*, 977; R. CALVO, *op. cit.*, 875.

<sup>207</sup> B.G. CARPINO, *Vendita con riserva di proprietà*, in *Tratt. Rescigno*, 11, Utet, 1984, 318; P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita*, Artt. 1470-1547, in *Comm. Scialoja-Branca*, II ed., Zanichelli, 1981, 363; G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Giuffrè, 1957, 216.

<sup>208</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 202 e in nota 30.

<sup>209</sup> Accolta questa configurazione strutturale della vendita con riserva di proprietà, occorre precisare la differenza corrente con il *rent to buy* (di cui al d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164). Quest'ultimo si caratterizza per una struttura contrattuale bifasica nella quale il contratto di concessione di godimento dell'immobile si accompagna al successivo ed eventuale contratto di compravendita del bene in esecuzione dell'esercizio dell'opzione di acquisto in favore del conduttore. Il modello si differenzia, dunque, dallo schema unitario della vendita *ex art. 1523 cod. civ.*, dal momento che viene scisso il godimento del bene con imputazione dei canoni di locazione dall'anticipo del prezzo che è invece proprio della vendita (M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 841 ss.). Analogamente alla vendita con riserva di proprietà, tuttavia, il trasferimento della situazione reale è convenzionalmente dilazionato rispetto alla consegna e al



Non osta alla configurazione proposta la deduzione dell'adempimento quale evento condizionante, ormai invalsa sia in dottrina sia in giurisprudenza<sup>210</sup>. In generale, la deduzione dell'adempimento alla stregua di evento condizionante consente di utilizzare il diaframma temporale sussistente tra il momento della prestazione del consenso e quello dell'attuazione degli effetti traslativi per raggiungere lo scopo pratico del differimento dell'attuazione del programma negoziale. Più specificamente, anche la condizione risolutiva di inadempimento è ormai ammessa. L'apparente incompatibilità con la disciplina prevista in materia di risoluzione per inadempimento è stata infatti superata insistendo sulla diversa qualificazione dei rispettivi fenomeni<sup>211</sup>. Se, infatti, nel caso della risoluzione per inadempimento l'acquirente fino al momento della proposizione della domanda giudiziale nei suoi confronti si trova nella posizione di chi ha acquistato una proprietà piena e definitiva, al contrario, come dimostrato, l'acquirente di un negozio *sub condicione* risolutiva è titolare di un diritto precario e risolubile, con conseguente differenziazione dei rispettivi regimi di disciplina.

L'obiezione principale alla ricostruzione della vendita *ex art.* 1523 ss. cod. civ. entro lo schema della condizione risolutiva riguarda il rischio che il debitore, a seguito di un eventuale ripensamento sull'affare, non adempiendo all'obbligo di pagamento del prezzo, si sottragga al regolamento contrattuale approfittando dell'operare della risolutività condizionale. All'opposto, è stato precisato che l'applicazione del congegno condizionale è limitata al solo trasferimento della proprietà (risolubile), cosicché in caso di inadempimento resta in vigore il regolamento di interessi iniziale, soprattutto mantenendosi ferma l'obbligazione di paga-

---

pagamento del prezzo. In entrambi i casi viene veicolata una funzione di garanzia per il tramite della realtà delle situazioni soggettive coinvolte la quale, unitamente alla diluizione della controprestazione, definisce lo scopo pratico di finanziamento perseguito dall'operazione (G. Buset, *Contratto, programma traslativo di scambio e godimento interinale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 392). Tali analogie di funzione economica, tuttavia, si affiancano a vistose difformità di ordine giuridico. L'immissione nell'immediato godimento assume una distinta portata: il compratore *ex art.* 1523 cod. civ. con la stipulazione della vendita diventa titolare di una situazione giuridica reale con conseguenti oneri e rischi, mentre il godimento immediato nel *rent to buy* è quello del locatario e dunque corrisponde a una mera detenzione. Ancora, nel riservato dominio le rate pagate dal compratore sono il prezzo d'acquisto mentre nel *rent to buy* i canoni sono almeno in parte il corrispettivo del godimento del bene, fatta salva la facoltà di imputare parte dei canoni a corrispettivo in caso di acquisto del bene (A. Torrioni, *op. cit.*, 658 ss.). L'effetto traslativo nella vendita si realizza indipendentemente da una diversa e successiva manifestazione di volontà. Di contro, nel *rent to buy* l'acquisto è solo eventuale e subordinato alla manifestazione di una nuova volontà contrattuale (M. Bianca, *op. ult. cit.*, 854 ss.). In sostanza, al netto delle ulteriori questioni in punto di regime cui soggiace il *rent to buy* (per le quali si rimanda ai contributi citati), il differimento del completamento del programma negoziale assume connotati diversi rispetto alla vendita con riserva di proprietà, a conferma che la posticipazione nel *rent to buy* non assume le fattezze dell'incertezza condizionale.

<sup>210</sup> Cass., 8 maggio 1990, n. 8051, in *Rep. giur. it.*, 1990. Occorre poi ricordare come la giurisprudenza (Cass., 31 luglio 2018, n. 20226) ricorra alla condizione di adempimento nel caso di sentenza di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo rispetto al pagamento del prezzo da parte del promissario acquirente, il quale pagamento oltre a essere prestazione essenziale del compratore funge da condizione sospensiva dell'effetto traslativo. Data l'ampiezza della tematica si rinvia in particolare a G. Amadio, *La condizione*, cit., *passim*; R. Lenzi, *Condizione*, cit., spec. 48 ss.; G. Tatarano, *La condizione*, cit., 178 ss.; G. Petrelli, *La condizione*, cit., 431 ss. Con necessaria sintesi si può rammentare che il fatto condizionante costituito dall'adempimento conserva i connotati dell'incertezza atteso che non è dato sapere anticipatamente il suo concretarsi o meno. A essere dedotto come evento condizionante non è l'assunzione dell'obbligazione bensì il fatto materiale dell'adempimento dell'obbligazione. La valutazione dell'incertezza inerisce non alla fase di formulazione del programma negoziale, dato che il rapporto di scambio sorge completo, quanto alla sua fase esecutiva. Come osservato (G. Tatarano, *op. ult. cit.*, 25), «qualsiasi comportamento che non sia contemporaneo al programma presenta sempre un profilo d'incertezza»; del pari, l'adempimento, ancorché dovuto, è volontario. Il comportamento esecutivo oggetto di prestazione è poi accidentale in quanto è successivo all'insorgenza dell'obbligo di pagamento del prezzo e non fa parte degli elementi essenziali. È poi fatto salvo il requisito dell'estrinsecità, dal momento che l'adempimento dedotto in condizione è diretto a soddisfare un interesse che si pone su un piano esterno, a incidere cioè sulla produzione di effetti negoziali e non in quello interno relativo al contenuto del programma contrattuale degli interessi, già in sé perfetto e valido.

<sup>211</sup> Per un esame più approfondito dell'ammissibilità della condizione risolutiva di inadempimento, delle obiezioni avanzate e del relativo superamento, A.C. Pelosi, *op. cit.* 217 ss. e 226 ss.; G. Amadio, *op. cit.*, 377 ss.; G. Petrelli, *op. ult. cit.*, 442 ss.



mento del prezzo in capo all'acquirente, la quale verrebbe meno solamente con una domanda di risoluzione per inadempimento<sup>212</sup>.

Proprio il disconoscimento del dogma della retroattività consente di rinvenire un profilo di coerenza nella ricostruzione della vendita con riserva di proprietà come vendita (risolutivamente) condizionata. Nella vendita *ex art.* 1523 ss. cod. civ. il trasferimento della proprietà – piena e definitiva – al compratore avviene *ex nunc* al momento dell'integrale versamento del prezzo e non *ex tunc* al momento della stipulazione del contratto. Nessun elemento di difformità emerge nel riconoscere l'apposizione di una condizione in virtù della dimostrata operatività condizionale in modo irretroattivo<sup>213</sup>.

L'impossibilità di accogliere la differente lettura della fattispecie *ex art.* 1523 ss. cod. civ., che individua una situazione proprietaria risolubile nel venditore anziché nel compratore, corrobora ulteriormente gli esiti sin qui raggiunti.

Ove l'alienante venisse considerato proprietario risolubile, bisognerebbe, infatti, coerentemente ammettere il ricorso allo schema della condizione sospensiva, in virtù del quale, come spiegato, è il disponente *sub condicione* a vantare una situazione dominicale risolubile<sup>214</sup>. Ebbene, una qualificazione in tal senso non collimerebbe con l'anticipazione di taluni effetti dell'assetto negoziale con riserva di proprietà. L'immediata consegna del bene e il conseguente passaggio del *periculum rei* previsti dall'*art.* 1523 cod. civ. si pongono in antinomia rispetto all'eventuale configurazione della vendita in parola *sub condicione* sospensiva, nella quale l'acquirente, oltre a non assumere il rischio del perimento del bene (*art.* 1465, co. 4, cod. civ.), non può pretendere la consegna del bene se non in forza di una specifica clausola previamente pattuita<sup>215</sup>. L'individuazione della natura delle situazioni giuridiche soggettive non può essere condotta disgiuntamente rispetto alla qualificazione della relativa struttura contrattuale, occorrendo che l'una e l'altra siano allineate.

Gli indici positivi, dunque, suggeriscono di preferire alla condizione sospensiva<sup>216</sup> la riconduzione dell'istituto allo schema risolutivo, nel quale il regolamento è, invece, immediatamente produttivo di effet-

<sup>212</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 220 ss. Va tuttavia precisato che lo stesso Autore ritiene che non possa trattarsi di vera e propria condizione, di tal che deriva l'applicazione solamente per via analogica e non diretta della disciplina condizionale. Secondo l'Autore (*Ivi*, 242), infatti, si sarebbe in presenza di una peculiare ipotesi di applicazione della condizione risolutiva che difetterebbe del requisito dell'estrinsecità. Diversamente dalla vera e propria clausola condizionale, che conferisce rilevanza a interessi "esterni" al negozio, qui, invece, la clausola di riserva, pur deducendo un evento (l'adempimento) futuro e incerto, inciderebbe «sulla realizzazione definitiva degli interessi negoziali». Tuttavia, tra i due istituti, vendita sotto condizione risolutiva e vendita con riserva della proprietà, permangono indubbie affinità strutturali e funzionali (*Ivi*, 225 ss.).

<sup>213</sup> Si deve segnalare, inoltre, che il parallelismo proposto non intacca il coordinamento con la disciplina della risoluzione per inadempimento posta dall'*art.* 1525 cod. civ. Stante quanto precisato, il mancato pagamento dell'ultima rata di prezzo incide solamente sull'effetto traslativo: verificatosi l'evento condizionale risolutivo, la proprietà risolubile del compratore si estingue *ipso iure* impedendo il definitivo trasferimento della proprietà al compratore. Ai fini dello scioglimento del contratto, come atto, rimane necessaria la proposizione di una domanda di risoluzione per inadempimento, l'eventuale sentenza di accoglimento della quale opera con efficacia costitutiva rispetto ai soli effetti obbligatori del contratto, mentre assume natura dichiarativa con riferimento all'accertamento del mancato pagamento dell'ultima rata di prezzo (così A.C. PELOSI, *op. cit.*, 274 e R. CALVO, *op. cit.*, 867).

<sup>214</sup> Cfr. *supra*, § 1.

<sup>215</sup> Puntualizzano l'inapplicabilità dello schema condizionale sospensivo alla vendita con riserva della proprietà anche L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., 188 ss. e A. ALBANESE, *La vendita*, cit., 476.

<sup>216</sup> Nemmeno un accostamento al *leasing* traslativo consentirebbe di considerare come proprietario risolubile il venditore con riserva di proprietà, in luogo del compratore. La posizione dell'alienante *ex art.* 1523 cod. civ. si distingue nettamente dalla posizione del concedente nel *leasing* traslativo, il quale non può dirsi titolare di una proprietà risolubile nel significato qui accolto. La cessazione della situazione dominicale in capo al *lessor* è l'effetto dell'esercizio dell'opzione di acquisto da parte del *lessee* e non, come avviene nella vendita con riserva di proprietà, del pagamento dell'ultima rata di prezzo secondo l'automatismo tipico della subordinazione condizionale. Dunque, anche nel *leasing* traslativo, analogamente a quanto osservato nel *rent to buy* (cfr. *supra*, nota 209), la



ti<sup>217</sup>: da un lato, il venditore è infatti da subito obbligato a consegnare il bene, mentre, dall'altro, il compratore è fin da subito obbligato a pagare il prezzo a rate.

L'anticipazione dell'effetto traslativo si estrinseca nell'attribuzione immediata del godimento del bene e costituisce tratto essenziale del negozio e della funzione economica da esso spiegata: rilievo, peraltro, avallato dalla stessa Relazione al Codice (par. 674) che riconosce al compratore, già prima dell'effetto definitivamente traslativo, il godimento «del contenuto patrimoniale del diritto di proprietà».

L'*impasse* in cui incorre il tentativo di una parte della dottrina di definire le posizioni giuridiche dei contraenti ex art. 1523 cod. civ., alla luce dell'esigenza di colorare con rafforzata realtà il peculiare rapporto di appartenenza tra il compratore e la *res*<sup>218</sup>, può dunque trovare un superamento nella qualificazione della situazione dell'acquirente come proprietà risolubile<sup>219</sup>. Ne consegue che la situazione giuridica del compratore è connotata da un contenuto di realtà più intenso rispetto a quello proprio dell'aspettativa reale<sup>220</sup>.

Specularmente trova spiegazione la posizione del venditore, al quale – come detto – non può riconoscersi un effettivo diritto di proprietà fino al pagamento dell'ultima rata, ma solamente un'aspettativa al riacquisto<sup>221</sup>. Ostano, infatti, la mera funzione di garanzia dell'operazione e l'interesse del compratore all'utilizzazione economica del bene acquistato.

Anche nella vendita ex art. 1523 cod. civ. le situazioni giuridiche possono essere lette entro una prospettiva dinamico-funzionalistica. L'istituto risulta imperniato sopra due polarità d'interessi<sup>222</sup> che trovano piena tutela nell'impiego del meccanismo condizionale risolutivo: da un lato, l'esigenza di garantire tutela all'aspettativa del venditore e il suo interesse al riacquisto in caso di inadempimento del compratore, limitando così *erga omnes* la situazione del compratore; dall'altro, l'incomprimibile interesse del compratore, analogo – come illustrato – a quello del titolare del diritto precario, a veder garantita la massima utilizzazione del bene anche nei termini di alienabilità della sua situazione.

Ciò introduce alla tematica della trasferibilità della situazione giuridica del venditore e del compratore ex art. 1523 cod. civ.

Ricorre in dottrina l'affermazione di un vincolo di destinazione inerente al bene che limiterebbe i poteri di

posticipazione del completamento del programma si connota diversamente dal differimento apportato nel negozio *sub condicione* dall'incertezza condizionale.

<sup>217</sup> All'opposto, l'inquadramento alla stregua di vendita con effetti *obbligatori* andrebbe incontro all'obiezione che l'effetto traslativo costituisce il risultato di un'attività doverosa del compratore (l'obbligazione di pagamento del prezzo), senza che sia necessario alcun atto ulteriore da parte del venditore (A. ALBANESE, *La vendita*, cit., 474).

<sup>218</sup> Si veda quanto richiamato in apertura del presente paragrafo, cfr. *supra*, note nn. 199 ss., spec. 208.

<sup>219</sup> M. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Giuffrè, 1977, 374: «E così, l'acquirente nella vendita a rate sembra realizzare l'acquisto di un tipo peculiare di proprietà, con contenuto ridotto rispetto a quello tradizionale, con possibilità di perdita di tale situazione per mancato pagamento delle rate del prezzo» (corsivo aggiunto).

<sup>220</sup> La quale, come si sta per spiegare, stante l'adozione del modello condizionale risolutivo, è semmai ravvisabile in capo al venditore. L'inquadramento della posizione dell'acquirente in termini di aspettativa reale risale a G. CATTANEO, *Riserva della proprietà*, cit., 980 ss. Sul punto anche L. MENGONI, *Gli acquisti*, cit., 188 ss., il quale, previo riconoscimento della natura di aspettativa reale alla posizione del compratore, già prima che si produca l'effetto traslativo, qualifica come possesso e non come semplice detenzione la corrispondente situazione di fatto, ritenendola come tale idonea a determinare l'acquisto *a non domino* della proprietà. Nella disamina mengoniana, tuttavia, non si ravvisa alcun cenno alla qualificazione della posizione giuridica del venditore. Definisce, più genericamente, le posizioni del venditore e del compratore in termini di «duplice situazione reale con fondamento ed obiettivi diversi da quelli perseguiti dai tradizionali diritti reali tendenti allo sfruttamento del bene», F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili, Artt. 1510-1536*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, II ed., Giuffrè, 2004, 674. Di situazione giuridica soggettiva reale dell'acquirente discorre anche S. GATTI, *Le situazioni soggettive attive del compratore nella vendita con riserva di proprietà*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 478 ss.

<sup>221</sup> CATTANEO, *op. cit.*, 977 ss.; PELOSI, *op. cit.*, 231.

<sup>222</sup> *Ivi*, 249 ss.



disposizione dei contraenti. Nella vendita con riserva di proprietà, le situazioni soggettive reali sarebbero informate da un divieto di alienazione, eventualmente ricavabile oltre che da un generale dovere di correttezza anche dall'art. 1476, n. 2, cod. civ., salvo disporre del bene alla stregua di cosa altrui<sup>223</sup>.

A ben vedere, oltre alla ricorrente affermazione dell'inalienabilità *uti dominus* del bene da parte del compratore, si sostiene che i contraenti possano limitarsi all'esercizio delle rispettive situazioni «al solo fine che risulta compatibile con la fattispecie traslativa – benché dall'effetto differito – instaurata»<sup>224</sup>, senza chiarire l'esatto regime intermedio delle situazioni giuridiche precariamente vantate dai contraenti ex art. 1523 cod. civ.

Ravvisata nella vendita con patto di riservato dominio la ricorrenza dello schema risolutivo condizionato, deriva giocoforza l'applicabilità dell'art. 1357 cod. civ., che si palesa come strumento di attuazione dell'equilibrio tra le posizioni contrattuali e di sistemazione della coesistenza di situazioni giuridiche di natura reale sul medesimo bene<sup>225</sup>.

Ancora una volta, diviene essenziale il riferimento all'art. 1357 cod. civ., quale norma posta a garanzia della massima utilizzazione economica delle situazioni condizionate patrimoniali, ivi compresa la loro libera circolazione seppur nei limiti del loro effettivo e limitato contenuto. L'esigenza di libera trasferibilità<sup>226</sup> si ripropone tanto per il compratore quanto per il venditore, ovviamente nei limiti di cui al funzionamento del congegno condizionale. L'alienante con riserva di proprietà può trasferire ulteriormente la cosa venduta nella stessa misura concessa all'alienante sotto condizione risolutiva, il quale può trasferire la propria aspettativa ai sensi dell'art. 1357 cod. civ.<sup>227</sup>. Analogamente, anche il compratore con riserva di proprietà, come l'acquirente sotto condizione risolutiva, potrà trasferire liberamente il proprio diritto precario con le limitazioni intrinseche al suo contenuto, il che senza alcuna lesione dell'aspettativa del venditore<sup>228</sup>. Dall'alienabilità delle situazioni condizionate anche nella vendita con riserva di proprietà deriva la piena espropriabilità del diritto risolubile del compratore<sup>229</sup>. Tali risultati si saldano poi con la disciplina prevista dall'art. 1524, co. 2, cod. civ., in tema di opponibilità della riserva ai terzi acquirenti, laddove rimane ferma l'applicazione delle regole generali in materia pubblicitaria tanto per i beni mobili registrati (co. 3) e (pur nel silenzio della legge) immobili, quanto per i beni mobili secondo i principi in tema di acquisto a titolo originario.

<sup>223</sup> F. BOCCHINI, *op. cit.*, 673; A. ALBANESE, *op. cit.*, 482; F. ALCARO, *Vendita con riserva di proprietà*, in *Tratt. dei contratti Rescigno-Gabrielli*, 7, *I contratti di vendita*, II, a cura di D. VALENTINO, Utet, 2007, 757; F. NADDEO, *op. cit.*, 482.

<sup>224</sup> F. ALCARO, *op. cit.*, 757.

<sup>225</sup> A.C. PELOSI, *op. cit.*, 227.

<sup>226</sup> R. CALVO, *op. cit.*, 873, propende per l'efficacia dell'alienazione del compratore e la trasferibilità della sua posizione indipendentemente dal consenso del proprietario. Anche A. CAPRIOLI, *La vendita di immobili*, cit., 131 spec. nota 48 e G. CATTANEO, *op. cit.*, 989 sostengono la libera trasferibilità delle situazioni delle quali acquirente e alienante sono *attualmente* titolari prima dell'integrale pagamento del prezzo. Dello stesso avviso è M. COMPORI, *Diritti reali*, cit., 7.

<sup>227</sup> Nei termini sopra precisati, cfr. *supra*, § 3.2.

<sup>228</sup> Nell'eventualità in cui, stante la rilevanza di un *intuitus personae*, venga imposto un divieto contrattuale, a carico dell'acquirente, di trasferire a terzi il proprio diritto sulla cosa, allo stesso è da riconoscersi efficacia obbligatoria (art 1379 cod. civ.), ancora una volta, in conformità alla libera circolazione della ricchezza (A.C. PELOSI, *op. cit.*, 255 ss.).

<sup>229</sup> Rimane valevole, anche nel caso di vendita ex art. 1523 cod. civ., il principio per il quale l'alienabilità di un diritto importa la sua espropriabilità (A.C. PELOSI, *op. cit.*, 264). La situazione reale interinale e risolubile del compratore sotto riserva di proprietà conserva la propria idoneità a essere aggredita dai creditori. L'art. 1524 cod. civ. non disconosce, infatti, la natura espropriabile del diritto del compratore da parte dei suoi creditori, ma semplicemente detta le condizioni di opponibilità della riserva di proprietà. Questo significa che, come rilevato da A. ALBANESE, *op. cit.*, 485 ss., la disposizione in parola, lungi dall'incidere sulla disciplina della garanzia patrimoniale, spiega la propria rilevanza sul piano probatorio imponendo limitazioni al venditore e inasprendo il regime previsto per l'opposizione all'esecuzione del terzo. Il venditore ex art. 1523 cod. civ., infatti, può dimostrare la propria titolarità solamente mediante un documento scritto, incorporante il patto di riservato dominio, con data certa anteriore al pignoramento.



## JUS CIVILE

Ascrivendo la posizione del compratore alla proprietà risolubile, la disciplina della vendita con riserva di proprietà viene integrata da quella in materia di condizione. Così, ad attuare il bilanciamento anzidetto tra la tutela dell'aspettativa del venditore e la posizione "quasi proprietaria" del compratore, interviene, rispetto alla prima, l'applicazione dell'art. 1356, co. 2, cod. civ., seconda parte, in materia di compimento di atti conservativi da parte del venditore, dell'art. 1361, co. 1, cod. civ., riguardante l'efficacia degli atti di amministrazione compiuti dal compratore<sup>230</sup>, nonché dell'art. 1358 cod. civ., circa il comportamento secondo buona fede; a tutela della situazione risolubile del compratore interviene l'applicazione dell'art. 1356, co. 2, prima parte, cod. civ., sull'esercizio del diritto da parte del compratore, insieme alla legittimazione all'esercizio delle azioni petitorie e possessorie (sia di reintegrazione, sia di manutenzione, in qualità di possessore)<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> Per tutti A.C. PELOSI, *op. cit.*, 269.

<sup>231</sup> A. ALBANESE, *op. cit.*, 484.



GIULIO BIANCARDI

Dottorando – Università Ca' Foscari Venezia

## PRESTAZIONI DI CURA E RESTITUZIONI (PARTE PRIMA)

SOMMARIO: 1. Il problema della tutela privatistica del caregiver. – 2. Le possibili qualificazioni giuridiche dell'attività del caregiver. – 3. Le restituzioni conseguenti alla donazione (nulla) di prestazioni di fare. – 4. I presupposti dell'azione di arricchimento: arricchirsi a danno altrui. – 5. Senza giusta causa. – 6. La remunerazione dell'impovertito come giusta causa dell'arricchimento. – 7. Altri contratti con cui il caregiver si obbliga a prestare assistenza materiale. – 8. Lo spirito di liberalità come giusta causa dell'arricchimento e le prestazioni di fare. – 9. L'inadeguatezza della categoria della liberalità rispetto alle prestazioni gratuite di fare nei rapporti familiari. – 10. La mera volontà di eseguire la prestazione non è giusta causa dell'arricchimento (rinvio).

1. – Norbert ha una sorella, Aimée, e due genitori anziani, Antoine e Marie, dei quali si prende cura in modo esclusivo; si dedica loro a tempo pieno, per evitarne il ricovero in casa di riposo; fornisce loro assistenza costante, sacrificandovi la sua vita personale e professionale. Dopo la loro morte, Norbert agisce in arricchimento ingiustificato contro la sorella. Afferma di avere evitato ai genitori delle spese, fornendo loro gratuitamente le sue cure, e così procurando un arricchimento alla successione. Sostiene che il suo comportamento avrebbe oltrepassato i doveri morali imposti dalla “pietà familiare”, sicché l'arricchimento procurato sarebbe privo di una causa giustificatrice. Chiede, nel corso delle operazioni di liquidazione e divisione del patrimonio ereditario, che gli sia accordata un'indennità da arricchimento ingiustificato<sup>1</sup>. *Quid juris?*

La soluzione di questo caso – da valutare alla luce di un esame “a grana fine” del diritto positivo vigente, se conceda o meno al *caregiver*<sup>2</sup> un indennizzo ai sensi dell'art. 2041 c.c.<sup>3</sup> – avrebbe un significato indubi-

<sup>1</sup> Vicenda tratta dal *leading case* deciso dalla Cour cass., ch. civ. 1, du 12 juillet 1994, 92-18.639, che ha deciso, a favore di Norbert, enunciando il seguente principio di diritto: «Le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir indemnité pour l'aide et l'assistance apportées dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété familiale, les prestations librement fournies aient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents».

<sup>2</sup> La figura del *caregiver* è trattata da studi in materia di diritto del lavoro e previdenziale (S. BARUTTI, S. CAZZANTI, *L'assistenza alle persone non autosufficienti. La funzione di cura tra forme di tutela esistenti e nuove prospettive*, in *Lav. dir.*, 2010, 2, 255 s.; M. VECCHIO, *Non-discrimination, disability, caregiving and employment in the EU and Italy*, in *Dir. uomo*, 2020, 3, 517 s.; S. BORELLI, *Who cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, *Jovene*, 2020; EAD., *Lavoro domestico e di cura*, in *Enc. dir. Tematici*, VI, Giuffrè, 2023, 883 s.), ma non mancano gli studi di diritto successorio (L.B. PÉREZ GALLARDO, *Cuidadores familiares: en la encrucijada de su posible protección sucesoria*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, 3, 311 s.; F. DELLA ROCCA, *Una interpretazione sistematica e assiologica del divieto di sostituzione fedecommissaria*, in *Dir. succ. fam.*, 2022, 1, 63 s.) e quelli dedicati all'inquadramento sistematico della figura (E. MOROTTI, *La qualificazione giuridica dell'attività del caregiver familiare*, in *Familia*, 12 maggio 2022; Ead., *Il “guardador de hecho” o “caregiver” in Italia*, in *Act. jur. iberoam.*, 2022, 17-bis, 1936 s.). La dottrina di *common law* se n'è



tabilmente più ampio, rispetto all'individuazione delle norme applicabili, dal punto di vista dei valori e dei principi<sup>4</sup>.

occupata dal punto di vista della *law of restitution* (S. DEGELING, *Restitutionary Rights to Share in Damages. Carer's Claims in Common Law*, CUP, 2003; B. SLOAN, *Unjust Enrichment Claims by Informal Carers*, in *Elder Law J.*, 2011, 298 s.; ID., *Informal Carers and Private Law*, Bloomsbury, 2013, 121 s.; H. COONEY, *Restitution, Unjust Enrichment and Domestic Caregiving*, in *Tasmania Law R.*, 2021, 40).

<sup>3</sup>Oggetto dell'indagine è la restituzione delle prestazioni di *cura*, secondo una terminologia propria del codice civile – il tutore ha la *cura* della persona del minore (art. 357 c.c.); il giudice tutelare può adottare provvedimenti urgenti per la *cura* della persona per cui è fatta istanza di nomina di un amministratore di sostegno (art. 405 co. 4 c.c.), il quale è scelto con esclusivo riguardo alla *cura* e agli interessi della persona (art. 408 co. 1 c.c.); si può disporre una sostituzione fedecommissaria a favore della persona o degli enti che hanno avuto *cura* dell'interdetto (art. 692 c.c.) – e alla più recente dottrina (parla espressamente di «prestazione» di cura», con riferimento all'assistenza morale, R. SENIGAGLIA, *Il dovere di rispettare i genitori nella coercibilità dell'ordinamento giuridico*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, 2, 855). Per converso, non pare sufficiente, ai fini del presente studio, riferirsi alle sole prestazioni di *assistenza materiale* (cfr. P. SIRENA, *L'adempimento dell'altrui obbligazione di assistenza materiale*, in *Famiglia*, 2002, 1, 43 s.). Infatti, la *cura* di una persona vulnerabile non ha ad oggetto soltanto la sua (i) assistenza materiale, ma anche (ii) l'assistenza morale, nonché (iii) la cooperazione al fine di mantenere rapporti significativi con la rete familiare (e amicale), (iv) l'ascolto, (v) il rispetto dei suoi bisogni e delle sue aspirazioni (cfr. quanto previsto dall'art. 315-bis c.c., con riferimento ai figli minori, e dall'art. 410 c.c., con riferimento al beneficiario di amministrazione di sostegno).

Il termine *cura* è ambiguo, perché può riferirsi – oltre che alle attività volte all'accudimento e alla promozione del benessere della persona, che interessano in questa sede, così come alla manutenzione e conservazione di cose (*caring*) – anche al diverso campo semantico delle attività volte a procurare la guarigione da una malattia o da un trauma (*healing*). La distinzione è stata elaborata da studi di filosofia morale, cui si rinvia: per tutti, E. PULCINI, *La cura del mondo. Paura e responsabilità in età globale*, Bollati Boringhieri, 2009; S. TUSINO, *L'etica della cura. Un altro sguardo sulla filosofia morale*, FrancoAngeli, 2021, e ivi riferimenti.

<sup>4</sup>Il riferimento alla restituzione delle prestazioni di assistenza come *prestazioni di cura* (intesa come *caring*, non come *healing*) risponde, tra le altre, anche all'esigenza di superare talune precomprensioni – ancora diffuse nella comunità degli interpreti, sebbene di rado esplicitate – secondo cui (i) le prestazioni di *facere* indebitamente eseguite non sarebbero suscettibili di restituzione (così A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Giuffrè, 2002, 77; per una confutazione, D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Giuffrè, 1999), e che (ii) comunque, le prestazioni di *cura* (intese nel senso anzidetto) non sarebbero «prestazioni» economicamente valutabili, rilevanti per il diritto (contra E. Morotti, *Il "guardador de hecho" o "caregiver" in Italia*, cit., 1950: «L'attività del *caregiver* è, senza dubbio, una prestazione suscettibile di valutazione economica, come dimostra il fatto che può essere anche oggetto di un rapporto di lavoro a carattere professionale»; in prospettiva filosofica, E. FEDER KITTAY, *Love's Labor. Essays on Women, Equality and Dependency*, Routledge, 2020, 2<sup>nd</sup> ed.), laddove una netta distinzione tra prestazioni volte alla produzione e allo scambio di beni e servizi, da una parte, e le prestazioni di *cura*, dall'altra parte – ancora viva nella cultura occidentale, nonostante l'imponente opera di decostruzione da parte del pensiero femminista – non trova riscontro nel diritto positivo vigente (per un'indagine puntuale, M.R. MARELLA, *Lavoro domestico nella famiglia*, in *Enc. dir. Tematici*, IV, Giuffrè, 2022, 657 s.).

Si vedano, in questo senso, le efficaci osservazioni dell'antropologo D. GRAEBER, *Bullshit jobs*, Garzanti, 2018, 212, il quale – notando che della maggior parte del lavoro «in fondo, non si può dire che «crei» alcunché, ma ha che fare perlopiù con manutenzione e riorganizzazione di cose», come nel caso di una tazza da caffè, che «produciamo» una volta, ma laviamo migliaia di volte – ricostruisce le origini teologiche dell'idea occidentale di lavoro «produttivo», notando che «il modo in cui viene fatta sparire la maggior parte del lavoro degli esseri umani, che non può in alcun modo definirsi «produzione», è effettuato in grossa misura passando per la divisione di genere». Secondo l'A., già il racconto biblico della Genesi presenta il lavoro «produttivo» maschile come l'equivalente del parto, l'atto umano quanto più simile alla creazione *ex nihilo*: «i termini «produzione» e «riproduzione» si basano sulla stessa metafora di fondo: in un caso, gli oggetti sembrano saltare fuori, completamente formati, dalle fabbriche; nell'altro, i neonati sembrano saltare fuori, completamente formati, dai corpi materni. È evidente che in nessuno dei due casi ciò è propriamente vero, ma in moltissimi sistemi sociali patriarcali agli uomini piace pensare di fare dal punto di vista sociale, o culturale, ciò che secondo loro le donne fanno naturalmente. La produzione è quindi una variante della fantasia maschile di partorire e, allo stesso tempo, di agire come il Dio Creatore maschile, che in modo simile ha creato l'intero universo con la mera potenza della mente e delle parole; così gli uomini si considerano creatori del mondo tramite le loro menti e la loro forza, e vedono in ciò l'essenza del «lavoro», mentre lasciano alle donne la maggior parte dell'effettiva fatica di mettere in ordine e conservare le cose per rendere in tal modo possibile questa illusione» (corsivo agg.).

Non pare potersi prescindere – neanche nell'ambito di un'indagine di diritto positivo – da queste acquisizioni del pensiero contemporaneo sulle idee di cura (*caring*) e di lavoro (qui inteso come «esecuzione di prestazioni suscettibili di valutazione economica» rilevanti per il diritto, che richiede una *giusta causa* degli arricchimenti-impovertimenti conseguenti alla loro esecuzione).



Infatti, la soluzione positiva della questione si tradurrebbe in una forma di riconoscimento e di tutela – sul terreno del diritto privato<sup>5</sup> – in favore di chi esegue lavoro di cura gratuito nei confronti di persone che versano in condizioni di vulnerabilità c.d. primaria, cioè *dipendono* dall’assistenza altrui. È stato evidenziato, da parte della riflessione giusfilosofica femminista, che l’impegno nella cura di persone vulnerabili espone i *caregivers* ad una condizione di vulnerabilità c.d. derivata, in quanto prestare la cura limita le loro possibilità di vita, e spesso li mette a loro volta in condizione di *dipendere* dalle varie forme di sostegno pubblico e privato alla loro attività<sup>6</sup>.

Si è denunciata, da parte della dottrina italiana, la mancanza di un inquadramento giuridico dei *caregivers*, e il conseguente vuoto di tutela<sup>7</sup>, il quale non fa che aggravare la condizione di vulnerabilità loro e delle persone da essi assistite<sup>8</sup>. La questione relativa alla disciplina giuridica applicabile ai *caregivers* – *i.e.* alle prestazioni di cura gratuite da loro eseguite – sembra meritevole di un ulteriore approfondimento, in particolare dal punto di vista del diritto delle restituzioni, da cui emerge che il lavoro di cura non si qualifica sempre e comunque come *adempimento di doveri morali o sociali*<sup>9</sup>.

**2.** – Il presente contributo è dedicato alle molteplici questioni che si pongono laddove ci si interroghi sull’applicabilità della disciplina dell’arricchimento ingiustificato all’attività del *caregiver*. Va rilevata la difficoltà di qualificare giuridicamente tale attività, che appare suscettibile di molteplici inquadramenti.

In primo luogo, il *caregiver* potrebbe eseguire le prestazioni di cura in adempimento di una *propria* ob-

<sup>5</sup> Sull’esigenza di un riconoscimento degli anziani come categoria non solo ai fini di intervento pubblico con finalità protettive-assistenzialistiche (e paternalistiche), ma anche, in prospettiva individuale e privatistica, valorizzando l’autonomia, S. ORRÙ, *La cura e l’assistenza all’anziano non autosufficiente da parte del caregiver familiare fra diritti fondamentali ed effettività di tutela*, in P. CORRIAS, E. PIRAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nell’economia, nel diritto e nelle istituzioni*, ESI, 2022, 73 s.

<sup>6</sup> Sulla distinzione tra dipendenza primaria e secondaria, M.A. FINEMAN, *The Autonomy Myth. A Theory of Dependency*, New Publisher, 2004. L’A. ha poi orientato la riflessione dalla condizione oggettiva di *dipendenza* alla qualifica soggettiva di *vulnerabilità* della persona (c.d. *vulnerability turn*): EAD., *The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition*, in *Yale J. of Law and Feminism*, 2008, 20 s.; EAD., *The vulnerable subject and the responsible State*, in *Emory L. J.*, 2010, 60, 151 s.; EAD., *‘Elderly’ as vulnerable: rethinking the nature of individual and societal responsibility*, in *Elder Law J.*, 2012, 20, 71 s. Nell’ampia letteratura giusfilosofica italiana si v., per tutti, M.G. BERNARDINI, *Il soggetto vulnerabile: Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, 367 s.; O. GIOLO-B. PASTORE (a cura), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, 2018; B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, 2021.

<sup>7</sup> E. MOROTTI, *La guardia*, cit., 1955 parla della «necessità di dare riconoscimento giuridico ad una figura che rappresenta un ruolo essenziale per milioni di famiglie, ma che, per la legge, risulta ancora invisibile sotto molti aspetti [...] la strada da percorrere è trovare un inquadramento giuridico che valorizzi il suo ruolo come misura di protezione informale della persona non più autosufficiente, in modo da tutelare adeguatamente sia il *caregiver* sia l’assistito».

<sup>8</sup> C. IRTI, *La rilevanza giuridica della persona anziana*, in *Scritti in onore di P. Zatti*, Jovene, 2023, I, 1225, rileva che, a fronte dell’insufficienza del *welfare* pubblico, il soddisfacimento dei bisogni della persona anziana risulta demandato perlopiù a quanti vi sono legati da rapporti parentali (a volte amicali), ai quali viene di fatto richiesto «un impegno costante, progressivo, in molti casi totalizzante; un impegno che tende a creare in capo a chi si assume tale responsabilità ulteriori forme di vulnerabilità».

<sup>9</sup> *Contra* Trib. Monza, 25 gennaio 2001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, 46, con nota di L. MORLOTTI, in motivaz.: «l’assistenza della figlia al genitore, quand’anche comporti rinunzie al tempo libero, deve ritenersi fornita in un ambito che sfugge del tutto all’area dei rapporti giuridico patrimoniali, potendosi al più atteggiarsi come esecuzione di doveri morali che, se spontaneamente assolti, danno luogo all’adempimento di un’obbligazione naturale inidonea a fondare in chi li presta una ragione di credito commisurata al valore economico dei servizi resi». In senso critico, C. IRTI, *La rilevanza*, cit., 1226: «L’attività prestata da costoro è generalmente ricondotta nell’alveo delle obbligazioni che discendono da doveri morali e sociali, ma non è “a costo zero”», mentre l’assenza di riconoscimento giuridico «lascia questi soggetti privi di diritti e di tutele all’interno del contesto familiare in cui sono chiamati a volgere gratuitamente un lavoro che, sebbene non produca reddito, determina un significativo risparmio per le famiglie così come per la collettività».



bligazione *ex lege* (artt. 144, 315-*bis*, 433 ss. c.c.), ovvero di un'obbligazione assunta in forza di un contratto *valido* (ad es., donazione modale disposta in suo favore, con onere di assistenza; contratto atipico di vitalizio assistenziale; donazione, da parte sua, di prestazioni periodiche di fare), con diritto al corrispettivo eventualmente convenuto. In queste ipotesi, il *caregiver* esegue una prestazione dovuta, il che esclude qualsiasi pretesa restitutoria.

In secondo luogo, il *caregiver* potrebbe eseguire le prestazioni di cura in adempimento di una *altrui* obbligazione – di fonte legale o contrattuale – con diritto alla restituzione nei confronti dell'obbligato, che sarà obbligato a restituire al *caregiver* (per equivalente) il valore della prestazione eseguita in qualità di terzo (art. 1180 c.c.), ai sensi dell'art. 2031 c.c. – sussistendone i presupposti – ovvero ai sensi degli artt. 2033, 2036 e 2041 c.c.<sup>10</sup>. Per converso, pare preferibile escludere una pretesa restitutoria del *caregiver* nei confronti di chi sia obbligato solo moralmente a prestare assistenza, in conformità del principio secondo cui l'obbligazione naturale non prevede alcun effetto giuridico, salvo quello di giustificare l'attribuzione eseguita *spontaneamente* dal *solvens*, in adempimento di un *proprio* dovere morale o sociale<sup>11</sup>.

In terzo luogo, il *caregiver* potrebbe eseguire prestazioni di cura in esecuzione di una propria obbligazione *naturale* (art. 2034 c.c.), purché l'attribuzione non oltrepassi i limiti di proporzionalità e di adeguatezza della prestazione, rispetto al patrimonio del *solvens* (inteso anche in termini di energie e capacità lavorative) e alle esigenze dell'*accipiens*. Quando la prestazione eseguita rientra nei limiti dell'esecuzione di un dovere morale e sociale, l'adempimento dell'obbligazione naturale esclude ogni pretesa restitutoria in capo al *caregiver*.

In quarto luogo, il *caregiver* potrebbe eseguire prestazioni di cura *eccedenti* i limiti di proporzionalità e adeguatezza dei doveri morali e sociali, dai quali sia eventualmente astretto (e.g. un figlio – o anche un amico – presta assistenza a un genitore anziano non autosufficiente, con presenza 24/7 per diversi anni, finendo per rinunciare alla sua vita personale e professionale). In questi casi, il *caregiver* esegue una prestazione che *non* è dovuta, nemmeno in base ai doveri morali e sociali che assumono giuridica rilevanza come giusta causa di arricchimento a danno altrui (art. 2034 c.c.). Ne consegue che sarà riconosciuta al *caregiver* una pretesa restitutoria, potendo agire in arricchimento nei confronti (della persona assistita e, dopo la morte di questa) dei suoi eredi.

In quinto e ultimo luogo, l'assistenza prestata dal *caregiver* potrebbe qualificarsi come una gestione d'affari altrui, ravvisando nelle prestazioni di cura la gestione di un *affare* dell'interessato, cui questi è impossibilitato a provvedere (e.g. perché non autosufficiente e psichicamente instabile). Se si accoglie questa ricostruzione – già riferita al soccorso privato<sup>12</sup> e, *mutatis mutandis*, al mantenimento dei figli minori<sup>13</sup> – al-

<sup>10</sup> Così P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Giappichelli, 1999, 323 s.; ID., *L'adempimento*, cit., 51 s.; in giur., per tutti, Cass. civ., Sez. un., 29 aprile 2009, n. 9946, in *Obb. contr.*, 2010, 4, 256 s., con nota di L. FOLLIERI, *L'adempimento del terzo al vaglio delle sezioni unite*, § 6.3, a proposito dell'adempimento del terzo, al quale non è data la surrogazione legale nei diritti del creditore nei confronti del debitore prevista dall'art. 2036 co. 3 c.c.: «il *solvens* – stante l'ingiustificato vantaggio economico ricevuto dal debitore – può agire, nel concorso delle condizioni di legge, per l'ottenimento dell'indennizzo da arricchimento senza causa» (conf. da ultimo Cass. civ., 21 agosto 2023, n. 2487). Ampiamente, M. LAMICELA, *Note sulla disciplina dell'adempimento del terzo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 3, 395 s.

<sup>11</sup> Cfr. P. SIRENA, *L'adempimento*, cit., 66.

<sup>12</sup> P. D'AMICO, *Il soccorso privato*, ESI, 1981, *passim*.

<sup>13</sup> Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27653: «Il coniuge che abbia integralmente adempiuto l'obbligo di mantenimento dei figli, pure per la quota facente carico all'altro coniuge, è legittimato ad agire *iure proprio* nei confronti di quest'ultimo per il rimborso di detta quota, anche per il periodo anteriore alla domanda, atteso che l'obbligo di mantenimento dei figli sorge per effetto della filiazione e che nell'indicato comportamento del genitore adempiente è ravvisabile un caso di gestione di affari, produttiva a carico dell'altro genitore degli effetti di cui all'art. 2031 c.c.» (conf. Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27653; Cass. civ., 4 settembre 1999, n. 9386; Cass. civ., 5 dicembre 1996, n. 10849, Cass. civ., 1° giugno 1982, n. 3344).



lora dovrà riconoscersi che l'inizio dell'esecuzione della prestazione di assistenza da parte del *caregiver* è spontaneo, mentre la sua prosecuzione si qualifica come adempimento dell'obbligazione *ex lege*, in capo al *caregiver* gestore d'affari, di continuare la gestione (art. 2028 c.c.). Ora, l'adempimento di un'obbligazione legale esclude la *ingiustificata* dell'arricchimento – quindi, esclude la pretesa restitutoria del *caregiver* fondata sull'art. 2041 c.c. – ma pare possibile riconoscere al *caregiver* il diritto ad un compenso per l'attività eseguita (in applicazione analogica dell'art. 1709 c.c.), in ragione della natura sostanzialmente professionale dell'attività stessa (perché continuativa ed esclusiva), e in ragione dell'esigenza sistematica e assiologica di evitare una disparità di trattamento tra il *caregiver* gestore d'affari, e il *caregiver* che tale *non* possa qualificarsi<sup>14</sup>.

Le peculiarità di quest'ultima ricostruzione suggeriscono di riservare la sua trattazione ad un momento successivo rispetto all'esame dei requisiti dell'azione generale di arricchimento, e dalla possibilità di applicare questa disciplina, sussistendone i presupposti, alle prestazioni di assistenza volontariamente eseguite dal *caregiver*. Prima di procedere nella trattazione, però, pare opportuno anticipare la soluzione dell'indagine.

**3.** – La qualificazione giuridica delle prestazioni di cura eseguite dal *caregiver* – che appare preferibile, alla luce di un'indagine complessiva delle fattispecie in cui esse paiono astrattamente inquadrabili – è quella che vi ravvisa l'adempimento di un'obbligazione assunta dallo stesso *caregiver*, per tramite di una donazione costitutiva di un'obbligazione a suo carico. Tale obbligazione ha per oggetto prestazioni periodiche di fare (accudire il beneficiario, prestandogli assistenza materiale e morale, etc.). Questo l'inquadramento, in generale, dell'attività di chi presta cure a titolo gratuito, accettate dalla persona assistita: a tale soluzione, poi, dovranno affiancarsene altre, che valorizzino le specificità del caso (in cui potrebbero venire in rilievo, ad es., l'adempimento di preesistenti obbligazioni legali o morali di assistenza, in capo al *caregiver* ovvero ad un terzo; l'opposizione della persona assistita; l'incapacità della persona accudita di provvedere ai propri interessi; l'esistenza di altri rapporti contrattuali tra il *caregiver* e la persona, etc.).

Infatti, l'accordo che si forma tra il *caregiver* e la persona assistita ben può qualificarsi, secondo l'*id quod plerumque accidit*, come uno scambio di consensi per fatti concludenti, attraverso l'esecuzione della prestazione *non rifiutata* dall'oblato<sup>15</sup>. Questa soluzione trova una conferma indiretta nell'orientamento, prevalente in dottrina, che limita la responsabilità di chi si arricchisce a danno altrui, per effetto dell'esecuzione di una prestazione di fare, ai casi in cui la prestazione è eseguita in buona fede, o con il consenso o la tolleranza dell'arricchito, ovvero questi l'ha positivamente accettata<sup>16</sup>. Da ciò si ricava che la prestazione accettata

<sup>14</sup> È il caso di chi assista una persona incapace di provvedervi, erroneamente ritenendosene obbligato, cioè credendo di adempiere un'obbligazione *ex lege*, quindi di gestire un affare proprio: in questo caso difetta l'*animus aliena negotia gerendi*, richiesto dall'art. 2028 c.c., sicché il "gestore" avrà una pretesa restitutoria fondata non sull'art. 2031 c.c., bensì, in via residuale, sull'art. 2041 c.c.

<sup>15</sup> La categoria del fatto concludente è l'esito ultimo di una lunga tradizione di studi sulla rilevanza negoziale ai comportamenti umani consapevoli e volontari diversi dalla "dichiarazione", per cui si è elaborata dapprima la categoria della "volontà presunta", poi quelle dei "negozi di attuazione" e dei "rapporti di fatto", e infine quella del contegno concludente. Si v. G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 778 s.; V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Giuffrè, 1974; S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978, 77 s.; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1053 s.; R. SACCO, P. CISIANO, *La parte generale del diritto civile. Il fatto, l'atto, il negozio*, nel *Tratt. dir. civ. dir.* da R. Sacco, Utet, 2005; N. MUCCIOLI, *Studio sul contegno concludente*, Giappichelli, 2012.

<sup>16</sup> P. TRIMARCHI, *L'arricchimento ingiustificato*, Giuffrè, 1962, 11, seguito da P. GALLO, *Arricchimento ingiustificato e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, nel *Tratt. dir. civ. dir.* da R. Sacco, Utet, 1996, 83. Negano l'esistenza di un principio generale che li-



dall'arricchito sarebbe comunque fonte di obbligazioni restitutorie (a titolo “quasi contrattuale”): questo anche se l'accettazione non concorresse alla stipulazione di un contratto per fatti concludenti. Se poi si considera che il consenso dell'arricchito si combina con la volontà dell'impovertito di (obbligarsi ad) eseguire prestazioni di fare gratuite, per soddisfare un proprio interesse non patrimoniale, non pare peregrino ravvisare in tutto ciò un accordo tra le parti, volto a regolare un rapporto giuridico patrimoniale: segnatamente, un contratto di donazione.

Tuttavia, essendo concluso per fatti concludenti (o, al più, oralmente), tale contratto – nella misura in cui il suo oggetto ha un valore *non* modico (art. 783 c.c.) – sarà *nullo* per difetto della forma solenne prescritta a pena di nullità (art. 782 c.c.) sicché le prestazioni di cura risulteranno eseguite indebitamente, con l'ulteriore conseguenza che – non potendosi, in via generale, “salvare” l'attribuzione patrimoniale attraverso l'individuazione di altre cause giustificatrici, diverse dalla liberalità – il *solvens* avrà una pretesa restitutoria contro l'*accipiens*, ai sensi degli artt. 1422 e 2041 c.c.<sup>17</sup>.

Secondo un'opinione tradizionale, ormai superata, la donazione obbligatoria potrebbe avere ad oggetto solo obbligazioni di *dare*, e non anche obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di fare<sup>18</sup>. La dottrina ha evidenziato da tempo l'incompatibilità di tale restrizione con la disciplina positiva della donazione<sup>19</sup>. Si ritiene, infatti, che – ove dettata da spirito di liberalità – la promessa gratuita di fare che produca arricchimento del donatario sia compresa nella nozione di donazione risultante dall'art. 769 c.c. Ne consegue che – salvi i casi in cui la promessa sia qualificabile come liberalità d'uso, o riguardi una prestazione di modico valore – essa vincolerà soltanto se calata nella forma dell'atto pubblico, nel qual caso essa concorrerà a formare, con l'accettazione dell'oblato, un valido contratto di donazione. In tal caso, il donante sarà obbligato ad eseguire la prestazione promessa, e risponderà per la mancata o inesatta esecuzione, sia pur nei limiti del dolo e della colpa grave (art. 789 c.c.)<sup>20</sup>.

---

mita la tutela restitutoria in caso di arricchimenti “imposti” U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Giuffrè, 448 s.; F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, 1999, 184 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, Giuffrè, 2<sup>a</sup> ed., 2019, 788-789, testo e nota 19, e *infra*, § 10.

<sup>17</sup> Nell'ordinamento tedesco si ammette la *condictio indebiti*, qualora risulti invalida la donazione (manuale) che giustifica la *datio donandi di causa*, ritenendosi la nascita e l'estinzione dell'obbligazione derivanti dalla stessa *datio* (H.J. WIELING, T. FINKE-NAUER, *Bereicherungrecht*, Springer, 2020, 5<sup>a</sup> ed., 18).

<sup>18</sup> A. TORRENTE, *La donazione*, nel *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Giuffrè, 1960, 2<sup>a</sup> ed., 3 s., 239 s.; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, nel *Comm. cod. civ.*, Utet, 1962, 201; G. SBISÀ, *La promessa al pubblico*, Giuffrè, 1974, 53 s.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Cedam, 1990, 221; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Giuffrè, 1990, 768; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, nel *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, II, Utet, 2000, 2<sup>a</sup> ed., 503.

<sup>19</sup> B. BIONDI, *La donazione*, nel *Tratt. dir. civ. dir.* da F. Vassalli, Utet, 1961, 390; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Giuffrè, 1970, 166 s.; A. CECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 268 s.; ID., *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Cedam, 1977, 212 s.; C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contr. impr.*, 1986, 930 s.; F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, Cedam, 1994, 196 s.; R. LENZI, *La donazione obbligatoria*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, Cedam, 1994, II, 932; F.M. D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale. Profili di rilevanza donativa delle obbligazioni di fare gratuite*, Padova, 1996, 10 s.; G. BONILINI, *La donazione costitutiva di obbligazione*, in ID., *La donazione*, UTET, 2001, 662 s.; A. GIANOLA, *Atto gratuito*, cit., 47 s.; L. PELLEGRINI, *La donazione costitutiva di obbligazione*, Giuffrè, 2004, 53 s.; E.M. D'AURIA, *Le donazioni indirette*, 2014, Aracne, 27 s.

Sulla compatibilità tra donazione di prestazioni di *facere* e donazione di prestazioni *periodiche*, L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 74 s.: «è relativamente frequente il caso in cui un soggetto si obbliga a prestare periodicamente in favore di una persona non già una somma di danaro ma determinati servizi (assistenza domestica, materiale e morale, cure mediche o altro). Se tale obbligo viene assunto a fronte di una controprestazione [...] la giurisprudenza più recente è costante nel ravvisare l'esistenza di un contratto atipico, denominato “vitalizio improprio” o “contratto di assistenza vitalizia” [...]. Qualora invece tale obbligo venga assunto per spirito di liberalità, non si vendono ragioni per cui debba negarsi di essere in presenza di una tipica donazione obbligatoria».

<sup>20</sup> Così, testualmente, L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 139, il quale precisa anche che, in caso di dubbio circa il reale contenuto della promessa, se i normali criteri ermeneutici dettati dagli artt. 1362 c.c. non sono sufficienti a chiarirne il significato, il contratto di donazione andrà interpretato nel modo da rendere meno gravosa la posizione del promittente liberale (art. 1371 c.c.).



Per contro, la promessa priva della forma solenne richiesta dalla legge non vincola il promittente ad eseguire quanto in essa previsto. Dall'invalidità del contratto deriva che il promittente ben potrà non ottemperare a quanto promesso o, qualora abbia iniziato l'esecuzione, interromperla. Ciò con il limite che la rinuncia ad eseguire o proseguire la prestazione promessa avvenga in modo tale da evitare che il promissario subisca danni, cioè con quel preavviso necessario affinché possa organizzarsi di conseguenza. Qualora la promessa sia eseguita, nonostante la nullità del contratto, si avrà una prestazione non dovuta, fonte dell'obbligo del donatario di corrispondere al donante, od ai suoi eredi, una somma di denaro pari al valore della prestazione indebitamente ricevuta<sup>21</sup>.

Come precisato dai fautori di questa tesi, riconoscere un obbligo di restituzione per equivalente, in capo a chi ha ricevuto una prestazione di fare in base ad un contratto nullo, non può assimilarsi al consentire a chiunque di svolgere servizi non richiesti, per poi richiederne il pagamento. Infatti, si è in presenza di un contratto, sia pure nullo per difetto di forma, al quale il beneficiario ha prestato adesione mediante accettazione<sup>22</sup>. Pertanto, non si tratta di "servizi non richiesti", bensì di servizi promessi ed accettati dal beneficiario, in una forma che l'ordinamento giudica insufficiente, sanzionando tale difetto con l'inefficacia e quindi l'azione restitutoria. Dunque, non si ha alcuno scambio imposto, ma solo la normale conseguenza prevista dalla legge per il caso di esecuzione non dovuta di una prestazione prevista da un contratto nullo<sup>23</sup>.

La restituzione della prestazione di fare indebitamente eseguita avviene, secondo l'opinione prevalente, ai sensi dall'art. 2041 c.c.<sup>24</sup>, anziché degli art. 2033 s. c.c., che sarebbero applicabili solo alle prestazioni di *dare*<sup>25</sup>: in questo senso è orientata anche la giurisprudenza più recente<sup>26</sup>. La soluzione indicata, tuttavia, non

<sup>21</sup> L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 140, il quale aderisce all'opinione – minoritaria – secondo cui la restituzione della prestazione di *facere* indebitamente eseguita è disciplinata dagli artt. 2033 s. c.c., e non dall'art. 2041. Sul punto, v. *infra*, note 22-24.

<sup>22</sup> L. PELLEGRINI, *ibidem*, afferma la necessità dell'accettazione della prestazione, ai fini della sua restituzione, escludendo l'applicabilità dell'art. 1333 c.c. anche laddove la donazione sia di modico valore. Diversamente, nella *common law* si riconosce l'azione restitutoria al *solvens* non solo in caso di accettazione della prestazione, ma anche nei casi di richiesta, di appropriazione, di tolleranza dell'esecuzione della stessa, e – in particolare – qualora si verifichi un *incontrovertible benefit* dell'*accipiens*. Così, da ultimo, K. BARKER, R. GRANTHAM, *Unjust Enrichment*, LexisNexis, 2018, 2<sup>nd</sup> ed., 92-95: «[The] instances in which the case for protecting the defendant's freedom of choice breaks down [...] may loosely be regarded as yielding five general 'tests' of benefit: 'request'; 'taking'; 'active encouragement'; 'free acceptance'; and 'incontrovertible' benefit», con la conseguenza che «a defendant will be taken to have benefitted where his or her enrichment is 'incontrovertible' ... one that no reasonable person in the position of the defendant would deny. Cases of incontrovertible benefit can be divided into a number of sub-categories: (i) money; (ii) non-money benefits which a defendant has 'realized' in money; (iii) non-money benefits which were legally and/or factually necessary from the defendant's point of view».

<sup>23</sup> L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 140, il quale ritiene che una prestazione di *facere* «eseguit[a] direttamente e spontaneamente, senza preventivo impegno in tal senso, [...] e cioè "servizi non richiesti", si esula completamente dal campo della donazione e ci si trova invece di fronte, sussistendone i presupposti, alla gestione d'affari altrui, applicabile per opinione pressoché unanime anche nei casi in cui la gestione consista nell'esecuzione di un atto materiale».

<sup>24</sup> Si nega l'applicabilità degli artt. 2033 s. c.c. alle prestazioni indebite di *facere*, e si ritiene la restituzione di queste ultime disciplinata dall'art. 2041 c.c.: così; D. MAFFEIS, *Contratti*, cit., 27 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, 949; A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Cedam, 2005, 465; G.M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso?*, in *Danno resp.*, 2005, 5, 517 s.; sostanzialmente D. CARUSI, *Le obbligazioni*, cit., 83 s., p. 228; M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in V. ROPPO (ed.), *Trattato del contratto. Rimedi*, Giuffrè, 2006, V, 2, 391-392; R. SACCO, in ID., G. DE NOVA, *Il contratto*, UTET, 2018, 4<sup>a</sup> ed., 1643; G. DI LORENZO, *La restituzione impossibile*, Giuffrè, 2020, 144.

<sup>25</sup> Ritengono applicabili gli artt. 2033 s. alle prestazioni di *facere* indebite, U. BRECCIA, *La ripetizione*, cit., 438 s.; ID., *La ripetizione dell'indebito*, nel *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, I, 9, Utet, 1984, 772; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Zanichelli, 1981, 166 s.; F. GALGANO, *Diritto*, cit., 1999, p. 361; L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 129; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, 2010, p. 219 s.; L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Giappichelli, 2012, 42.

<sup>26</sup> Cass. civ., 12 giugno 2018, n. 15334; Cass. civ., 21 marzo 2014, n. 6747; Cass. civ., 15 aprile 2010, n. 9052; Cass. civ., 8 novembre 2005, n. 21647; Cass. civ., 24 novembre 1981, n. 6245. *Contra* Cass. civ., 23 maggio 1987, n. 634; Cass. civ., 2 aprile 1982, n. 2029; Cass. civ., 24 novembre 1981, n. 6245; Cass. civ., 10 aprile 1964, n. 835; Cass. civ., 2 maggio 1952, n. 2491.



esime da un esame dettagliato della disciplina dell'azione di arricchimento, onde verificare la compatibilità della fattispecie del *caregiver* con tutti i suoi presupposti.

4. – La legge considera il fatto di chi “si arricchisce a danno di altri” (art. 2041 c.c.) tra quelli idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento (art. 1173 c.c.). In particolare, esso obbliga l'arricchito a restituire l'arricchimento così conseguito<sup>27</sup>. Da questa previsione normativa si ricavano i primi tre presupposti dell'azione restitutoria in esame: l'arricchimento, l'impoverimento, la correlazione tra il primo e il secondo.

L'arricchimento può consistere in un aumento patrimoniale – non anche in un beneficio *non* patrimoniale<sup>28</sup> – o anche in un risparmio di spese<sup>29</sup>. Si discute se l'arricchimento debba sussistere al momento della domanda<sup>30</sup>.

Nel caso del *caregiver*, l'arricchimento della persona assistita – quindi, poi, dei suoi eredi – consiste nel risparmio di quelle spese che sarebbero sostenute per remunerare le prestazioni di assistenza materiale, rese necessarie dalla condizione di non autosufficienza o comunque di debolezza della persona, ad esempio, perché di età molto avanzata, o affetta da malattie, menomazioni, disabilità<sup>31</sup>.

Ciò non si verifica qualora la persona vanti già un diritto di credito, avente ad oggetto le stesse prestazioni: in tal caso, non si verifica alcun arricchimento ai sensi dell'art. 2041 c.c., ma soltanto la soddisfazione di un interesse del creditore per effetto dell'esecuzione della prestazione (art. 1174 c.c.). Pertanto, qualora il *caregiver* adempia l'altrui obbligazione di prestare assistenza materiale, l'arricchimento si verificherà in capo all'obbligato, nei confronti del quale il *caregiver* avrà delle pretese restitutorie<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Sul punto, si v. P. GALLO, *Arricchimento*, cit., 20-21, secondo cui i concetti di “arricchimento” e di “restituzione” sono complementari, come le due facce della stessa medaglia: «il concetto di arricchimento si riferisce alla sfera di chi risulta avvantaggiato, il concetto di restituzione si riferisce logicamente alla sfera di chi ha subito la perdita economica che in qualche modo deve essere reintegrata», e «il principio ispiratore dell'intera categoria [delle restituzioni] è proprio costituito dal divieto di arricchirsi senza causa a spese di un altro, a prescindere dal fatto che, in concreto, le varie ramificazioni restitutorie possono comportare un obbligo restitutorio integrale, o viceversa limitato al solo arricchimento effettivamente conseguito, nei limiti del minor valore tra lucro conseguito e perdita subita, o ancora in misura pari al maggior valore tra lucro conseguito e perdita subita». Ampiamente anche D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N. dir. da P. Perlingieri*, ESI, 2004, 77 s.

<sup>28</sup> L'opinione è pacifica in dottrina: U. MORI-CHECCUCCI, *L'arricchimento senza causa*, Editore Carlo Cya, 1943, 106; P. D'ONOFRIO, in L. ARU, E. MOSCATI, P. D'ONOFRIO, *Artt. 2028-2042*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Zanichelli, 1981, 586-587; F. ASTONE, *L'arricchimento*, cit., 47; P. GALLO, *Arricchimento*, cit., 30; C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, cit., 813; Cass. civ., 1 febbraio 1974, n. 281, in *Foro it.*, 1974, I, 2733. *Contra* l'opinione isolata di A. TRABUCCHI, s.v. *Arricchimento senza causa*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, 1958, 71.

<sup>29</sup> Cass. civ., 21 giugno 2018, n. 16305: «L'azione generale di arricchimento, di cui all'art. 2041 c.c., presuppone che l'arricchimento di un soggetto e la diminuzione patrimoniale a carico di altro soggetto siano provocati da un unico fatto costitutivo e siano entrambi mancanti di causa giustificatrice, potendo il medesimo arricchimento consistere anche in un risparmio di spesa, purché si tratti sempre di risparmio ingiustificato, nel senso che la spesa risparmiata dall'arricchito debba essere da altri sostenuta senza ragione giuridica» (conf. Cass. civ., 21 aprile 2011, n. 9141; Cass. civ., 4 settembre 2013, n. 20226; da ultimo, Cass. civ., 3 agosto 2023, n. 23678).

<sup>30</sup> La questione, da sempre dibattuta, è al centro del recente arresto di Cass. civ., Sez. un., 8 novembre 2022, n. 3291, in *Giur. it.*, 2023, 4, 781 s., con nota di P. GALLO, *Gli assegni di mantenimento tra ripetibilità e irripetibilità* (su cui v. *infra*, § 3 della parte seconda del presente studio).

<sup>31</sup> La dottrina tedesca ha superato la tesi che identifica l'arricchimento con il risparmio di spese, preferendovi il valore oggettivo della prestazione di fare eseguita dall'impoverito a vantaggio dall'arricchito (H.J. WIELING, T. FINKENHAUER, *Bereicherungsrecht*, cit., 11-12).

<sup>32</sup> P. Sirena, *L'adempimento*, cit., 51 s. Cfr. *amplius infra*, § 15.



L'impoverimento può consistere in una diminuzione patrimoniale (così testualmente l'art. 2041 co. 1 c.c.), ma non anche in un mancato guadagno. La questione assume particolare rilevanza con riferimento alle prestazioni di fare, che causano sicuramente un arricchimento in capo all'*accipiens*, ma più difficilmente causano in capo al *solvens* una *diminuzione patrimoniale* – intesa in senso stretto come “danno emergente” – di entità corrispondente a quella dell'arricchimento: piuttosto, l'esecuzione della prestazione causa un “lucro cessante” in capo al *solvens*, che avrebbe potuto eseguire la stessa prestazione dietro corrispettivo, previa stipulazione di un contratto efficace.

A fronte della compatta adesione della dottrina alla tesi che ravvisa un impoverimento nell'esecuzione della prestazione di fare<sup>33</sup>, occorre esaminare la posizione della giurisprudenza, che – pur avendo ammesso, in passato, l'indennizzabilità finanche del lucro cessante – ad oggi esclude che possa formare oggetto di restituzione ciò che il *solvens* di prestazioni di fare avrebbe percepito a titolo di *lucro cessante*, se avesse prestato in forza di un contratto efficace. Si ritiene, cioè, che la depauperazione ricomprenda tutto quanto il patrimonio ha perduto (in elementi ed in valore) rispetto alla propria precedente consistenza, ma non anche ciò che il richiedente quanto si riprometteva di ricavare dall'esecuzione di analoghe attività remunerate nello stesso periodo<sup>34</sup>.

Con riferimento alla restituzione delle prestazioni di fare, si è precisato che il loro valore non può essere determinato con riferimento al contratto invalido concluso fra le parti (in misura pari al corrispettivo), ma nemmeno può essere negato, in base ad una sua aprioristica qualificazione in termini di “lucro cessante” non indennizzabile. Dunque, si accorda un indennizzo che comprenda quanto necessario a ristorare il *sacrificio di tempo*, nonché di *energie mentali e fisiche* dell'impoverito, del cui valore si deve tener conto in termini economici, al netto – cioè, ad esclusione – della percentuale di guadagno che l'impoverito si riprometteva di conseguire attraverso l'esecuzione della prestazione<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> In dottrina, la tesi secondo cui l'impoverimento può derivare dall'esecuzione di prestazioni di *facere* è sostenuta, con argomentazioni convincenti, tra gli altri, da F.M. D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale. Profili di rilevanza donativa delle obbligazioni di fare gratuite*, Cedam, 1996, 4 s.; L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 61 s. Si potrebbe obiettare che questa dottrina si è occupata dell'impoverimento come requisito della liberalità, e non come requisito dell'azione di arricchimento; ma si può replicare che la distinzione tra le diverse nozioni di arricchimento (e correlativo impoverimento), rilevanti rispettivamente ai sensi degli artt. 769 e 2041 c.c., è stata elaborata con riferimento alle norme c.d. materiali sulle liberalità, non quelle sull'arricchimento ingiustificato: così A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 254 s., 312-313, muovendo dalle considerazioni che l'effetto patrimoniale in questione sarebbe costituito dall'arricchimento, ritiene di non poter accogliere un concetto di arricchimento altrettanto esteso quanto quello contenuto nell'art. 2041 c.c.: «Data la natura dei rimedi previsti dall'art. 809 sembra, infatti che possano farsi rientrare nella categoria delle donazioni indirette o delle “liberalità atipiche” soltanto quegli atti che – comportando una modifica della sfera giuridica di un soggetto – sono suscettibili di revoca, riduzione o collazione o collazione, cioè consentono l'applicabilità dell'intera “normativa materiale” che caratterizza la categoria. Resterebbero esclusi, in tal modo, quei comportamenti che, pur potendo, in astratto, arrecare un vantaggio economico ad altri (corrispondente a un sacrificio economico dell'impoverito) non incidono sulla sfera giuridica del disponente privando il suo patrimonio di un diritto di natura economica o facendo sorgere una obbligazione (che rappresenta pur sempre una “entità giuridica negativa” di carattere patrimoniale)».

<sup>34</sup> Cass. civ., Sez. Un., 11 settembre 2008, n. 23385, in *Corr. giur.*, 2009, I, 59 s., con nota di A. DI MAJO, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza causa*, ha accolto «l'interpretazione dell'art. 2041 cod. civ. che esclude dal calcolo dell'indennità richiesta per la “diminuzione patrimoniale” subita dall'esecutore di una prestazione in virtù di un contratto invalido, quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di *lucro cessante* se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace».

<sup>35</sup> Da ultimo, Cass. civ., 28 aprile 2023, n. 11234: «In tema di arricchimento senza causa, la diminuzione patrimoniale subita dall'autore di una prestazione d'opera in favore della P.A., in assenza di un contratto valido ed efficace, da compensare ai sensi dell'art. 2041 c.c., non può essere fatta coincidere con la misura del compenso calcolato mediante il parametro della tariffa professionale e nel rispetto dei fattori di importanza dell'opera e del decoro della professione ex art. 2233 c.c. ma, oltre ai costi ed esborsi sopportati, *deve comunque ricomprendere quanto necessario a ristorare il sacrificio di tempo, nonché di energie mentali e fisiche del professionista, del cui valore si deve tener conto in termini economici, al netto della percentuale di guadagno*» (corsivo agg.) (conf. Cass. civ., 29 maggio 2019, n. 14670, cit.).



Nel caso dell'esecuzione di prestazioni di cura non dovute, dunque, può ammettersi senz'altro il ristoro del "sacrificio di tempo, nonché di energie mentali e fisiche" sofferto dal caregiver. Per la sua quantificazione – fermo restando il potere equitativo del giudice<sup>36</sup> – sembra ragionevole utilizzare come parametri i contratti collettivi dei caregiver di professione, cioè i c.d. badanti. Si tratta non di un ricorso acritico ad uno strumento contrattuale, bensì dell'adozione ragionata di un parametro *minimo*. È noto, infatti, che il lavoro di cura professionale sia tra quelli meno pagati, sicché è agevole affermare che chi s'impiega in questo tipo di lavoro non consegue alcun *lucro* in senso stretto, accontentandosi anzi di una retribuzione al di sotto dei minimi salariali<sup>37</sup>. Pertanto, l'adozione delle retribuzioni dei badanti come parametri *minimi* per la quantificazione dell'indennizzo da accordare al caregiver pare senz'altro idonea ad assicurare che tale indennizzo si riferisca propriamente solo alla restituzione della "diminuzione patrimoniale" – in termini di tempo ed energie, economicamente valutabili – conseguente alla prestazione di *facere* eseguita, e non anche del lucro cessante. Va anche considerato che l'impovertimento del caregiver può venir meno, del tutto o in parte, per effetto di provvidenze pubbliche<sup>38</sup> o private<sup>39</sup>, ricevute in considerazione dell'esecuzione gratuita di prestazioni di cura della persona assistita.

Infine, resta da esaminare il parametro della *correlazione tra arricchimento e impoverimento*, il terzo presupposto necessario per l'utile esperimento dell'azione in esame. A fronte delle varie ricostruzioni proposte dalla dottrina<sup>40</sup>, la giurisprudenza richiede – per affermare l'esistenza della correlazione – l'*unicità del fatto costitutivo* di arricchimento e impoverimento<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Da ultimo, Cass. civ., 21 gennaio 2023, n. 2823: «L'indennizzo di cui all'art. 2041 c.c. ben può formare oggetto di una valutazione di carattere equitativo ai sensi dell'art. 1226 c.c., anche "officiosa", senza necessità che sia la parte interessata a dover fornire prova della impossibilità di determinare l'indennizzo nel suo esatto ammontare» (conf. Cass. civ., 29 maggio 2019, n. 14670; Cass. civ., 13 aprile 2015, n. 7415).

<sup>37</sup> Sono significative, in questo senso, le resistenze sorte nel dibattito politico, sull'introduzione del salario minimo (a 9 euro/ora), in relazione al lavoro domestico professionale, lamentando l'aggravio di costi sulle famiglie che ne sarebbe derivato (<https://www.osservatoriolavorodomestico.it/salario-minimo-nel-lavoro-domestico>).

<sup>38</sup> La l. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1 co. 254-255, ha istituito il Fondo per il sostegno del ruolo di cura e di assistenza del caregiver familiare, «destinato alla copertura finanziaria di interventi legislativi finalizzati al riconoscimento del valore sociale ed economico dell'attività di cura non professionale del caregiver familiare».

<sup>39</sup> In particolare, deve ritenersi che una donazione remuneratoria fatta dalla persona assistita e al suo caregiver sia idonea a escludere, del tutto o in parte, l'*impoverimento* di quest'ultimo, ma non anche la *ingiustificatezza* dell'*arricchimento* (il quale, beninteso, non sia sorretto da altra causa di giustificazione). Infatti, non potrebbe ammettersi che l'*arricchito* si "liberi" della sua obbligazione restitutoria ex art. 2041 c.c. attraverso l'espedito di "remunerare" l'*impoverito* con una donazione, che in ipotesi renda l'*arricchimento ex post* giustificato: ad es., non sarebbe liberato chi si sia arricchito a danno altrui per il valore di 100, quindi doni 20 all'*impoverito*, anche se pare possibile ammettere che – per effetto della donazione remuneratoria di 20 – la "diminuzione patrimoniale" dell'*impoverito* si riduca da 100 a 80.

<sup>40</sup> Si rinvia a A. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 327-328, il quale rifiuta nettamente il riferimento alla causalità giuridica della responsabilità civile, ragione per cui ritiene preferibile parlare di correlazione anziché di nesso di causalità.

<sup>41</sup> Il requisito, enunciato per la prima volta da Cass. civ., Sez. un., 2 febbraio 1963, n. 183, è ora pacificamente accolto. È fondamentale l'arresto di Cass. civ., Sez. un., 8 ottobre 2008, n. 24772, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 4, 368, con nota di C. ABATANGELLO, *Il c.d. arricchimento indiretto e la concessione del rimedio di cui all'art. 2041 cod. civ.*; in *Obb. contr.*, 2009, 6, 513, con nota di P. LONGO, *Affidamento del terzo nel mandato senza rappresentanza e unicità del fatto costitutivo quale presupposto dell'azione di arricchimento*; in *Resp. civ.*, 2010, 1, 32 s., con nota di A. MASTROMATTEO, *Arricchimenti indiretti e sussidiarietà dell'actio* de in rem verso: «L'azione di ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 cod. civ. può essere proposta solo quando ricorrano due presupposti: (a) la mancanza di qualsiasi altro rimedio giudiziale in favore dell'*impoverito*; (b) la *unicità del fatto causativo dell'impoverimento* sussistente quando la prestazione resa dall'*impoverito* sia andata a vantaggio dell'*arricchito*, con conseguente esclusione dei casi di cosiddetto arricchimento indiretto, nei quali l'*arricchimento* è realizzato da persona diversa rispetto a quella cui era destinata la prestazione dell'*impoverito*. Tuttavia, avendo l'azione di ingiustificato arricchimento uno scopo di equità, il suo esercizio deve ammettersi anche nel caso di arricchimento indiretto nei soli casi in cui lo stesso sia stato realizzato dalla p. a., in conse-



La previsione di questo requisito si riflette sull'esclusione dell'indennizzabilità dei c.d. arricchimenti indiretti, nei quali, cioè, l'arricchimento di un soggetto e il correlativo impoverimento di un altro, in realtà, siano mediati dal patrimonio di un terzo soggetto<sup>42</sup>. La giurisprudenza è orientata nel senso che il requisito dell'unicità del fatto causativo dell'impoverimento sussista solo quando la prestazione resa dall'impoverito sia andata a vantaggio dell'arricchito, ad esclusione dei casi di arricchimento indiretto, nei quali l'arricchimento è realizzato da persona diversa rispetto a quella cui era destinata la prestazione dell'impoverito. L'arricchimento indiretto è eccezionalmente indennizzabile – in base alla *ratio* equitativa del rimedio – in soli due casi, laddove (i) la pubblica amministrazione si sia arricchita in conseguenza della prestazione resa dall'impoverito ad un ente pubblico, ovvero (ii) l'arricchimento sia stato conseguito dal terzo a titolo gratuito<sup>43</sup>.

Quanto al *caregiver*, è agevolmente ravvisabile l'unicità del fatto costitutivo tra l'esecuzione, da parte sua, di prestazioni di cura gratuite – in cui si sostanzia l'impoverimento del *caregiver* stesso – e il risparmio di spese da parte della persona assistita – in cui si sostanzia il suo arricchimento – la quale evita di remunerare un'altra persona per l'esecuzione di quelle stesse prestazioni, che invece riceve gratuitamente dal *caregiver* (salvo il caso in cui le prestazioni le fossero legalmente dovute, di cui si dirà).

Per converso, non è ravvisabile l'unicità del fatto costitutivo tra l'impoverimento del *caregiver* (che esegue le prestazioni di cura gratuitamente) e l'arricchimento degli *eredi* della persona assistita, in quanto tali, che succedono in un patrimonio ereditario più cospicuo, in quanto il *de cuius* aveva risparmiato la spesa per remunerare l'assistenza materiale di cui aveva bisogno. In questo caso, l'arricchimento degli eredi, in quanto tali, è *indiretto*, in quanto *mediato* dalla successione (che a sua volta presuppone la delazione a loro favore e l'accettazione), sicché non può parlarsi di *unicità del fatto costitutivo*.

Tuttavia, pare possibile ammettere un'obbligazione restitutoria degli eredi, fondata sul loro arricchimento *indiretto*, avvenuto *a titolo gratuito* per effetto dell'accettazione dell'eredità. Ciò nei limiti in cui gli stessi eredi non siano già gravati, *jure haereditatis*, dall'obbligazione restitutoria maturata dal *de cuius* nei confronti del *caregiver*. Essi infatti vi subentreranno ogni volta che questi fosse già obbligato a restituire l'arricchimento ingiustificato ottenuto a spese del *caregiver*. L'unico caso di arricchimento indiretto degli eredi potrebbe essere quello in cui la prestazione eseguita dal *caregiver* fosse irripetibile (perché inesigibile) nei confronti dell'*accipiens* (per essere la stessa eseguita e ricevuta dal *solvens* con finalità alimentare), e ciò determini un risparmio di spese, che a sua volta si riflette, in positivo, sull'ammontare del patrimonio ereditario. In ogni altro caso – segnatamente, quando la restituzione dell'arricchimento ingiustificato può essere già chiesta al *de cuius* – si configura unicamente un arricchimento diretto di costui, con la conseguente obbligazione *ex lege*.

L'individuazione di un arricchimento ingiustificato in capo alla persona accudita – oltre ad essere la soluzione più coerente sul piano del diritto positivo – ha il vantaggio di consentire significativi margini d'azione all'autonomia privata della persona, direttamente obbligata alla restituzione, per intervenire sul rapporto ob-

---

guenza della prestazione resa dall'impoverito ad un ente pubblico, *ovvero sia stato conseguito dal terzo a titolo gratuito*» (cors. agg.).

<sup>42</sup> Un esempio celebre è quello dell'*arrêt Boudier*, deciso dalla *Cour de cassation* nel 1891, che per la prima volta accordò l'azione di *enrichissement injustifié*, ad un fornitore del concime – non pagato dall'acquirente, affittuario del fondo – nei confronti del proprietario del fondo, rientratone in possesso, condannato a restituire il valore dell'arricchimento, corrispondente all'aumento di valore del fondo (concimato con il materiale fornito dall'impoverito, il quale non ne poteva ottenere la restituzione in natura).

<sup>43</sup> Da ultimo, Cass. civ., 22 ottobre 2021, n. 29672: «In ipotesi di arricchimento cd. "indiretto", l'azione *ex art.* 2041 c.c. è esperibile soltanto contro il terzo che abbia conseguito l'indebita locupletazione nei confronti dell'istante in forza di rapporto gratuito (ovvero di fatto) con il soggetto obbligato verso il depauperato, resosi insolvente nei riguardi di quest'ultimo» (conf. Cass. civ., 26 gennaio 2011, n. 1832; Cass. civ., 22 maggio 2015, n. 10663; Cass. civ. 23 novembre 2017, n. 27891).



bligatorio del quale è (già) parte. In particolare, costei potrà adempiere direttamente la sua obbligazione in vita, o disporre *post mortem* un c.d. legato di debito (il quale potrebbe avere ad oggetto anche una prestazione diversa dalla somma di denaro dovuta), o ancora fare una ricognizione di debito, pura o titolata: tutto ciò senza lesione dei diritti dei legittimari.

5. – Si è detto che, nella normalità dei casi, il *caregiver* offre delle prestazioni periodiche di cura, a titolo gratuito, alla persona assistita, che accetta. Si perfeziona così, attraverso il contegno concludente delle parti, una donazione obbligatoria di prestazioni di fare. Tale contratto è nullo per difetto della forma prevista, appunto, a pena di nullità (artt. 782 e 1325 n. 4 c.c.), sicché le prestazioni eseguite devono essere restituite (cfr. l'espresso richiamo alle azioni di ripetizione, contenuto all'art. 1422 c.c.). Il rimedio attraverso il quale l'ordinamento consente la restituzione delle prestazioni di fare indebitamente eseguite è l'azione di arricchimento ingiustificato.

Va però accertata la sussistenza di un altro dei presupposti richiesti per l'utile esperimento dell'azione: la *mancaanza di giusta causa* dell'arricchimento. Potrebbe infatti verificarsi il caso in cui l'arricchimento dell'*accipiens* delle prestazioni di cura eseguite dal *caregiver* – pur in forza di una donazione nulla – possa comunque considerarsi sorretto da una *giusta causa*. Ciò impone un esame analitico di quest'ultimo requisito.

A fronte di una varietà di opinioni – il cui esito, comunque, è quello di ricostruire la nozione di “giusta causa” in base al diritto positivo<sup>44</sup> – pare opportuno muovere dalla definizione contenuta nella Relazione al codice civile<sup>45</sup>, che la esemplifica con tre ipotesi, cioè (i) che il singolo trasferimento di valori trovi a fronte la prestazione di un corrispettivo, (ii) che abbia causa nella liberalità, (iii) che sia legittimato da una precisa disposizione della legge. Lo schema conserva attualità classificatoria, giacché ciascuna delle tre ipotesi può specificarsi in altre di maggiore dettaglio, che verranno esaminate.

Quanto alla *prestazione di un corrispettivo* per il trasferimento di valore, essa è intesa nella duplice accezione di arricchimento come conseguenza di un *contratto* o di un *impoverimento remunerato*<sup>46</sup>. Il contratto potrebbe essere tanto (i) a causa di *scambio* – nel qual caso si ha senz'altro “prestazione di un corrispettivo”<sup>47</sup> – quanto (ii) un contratto *gratuito* (non liberale) – nel qual caso manca il corrispettivo, ma la presta-

<sup>44</sup> Per un'accurata ricostruzione dal punto di vista storico e comparatistico, A. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 23 s. Si segnala l'opinione di C.M. BIANCA, *Diritto civile* 5, cit., 796: «l'arricchimento è senza causa rispetto all'impoverito quanto è privo di una causa in senso proprio, cioè quando è diretto a realizzare un interesse non meritevole di tutela giuridica».

<sup>45</sup> Relazione al Re del Ministro Guardasigilli, n. 792: «Non è stato e non poteva essere chiarito legislativamente, con una formula generale, il concetto di arricchimento ingiustificato; ma la pratica e la dottrina potrà soccorrevi, ricercando *se il singolo trasferimento di valori trovi a fronte la prestazione di un corrispettivo, abbia causa nella liberalità, o sia legittimato da una precisa disposizione della legge*. Sarà ingiusto il trasferimento, se l'indagine suddetta risulterà negativa» (corsivo agg.).

<sup>46</sup> Cass. civ., 3 gennaio 2008, n. 2312: «L'azione generale di arricchimento ha come presupposto la locupletazione di un soggetto a danno dell'altro che sia avvenuta senza giusta causa, sicché non è dato invocare la mancaanza o l'ingiustizia della causa qualora *l'arricchimento sia conseguenza di un contratto, di un impoverimento remunerato, di un atto di liberalità o dell'adempimento di un'obbligazione naturale*» (conf. Cass. civ., 15 maggio 2008, n. 11330; Cass. civ., 15 maggio 2009, n. 11330; Cass. civ., 22 settembre 2015, n. 18632; Cass. civ., 7 giugno 2018, n. 14732; App. Firenze, 30 maggio 2023, n. 1157, in *Onelegale*).

<sup>47</sup> Un esempio potrebbe essere l'accordo in base al quale il *caregiver* presta assistenza ad una persona anziana, percependone la pensione (oltre all'indennità accompagnatoria, alla quale eventualmente ha diritto *jure proprio*). Un simile accordo – che dà luogo ad un valido contratto atipico di assistenza – costituisce giusta causa dell'arricchimento della persona assistita, con la conseguenza che il *caregiver* non potrà agire *ex art. 2041 c.c.* per ottenere la differenza tra il (preteso) valore della prestazione eseguita e la somma ricevuta, salva l'applicazione dell'istituto della rescissione, sussistendone i presupposti. Se le parti non hanno concluso questo o un altro contratto per disciplinare il loro rapporto (ad es., il contratto c.d. di vitalizio assistenziale, donazione modale), l'arricchimento con-



zione è pur sempre giustificata dal contratto efficace tra le parti – quanto (iii) un contratto di *donazione* – che, pur avendo struttura contrattuale, ha una causa di *liberalità* – il quale perciò si qualifica più correttamente tra le prestazioni giustificate dalla causa liberale, insieme con le liberalità diverse dalla donazione.

Dal canto suo, l'impoverimento *remunerato* potrebbe consistere in (i) una donazione remuneratoria, o (ii) una liberalità non donativa, o addirittura (iii) una disposizione testamentaria a beneficio del *caregiver*, ma anche (iv) una provvidenza pubblica, come l'indennità c.d. accompagnatoria, o uno degli interventi annunciati dal legislatore con l'istituzione del Fondo per il sostegno del ruolo di cura e di assistenza del *caregiver* familiare<sup>48</sup>. A ben vedere, in questi casi di "impoverimenti remunerati" sembra venir meno (del tutto o in parte) il requisito dell'*impoverimento*, non anche la *manca*za di giusta causa dell'arricchimento. Ne consegue che il *caregiver* che ha ricevuto una "remunerazione" parziale (ad es., una donazione, o una forma di sostegno pubblico pari a parte del valore delle prestazioni di assistenza erogate) potrà comunque agire in arricchimento nei confronti (della persona interessata e) dei suoi eredi<sup>49</sup>.

Quanto alla *liberalità* come causa di giustificazione dell'arricchimento – con riferimento sempre alle prestazioni di cura eseguite dal *caregiver* – occorre delimitare il confine tra (i) i contratti atipici gratuiti, non soggetti alla forma solenne prevista per la donazione (ammessi anche per le prestazioni di fare, nella misura in cui realizzino un interesse *patrimoniale* del disponente), (ii) la donazione formale (di cui si ammette che possa avere ad oggetto prestazioni periodiche di fare) e (iii) le liberalità diverse dalla donazione.

Quanto alle *precise disposizioni di legge* che giustificano l'arricchimento, vengono in rilievo, con riferimento al *caregiver*: (i) quelle che prevedono obblighi legali di mantenimento (artt. 143 e 315-*bis* c.c.) e di prestare gli alimenti (art. 433 s. c.c.), (ii) quelle che impongono al gestore d'affari di continuare la gestione (art. 2028 c.c.), (iii) quelle che escludono la ripetibilità delle prestazioni eseguite spontaneamente, da una persona capace, in adempimento di doveri morali e sociali (art. 2034 c.c.), (iv) quelle che escludono alcun compenso per prestazioni eseguite, per causa di solidarietà, nell'ambito di associazioni di volontariato (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, Codice del terzo settore)<sup>50</sup>.

La mancanza di giusta causa può affermarsi solo laddove si dimostri che l'assistenza è stata prestata al di fuori di ciascuna delle fattispecie anzidette, le quali costituiscono altrettante ragioni idonee a giustificare l'arricchimento, conseguente all'esecuzione delle prestazioni di cura. In mancanza di una tale ragione giustificatrice, l'esecuzione della prestazione non dovuta si atteggia a fonte di obbligazioni restitutorie.

**6. – Va approfondita l'ipotesi in cui si ravvisi la giusta causa dello spostamento patrimoniale nella *prestazione di un corrispettivo*. Essa si verifica ogni volta che lo spostamento di ricchezza trovi la sua causa in un**

---

seguito alla prestazione eseguita potrebbe risultare *senza giusta causa*, salvo che trovi giustificazione nella liberalità ovvero in una precisa disposizione di legge.

<sup>48</sup> Istituito dalla l. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1 co. 254-255, v. *supra*, nota 37.

<sup>49</sup> V. *supra*, § 3, spec. nota 38.

<sup>50</sup> Non rileva, ai fini della ricostruzione della disciplina delle restituzioni delle prestazioni di assistenza effettuate dal *caregiver*, l'istituto della responsabilità da c.d. contatto sociale qualificato, il quale si atteggia quale fonte di un'obbligazione c.d. senza prestazione, la cui violazione espone a responsabilità *ex art.* 1218 c.c. (C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, 521 s.). La circostanza che la prestazione non formi oggetto dell'obbligazione comporta l'irrelevanza di tale ricostruzione rispetto alla disciplina delle restituzioni, posto che le *prestazioni* eventualmente eseguite da chi si trovi, in ipotesi, in una situazione di contatto sociale qualificato comunque non possono considerarsi *dovute* – si tratta infatti di "obbligazioni senza prestazione" – sicché non può escludersene il carattere *indebito* e conseguentemente la restituzione. Si tratta di un istituto che rileva nell'ambito della responsabilità, non in quello delle restituzioni.



*contratto* efficace tra le parti, ma la giurisprudenza ravvisa la presenza di una giusta causa anche in qualsiasi *impoverimento remunerato*<sup>51</sup>. A quest'ultima ipotesi pare ascrivibile non solo il caso in cui corrisponda al sacrificio economico una controprestazione dovuta per contratto, ma anche i casi della *donazione remuneratoria* e della disposizione testamentaria a favore dell'impoverito, dettata dal motivo di *remunerare* l'impoverimento subito.

Al riguardo, sembra preferibile ritenere che il motivo della disposizione possa essere anche *implicito*, senza che esso debba risultare dal testamento. Questa soluzione pare ricavabile *a contrario* dall'art. 626 c.c., il quale richiede – ai fini della nullità della disposizione testamentaria per l'illiceità del motivo unicamente determinante – che il motivo illecito risulti dal testamento, e che esso sia il solo che ha determinato il testatore a disporre. Questa norma richiede bensì che il motivo (illecito) sia *espesso*, ma lo richiede all'unico fine di disciplinare l'invalidità della disposizione illecita. Per converso, non pare potersi trarre dall'art. 626 c.c. alcuna indicazione utile ad affermare la necessità di un motivo *espesso* anche al (diverso) fine di ravvisare nella disposizione testamentaria una remunerazione dell'impoverimento del *caregiver*. La soluzione sembra trovare un argomento *a contrario* anche nella norma di cui all'art. 659 c.c., secondo cui *non* si presume la *causa solvendi* del legato disposto a favore al debitore. La presunzione di liberalità del legato sarebbe applicabile, se il testatore volesse adempiere alla sua obbligazione restitutoria *ex art. 2041 c.c.*, maturata nei confronti del *caregiver*: il testatore che vuole pagare il suo debito, deve dirlo. Per contro, la presunzione non pare applicabile a quella disposizione testamentaria (istituzione di erede o legato) con cui il testatore semplicemente beneficia il suo *caregiver*, in qualche modo “remunerandolo”, ma senza attribuirgli alcunché in funzione propriamente solutoria della preesistente obbligazione restitutoria (salvo che, come detto, tale “remunerazione” si rifletterà sull'impoverimento, quindi, indirettamente, sul *quantum* dell'obbligazione).

In altri termini, la remunerazione dell'impoverimento sembra qui doversi intendere in senso lato – come “contro-arricchimento” disposto dall'arricchito in favore dell'impoverito, anche per spirito di liberalità (come nell'ipotesi della donazione remuneratoria) – e non, invece, in senso stretto, come adempimento dell'obbligazione restitutoria *ex art. 2041 c.c.* Ne consegue che non sarà necessaria l'*expressio causae* nella disposizione testamentaria, al fine di escludere l'impoverimento del *caregiver*, che sia stato “compensato” da una remunerazione fatta per causa di liberalità (anche attraverso la disposizione testamentaria): anzi, pare sufficiente che il *caregiver* sia stato beneficiato dalla persona assistita con una disposizione testamentaria a qualsiasi titolo, per escludersi il suo impoverimento nella misura corrispondente al valore del lascito *mortis causa*.

In tutti questi casi può affermarsi *non* sussistere alcun arricchimento ingiustificato, a danno del *caregiver*, in capo a chi comunque l'abbia *remunerato*, ancorché per spirito di liberalità (con donazione remuneratoria), o con una disposizione testamentaria (che non ha causa di liberalità). Precisamente, in questi casi viene meno l'*impoverimento* del *caregiver*, e non – come afferma la giurisprudenza – l'*ingiustificatezza* dell'arricchimento a suo danno<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. giur. cit. *supra*, nota 44.

<sup>52</sup> Si. v. l'esempio già riportato (*supra*, nota 38), relativo ad un arricchimento a danno altrui per il valore di 100, seguito da una donazione (ovvero, *mutatis mutandis*, da una disposizione testamentaria) in favore dell'impoverito, del valore di 20. In questo caso, non potrebbe ammettersi che l'arricchito estingua, in capo ai suoi eredi, l'obbligazione restitutoria *ex art. 2041 c.c.*, attraverso l'espedito di “remunerare” l'impoverito con una somma qualsiasi, in modo da rendere l'arricchimento *ex post* giustificato. Per contro, pare possibile ammettere che – in seguito al lascito del valore di 20 – la “diminuzione patrimoniale” dell'impoverito si riduca da 100 a 80.



7. – In ipotesi, ben potrebbe darsi l'ipotesi che le parti si accordino, ad esempio, affinché il *caregiver* presti alla persona tutta l'assistenza necessaria, e, come corrispettivo, quest'ultima le attribuisca tutto quanto percepisce a titolo di trattamento previdenziale o assistenziale (oltre alle provvidenze che il *caregiver* già eventualmente percepisca *jure proprio*, in conseguenza dell'assistenza prestata, come l'indennità di accompagnamento)<sup>53</sup>. In questo caso, l'arricchimento della persona assistita farebbe difetto della *ingiustificata* richiesta dall'art. 2041 c.c., in quanto conseguente all'esecuzione di una prestazione che sarebbe *dovuta*, da parte del *caregiver*, in adempimento di una obbligazione che ha fonte nel contratto validamente stipulato con la persona assistita (o, in ipotesi, con un terzo, ma a favore della persona assistita, *ex art.* 1411 c.c.).

In secondo luogo, potrebbe darsi – oltre all'ipotesi di un contratto a titolo oneroso – anche quella di un contratto *gratuito*, con obbligazioni a carico del solo *caregiver*. Si ammette, infatti, che le parti, nell'ambito della loro autonomia privata, possano concludere contratti *atipici* che prevedono l'esecuzione di prestazioni fare a titolo gratuito (sono essenzialmente onerosi i contratti *tipici* di appalto, opera manuale e professionale, lavoro subordinato)<sup>54</sup>. Tuttavia, l'ammissibilità di tali contratti gratuiti atipici – sotto i profili della sussistenza e della liceità della causa, nonché di meritevolezza degli interessi perseguiti – non può essere data per scontata: secondo l'opinione prevalente, l'ordinamento riconosce la validità delle sole convenzioni *atipiche* con cui taluno assume l'obbligo di eseguire gratuitamente prestazioni di fare per soddisfare un proprio interesse di natura *patrimoniale*, noto all'*accipiens*. Per converso, sfuggono a tale qualificazione i contratti con cui taluno assume l'obbligo di eseguire gratuitamente prestazioni di fare, per soddisfare un interesse proprio di natura *non patrimoniale*, noto all'*accipiens*<sup>55</sup>. Infatti, l'interesse economico del disponente impedisce – per il venir meno dello spirito di liberalità – di qualificare l'atto gratuito come donazione, con conseguente

<sup>53</sup> Oltre all'ipotesi indicata, altre possibili tipologie contrattuali sono quelle, ampiamente diffuse nella prassi, della donazione modale e del vitalizio atipico, per cui si rinvia ad A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Jovene, 1983, 21 s.; G. SANFILIPPO, *Autonomia contrattuale e tutela dell'anziano nei contratti di rendita e di mantenimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 1, 100 s.; An. FUSARO, *Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico*, in *Fam. dir.*, 2008, 305 s.; J. LONG, *La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 601 s.; EAD., *La cura della persona "dipendente" tra etica, legge e contratto*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 478 s.; R. QUADRI, *Rendita vitalizia e tipicità del contratto*, ESI, 2012, spec. 99 s.; R. PASQUILI, *Persone anziane e fragili: verso nuovi modelli di gestione dell'età*, in V. FILÌ (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità?*, Adapt, 2022, 3 s.; C. IRTI, *La persona*, cit., 41 s.

<sup>54</sup> L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 186 s.

<sup>55</sup> A. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 279-280, ammettendo il contratto atipico avente ad oggetto prestazioni di fare, rileva che «la legge non ritiene sufficiente il "nudo patto" cioè la mera volontà di obbligarsi come requisito per attribuire rilevanza giuridica contrattuale ad un accordo formulato secondo uno schema atipico. Si richiede, infatti, anche l'esistenza di un conflitto di interessi di natura patrimoniale che l'accordo stesso, considerato in base agli effetti essenzialmente voluti, appare idoneo (necessario e sufficiente) a soddisfare. Tale requisito, che consente di attribuire un riconoscimento giuridico ai contratti onerosi o gratuiti atipici, consente, altresì di distinguerli dal contratto di donazione, caratterizzato dallo spirito di liberalità (interesse di natura non patrimoniale)», mentre «non basta la previsione di un sacrificio economico altrui per escludere lo schema della donazione, ma è necessario che tale prestazione arrechi anche un vantaggio patrimoniale [...] Altrimenti, se la prestazione dell'accipiens, pur di natura patrimoniale, comporta soltanto un vantaggio "morale" per il tradens, non si può escludere lo schema della donazione, non ostante l'esistenza di un sacrificio economico del donatario» (corsivo agg.). F.M. D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale. Profili di rilevanza donativa delle obbligazioni di fare gratuite*, cit., 176-177, ammettendo che la donazione obbligatoria possa avere ad oggetto le obbligazioni di fare gratuite, osserva che: «Le varianti gratuite di contratti tipicamente costruiti come onerosi possono trovare una corretta sistemazione nell'ambito delle "donazioni" ogni qualvolta siano qualificate da uno scopo liberale. Viceversa per gli stessi contratti conclusi in vista della realizzazione di un "interesse" non liberale del promittente, si dovrebbe ipotizzare l'ammissibilità di contratti atipici, come libera esplicazione della autonomia privati» L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 196-197, secondo cui, se ogni promessa gratuita di fare rientrasse nello schema di cui all'art. 769 c.c., «si identificherebbe il concetto di liberalità con quello di gratuità; mentre vi sono numerose ipotesi in cui, pur non verificandosi uno scambio [sic], non si può configurare neppure una donazione»; cfr. da ultimo A. ORESTANO, *Le promesse unilaterali*, nel *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo-Mengoni, Giuffrè, 2019, 141 s.



superfluità della forma pubblica. In tal caso, si avrà un contratto gratuito atipico – valido, nei limiti della meritevolezza – che vincola il promittente all'esecuzione, senza che occorra alcuna forma particolare. Per qualificare la promessa gratuita di prestazioni di fare non rientrante in alcun contratto gratuito *tipico*, quindi, occorre verificare il tipo di interesse perseguito dal disponente che promette *nullo jure cogente*: in tanto c'è spirito di liberalità, in quanto vi sia interesse di natura non patrimoniale<sup>56</sup>.

Per converso, i contratti gratuiti con cui taluno assume un'obbligazione, al fine di soddisfare un proprio interesse di natura *non patrimoniale*, si qualificano come *donazioni obbligatorie*, aventi ad oggetto un diritto di credito, nei confronti del disponente, all'esecuzione di prestazioni di fare<sup>57</sup>. Tali contratti, così qualificati, reclamano la forma solenne a pena di nullità (art. 769 c.c.), salvo che possano qualificarsi come liberalità d'uso (art. 770 co. 2 c.c.), nel qual caso – facendo difetto la natura giuridica della donazione – non è richiesto alcun onere di forma, a prescindere dal valore della prestazione che ne forma oggetto. In altri termini, le promesse di eseguire prestazioni di fare gratuite, per soddisfare un interesse *non patrimoniale* del disponente – ancorché accettate dall'oblato – non danno vita né a validi contratti gratuiti atipici (che riguarderanno le sole promesse di fare a soddisfazione di un interesse *patrimoniale* del disponente), né a validi contratti di donazione (beninteso, nella misura in cui *non* siano compiute con l'osservanza della forma solenne)<sup>58</sup>.

Nel caso del *caregiver*, pare difficilmente contestabile che le prestazioni di cura sia eseguita per soddisfare un interesse di natura *non patrimoniale* proprio dello stesso *caregiver*, e non, al contrario, per soddisfare un suo interesse di natura *patrimoniale*<sup>59</sup>. Ne consegue che un eventuale accordo concluso tra il *caregiver* e la persona assistita, in forza del quale il primo assume l'obbligo di prestare assistenza materiale alla seconda, in tanto potrà acquistare rilevanza giuridica – sia come fonte di obbligazioni, sia come causa di giustificazione dell'arricchimento conseguente alla effettiva esecuzione delle prestazioni – in quanto l'accordo sia concluso con l'osservanza delle forma imposta per il tipo contrattuale all'interno del quale si qualifica, vale a dire (non un contratto gratuito *atipico*, a forma libera, bensì) una *donazione* obbligatoria a forma solenne<sup>60</sup>.

Da quest'ultimo rilievo si ricava l'inapplicabilità, al caso del *caregiver*, della disciplina della formazione del contratto con obbligazioni del solo proponente (art. 1333 co. 2 c.c.), secondo cui l'oblato può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi, e, in mancanza, il contratto è concluso. In astratto, potrebbe darsi il caso che il *caregiver* abbia offerto alla persona di prendersi cura di lei gratuitamente, e che – in mancanza del rifiuto di questa – possa ritenersi concluso un contratto *gratuito* atipico, con obbligazioni del solo proponente, il quale sarebbe fonte di un'obbligazione, in capo al *caregiver*, di prestare as-

<sup>56</sup> Così testualmente L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 205.

<sup>57</sup> Da ultimo, R. D'AURIA, *Le donazioni*, cit., 27-29.

<sup>58</sup> F.M. D'ETTORE, *Intento*, cit., *passim*; A. GIANOLA, *Atto gratuito*, cit., 47 s.; L. PELLEGRINI, *La donazione*, 53 s.; E.M. D'AURIA, *Le donazioni*, cit., 27 s.

<sup>59</sup> L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 201-202 porta gli esempi dell'attore (v. *supra*, nota 53) e «di un imprenditore edile che si impegna a costruire gratuitamente una casa su suolo altrui e con materiali altrui per pubblicizzare, in una località di grande richiamo turistico, la qualità di una nuova tecnica di costruzione da lui usata o i tempi di realizzazione, estremamente ridotti, sufficienti alla sua impresa per l'ultimazione a regola d'arte dell'opera», paragonandolo a quello «in cui lo stesso imprenditore avesse assunto il medesimo obbligo di costruire, ma – a differenza di prima – in luogo privo di alcun interesse ai fini pubblicitari ed in favore della sorella che è prossima a convolare a nozze». Ancora, non può dirsi liberale (in quanto risponde ad un interesse *patrimoniale* del disponente) il «regalo» dell'ultimo modello di una borsa, fatto da una *griffe* ad un *influencer*, affinché questa la pubblicizzi sui *social*; mentre può dirsi liberale lo stesso regalo fatto dal compagno di lei in occasione del suo compleanno (art. 770 co. 2 c.c.).

<sup>60</sup> Dalla qualificazione in termini di donazione discende l'applicabilità della relativa disciplina, tra cui il regime attenuato di responsabilità per inadempimento, solo per dolo o colpa grave (art. 798 c.c.), nonché sanatoria delle donazioni nulle per conferma o esecuzione volontaria, che però spetta solo agli eredi dopo la morte del donante, e non anche a quest'ultimo (art. 799 c.c.).



sistenza gratuita all'interessato, senza diritto al corrispettivo<sup>61</sup>. Tuttavia, l'ammissibilità di un tale contratto gratuito atipico è limitata ai casi in cui il contratto sia il mezzo per realizzare un interesse patrimoniale del disponente, il che pare difficilmente configurabile nel caso di rapporti familiari o amicali.

In terzo luogo – in mancanza di un contratto tra le parti, concluso anche ai sensi dell'art. 1333 c.c. – potrebbe ipotizzarsi che l'esecuzione di fatto delle prestazioni di cura da parte del *caregiver* dia luogo ad un rapporto contrattuale di fatto, segnatamente di un rapporto di lavoro domestico<sup>62</sup>. Questa soluzione va esclusa, se non altro in ragione della stessa nozione di rapporto di lavoro di fatto, che nasce da una situazione di contatto sociale, intesa come complesso delle circostanze e dei comportamenti – *valutati in modo socialmente tipico* – attraverso i quali si realizzano, di fatto, operazioni economiche e trasferimenti di ricchezza tra i soggetti, pur mancando in apparenza una compiuta formalizzazione dello scambio in un contratto<sup>63</sup>. In senso contrario, si è osservato che potrebbero fare difetto sia la tipicità sociale del contratto, sia la volontà delle parti di obbligarsi giuridicamente<sup>64</sup>.

Nel caso del *caregiver*, la tipicità sociale manca in quanto, secondo il comune intendimento, la prestazione di assistenza gratuita non dà luogo ad un *rapporto di lavoro*, diversamente del lavoro dell'operaio in fabbrica, del barista al bancone, del *rider* che consegna pasti a domicilio: questa diversa valutazione dell'importanza (anche economica) delle attività di *cura* rispetto alle attività di produzione e scambio di beni e servizi è sicuramente criticabile, ma pare ancora radicata nella coscienza sociale<sup>65</sup>.

Inoltre, pare possibile dimostrare (anche per presunzioni) che le parti abbiano comunque concordato un regolamento dei loro interessi, e precisamente che abbiano dettato o un regolamento giuridicamente qualificabile come donazione obbligatoria (di cui si è già detto), ovvero un regolamento che prevede di *non assoggettare il*

<sup>61</sup> Con gli ulteriori corollari che l'assistenza prestata andrebbe qualificata come adempimento di una preesistente obbligazione (di fonte contrattuale), il che escluderebbe il carattere *indebito* della prestazione eseguita, e così la *ingiustificata* del conseguente arricchimento in capo alla persona interessata. Nella prospettiva di un'azione di arricchimento promossa dal *caregiver*, questa ricostruttiva appare insidiosa, in quanto la conclusione del contratto (e nascita dell'obbligazione) è *impedita* dal rifiuto dell'oblato (art. 1333 co. 2), il quale rifiuto (in quanto fatto impeditivo: art. 2697 co. 2 c.c.) dovrebbe perciò essere provato dal *caregiver* che agisce in arricchimento – a fronte di un'ipotetica eccezione dell'arricchito (o dei suoi eredi) fondata sulla conclusione di un contratto gratuito atipico, la cui proposta da parte del *caregiver* potrebbe forse essere dimostrata per presunzioni – al fine di dimostrare l'assenza di giusta causa, data dall'inesistenza di alcun contratto, mai concluso per rifiuto dell'oblato, il quale, in concreto, ha ricevuto l'assistenza del *caregiver*.

<sup>62</sup> Esclude la configurabilità di rapporti di lavoro di fatto nella famiglia di fatto, tra persone legate da vincoli di consanguineità e “nelle situazioni intercorrenti tra soggetti legati tra loro da una affettuosa ospitalità”, L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Giuffrè, 1997, 231: «Con riferimento alle prestazioni lavorative svolte nell'ambito familiare, quelle dell'amico sono oggetto della stessa presunzione di gratuità di quelle di un convivente *more uxorio*».

<sup>63</sup> Per un'ampia ed esaustiva ricostruzione storico-dogmatica del concetto, L. STANGHELLINI, *Contributo*, cit., 1 s.

<sup>64</sup> P. MOROZZO DALLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Giuffrè, 1998, 86 s.; E. MOROTTI, *La guardia de hecho e il “caregiver” in Italia*, cit., 1955, esclude potersi ricondurre la figura del *caregiver* allo schema del contratto, «alla cui logica sembra non appartenere, non solo per la spontaneità e la gratuità che caratterizzano la prestazione, ma soprattutto perché la volontà delle parti, *in primis* dello stesso *caregiver*, ha scelto di sottrarsi ad ogni stipulazione in tal senso. Nella realtà dei fatti, bisogna tener conto che è spesso lo stesso *caregiver* che non vuole essere considerato come un/una badante».

<sup>65</sup> Esclude che il soccorso privato possa qualificarsi in termini di rapporto contrattuale di fatto P. D'AMICO, *Il soccorso*, cit., 128 s., in quanto – pur non essendo richiesta a tal fine la conclusione di un contratto, sia pure con manifestazioni tacite, dato che il lavoratore acquisita i diritti anche con la semplice prestazione di un lavoro attuata con l'assenso del *dominus* interessato – questa ricostruzione «si dimostra tuttavia poco fondata perché, valida in tutte le ipotesi in cui la prestazione di soccorso costituisce una vera e propria attività lavorativa, non lo è certo più nelle forme episodiche di salvataggio dettate da motivi morali o di solidarietà sociale» (corsivo agg.). Secondo l'A., la prestazione di soccorso, lungi dal realizzare un regolamento di interessi, si sostanzia in un gesto di solidarietà, sicché fa difetto «quella realizzazione, sul piano del rapporto, del risultato proprio del regolamento contrattuale».



*rapporto* alla disciplina dei contratti, esprimendo cioè un *intento giuridico negativo*<sup>66</sup>. Ciò impedirebbe senz'altro di ricondurre le prestazioni di cura all'esecuzione di un qualsiasi rapporto contrattuale di fatto.

8. – Resta da esaminare la possibilità di qualificare le prestazioni di cura come attuazione di un *intento* di chi tali prestazioni esegue, in cui trova espressione il suo *spirito di liberalità*<sup>67</sup>. Infatti, l'attività materiale in cui s'impegna il *caregiver* è sì qualificabile in termini di esecuzione di prestazioni di fare, ma può assumere rilevanza anche come liberalità *indiretta*.

Secondo una tesi, lo spirito di liberalità del disponente risulta non tanto direttamente dall'agire materiale, quanto piuttosto dalla rinuncia al diritto all'indennità, che sorge in conseguenza dell'attività svolta (ad es. artt. 936, 939, 2041 c.c.)<sup>68</sup>. Secondo altra tesi, la liberalità risulta dalla volontà comune del disponente e del beneficiario, volta a dare una qualificazione *liberale* all'effetto acquisitivo legale: i soggetti così “fanno proprio” l'acquisto, prodotto *ex lege* da una fattispecie non negoziale, e lo “configurano”<sup>69</sup>. Il negozio “configurativo” è volto ad assegnare preventivamente rilevanza giuridica a fatti o atti che in altro modo dovrebbero essere valutati, senza però obbligare le parti a tenere detti comportamenti: si riconosce dunque all'autonomia privata il potere di interferire sugli effetti legali di un atto o di un fatto giuridico per “contemprarli” nell'assetto di interessi, ancorché l'acquisto continui a essere avvenuto per legge<sup>70</sup>.

Dunque, pur non potendosi escludere una rinuncia del *caregiver* all'indennità da arricchimento ingiustificato conseguente all'opera prestata – anche implicitamente: l'accertamento della volontà darà luogo ad una

<sup>66</sup> Secondo V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 16, le parti possono escludere i loro accordi dal campo giuridico-contrattuale o perché le parti si muovono su un terreno extralegale (nel caso dei rapporti di cortesia), oppure perché «considerano che il loro rapporto potrebbe essere un rapporto giuridico, e desiderano precisamente evitare ciò: *preferiscono non creare vincoli legali sottoposti alle regole e ai meccanismi del diritto dei contratti, bensì semplici impegni di coscienza e d'onore “fra gentiluomini”*», non destinati ad essere portati davanti ai giudici, perché il loro rispetto non è affidato a presidi giuridici, ma a sanzioni sociali, sicché il diritto viene in considerazione dalle parti «come fatto non decisivo per la sistemazione del rapporto, che si pensa di sistemare meglio fuori del diritto». Queste considerazioni sembrano potersi riferire anche al rapporto tra *caregiver* e persona assistita (cfr. E. MOROTTI, *La guardia*, cit., 1955).

<sup>67</sup> Non è questa la sede per esaminare le varie ricostruzioni dello “spirito di liberalità”. Basti elencare, per limitarsi alla dottrina più recente: (i) la tesi maggioritaria, che vede nello spirito di liberalità la causa della donazione, cioè la soddisfazione di un interesse *non patrimoniale* del disponente oggettivamente emergente dall'atto (elaborata da A. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 267 s., per differenziare l'atto liberale dall'atto meramente gratuito, il quale, invece, soddisfa un interesse *patrimoniale* del disponente); (ii) quella che lo identifica con l'intento del donante di arricchire il donatario, a prescindere dalla natura dell'interesse soddisfatto (F.M. D'Ettore, *Intento*, cit., 39 s.); (iii) quella che lo identifica con il motivo del disponente, che qualifica lo spirito di liberalità tanto nelle donazioni c.d. pure quanto, ancor più evidentemente, in quelle c.d. motivate (A. Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. dir.* da R. Sacco, Utet, 120 s., 148 s.). La giurisprudenza non ha accolto alcuna di queste ricostruzioni, identificando la spirito di liberalità con la consapevolezza del disponente di attribuire al beneficiario un vantaggio patrimoniale *nullo jure cogente* (Cass. civ., Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 5068, su cui si rinvia, per tutti, alle osservazioni critiche di G. AMADIO, *Coeredità e atti di disposizione della quota (in margine a Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068)*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, 783 s.).

<sup>68</sup> A. TORRENTE, *La donazione*, cit., 27.

<sup>69</sup> V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Giuffrè, 1996, 205 s.; EAD., *Donazioni indirette*, in S. MAZZARESE, A. PALAZZO (a cura di), *I contratti gratuiti*, in *Tratt. contratti dir.* da P. Rescigno, E. Gabrielli, Utet, 2006, 175 s.; F. MAGLIUOLO, *L'acquisto del donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Riv. not.*, 2002, 93 s.; G. AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in *Quad. fondaz. it. not.*, 2008, 18 s.

<sup>70</sup> M. PARADISO, *L'accessione al suolo. Artt. 934-938*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger-Busnelli, Giuffrè, 1994, 44. Sul negozio configurativo, si v. cui G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Giappichelli, 2015, 3<sup>a</sup> ed., 34; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, 1969, 36; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Giappichelli, 2002, 117 s.; L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (storia di un pensiero)*, in *Studi G. Bendetti*, ESI, 2008, 1155 s.).



*quaestio voluntatis*<sup>71</sup> – occorre indagare più in dettaglio l’ammissibilità di un accordo configurativo di una liberalità non donativa, da attuarsi tramite l’esecuzione di prestazioni di cura in un lungo periodo di tempo.

Il “negozi configurativo” è ritenuto un meccanismo idoneo a spiegare tutte le liberalità indirette, in generale i negozi indiretti: si parla al riguardo di un accordo configurativo “causale” (per distinguerlo da quello “procedimentale”), sul modello della *Rechtsgrundabrede*. Quest’ultima è un accordo relativo a trasferimenti patrimoniali futuri – da compiere per mezzo di negozi astratti – i quali risulteranno “colorati” dalle ragioni dell’attribuzione, che sono “approvate” dalle parti per il tramite di un apposito negozio configurativo. In altri termini, si tratta di un accordo relativo alla causa di giustificazione dell’attribuzione patrimoniale conseguente alla condotta della parte: tale condotta della parte si qualifica perciò come “prestazione”, pur non obbligatoria, ma comunque dotata di una sua ragione giustificatrice, e perciò irripetibile<sup>72</sup>.

Questa ricostruzione del negozio configurativo si ataglia alla liberalità indiretta, negoziale o meno. Le parti possono concludere, nell’esercizio della loro autonomia contrattuale, un accordo vincolante dotato di effetti costitutivi: anche l’efficacia “configurativa” sarà ammessa, come *minus* di tale tipologia di effetti<sup>73</sup>. Questa ricostruzione sovrappone un negozio all’atto materiale, o all’altro negozio da cui risulta la liberalità indiretta, ma – con riferimento a quest’ultima ipotesi – un unico negozio non potrebbe veicolare cause tanto diverse, come la corrispettività e la liberalità; né la liberalità è necessariamente veicolata da un mero comportamento materiale, che potrebbe essere compiuto in modo incosciente e involontario, e sarebbe comunque fonte di arricchimento in capo al beneficiario<sup>74</sup>.

Nel caso del *caregiver*, la conclusione (per fatti concludenti) di “accordo configurativo della causa” potrebbe ravvisarsi nell’offerta, rivolta alla persona accudita, di eseguire prestazioni di cura gratuite a suo favore (per spirito di liberalità). Da ciò conseguirebbe la qualificazione delle prestazioni di cura (attività materiale) in termini di liberalità indiretta: il che varrebbe a giustificare l’arricchimento dell’*accipiens* delle prestazioni di cura, quindi a negare al *solvens* la tutela restitutoria ex art. 2041 c.c.

L’ammissibilità di un siffatto accordo configurativo, tuttavia, non è illimitata. Si tratta senz’altro di una pattuizione volta a perseguire un interesse meritevole di tutela (quello di attuare le liberalità indirette), che però si misura con il limite della compatibilità con le norme imperative, e con la nullità (per illiceità della causa) dei contratti che costituiscono il mezzo per eluderne l’applicazione (art. 1344 c.c.). Segnatamente, la stipulazione dell’accordo configurativo non sembra consentita, laddove esso sia volto a conseguire i medesimi effetti della donazione obbligatoria di prestazioni di fare, ma senza l’osservanza della forma per essi prevista. Infatti, è prevista per la donazione la forma solenne *ad substantiam* (art. 782 c.c.), mentre l’accordo

---

<sup>71</sup> Ad esempio, potrebbe ravvisarsi una rinuncia nella dichiarazione di un figlio, rivolta ai fratelli, di essere «grato alla mamma per tutto quello che ha fatto per me; pertanto, le presterò assistenza in modo esclusivo per tutta la durata della sua malattia, senza nulla pretendere da lei né da voi». In via generale, tuttavia, pare che una tale rinuncia debba escludersi nei casi in cui il *caregiver* non abbia mai dichiarato alcunché, e anzi abbia agito ex art. 2041 c.c. nei confronti degli eredi, tanto più se la persona accudita aveva riconosciuto la sua obbligazione restitutoria nei confronti del *caregiver*. Al riguardo, è vero che la rinuncia all’indennità da parte del *caregiver* è un atto tendenzialmente unilaterale, e tuttavia non è escluso che essa possa assumere una struttura bilaterale, con la partecipazione all’atto del beneficiario degli effetti della rinuncia, che sarebbe la persona accudita, obbligata (finché vive) all’indennità ai sensi dell’art. 2041 c.c. (il debito cadrà in successione alla sua morte). Dunque, una dichiarazione ricognitiva compiuta dall’obligato (art. 1988 c.c.) sarà idonea – oltre a produrre gli effetti suoi propri – anche ad escludere che sia intervenuta una rinuncia *bilaterale*, da parte del *caregiver*, al suo credito.

<sup>72</sup> A.M. GAROFALO, *Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell’interest rate swap*, ESI, 2018, 131-134, e ivi riferimenti alla dottrina tedesca.

<sup>73</sup> Il rilievo è di A.M. GAROFALO, *Aleatorietà*, cit., 133.

<sup>74</sup> V. CAREDDA, *Donazioni*, cit., 222.



configurativo – non avendo per oggetto diritti reali immobiliari (art. 1350 c.c.) – dovrebbe potersi concludere in forme diverse, finanche per fatti concludenti.

Ora, è vero che il principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali non è indefettibile – ci sono forti controlli preventivi sulla causalità, ma i controlli successivi sono più blandi, in particolare rispetto alla prova del diritto e alla sua rinuncia (quest'ultima potrebbe avere ad oggetto anche credito restitutorio, nascente proprio da un'attribuzione patrimoniale priva di causa)<sup>75</sup> – ma è vero anche che tale principio trova cittadinanza nel nostro ordinamento, e che giustifica dei limiti all'autonomia privata, in funzione di controllo preventivo sulla circolazione della ricchezza (la rinuncia può intervenire *ex post*, non *ex ante*): uno di questi limiti è appunto l'imposizione della forma pubblica per le donazioni di ingente valore, a tutela del disponente<sup>76</sup>. Per queste ragioni, non potrà ammettersi un accordo configurativo di liberalità indirette, da stipularsi in qualsiasi forma; per contro, tale accordo potrà ammettersi – senza incorrere nella nullità *ex artt.* 783, 1344, 1418 co. 2 c.c. – con riferimento alle liberalità d'uso (art. 770 co. 2 c.c.) e a quelle di modico valore (art. 783 c.c.), che non richiedono la forma solenne<sup>77</sup>.

L'accordo configurativo della liberalità indiretta – stipulato per fatti concludenti, per giustificare lo spostamento di ricchezza conseguente all'esecuzione di prestazioni di fare di ingente valore – dovrebbe ritenersi nullo, perché volto ad eludere l'applicazione della norma imperativa di cui all'art. 782 c.c., che assoggetta tale pattuizione alla forma solenne<sup>78</sup>. Al più, potrebbe ammettersi che tale accordo possa validamente con-

<sup>75</sup> D. CARUSI, *Le obbligazioni*, cit., 27-28: «Nemmeno il principio causalistico può dirsi inficiato dalle pratiche possibilità di elusione ... la confessione, ad esempio, non è impugnabile per falsità, ma solo per errore di fatto o per violenza; i privati potrebbero, confessando il falso scientemente, nella sostanza disporre della propria sfera giuridica senza giustificazione causale. La confessione resta tuttavia un mezzo di prova: altro è che il legislatore esiga la causa; altro che le parti possano creare false prove dell'esistenza di una causa. ... Un limite del principio causalistico viene da taluni ravvisato a proposito della rinuncia ad un diritto ... la rinuncia al credito resterebbe un patto "anche se nudo", e cioè non vestito da una causa, sicché il legislatore richiede maggiori requisiti per creare un nuovo rapporto, di quanti ne occorrono per distruggerne uno vecchio».

<sup>76</sup> Resta salva naturalmente la possibilità di sanatoria della nullità, o della rinuncia alla tutela restitutoria conseguente alla nullità: (i) gli eredi del donante dopo la sua morte possono confermare la donazione fatta (art. 799 c.c.); (ii) lo stesso donante di prestazioni di fare può rinunciare al suo diritto all'indennità *ex art.* 2041, con effetto immediato; (iii) in ogni caso, può lasciar prescrivere tale diritto, nell'ordinario termine decennale.

<sup>77</sup> Può solo accennarsi in questa sede alla vicinanza tra le figure della c.d. donazione d'uso e del negozio di adempimento dell'obbligazione naturale (G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Giuffrè, 1947), che a sua volta non richiede l'osservanza di forme particolari (salva l'applicabilità dell'art. 1350 c.c.).

<sup>78</sup> Si potrebbe obiettare che il negozio configurativo non froda la legge, perché i suoi effetti sono diversi da quelli del contratto di donazione: quest'ultimo *obbliga* il donante ad eseguire la prestazione promessa, mentre il negozio configurativo *lo lascia libero* di eseguirla o no, salvo che – qualora la prestazione sia eseguita – l'attribuzione patrimoniale conseguente risulterà sorretta dalla causa liberale (e l'intera operazione si qualificherà come "liberalità diversa dalla donazione", anziché "prestazione non dovuta"). Tuttavia, occorre osservare che l'applicabilità o meno della disciplina della donazione – rispetto a quella della liberalità indiretta (che comunque comporta rende applicabili le norme su riduzione, collazione, revocazione) – ha tre ordini di conseguenze: (i) assoggettare al donatario alla responsabilità contrattuale, in caso di ritardo o inadempimento dell'obbligazione assunta (art. 789 c.c.); (ii) assoggettarlo alla garanzia per l'evizione e per i vizi della cosa (artt. 797-798 c.c.); (iii) dare una causa di giustificazione all'attribuzione patrimoniale oggetto della liberalità (risultato che, in ipotesi, l'accordo configurativo della liberalità indiretta non è in grado di conseguire, salvo che sia perfezionato a sua volta in forma pubblica, v. *infra*, nel testo). Ora, sia la responsabilità per inadempimento sia la garanzia sono previste entro limiti molto circoscritti (dolo, colpa grave, fatto del donante), dal che pare desumersi che la disciplina della donazione (segnatamente: la sua disciplina *formale*) svolge una funzione primaria di "polizia degli spostamenti patrimoniali" non sorretti da un interesse economico (vuoi perché atti a titolo oneroso, vuoi perché gratuiti non liberali), rispetto alla quale appare secondaria la previsione di una (limitata) responsabilità, in capo al donante, per inattuazione del regolamento contrattuale. L'accordo configurativo in forma diversa dall'atto pubblico non impone alcuna responsabilità per inadempimento, ma tende a vanificare la funzione di controllo sulla circolazione della ricchezza per causa liberale – che richiede la forma pubblica – mentre il diverso grado di vincolatività delle due figure negoziali appare secondario rispetto alla valutazione della "frode alla legge". In conclusione, può ritenersi che tale accordo sia nullo, per lo meno quando non sia concluso in forma pubblica.



cludersi con l'osservanza della forma pubblica, in applicazione analogica dell'art. 782 c.c.. In questo senso ci si richiama all'autorevole opinione che esclude l'esistenza di un principio generale di libertà delle forme degli atti, al quale farebbero eccezione quelle norme che prevedono forme particolari<sup>79</sup>, sicché l'individuazione della disciplina della forma dell'atto dovrà fare riferimento alla natura degli interessi che l'atto è volto a soddisfare<sup>80</sup>. Nel caso dell'accordo configurativo, l'interesse da tutelare – il controllo sulla circolazione della ricchezza e la tutela del disponente (di un'attribuzione di non modico valore) – sembra reclamare la forma di cui all'art. 782 c.c., secondo l'indicazione direttamente desumibile dal diritto positivo.

9. – Al di là della ricostruzione giuridica del *come* trovi rilievo l'eventuale presenza di uno spirito di liberalità, occorre tenere presente *cosa* sia quest'ultimo, per accertarne la sussistenza nel caso del *caregiver*. Si è riferita l'opinione che ravvisa la liberalità nell'idoneità della prestazione eseguita a *soddisfare un interesse non patrimoniale del disponente*<sup>81</sup>: va perciò esaminato se l'esecuzione di prestazioni di cura possa ritenersi animata dallo spirito di liberalità così inteso.

La soluzione positiva della questione non è scontata. L'ordinamento giuridico non definisce lo “spirito di liberalità”, ma qualifica espressamente taluni atti come “liberalità”<sup>82</sup>: in particolare, le spese di mantenimento e malattia sostenute *a favore dei discendenti* – soggette a collazione – si qualificano come liberalità diverse dalla donazione<sup>83</sup>. Dunque, non possono dirsi senz'altro “liberalità” quelle stesse spese di mantenimento o malattia, che però siano sostenute dai figli *a favore degli ascendenti*, e a maggior ragione quelle sostenute *a favore di terzi*<sup>84</sup>. Beninteso che tali spese potrebbero comunque qualificarsi “liberali” per diverse ragioni. Ancora, la definizione di tali spese in termini di *liberalità* deve ritenersi rilevante anche ai fini della valutazione dell'esistenza di una giusta causa dell'arricchimento conseguente (ai sensi dell'art. 2041 c.c.), nel senso che è destinata a restare ferma – perché irripetibile – quell'attribuzione patrimoniale che sia sorretta da causa liberale, in quanto la legge espressamente la qualifica come tale.

Un esempio più giovare la comprensione di quanto si va dicendo.

Se l'art. 742 co. 2 c.c. qualifica in termini liberali le spese di mantenimento o malattia sostenute in favore dei *discendenti* – non anche quelle sostenute in favore degli *ascendenti* – ne consegue che il pagamento, da

<sup>79</sup> N. IRTI, *Idola libertatis. Tre saggi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, 1985, *passim*.

<sup>80</sup> P. PERLINGIERI, *Forma degli atti e formalismo degli interpreti*, ESI, 1987, *passim*.

<sup>81</sup> V. *supra*, nota 5 e *infra*, nel testo.

<sup>82</sup> G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e “riqualificazione della causa”*, in ID., *Lezioni di diritto civile*, Giappichelli, 2017, 2<sup>a</sup> ed., 178, elenca i seguenti atti: (i) donazione formale (art. 769 c.c.); (ii) donazione remuneratoria (art. 770, co. 1); (iii) liberalità compiute in conformità agli o usi o in occasione di servizi resi (art. 770 co. 2); (iv) atti diversi dalla donazione, dai quali “risulta” la liberalità (art. 809 c.c.); (v) assegnazioni o spese in favore dei discendenti a causa di matrimonio o avvio alla professione, pagamento di debiti o premi assicurativi (soggette a collazione *ex art.* 741); (vi) spese, sostenute *a favore dei discendenti*, per *mantenimento*, educazione, *malattie*, abbigliamento e nozze (escluse dalla collazione *ex art.* 742 co. 1); (vii) spese per istruzione professionale o corredo nuziale, non eccedenti la misura ordinaria (escluse dalla collazione *ex art.* 742 co. 2).

<sup>83</sup> Sulla naturale liberale delle spese sostenute dagli *ascendenti*, v. L. GATT, *La liberalità*, I, Giappichelli, 2002, 372 nota 129.

<sup>84</sup> Ad esempio, un figlio – celibe e senza prole – pur non essendo obbligato agli alimenti, paga la retta della casa di cura dove è ricoverata la madre anziana. Dopo la morte *del figlio*, si apre la sua successione in favore della madre, a favore della quale il figlio aveva pagato la retta (spese per malattia). Essendo l'unica legittimaria, la madre ha diritto ad una quota di un terzo del patrimonio del figlio, per successione necessaria (art. 538 c.c.). Nell'ambito dell'azione di riduzione promossa dalla madre, in ipotesi, nei confronti dell'erede testamentario del figlio, ella dovrà imputare alla sua porzione le *donazioni* ricevute (art. 564 co. 2 c.c.). Si porrà perciò il problema se le spese per malattia sostenute dal figlio a favore della madre si qualifichino come donazione (indiretta) ricevuta da quest'ultima (v. *infra* nel testo).



parte del figlio, della retta della casa di riposo del genitore (art. 1180 c.c.), potrebbe qualificarsi, in alternativa, come (i) liberalità diversa dalla donazione, (ii) adempimento di un'obbligazione legale di pagare gli alimenti (qualora il genitore ne abbia acquistato il diritto nei confronti del figlio, per effetto di una sentenza costitutiva), (iii) adempimento di un'obbligazione naturale (ad es., qualora sussista lo stato di bisogno, ma il genitore non abbia ottenuto la sentenza costitutiva del diritto agli alimenti), ovvero (iv) adempimento di terzo non sorretto da spirito di liberalità, fonte di arricchimento ingiustificato del debitore liberato, a danno del terzo adempiente<sup>85</sup>.

Si è già detto che la distinzione tra atto *gratuito* (qual è l'adempimento di terzo, in sé considerato) e atto *liberale* (qual è la liberalità diversa dalla donazione, attuata mediante adempimento del terzo) va ricercata nella natura dell'interesse del disponente. Se questi agisce allo scopo di soddisfare un proprio interesse *patrimoniale* (ad es. in vista di uno scambio c.d. empirico), l'atto è *gratuito* (non liberale); se agisce per soddisfare un proprio interesse *non patrimoniale*, l'atto è *liberale*<sup>86</sup>. Nel caso del figlio che paga la retta della casa di cura, dovuta dal genitore, è ragionevole ipotizzare che abbia agito per soddisfare un proprio interesse *non patrimoniale*, anche se non può senz'altro escludersi lo scopo di soddisfare un interesse *patrimoniale* del disponente (ad es., perché spera in una donazione remuneratoria, o di essere istituito erede nella disponibile). Considerazioni analoghe possono riferirsi all'adempimento da parte di un terzo estraneo alla famiglia nucleare (un amico, un parente lontano). In ogni caso, l'ordinamento non qualifica (espressamente o implicitamente) in termini di *liberalità* le spese di mantenimento e malattia, sostenute *dal discendente a favore degli ascendenti*, sicché lo spirito di liberalità non potrà presumersi: l'eventuale sussistenza di una tale causa giustificatrice dell'arricchimento andrà indagata secondo i criteri suoi propri.

Quanto all'esecuzione di attività materiali, la configurabilità dello spirito di liberalità dipende, a monte, dalla qualificazione del rapporto tra le parti. Come si è già detto, potrebbe trattarsi, in alternativa, di: (i) donazione obbligatoria di prestazioni di fare; (ii) contratto gratuito atipico avente ad oggetto prestazioni di fare; (iii) liberalità indiretta; (iv) lavoro subordinato di fatto; (v) prestazioni non dovute, che obbligano l'*accipiens* a indennizzare il *solvens* del conseguente impoverimento (salve eventuale successiva rinuncia del *solvens* all'indennità).

Si è già detto che la donazione obbligatoria e il contratto gratuito atipico si distinguono in base alla natura (patrimoniale o non patrimoniale) dell'interesse del disponente<sup>87</sup>. Dunque, l'accordo con cui il *solvens* si obbliga ad eseguire una prestazione di fare per la soddisfazione di un proprio interesse non patrimoniale si qualifica come *donazione obbligatoria di prestazioni di fare*. Quest'ultima è idonea a giustificare l'arricchimento dell'*accipiens*, purché conclusa in forma solenne (art. 782 c.c.), se le prestazioni non hanno valore modico (art. 783 c.c.). Dunque, le prestazioni di cura (che soddisfano un interesse *non patrimoniale* dello stesso *caregiver*) potrebbero trovare giustificazione causale in un contratto di donazione validamente stipulato – in forma di atto pubblico – ma non in una donazione *nulla* per difetto di forma (art. 782 c.c.), perché

<sup>85</sup> Cass. civ., Sez. Un., 29 aprile 2009, n. 9946, cit., a proposito dell'adempimento da parte del terzo, cui non è data la surrogazione legale nei diritti del creditore nei confronti del debitore prevista dall'art. 2036 co. 3 c.c.: «il *solvens* – stante l'ingiustificato vantaggio economico ricevuto dal debitore – può agire, nel concorso delle condizioni di legge, per l'ottenimento dell'indennizzo da arricchimento senza causa».

<sup>86</sup> Questa ricostruzione, proposta da A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 267 s.; ID., *Liberalità (atti di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Treccani, 1990, *ad vocem*, 1 s. è stata adottata dalla prevalente dottrina. Per riferimenti, v. *supra*, nota 53.

<sup>87</sup> Afferma la necessità di qualificare l'accordo come gratuito o liberale in base alla sussistenza o meno dell'*animus donandi* – cioè l'idoneità dell'atto a soddisfare un interesse (non) patrimoniale del disponente – «considerando tuttavia non soltanto l'intento espresso dalle parti nell'accordo, bensì gli interessi obiettivamente valutabili che emergono dall'intera vicenda», A. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 286-287.



conclusa in forma orale, o per fatti concludenti, la quale può essere confermata sì dagli eredi e dagli aventi causa del donante (art. 799 c.c.), ma non anche dal donante.

Il contratto gratuito atipico non reclama la forma solenne *ad substantiam*, ma necessita di un interesse *patrimoniale* del disponente, cioè dell'aspettativa di un ritorno economico (ad es., risultati in termini pubblicitari, promozionali e d'immagine commerciale). Pur non potendosi escludere un siffatto interesse del *caregiver*, va rilevato che – nella normalità dei casi – l'assistenza di una persona cara è prestata a scopi ideali, di evitarle il ricovero in casa di riposo, assicurarle un'assistenza migliore di quella che potrebbe trovare altrove, farle compagnia, passare insieme gli ultimi momenti della vita. Per contro, l'interesse economico del *caregiver* – la speranza di ricevere un lascito economico, o anche di conseguire l'indennità da ingiustificato arricchimento – sembra confinato alla sfera dei motivi individuali, senza assurgere ad interesse *condiviso* con l'*accipiens* (perlomeno, non si lo può presumere, secondo l'*id quod plerumque accidit*). Peraltro, se si desse rilevanza ad un simile interesse *patrimoniale*, ne conseguirebbe la qualificazione del contratto (non come donazione, bensì) come contratto gratuito atipico, valido, quindi idoneo a produrre l'obbligazione di fare in capo al *caregiver*, il quale perciò si impoverirebbe *per giusta causa*, in quanto eseguirebbe una prestazione dovuta. Si giungerebbe così, nel dare rilevanza all'interesse patrimoniale del *caregiver* “egoista”, a frustrare proprio quel suo stesso interesse. Pare preferibile – anche per non appesantire l'istruttoria processuale – non dare peso eccessivo all'indagine di tali stati psicologici.

Ancora, si è detto che il rapporto tra *caregiver* e persona accudita potrebbe qualificarsi come rapporto di lavoro subordinato domestico – per la natura delle prestazioni ivi previste – ma tale qualificazione sarebbe verosimilmente in contrasto con un altro “accordo” delle parti, con cui esse stabiliscono il loro “intento giuridico negativo”, di sottrarre il loro rapporto alla disciplina del diritto dei contratti. Infatti, l'assunzione di un'obbligazione di fare, anche a titolo gratuito, comporta il dovere giuridico del *caregiver* di eseguire le prestazioni di cura, ed è verosimile che il *caregiver* non intendesse assumere un tale obbligo, ma solo eseguire le prestazioni in questione, al di fuori di qualsiasi rapporto contrattuale. Pertanto, qualificare il rapporto *caregiver*-persona accudita in termini di contratto gratuito atipico né pare compatibile con la volontà delle parti (secondo l'*id quod plerumque accidit*), né pare poter condurre all'esito di assoggettare il rapporto alla disciplina contratto di lavoro subordinato (domestico).

Inoltre, la qualificazione in termini di rapporto di lavoro di fatto pare incompatibile non solo con l'intento giuridico negativo – l'accordo delle parti, anche tacito, volto ad escludere la rilevanza contrattuale del loro accordo – ma anche con la definizione legislativa del *caregiver* familiare, secondo cui l'attività di cura è svolta in modo *non professionale*<sup>88</sup>. In astratto, il requisito della *professionalità* potrebbe essere inteso come *continuità* o perlomeno *non occasionalità* dell'attività svolta, sulla scorta dell'art. 2082 c.c.<sup>89</sup>, ma esso sembra più correttamente inteso come un riferimento (in negativo) alle professioni infermieristiche e all'arte ausiliaria dell'operatore socio-sanitario<sup>90</sup>. Perciò, si ricava dal dato normativo che il lavoro del *caregiver* non

<sup>88</sup> Cfr. la già citata l. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1 co. 254-255, che istituisce il Fondo per il sostegno del ruolo di cura e di assistenza del *caregiver* familiare, «destinato alla copertura finanziaria di interventi legislativi finalizzati al riconoscimento del valore sociale ed economico dell'*attività di cura non professionale del caregiver familiare*» (corsivo agg.).

<sup>89</sup> Per tutti, A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2019, 24<sup>a</sup> ed., 967 definisce la professionalità delle attività come «la *non occasionalità* di esse (...), pur *non* essendo necessario che l'esercizio dell'attività di produzione o scambio di beni o servizi sia *continuativo* (...); così come *non* è necessario che detto esercizio sia *esclusivo* (...) od anche solo *prevalente*». Secondo questi criteri, l'attività del *caregiver* sarebbe senz'altro *professionale*; salvo che difetta, ai sensi dell'art. 2082, dello scopo di lucro.

<sup>90</sup> Sulla professione infermieristica, si v. il D.Lgs. C.P.S. 13 settembre 1946, n. 233 (recentemente modificato dal D.Lgs. 11 gennaio 2018, n. 3), sull'arte ausiliaria dell'operatore socio-sanitario, si v. l'Acc. Stato-Regioni 22 febbraio 2001, in G.U. 19 aprile 2001, n. 91.



rientra in quei rapporti (contrattuali) nei quali pure potrebbe astrattamente inquadrarsi.

Si è detto, poi, che l'attribuzione patrimoniale compiuta dal *caregiver* mediante il suo lavoro gratuito potrebbe ritenersi sorretta dalla causa liberale. L'ordinamento indica l'atto solenne della donazione (anche la donazione obbligatoria di prestazioni di fare) come mezzo per giustificare gli spostamenti patrimoniali (di valore non modico) compiuti per spirito di liberalità. La liberalità indiretta potrebbe risultare dalla rinuncia (anche implicita) al diritto all'indennità, che matura in capo al *caregiver* in conseguenza dell'esecuzione delle prestazioni non dovute, ai sensi dell'art. 2041 c.c.<sup>91</sup>. In alternativa alla rinuncia *ex post*, potrebbe esservi un accordo "configurativo" *ex ante*, che però si misura coi requisiti di forma delle donazioni di ingente valore.

La tendenza tradizionale a "forzare" la qualificazione delle prestazioni gratuite di fare nell'ambito della liberalità, tuttavia, appare in via di superamento<sup>92</sup>: sul versante legislativo, con l'esplicito superamento della presunzione di gratuità del lavoro nell'impresa familiare, attraverso l'introduzione degli artt. 230-*bis* e 230-*ter* c.c.<sup>93</sup>; sul versante dottrinale, con la ricostruzione dei rapporti di convivenza – anche le convivenze non *more uxorio* – in termini schiettamente contrattuali<sup>94</sup>; sul versante giurisprudenziale, con l'inquadramento delle attribuzioni patrimoniali tra familiari (specie tra conviventi *more uxorio*) in termini di adempimento di *obbligazioni naturali* (entro il limite della proporzionalità), anziché nella categoria della liberalità.

In particolare, la giurisprudenza decide spesso sulla pretesa restitutoria del convivente che costruisce sul suolo dell'altro (e, in genere, della sorte delle attribuzioni patrimoniali dopo la fine della convivenza). Le *rationes decidendi* non riguardano l'elemento *soggettivo* dello spirito di liberalità – non vi è alcun accertamento di eventuali rinunzie all'indennità – ma esclusivamente all'elemento *oggettivo* dell'*an* e del *quantum* del

<sup>91</sup> A. TORRENTE, *La donazione*, cit., 27, a proposito della semina su terreno altrui: «Escluso, dunque, che sul piano giuridico, causa dell'arricchimento sia il fatto materiale, la causa stessa deve ovviamente ravvisarsi nella rinuncia alla indennità prevista nel secondo comma dell'art. 936 cod. civ. L'acquisto della proprietà della piantagione, ecc. a favore del proprietario del suolo è un fatto giuridico che non si esaurisce in sé stesso: esso genera nel proprietario il diritto alla scelta tra l'eliminazione e la ritenzione. La ritenzione genera, a sua volta, il diritto del piantatore, seminatore, costruttore all'indennità ex art. 936 sec. comma, ed è rispetto a questo diritto che può esplicarsi il potere di disposizione del titolare, mediante il cui esercizio si realizza la attribuzione patrimoniale ... si individua nella rinuncia all'indennità la causa che produce l'arricchimento» (corsivo agg.). Questa ricostruzione può riferirsi *mutatis mutandis* anche al *caregiver*: le sue prestazioni di cura sono *indebite*, quindi producono in capo all'*accipiens* l'obbligo di restituzione del valore dell'arricchimento ex art. 2041 c.c.; tuttavia, il *caregiver* rinuncia al diritto all'indennità, e così realizza una liberalità indiretta a favore della persona accudita. In questo senso anche P. D'AMICO, *Il soccorso*, cit., 73.

<sup>92</sup> A proposito delle prestazioni di cura, la presunzione dell'intento liberale di chi assiste persone cui è legato da rapporti familiari o di riconoscenza è stata definita «un'artificiosa finzione, la quale è ormai superata dalla regola secondo cui è irripetibile la prestazione spontaneamente eseguita in adempimento di doveri morali o sociali (art. 2034 c.c.)» (P. SIRENA, *L'adempimento*, cit., 64).

<sup>93</sup> Saluta con favore l'abbandono della presunzione di gratuità delle prestazioni in ambito familiare A. ALBANESE, *Ingiustizia*, cit., 258, con riferimento all'introduzione dell'art. 230-*bis* c.c., sicché «una volta dimostrato che la collaborazione del convivente nell'impresa è idonea ad incrementare il patrimonio dell'altro, i rimedi restitutori saranno i più idonei a colmare il vuoto di tutela che per lungo tempo ha contraddistinto la materia. Basterà, come "ultimo atto", vedere se ricorrano gli estremi per ravvisare la sussistenza tra i due conviventi di una società di fatto; in caso contrario, poiché l'arricchimento non trova giustificazione né nello spirito di liberalità, né in un contratto né in una disposizione di legge, il convivente "debole" potrà avere ristoro con l'azione di arricchimento. *La vigenza di un divieto generale di arricchimento ingiustificati impone una rimediazione della posizione patrimoniale dei conviventi*, e consente di sanare gli antichi quanto anacronistici pregiudizi verso la famiglia di fatto incarnati dalla alternativa donazione remuneratoria-obbligazione naturale» (cors. agg.).

<sup>94</sup> G. FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *Contr.*, 2015, 7, 722 s.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Tracce di rilevanza giuridica delle convivenze solidali nel secolo europeo della vecchiaia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1, 160 s. Con riferimento alla configurabilità di rapporti contrattuali tra conviventi, va però fatta una distinzione: se è ipotizzabile un contratto di scambio tra ospitalità (del *caregiver*) e cura (della persona accudita, nella sua casa) – che giustifica l'attribuzione patrimoniale operata dal primo a favore del secondo – non può dirsi altrettanto nel caso in cui il *caregiver* non riceva dalla persona accudita alcun beneficio economicamente misurabile, tanto più quando è il *caregiver* a ospitare la persona in casa propria (in tal caso le prestazioni di cura non sono remunerate).



dovere morale-sociale di provvedere ai bisogni abitativi della famiglia, e della proporzionalità-adequatezza della prestazione eseguita in adempimento di esso<sup>95</sup>. Non si cerca la *giusta causa* dell'arricchimento sul terreno della liberalità (specie se “presunta”), bensì su quello dei doveri morali-sociali, con attenzione ai limiti entro cui l'esecuzione di una prestazione, eseguita in adempimento degli stessi, assume giuridica rilevanza come causa di giustificazione dello spostamento di ricchezza che ne deriva.

Resta dunque, in via residuale, la qualificazione l'attività materiale del *caregiver* come esecuzione di prestazioni di fare *non dovute* – beninteso nella misura in cui non fossero oggetto, del tutto o in parte, di un preesistente dovere giuridico (artt. 143, 315-*bis*, 433 s. c.c.) o morale-sociale (art. 2034 c.c.)<sup>96</sup> – con la conseguenza che l'*acceptio* della prestazione non dovuta è fonte di obbligazioni restitutorie in capo all'*accipiens*.

**10.** – Un'ulteriore difesa (infondata), rispetto alla configurabilità di un arricchimento ingiustificato della persona accudita a spese del *caregiver*, potrebbe riguardare la volontarietà delle prestazioni di cura eseguite da quest'ultimo. Infatti, parte della dottrina ritiene che l'impovertito che ha *volontariamente* eseguito una prestazione di fare in alcuni casi non abbia diritto alla restituzione, per equivalente, dell'arricchimento ingiustificato conseguito da chi abbia ricevuto la prestazione<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> L'*inaedificatio* fatta dal terzo con materiali propri gli dà diritto a un'indennità, da determinarsi, a scelta del proprietario, nel valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera, ovvero l'aumento di valore del fondo recato al fondo (art. 936 co. 2 c.c.). Sul postulato che il proprietario scelga di pagare l'importo minore tra il proprio arricchimento e l'altrui impoverimento, l'indennità si qualifica come un'ipotesi particolare della regola generale in materia di arricchimenti ingiustificati, che obbligano alla restituzione del minor valore tra arricchimento e diminuzione patrimoniale (art. 2041 c.c.). Ora, il terzo che ha costruito sul suolo altrui procura al proprietario del suolo l'acquisto a titolo originario della proprietà dell'edificio; matura il diritto a un'indennità; a tale diritto può rinunciare; se fatta per spirito di liberalità, la rinuncia si qualifica come una liberalità indiretta (diversa dalla donazione). Tuttavia, si esclude l'applicabilità dell'art. 936 c.c. in caso di rapporto tra conviventi *more uxorio*, ma si accorda all'*inaedificator* l'azione di arricchimento, qualora abbia eseguito opere eccedenti il bisogno abitativo del nucleo familiare – il cui soddisfacimento è oggetto di un dovere morale e sociale – quindi eccedenti i requisiti di proporzionalità e adeguatezza richiesti ai fini dell'irripetibilità *ex* art. 2034 c.c.: così Cass. civ., 13 marzo 2003, n. 3713 (cit. in G. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Tratt. dir. civ.* Cicu-Messineo-Mengoni, Giuffrè, 2004, 89). Il caso riguardava un muratore professionista che nel tempo libero aveva costruito, su un terreno di proprietà della convivente, con materiali propri, una casa destinata ad abitazione della famiglia di fatto, e un altro edificio adiacente, di tre piani. I giudici hanno escluso la proporzionalità tra la prestazione e i doveri morali e sociali scaturenti dalla convivenza, «anzi non poteva neppure parlarsi di adempimento di un dovere morale, dato che prestazione (...) non si era esaurita nel procurare alla famiglia di fatto un'abitazione dignitosa e confortevole, ma aveva avuto come effetto l'arricchimento esclusivo» della convivente divenuta proprietaria, per accessione, non solo della casa, ma anche di un altro fabbricato. Conf. Cass. civ., 3 gennaio 2008, n. 2312; Cass. civ., 15 maggio 2008, n. 11330; Cass. civ., 15 maggio 2009, n. 11330; Cass. civ., 22 settembre 2015, n. 18632; Cass. civ., 7 giugno 2018, n. 14732: «È, pertanto, possibile configurare l'ingiustizia dell'arricchimento da parte di un convivente “*more uxorio*” nei confronti dell'altro in presenza di prestazioni a vantaggio del primo esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza – il cui contenuto va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto – e *travalicanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza*». In materia di prestazioni di fare, Cass. civ., 16 febbraio 2022, n. 5086, cit.: «Gli apporti patrimoniali elargiti da un convivente, strumentali all'edificazione della casa di comune abitazione ma di proprietà esclusiva di uno solo di essi, possono inquadrarsi nello schema dell'obbligazione naturale se hanno come effetto l'arricchimento dell'altro partner e sussiste un rapporto di proporzionalità tra le somme sborsate e i doveri morali e sociali assunti reciprocamente dai conviventi; diversamente chi ha effettuato tali esborsi ha diritto ad essere indennizzato per le *somme ed energie lavorative impiegate volontariamente*, per quella determinata finalità, in applicazione e nei limiti del principio dell'arricchimento senza causa» (cors. agg.).

<sup>96</sup> All'estensione delle obbligazioni legali o naturali di prendersi cura di una persona cara bisognosa, sono dedicati i successivi §§ 2-3-4 della parte seconda del presente studio.

<sup>97</sup> P. TRIMARCHI, *L'arricchimento*, cit., 50: «L'azione mira dunque non al risarcimento di un danno, bensì (là dove non sia possibile la restituzione in natura) alla realizzazione di un giusto scambio: e in questo senso potrebbe forse trovare una giustificazione la



In contrario, si è autorevolmente osservato che questa soluzione non trova alcun riscontro nel diritto positivo<sup>98</sup>, dal quale non si può ricavare alcun principio generale di irripetibilità della prestazione di fare, come forma di tutela contro gli arricchimenti “imposti”<sup>99</sup>. A ciò si può aggiungere che, nel diritto privato, la volontà non è sovrana, ma rileva nei soli casi e modi previsti dalla legge<sup>100</sup>. Segnatamente, il diritto positivo conosce il principio della causalità delle attribuzioni patrimoniali – con l’obbligo, in via generale, di restituire quanto percepito *senza giusta causa* (artt. 2033 s. e 2041 c.c.) – sicché la nuda volontà del *solvens* non sarà mai sufficiente, di per sé, a produrre quel particolare effetto giuridico, che consiste nel *giustificare* l’esecuzione di una prestazione altrimenti non dovuta, cioè di *precludere*, in capo a chi l’ha eseguita, la nascita di un diritto di credito alla sua restituzione (in natura, *ex* artt. 2037 e 2041 co. 2 c.c., o per equivalente, *ex* art. 2038 e 2041 co. 1 c.c.)<sup>101</sup>.

Infatti, la volontà del *solvens* assume giuridica rilevanza e produce effetti giuridici – tra cui *giustificare* un trasferimento patrimoniale, *i.e.* impedire la nascita di obbligazioni restitutorie – nei soli casi previsti dalla legge, e cioè da disposizioni puntuali ovvero dai principi ricavabili dal diritto positivo vigente, di rango primario e costituzionale (incluse, per tramite del richiamo contenuto nell’art. 117 co. 1 Cost., le discipline sovranazionali e internazionali che trovano applicazione nell’ordinamento giuridico italiano).

In altri termini, la regola positivamente stabilita non è quella che sancisce l’*intangibilità della sfera giuridica* (dell’arricchito) – alla quale, comunque, sono riconducibili molteplici specifiche regole di diritto positivo (artt. 1236, 1333, 2031 co. 2 c.c.) – bensì il *sum cuique tribuere*, attraverso l’imposizione dell’ob-

---

formula, per altro verso erronea e legislativamente abbandonata, del quasi-contratto. Ma *l’esperibilità dell’azione è talvolta esclusa ... per tutela l’arricchito contro la “imposizione” di quello scambio*. E, in ogni caso, la sua responsabilità non può superare il limite del suo arricchimento» (corsivo agg.). Peraltro, lo stesso A. osserva che, in ipotesi di prestazioni eseguite senza causa, la ripetizione dovrebbe essere sempre ammessa, in quanto – se venisse esclusa – «ciò implicherebbe per il donante la possibilità di sanare i vizi di forma della donazione attraverso l’esecuzione di essa. In altre parole, implicherebbe sempre la validità della donazione manuale, in contrasto con l’art. 783 cod. civ. che la limita invece ai casi in cui la donazione sia di modico valore» (ID., *op. cit.*, 12). Va detto che questo A. scriveva in un’epoca in cui era prevalente l’opinione che *escludeva* la configurabilità di una donazione costitutiva di obbligazione di fare (v. *supra*, nota 16). In senso conforme, P. GALLO, *Arricchimento*, cit. 83; ID., *I rimedi restitutori in diritto comparato*, nel *Tratt. dir. comp. dir. da R. Sacco*, Utet, 1997, 139, 145-146. In senso critico, rispetto alla funzione dell’azione restitutoria di “realizzare un giusto scambio”, D. MAFFEIS, *Contratti*, cit., 144.

<sup>98</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile 5*, cit., 788-789, testo e nota 19: «si è sostenuto che l’arricchimento consistente nel miglioramento qualitativo del patrimonio richiederebbe l’accettazione dell’arricchito o la buona fede dell’impoverito. Andrebbe infatti tutelato, si dice, il diritto di non subire l’imposizione di arricchimenti da indennizzare. Tale opinione non ha tuttavia riscontro nella norma sull’azione generale di arricchimento e ne limiterebbe arbitrariamente la portata. Il Trimarchi trae argomento dalla norma che nega al conduttore il diritto di rimborso per i miglioramenti non autorizzati (1591 c.c.). Ma questa norma sanziona il particolare divieto del conduttore di modificare la cosa. Una generale tutela contro l’“imposizione” dell’arricchimento non può essere desunta neppure dalle norme sulla facoltà del proprietario di far rimuovere le opere abusive (artt. 936 e 939 c.c.), trattandosi di norme che attengono allo statuto della proprietà e che regolano fattispecie particolari» (corsivo agg.).

<sup>99</sup> Ampiamente, F. ASTONE, *L’arricchimento*, cit., 1999, 155, che individua un principio generale di segno opposto: «in presenza di un arricchimento dovuto alla volontaria esecuzione di una prestazione da parte di un soggetto in favore di un altro, lo stesso dovrà ritenersi, in linea di principio, ingiustificato, con conseguente esperibilità dell’azione di arricchimento».

<sup>100</sup> Non è possibile in questa sede dare conto, nemmeno in sintesi, dell’antica disputa sul rilievo della volontà nel negozio giuridico. Basti richiamare, ai fini del presente studio, R. SACCO, *Il contratto*, cit., 223-224, che esclude l’esistenza di un «principio secondo cui nessuno può essere arricchito né impoverito senza il suo consenso» (cors. agg.).

<sup>101</sup> La giurisprudenza più risalente escludeva l’azione *ex* art. 2041 c.c. nei casi di arricchimento volutamente procurato dall’impoverito, cioè derivante da una sua prestazione *volontaria*: così Cass. civ., 5 maggio 1956, n. 1427, in *Giust. civ.*, 1956, I, 1247; Cass. civ., 6 novembre 1961, n. 2570, in *Mass. Foro it.*, c. 679; Cass. civ., 9 agosto 1967, n. 2118, in *Rep. Foro it.*, voce *Arricchimento senza causa*, c. 146, n. 1. Più di recente, Cass. civ., 21 novembre 1996, n. 10251: «l’arricchimento senza causa non sussiste quando ... sia giustificato dal consenso della parte che assume di essere stata danneggiata, in quanto la prestazione volontaria esclude l’arricchimento, quali che siano per ciascuno degli interessati le conseguenze patrimoniali, vantaggiose o svantaggiose, della libera e concordata determinazione della loro volontà». Sulla scorta di quest’orientamento, P. D’AMICO, *Il soccorso*, cit., 43.



bligazione *ex lege* (art. 2041 c.c.) in capo a chi si arricchisce senza giusta causa a danno di altri, di restituire all'impoverito il valore dell'arricchimento, nei limiti del pregiudizio subito, vuoi in natura vuoi per equivalente pecuniario<sup>102</sup>. Da ciò si ricava che – per le prestazioni non dovute eseguite *volontariamente* al di fuori delle ipotesi che l'ordinamento qualifica come *giusta causa* dell'arricchimento – la volontà dell'impoverito di eseguire la prestazione *non* gli preclude la tutela restitutoria. Ciò salvo che possa desumersi dal suo comportamento una rinuncia al diritto all'indennizzo *ex art.* 2041 c.c.

Quanto alla *giusta causa* dell'arricchimento, la legge attribuisce rilievo alla volontà dell'impoverito *se e nella misura in cui* tale volontà: (i) concorra alla stipulazione di un contratto efficace con l'arricchito; (ii) sia qualificabile come un atto di liberalità diverso dalla donazione; (iii) assuma rilievo in quanto tale, in conformità di una norma di legge (art. 2034 c.c., rapporti di cortesia, prestazioni eseguite per causa di solidarietà nell'ambito di un'associazione di volontariato, o individualmente nei casi previsti).

Si è tentato di dimostrare come le prestazioni volontariamente eseguite dal *caregiver* non possano farsi rientrare in alcuna delle ipotesi anzidette. Né sembra potersi invocare, in questo senso, l'esigenza di tutelare l'arricchito contro un arricchimento “imposto”<sup>103</sup>. Infatti, è pacifico – anche per la dottrina che ha elevato a principio giuridico questa esigenza di carattere economico – che la prestazione debba comunque essere restituita, allorché sia stata eseguita in buona fede, ovvero l'arricchito vi abbia consentito, o l'abbia positivamente ricevuta, o ne abbia tollerato l'esecuzione<sup>104</sup>.

Il presente studio riguarda proprio i casi in cui l'interessato abbia *accettato* la prestazione – così finendo per concludere, peraltro, un contratto di donazione obbligatoria col *caregiver* (v. *supra*) – sicché ben può dirsi che abbia consentito a ricevere la prestazione, o comunque l'abbia ricevuta, o ne abbia tollerato l'esecuzione, etc. Per converso, qualora l'interessato abbia espressamente *rifiutato* le prestazioni di cura offerte dal(l'aspirante) *caregiver*, a quest'ultimo sarà negata ogni tutela restitutoria – del resto, nessuna prestazione di cura verrà concretamente eseguita, se l'interessato si oppone – in applicazione analogica dell'art. 2031 co. 2 c.c.<sup>105</sup>.

Resta perciò da esaminare se l'arricchimento della persona accudita possa considerarsi *giustificato* in base ad elementi diversi dalla nuda volontà del *caregiver* di eseguire le prestazioni di cura, vale a dire – in assenza di un contratto o di un atto di liberalità *validi* – se vi sia una “precisa disposizione di legge” che, nel caso concreto, consenta di tenere fermo in capo alla persona accudita lo spostamento di ricchezza verificatosi a favore di quest'ultima (in termini di risparmio di spese) a spese del *caregiver* (in termini di energie, tempo, fatica, finanche con la rinuncia alla propria vita personale e professionale). Come si vedrà nel prosieguo dell'indagine, la soluzione da dare alla questione in via generale è, con alcuni limiti, negativa.

---

<sup>102</sup> Diversamente A. CECCHETTO, *Ingerenze nella sfera giuridica altrui: nihil de me sine me?*, Università Ca' Foscari di Venezia (tesi), 2018, 232: «la regola *nihil de me sine me* può e deve considerarsi a tutti gli effetti un principio generale dell'ordinamento anche ai sensi dell'articolo 12 delle Preleggi».

<sup>103</sup> La tesi risale a P. TRIMARCHI, *L'arricchimento*, cit., 12 s., seguito da P. GALLO, *I rimedi*, cit., 129 s. Per una discussione ampia e ragionata, si v. F. ASTONE, *L'arricchimento*, cit., 175 s.

<sup>104</sup> P. TRIMARCHI, *L'arricchimento*, cit., 15, ritiene che – nei casi di arricchimento imposto – l'azione di arricchimento sia ammessa «solo ove la prestazione sia stata eseguita in buona fede, ovvero l'arricchito vi abbia consentito o l'abbia positivamente ricevuta, o ne abbia tollerato l'esecuzione diretta nell'ambito del proprio dominio patrimoniale».

<sup>105</sup> Con la precisazione che dovrà considerarsi efficace – in quanto non contrastante con norme imperative, ordine pubblico, buon costume (art. 2031 co. 2 c.c.) – anche il rifiuto di assistenza opposto da parte di chi non è capace di provvedere ai propri interessi, salva l'eventuale nomina di un amministratore di sostegno. Ciò può agevolmente ricavarsi, *a maiore ad minus*, dal riconoscimento del diritto di rifiutare qualsiasi trattamento sanitario, ivi incluse idratazione e nutrizione (art. 1 co. 5, l. 22 dicembre 2017, n. 219).



GIULIO BIANCARDI

Dottorando – Università Ca' Foscari Venezia

## PRESTAZIONI DI CURA E RESTITUZIONI (PARTE SECONDA)

SOMMARIO: 1. La “precisa disposizione di legge” come giusta causa dell’arricchimento della persona accudita. – 2. Il diritto agli alimenti. – 3. L’irripetibilità delle prestazioni alimentari. – 4. L’adempimento di doveri morali o sociali e il *dépassement de l’obligation naturelle*. – 5. Prestazioni eseguite per causa di solidarietà. – 6. Il caregiver gestore d’affari. – 7. Il caregiver terzo adempiente. – 8. L’autonomia privata della persona accudita – 9. Il riconoscimento di debito post mortem. – 10. Il c.d. legato di debito. – 11. Conclusioni.

1. – Con riferimento alle prestazioni di cura eseguite dal *caregiver* nei confronti della persona accudita, affermare che l’arricchimento di quest’ultima sia giustificato – in mancanza di un valido contratto tra le parti, o di un atto di liberalità del *caregiver* – perché legittimato “da una precisa disposizione di legge” può significare diverse cose: (i) che la prestazione è eseguita in adempimento di un’obbligazione legale, oppure (ii) di un dovere morale o sociale, ovvero, che (iii) chi esegue la prestazione offende il buon costume, con conseguente diniego della tutela restitutoria in funzione sanzionatoria<sup>1</sup>. Ad escludere quest’ultima qualificazione è sufficiente rilevare che l’esecuzione di prestazioni di cura si pone, piuttosto, ai confini con l’adempimento di doveri morali o sociali<sup>2</sup>.

Quanto invece agli obblighi legali, occorre verificare se le prestazioni di cura siano dovute *ex lege* dal *caregiver* medesimo, ovvero da un terzo<sup>3</sup>. Chi adempie un’obbligazione alimentare *propria* non ha tutela restitutoria, perché la prestazione eseguita è dovuta, e il conseguente arricchimento è giustificato dalla *causa solvendi*. A chi adempie un’obbligazione alimentare *altrui*, invece, potrebbe essere data una pretesa restitutoria

<sup>1</sup> Non vengono in rilievo, per ovvie ragioni, quelle disposizioni che disciplinano puntualmente la restituzione di frutti, spese, addizionali e miglioramenti in relazione ai beni immobili, così giustificando l’eventuale arricchimento del proprietario, che non è tenuto ad indennizzare l’enfiteuta, l’usufruttuario, il condomino, il conduttore, per le spese, i miglioramenti, le addizioni fatte al bene oggetto del suo diritto.

<sup>2</sup> Le fattispecie di cui agli artt. 2034 e 2035 c.c. comportano gli stessi effetti (esclusione della tutela restitutoria), ma hanno elementi costitutivi e finalità diametralmente opposte (D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civ. CNN dir.* da P. Perlingieri, ESI, 2004, 240 s.). Il problema sarà oggetto di discussione *amplius infra*, § 4.

<sup>3</sup> In quest’ultimo caso il *caregiver* adempie un obbligo altrui (art. 1180 c.c.), con conseguente diritto di regresso nei confronti dell’obbligato, mediante l’azione *negotiorum gestorum contraria* (art. 2031 c.c.) – sussistendo i presupposti della gestione d’affari – ovvero mediante l’azione generale di arricchimento ingiustificato (art. 2041 c.c.). È esclusa ogni pretesa restitutoria nei confronti dell’interessato, che ha ricevuto la prestazione di assistenza cui aveva diritto. In argomento, P. SIRENA, *L’adempimento dell’altrui obbligazione di assistenza materiale*, in *Familia*, 2002, 43 s., e *amplius infra*, § 7.



– in astratto – contro l’alimentato, se ha eseguito la prestazione credendosi debitore per errore *scusabile* (art. 2036 co. 1 c.c.), ovvero contro il “vero obbligato”, se ha eseguito la prestazione credendosi debitore per errore *inescusabile*, in tal caso surrogandosi ai diritti dell’alimentato nei confronti del suo debitore (art. 2036 co. 3 c.c.).

A ben vedere, la surrogazione pare ammissibile anche se il *caregiver* ha eseguito prestazioni dovute da altri, credendosi debitore per errore *scusabile*; ciò ogni volta che – in concreto – risulti che “la ripetizione non è ammessa” contro l’*accipiens* (art. 2036 co. 3), in quanto la prestazione del *caregiver* è stata eseguita (e ricevuta, e utilizzata) con finalità alimentare. Infine, l’azione di arricchimento spetta – nei confronti del “vero obbligato” – al *caregiver* terzo adempiente, che abbia eseguito prestazioni di cura con la piena consapevolezza di non esservi tenuto, non applicandosi in tal caso la disciplina dell’indebito soggettivo di cui all’art. 2036 c.c.<sup>4</sup>.

2. – Con riferimento a “disposizioni precise di legge” che giustificano l’arricchimento derivante dall’esecuzione di prestazioni di cura, vanno considerate le obbligazioni legali di mantenere, assistere, o alimentare: (i) obblighi reciproci di assistenza materiale e contribuzione tra coniugi (art. 143 c.c.); (ii) obblighi dei genitori di mantenere, educare, istruire e assistere moralmente i figli (art. 315-*bis* c.c.); (iii) obbligo di prestare gli alimenti al bisognoso incapace di provvedervi, in capo ai soggetti indicati dall’art. 433 c.c., ivi compresi il coniuge separato (art. 156 co. 3 c.c.), l’ex convivente (art. 1 co. 65 l. 76/2016), e l’ex coniuge o parte di unione civile (art. 5 l. 898/1970, art. 25 l. 76/2016), salvo che in quest’ultimo caso l’assegno può assumere non solo una funzione *assistenziale* (cioè alimentare), ma anche una funzione *perequativo-compensativa*.

Al riguardo, va sottolineata la posizione peculiare del figlio maggiorenne, ch’è tenuto soltanto a rispettare i genitori e contribuire al mantenimento della famiglia *finché convive con essa*<sup>5</sup>. Quanto al dovere di *rispetto*, se n’è proposta un’interpretazione estensiva, tale da ricomprendervi anche un *dovere di cura e assistenza della persona* del genitore anziano che versi in una situazione di debolezza<sup>6</sup>. Tuttavia, tale ricostruzione non è stata proposta allo scopo di giustificare sul piano causale le prestazioni eseguite dai figli nei confronti dei genitori, bensì al diverso scopo di riconoscere al genitore il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, sofferto in conseguenza della violazione del predetto dovere, da parte dei figli. Ciò trova conferma nel riconoscimento – da parte dei fautori di questa tesi – della configurabilità di un arricchimento ingiustificato del

<sup>4</sup> V. *amplius infra*, § 7.

<sup>5</sup> In mancanza di convivenza, nessun obbligo di contribuzione è imposto al figlio: la soluzione è criticata dalla dottrina, in quanto deresponsabilizza i figli. In questo senso, A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, 2008, 4<sup>a</sup> ed., 178 parla di una «deresponsabilizzazione del figlio nei confronti dei genitori anziani e un sempre più massiccio ricorso per essi alla solidarietà sociale, attraverso l’assistenza, più che alla solidarietà familiare e intergenerazionale»; P. MOROZZO DALLA ROCCA, *Doveri di solidarietà familiare e prestazioni di pubblica assistenza*, in *Fam. dir.*, 2013, 7, 732-733, ritiene il dovere di solidarietà filiale verso i genitori anziani «poco performante [e] sicuramente datato nella sua impostazione culturale». Secondo l’A., l’art. 315-*bis* co. 4 c.c. disposizione «ha certamente il pregio di avere incluso nell’obbligo di contribuzione gravante sul figlio convivente anche quello di attivarsi secondo le sue capacità (ciò che sembra implicare anche un’eventuale attività lavorativa)»; per contro, il figlio può sottrarsi all’obbligo di contribuzione, ponendo fine alla convivenza con la famiglia di origine, una volta che disponga del reddito sufficiente a rendersi autonomo: «[i]n sostanza, quindi, la legge obbliga il figlio ad una soglia alta di solidarietà solo finché dipende dai genitori ed invece lo libera quando diviene autonomo, cioè quando finalmente disporrebbe di un reddito adeguato all’aiuto di cui c’è bisogno».

<sup>6</sup> A. BELLELLI, *I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, 2, 645 s.; EAD., *I doveri del figlio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 3, 550 s.



genitore, il quale riceva prestazioni di cura che eccedono il *giusto confine* dell'adempimento dei *normali doveri* di solidarietà familiare<sup>7</sup>.

Dunque, i figli sono obbligati giuridicamente a prendersi cura del genitore solo *se e nella misura in cui* sussistono i presupposti dell'obbligo alimentare<sup>8</sup>, e possono essere obbligati "naturalmente" anche al di là dell'obbligo anzidetto, ma solo *entro i limiti* della proporzionalità e adeguatezza, impliciti nell'art. 2034 c.c.<sup>9</sup>. Pertanto – fatti salvi gli obblighi di assistenza posti in capo ai genitori e al coniuge – la disciplina di applicazione generale è quella degli alimenti e, al di là di limiti di questa, delle obbligazioni naturali.

In particolare, l'art. 438 c.c. prevede la nascita dell'obbligazione alimentare in presenza (i) dello stato di bisogno del richiedente, (ii) dell'impossibilità da parte sua di farvi fronte e (iii) della possibilità economica del soggetto cui si chiede di manifestare la propria solidarietà, nonché (iv) l'esistenza di un particolare legame con quest'ultimo. Al ricorrere di tutti questi presupposti, si passa dalla solidarietà *generica*, enunciata dall'art. 2 Cost., ad una più specifica solidarietà *familiare*<sup>10</sup>. Si ammette che lo stato di bisogno e l'incapacità del soggetto di provvedervi possano declinarsi con riferimento alla condizione di dipendenza di chi concretamente riceve le cure di un *caregivers*, sicché le prestazioni eseguite da questi ben potranno qualificarsi – in astratto – come *alimentari*.

In particolare, lo stato di bisogno è connesso alla mancanza delle risorse necessarie a soddisfare i bisogni fondamentali: vi versa non solo l'indigente – che manca di qualsiasi risorsa – ma anche chi sia incapace di provvedere *in toto* al proprio sostentamento e di condurre una vita dignitosa. Si tratta di un concetto relativo, variando i bisogni quantitativamente e qualitativamente da persona a persona: si ritiene necessaria, perciò, una valutazione personalizzata e attenta alle circostanze del caso<sup>11</sup>. È pacifico, comunque, che i bisogni essenziali includono le necessità più urgenti e immediate come cibo, alloggio, vestiario, nonché – anche se non sono proprie di ogni essere umano – le cure mediche e farmaceutiche e l'*assistenza*, intesa come prestazione personale di supporto globale al soggetto in stato di bisogno, in termini di *presenza*, di *compagnia*, di *conforto*, di *affetto*<sup>12</sup>. Si ravvisa uno stato di bisogno rispetto a chi non riesce a soddisfare tale componente materiale, denominata *alimenta naturalia*; ma anche si ritengono dovuti, di là da tali bisogni essenziali per la vita della persona, gli *alimenta civilia*<sup>13</sup>. Nell'ambito di una valutazione "personalizzata" dello stato di bisogno,

<sup>7</sup> R. SENIGAGLIA, *Il dovere di rispettare i genitori nella coercibilità dell'ordinamento giuridico*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, 6, 855: «[o]ltre questo limite, può porsi il problema di remunerare i sacrifici, economicamente apprezzabili, a cui si è sottoposto il figlio, ravvisando, per converso, in capo al genitore assistito un arricchimento ingiustificato»

<sup>8</sup> Un esempio, di non trascurabile rilevanza applicativa, potrebbe essere quello del genitore che necessita di essere ricoverato presso una casa di riposo o una RSA, per pagare la retta della quale potrebbe non essere sufficienti né il reddito del genitore (ad es. a titolo di pensione) e il suo patrimonio (ad es. eventuali immobili), né l'ulteriore contributo pubblico versato dalle Regioni all'istituto. In un caso del genere, non si vede ragione per cui i figli non possano essere condannati a pagare al genitore, a titolo di alimenti (ovvero direttamente alla casa di riposo/RSA) una somma pari al *quantum* della retta, che il genitore non è in grado di pagare, nemmeno attraverso il sostegno pubblico.

<sup>9</sup> Sui limiti dei doveri morali e sociali di prendersi cura dei genitori, v. *amplius infra*, § 4.

<sup>10</sup> Così F. RUSCELLO, in Id. *et al.*, *Degli alimenti. Art. 433-448-bis*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca-Galgano, Zanichelli, 2022, 13.

<sup>11</sup> G.A. PARINI, in F. RUSCELLO *et al.*, *Degli alimenti*, cit., 189

<sup>12</sup> Così Cass. civ., 11 novembre 1994, in *Giur. it. Mass.*, 1994; App. Milano, 1° marzo 2002, in *Giur. mil.*, 2002, 243; App. Lecce, 2 novembre 2015; in dottr. G.A. PARINI, *Degli alimenti*, cit., 190.

<sup>13</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.I. La famiglia*, Giuffrè, 2017, 6ª ed., 533 ritiene che il contenuto dell'obbligazione alimentare comprenda anche i beni e servizi idonei a garantire una vita dignitosa; G.A. PARINI, *Degli alimenti*, cit., 190, nota 16, ritiene possibile comprendere negli alimenti il servizio domestico, solo in situazioni eccezionali, ad es. l'anziano che non sia in grado di mantenere l'abitazione in una condizioni igienica dignitosa. La giurisprudenza ammette anche gli *alimenta civilia* (da ultimo, Cass. civ., Sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914, § 8.2).



comunque, è ben possibile che – al di là dalle esigenze comuni a chiunque – una persona anziana e malata ne abbia di maggiori rispetto a una giovane e in salute<sup>14</sup>. Presupposto del diritto agli alimenti in capo alla persona anziana, malata, affetta da disabilità saranno dunque le sue concrete esigenze di vita, da una parte, e, dall'altra parte, l'insufficienza delle sue risorse economiche e delle sue capacità a provvedere ai propri interessi. Il diritto agli alimenti potrebbe anche prescindere da una condizione di totale indigenza, laddove comunque la persona non sia in grado di provvedere ai propri bisogni fondamentali<sup>15</sup>.

Altra questione di rilievo – e oggetto di dibattito – riguarda lo stato di bisogno chi, pur privo di disponibilità economiche, riceva assistenza non sporadica da chi non vi è giuridicamente obbligato, com'è il *caregiver*. Si tende a distinguere. In generale, è preferibile la soluzione positiva se si considera che tale sostegno non è dovuto per legge, e potrebbe cessare da un momento all'altro, esponendo l'alimentando a considerevoli difficoltà: questi perciò potrà prendere gli alimenti dagli obbligati, anche per evitare di continuare a gravare nel tempo sul soggetto che lo supporta senza esservi obbligato. A diversa soluzione si giunge se l'alimentando convive con un *partner* che provvede al suo mantenimento, essendo la convivenza di fatto una formazione sociale, in cui si dovrà beneficiare in primo luogo della solidarietà della persona con cui si è creata una famiglia, coi conseguenti obblighi familiari di assistenza reciproca e contribuzione<sup>16</sup>.

Altro presupposto del diritto dell'alimentando è il legame con l'obbligato, e l'idoneità delle *attuali* condizioni economiche di questi a sopportare l'obbligo alimentare<sup>17</sup>. L'oggetto dell'obbligo del debitore, infatti, è determinato con riferimento al bisogno dell'avente diritto e alle condizioni economiche dell'obbligato. Si opera una valutazione comparativa tra i due parametri, con il limite di quanto è necessario all'alimentando per condurre una vita dignitosa e libera dagli stenti<sup>18</sup>.

Quanto ai modi di somministrazione degli alimenti, l'art. 443 c.c. prevede la scelta del debitore se corrispondere un assegno, oppure accogliere e mantenere nella propria casa l'avente diritto. L'opinione prevalente qualifica l'obbligazione come alternativa, ma occorre considerare che il giudice può, secondo le circostanze, determinare il modo di somministrazione (art. 443 co. 2 c.c.), potendosi così discostare dalla scelta del debitore. In questo senso, la scelta dell'obbligato non dà luogo alla concentrazione, ovvero alla riduzione delle prestazioni a una sola, in quanto le modalità di somministrazione non sono rimesse alla mera volontà

<sup>14</sup> Il rilievo è di G.A. PARINI, *Degli alimenti*, cit., 196.

<sup>15</sup> Così G.A. PARINI, *Degli alimenti*, cit., 198, che ritiene necessaria «un'indagine particolarmente approfondita e tesa a cogliere la reale situazione dell'individuo, rifuggendo ogni apprezzamento astratto e aprioristico». L'A. però riconosce lo stato di bisogno «di un uomo anziano e malato, che necessita di assistenza costante, il quale – magari pur beneficiando di entrate non contenute – potrebbe non riuscire ad affrontare le spese mediche, farmaceutiche, connesse al vitto, all'alloggio oppure all'assistenza» (EAD., *op. cit.*, 200).

<sup>16</sup> Così G.A. PARINI, *Degli alimenti*, cit., 200-201, la quale precisa che queste considerazioni si limitano alla fase fisiologica del rapporto: «La sussistenza di un legame affettivo stabile osterà al riconoscimento degli alimenti laddove l'indigente riceva dal partner il sostegno e fintanto che la relazione perduri: una volta cessata la convivenza di fatto e purché la stessa sia rispettosa dei crismi di cui all'art. 1 co. 36 l. 76/2016, proprio l'ex partner rientrerà, invece, nel novero dei soggetti chiamati a somministrare gli alimenti. In questa direzione, il disposto di cui all'art. 1 co. 65 attribuisce formalmente rilievo a una solidarietà che sempre più spesso veniva reclamata dalla dottrina anche con riferimento alle relazioni di coppia non fondata sul matrimonio».

<sup>17</sup> G.A. PARINI, *Degli alimenti*, cit., 210 s.

<sup>18</sup> G.A. PARINI, *Degli alimenti*, cit., 217-218, con la precisazione che «occorrerà tenere in considerazione le condizioni sociali o, più propriamente, le abitudini dell'indigente, salvaguardando così la personalità dello stesso», quindi – salvo che gli alimenti siano chiesti a fratelli/sorelle – anche gli alimenti c.d. civili. Anche tra fratelli, comunque, «sarà riconosciuto unicamente quanto occorre a soddisfare la componente materiale dei bisogni e in una misura minima, senza che rilevi la proporzionalità con le condizioni economiche dell'obbligato e senza tenere conto della personalità dell'individuo: verrà, dunque, corrisposto unicamente quanto occorre per fare fronte al vitto, all'alloggio, alle spese mediche e farmaceutiche, al vestiario essenziale e all'assistenza; ma non quanto serve a colmare i bisogni culturali, intellettuali, morali e spirituali, salvo che si tratti di un minore, ipotesi nella quale sarà dovuto anche l'occorrente per l'istruzione e l'educazione» (corsivo agg.).



del soggetto passivo del rapporto, ma sono sottoposte alla valutazione di opportunità del giudice<sup>19</sup>. Inoltre, il debitore può scegliere di colmare i bisogni dell'indigente con una delle modalità di cui all'art. 443 co. 1 c.c., ma il giudice può individuare anche modi *differenti*<sup>20</sup>. Anche in presenza di un'intesa tra debitore e creditore sarebbe possibile discostarsi dalle modalità indicate, individuando soluzioni non espressamente previste, o combinando diversi modi di somministrazione<sup>21</sup>.

Comunque, la somministrazione in natura ha dei limiti; si è già detto che il giudice può determinare la modalità di somministrazione secondo prudente apprezzamento, in mancanza di scelta del debitore, o discostarsene, anche individuando soluzioni atipiche<sup>22</sup>: in particolare, per soggetti non autosufficienti, incapaci di prendersi cura delle proprie necessità e interessi – ma non ancora sottoposti a misure di protezione – il giudice potrebbe disporre il pagamento diretto della retta della casa di riposo, del canone di locazione, delle utenze, del compenso per l'assistenza prestata<sup>23</sup>.

Dalla disciplina degli alimenti, dunque, risulta che le prestazioni di cura ben possono qualificarsi come adempimento in natura di preesistenti obblighi alimentari, beninteso a condizione che tali obblighi sussistano, gravando – in presenza dei predetti presupposti oggettivi – sui soli soggetti indicati dall'art. 433 c.c. Dunque: (i) se taluno è obbligato agli alimenti, e si prende cura dell'avente diritto, le prestazioni di cura eseguite sono *dovute* a titolo di alimenti, sicché l'arricchimento dell'*accipiens* è giustificato; (ii) se taluno è obbligato agli alimenti, ma resta inerte, ed è un terzo a prendersi cura dell'avente diritto, allora tali prestazioni sono comunque dovute all'*accipiens*, senonché il *solvens* avrà una pretesa restitutoria nei confronti dell'obbligato, per il valore delle prestazioni effettuate, in base della disciplina della gestione d'affari, o della surrogazione legale *ex art. 2036 co. 3 c.c.*, o, in via residuale, dell'arricchimento ingiustificato<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> G.A. PARINI, *Degli alimenti*, cit., 308-311.

<sup>20</sup> G.A. PARINI, *Degli alimenti*, cit., 312-313.

<sup>21</sup> Ad es., l'assegno periodico potrebbe combinarsi con l'accoglimento nella abitazione di uno dei debitori e la disponibilità temporale di un altro per assistere e accompagnare il soggetto bisognoso, così evitando il ricorso a una persona terza verso corrispettivo.

<sup>22</sup> G.A. PARINI, *Degli alimenti*, cit., 319-320, 324: «la scelta di esplicitare esclusivamente due modalità di somministrazione nel 1° comma dell'art. 443 cod. civ. pare giustificata nel senso di limitare la facoltà riconosciuta al debitore – al fine di evitare che questi opti per soluzioni sgradite al creditore – e non certo il potere di intervento dell'autorità giudiziaria, che, anzi ... potrebbe valutare con ponderatezza la questione e identificare il modo, che meglio degli altri, realizza un ottimale bilanciamento di interessi».

<sup>23</sup> G.A. PARINI, *Degli alimenti*, cit., 325.

<sup>24</sup> La giurisprudenza vi ravvisa la *negotiorum gestio*, incontrando obiezioni in dottrina (v. *infra*, § 6). Cass. civ., 9 agosto 1988, n. 4883, in *Mass. Giur. it.*, 1988: «Qualora i bisogni dell'avente diritto agli alimenti vengano per intero soddisfatti da uno soltanto dei condebitori *ex lege*, questi può esercitare il regresso *pro quota* verso il coobbligato senza necessità di una preventiva diffida ad adempiere, tenuto conto che le disposizioni dell'art. 445 c.c., in tema di decorrenza degli alimenti solo dalla domanda giudiziale (o dalla costituzione in mora, se seguita entro sei mesi dalla domanda giudiziale), riguardano esclusivamente il rapporto diretto con il creditore e non sono estensibili alla suddetta azione di regresso, la quale è riconducibile alle regole dell'utile gestione (considerando che l'intento di gestire gli affari altrui, in difetto di un'opposizione dell'interessato, è insito nella consapevolezza del carattere cogente del relativo obbligo)» (così già Cass. civ., 29 febbraio 1955, n. 2686; Cass. civ., 20 maggio 1961, n. 1196; Cass. civ., 6 dicembre 1968, n. 3901). Da ultimo, Cass. civ., Sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914, § 4: «Il fatto di un coobbligato alla prestazione di alimenti che abbia effettuato la prestazione, oltre che per la propria quota, anche per quella di altro coobbligato di pari grado, senza mai richiedere il concorso di quest'ultimo, non può qualificarsi adempimento di un'obbligazione naturale, in quanto la norma dell'art. 441 cod. civ., che espressamente stabilisce l'obbligo di concorso alla prestazione degli alimenti nel caso di concorso di più obbligati, ha natura cogente, mentre, al contrario, l'obbligazione naturale è un dovere originariamente non giuridico, che acquista efficacia giuridica mediante l'adempimento, cosicché *risulta configurabile invece, una gestione di affari ad opera di uno dei coobbligati alla prestazione alimentare, perché l'affare e in parte proprio ed in parte altrui*» (corsivo agg.). In senso conforme, P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Giappichelli, 2000, 318; in senso contrario, R. PACIA, *Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 1, 78. Si v. *infra*, §§ 6-7.



3. – Un'altra ragione per cui conviene esattamente delimitare l'ambito degli obblighi alimentari *ex lege* è l'irripetibilità delle prestazioni indebitamente eseguite, a favore di un familiare, con finalità alimentare<sup>25</sup>. La giurisprudenza ricava questa soluzione dagli artt. 2 e 29 Cost., mentre parte della dottrina ne ravvisa il fondamento nel dovere morale e sociale di sovvenire ai bisognosi<sup>26</sup>. Quest'ultima ricostruzione non pare condivisibile. Infatti, pare preferibile distinguere tra l'adempimento di un'obbligazione naturale – che giustifica l'impovertimento del *solvens* (quindi esclude *tout court* la possibilità di questi di agire in restituzione) – e la (mera) irripetibilità (per inesigibilità) delle prestazioni eseguite, che giustifica la *soluti retentio* da parte dell'*accipiens*, senza però escludere un'eventuale pretesa restitutoria del *solvens* contro il terzo obbligato. Infatti, il caso del *caregiver* che esegue prestazioni *alimentari* non dovute, ma irripetibili, pare inquadrarsi nella fattispecie di cui all'art. 2036 co. 3 c.c., che prevede la surrogazione legale del *solvens* nei diritti dell'*accipiens*, nei casi in cui la ripetizione nei confronti di questi *non è ammessa*. Questo pare appunto il caso delle prestazioni eseguite con finalità alimentare.

Oltre alla *ratio* dell'irripetibilità delle prestazioni eseguite con finalità alimentari – di non imporre la restituzione di prestazioni che, verosimilmente, sono state consumate dall'*accipiens* per la soddisfazione di esigenze vitali – va esaminata anche la natura giuridica di tale irripetibilità. Muovendo dalla sua *ratio*, dunque, pare preferibile ricostruire l'irripetibilità come una causa *personale* di *inesigibilità* della prestazione restitutoria. Infatti, il *solvens* di una prestazione indebita, eseguita con finalità alimentare, a certe condizioni non potrà chiederne la restituzione all'*accipiens*, presumendosi che questi abbia consumato la prestazione ricevuta. Tuttavia, pare che il *solvens* possa agire nei confronti degli eredi dell'*accipiens*, per ottenere la restituzione della stessa prestazione, se e nei limiti in cui (il valore di) tale prestazione *residui* nel patrimonio ereditario (cioè nei limiti dell'arricchimento degli eredi). Precisamente, si configura un arricchimento *indiretto* degli eredi dell'*accipiens* di prestazioni (soggettivamente) irripetibili, beninteso nel limite in cui esse non siano state consumate. Nella misura in cui hanno conseguito detto arricchimento a titolo gratuito – ad es. perché beneficiari di disposizioni *mortis causa*, senza oneri, o della vocazione legittima – gli eredi dovranno restituire all'impovertito il valore di tale arricchimento<sup>27</sup>. Pertanto, l'irripetibilità della prestazione alimentare non pare potersi accostare alle figure di cui agli artt. 2034 e 2035 c.c., le quali – nel sancire l'irripetibilità della prestazione eseguita – definitivamente giustificano l'arricchimento di chi tale prestazione riceve (e così anche dei suoi eredi).

A sostegno di questa soluzione può invocarsi il recente intervento delle Sezioni Unite sull'irripetibilità dell'assegno di mantenimento, dovuto in caso di separazione e divorzio. Muovendo dal rilievo che nessuna disposizione di legge sancisce la irripetibilità dell'assegno propriamente alimentare, le Sezioni Unite inquadrano la questione non tanto in termini di restituzione di quanto percepito *a titolo alimentare*, bensì di restituzione di quanto percepito *indebitamente*, nella supposizione di un diritto in realtà inesistente. Pertanto, il *solvens* avrà una pretesa restitutoria – in base al principio della piena ripetibilità delle prestazioni non dovute

<sup>25</sup> Cass. civ., 5 novembre 1996, n. 9641, in *Fam. dir.*, 1997, 115 s., con nota di CUBEDDU; Cass. civ., 10 dicembre 2008, n. 28987. Da ultimo, Cass. civ., Sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914, in *Giur. it.*, 2023, 4, 781 s., con nota di P. GALLO, *Gli assegni di mantenimento tra ripetibilità e irripetibilità*. In senso conforme, F. RUSCELO, *Degli alimenti*, cit., 48, testo e nota 154, parla di «irripetibilità delle prestazioni eseguite in esecuzione di una sentenza di primo grado successivamente riformata [...] nel senso che chi abbia ricevuto, per ogni singolo periodo, le prestazioni stabilite nella pronuncia di primo grado, non è tenuto a restituirle, né può vedersi opporre in compensazione quanto ricevuto a tale titolo».

<sup>26</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 536: «la condizione di bisogno della persona, ove effettivamente sussistente, suscita in ciascun consociato il dovere morale e sociale di provvedervi. Chi vi abbia provveduto non può dunque pretendere la restituzione di quanto prestato adducendo la mancanza di un titolo giuridico dell'obbligo».

<sup>27</sup> Si v. il § 3 della parte prima del presente studio.



– la quale però è temperata da ragioni equitative, sulla base dei principi di solidarietà familiare (artt. 2 e 29 Cost.); tuttavia, la deroga vale solo nella misura in cui l'*accipiens* è esonerato dal restituire quanto effettivamente percepito “per finalità alimentare”, sul presupposto che le somme versate siano state verosimilmente consumate per far fronte alle *essenziali necessità della vita*<sup>28</sup>.

In particolare, le Sezioni Unite hanno stabilito che le somme versate all'ex coniuge a titolo di mantenimento – un diritto di contenuto più ampio di quello agli alimenti – sono pienamente *ripetibili*, laddove con la sentenza venga escluso in radice e *ab origine* (e non per fatti sopravvenuti) il presupposto del diritto al mantenimento, per la mancanza dello “stato di bisogno” del richiedente. Per contro, sono *irripetibili* le prestazioni che risultino *indebite* all'esito di una rivalutazione delle (sole) condizioni economiche del debitore della prestazione periodica, o all'esito di una rimodulazione della prestazione al ribasso, purché si tratti di somme di *modesta entità*<sup>29</sup>.

Le deroghe ammesse ai principi generali in materia di restituzioni – *i.e.* alla causalità delle attribuzioni patrimoniali e al divieto di arricchirsi ingiustificatamente a danno altrui – appaiono assai circoscritte. Da ciò potrebbe argomentarsi l'opportunità di un'interpretazione restrittiva anche del carattere *irripetibile* della prestazione *alimentare* soggettivamente indebita: se è vero chi alimenta il bisognoso non potrà agire in restituzione nei confronti di questi, è vero anche che, in tal caso – proprio in quanto “la ripetizione non è ammessa” (art. 2036 co. 3 c.c.) – il *solvens* potrà surrogarsi nei diritti dell'alimentato nei confronti del “vero obbligato”, e così fruire di una forma di restituzione della prestazione indebitamente eseguita. Se così non fosse, comunque, pare configurabile un arricchimento indiretto degli eredi dell'*accipiens*, obbligati, come si è già detto, nei limiti dell'arricchimento: il *solvens* di una prestazione “alimentare” indebita comunque godrebbe comunque di una forma di tutela restitutoria.

Ricapitolando, pare di poter affermare – sulla scorta della più recente giurisprudenza – che la restituzione delle prestazioni di cura vada esclusa, se e nella misura in cui tali prestazioni siano state eseguite *con finalità alimentare*. Ora, in tanto può dirsi che la persona riceva dette prestazioni in finalità alimentare, in quanto questa sia titolare di un diritto agli alimenti, legale o “naturale” (ad es. perché versa in stato di bisogno, ma il credito alimentare non è stato ancora costituito, né *ope judicis* né per via negoziale). In caso contrario, le prestazioni di cura non potranno considerarsi eseguite con finalità alimentare, sicché non opererà quella deroga ai principi generali sulle restituzioni, che la giurisprudenza ricava dai doveri costituzionali di solidarietà familiare.

4. – È ineludibile, nell'ambito di un'indagine sulla restituzione di prestazioni di cura, la questione *se e in che misura* sussista un dovere morale e sociale giuridicamente rilevante – ai sensi dell'art. 2034 c.c. – di

<sup>28</sup> Così Cass. civ., Sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914, in motivaz., § 8.3.

<sup>29</sup> Così Cass. civ., Sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914, in motivaz., § 8.3. È di interesse, in questo senso, anche l'orientamento che concede la ripetizione della prestazione eseguita che concretamente *non* abbia funzione alimentare, come avviene in caso di mantenimento dei figli, dei quali sopraggiunga l'indipendenza economica. Così Cass. civ., 23 maggio 2014, n. 11489, in *Fam. dir.*, 2016, 2, 161 s., con nota di FAROLFI; Cass. civ., 16 novembre 2015, n. 23409; Cass. civ., 13 febbraio 2020, n. 3659: «In tema di mantenimento della prole, l'irripetibilità delle somme versate dal genitore obbligato a quello beneficiario, nel periodo intercorrente tra la data della domanda di revisione delle condizioni di divorzio e quella del suo accoglimento, in ragione della sopravvenuta indipendenza economica dei figli maggiorenni, *si giustifica solo ove gli importi riscossi abbiano assunto una concreta funzione alimentare*, che non ricorre ove ne abbiano beneficiato soggetti autosufficienti in un periodo, in cui, stante la pendenza della controversia, era noto il rischio restitutorio» (corsivo agg.).



prendersi cura di una persona cara, specie di un genitore o familiare. Al riguardo, occorre considerare il limite della proporzionalità e adeguatezza della prestazione, che delimita la rilevanza giuridica delle obbligazioni naturali, al fine di escludere la restituzione dell'arricchimento – altrimenti ingiustificato – che consegue all'esecuzione spontanea delle prestazioni, dirette ad adempiere tali doveri. Infatti, la prestazione eseguita in adempimento di un dovere morale-sociale è irripetibile se sussistono (i) il dovere morale-sociale, (ii) la spontaneità dell'adempimento (intesa come assenza di coercizione), (iii) la capacità del *solvens*, nonché (iv) la proporzionalità e adeguatezza della prestazione eseguita<sup>30</sup>. A questo proposito – posta la distinzione tra doveri suscettibili di adempimento mediante prestazioni a contenuto determinato (e.g. debito derivante da giuoco), e doveri ad adempimento libero – si esclude che il dovere morale possa giustificare qualsiasi prestazione, né qualsiasi ammontare della prestazione<sup>31</sup>. Infatti, ancorché l'art. 2034 c.c. non faccia riferimento ad alcun parametro né qualitativo né quantitativo, si ritiene necessario il rispetto di un ulteriore requisito implicito, cioè la proporzionalità della prestazione rispetto al dovere. Infatti, il contenuto del dovere morale vale altresì a determinare la misura della prestazione volta ad adempierlo: esso contiene in sé un criterio quantitativo, seppur con carattere di relatività, e determina così la misura della prestazione<sup>32</sup>.

Il dovere morale viene in considerazione non già in astratto, ma con riguardo alle specifiche circostanze e alla relazione esistente tra debitore e creditore “naturali”; oltre al contenuto del dovere in sé, dunque, occorre tenere conto delle condizioni patrimoniali di colui che presta, nonché – con riguardo a specifici doveri destinati a protrarsi nel tempo, quale può essere il dovere di contribuzione e di assistenza – dell'arco temporale di sussistenza del dovere. Sotto il profilo dei contenuti, dunque, il dovere morale è idoneo a determinare la misura della prestazione<sup>33</sup>. Il limite della proporzionalità trova un riscontro positivo nel diritto della crisi d'impresa<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> E. MOSCATI, s.v. *Obbligazioni naturali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 353 s., anche ID., *Le obbligazioni naturali nel diritto moderno*, in ID., *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Cedam, 1999, 447 s.; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, nel *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo-Mengoni, Giuffrè, 2004; D. CARUSI, *Le obbligazioni*, cit., 243 s.

<sup>31</sup> Così L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, nel *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo-Mengoni, Giuffrè, 2004, 89 s., con riferimento al problema della *eccessività* della prestazione.

<sup>32</sup> Così L. BALESTRA, *Le obbligazioni*, cit., 90, sulla scorta di U. MORI-CHECCUCCI, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, Editore L.U.P. A., 1947, 27: «quella stessa legge morale che detta il dovere dà pure, se non in termini assoluti, in termini relativi, il criterio per determinare entro quale limite quantitativo, specie in relazione al patrimonio di colui che presta, la prestazione sia dovuta. Oltre tale limite la prestazione stessa cessa d'esser sorretta da alcun dovere, sia pure morale». C.M. BIANCA, *Diritto civile 3. Le obbligazioni*, Giuffrè, 1993, 788, richiede che la prestazione sia adeguata alle circostanze e proporzionata all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del *solvens*, requisiti da «ritenersi impliciti nell'idea stessa di obbligazione naturale, in quanto, secondo la coscienza sociale, non è doveroso ciò che va al di là di quanto l'adempiente può ragionevolmente fare o di quanto il beneficiario abbia ragionevolmente bisogno». Cass. civ., 4 maggio 1975, n. 1218, in *Giust. civ.*, 1875, I, 1310: «l'indagine che il giudice deve compiere per accertare se si trova di fronte ad un'obbligazione naturale è duplice: da un canto egli deve accertare se nel caso sottoposto al suo esame sussiste un dovere morale e sociale, in relazione alla valutazione corrente nella società attuale, dall'altro se questo dovere sia stato adempiuto con una prestazione che presenti un carattere di proporzionalità ed adeguatezza in relazione a tutte le circostanze del caso». (conf. Cass. civ., 12 febbraio 1980, n. 1007; Cass. civ., 15 gennaio 1969, n. 60, in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, 403, con nota di G.B. FERRI; Cass. civ., 25 gennaio 1960, n. 68, in *Foro it.*, I, c. 2017; di recente Cass. civ., 1 luglio 2021, n. 18721; Cass. civ., 12 giugno 2020, n. 11303; Cass. civ., 22 gennaio 2014, n. 1277; Cass. civ., 15 maggio 2008, n. 11330; Cass. civ., 13 marzo 2003, n. 3713).

<sup>33</sup> Così L. BALESTRA, *Le obbligazioni*, cit., 91, il quale ritiene che – in presenza di un dovere morale e sociale – l'adempimento pur eccessivo e sproporzionato valga comunque a configurare la fattispecie dell'obbligazione naturale, e dunque l'estinzione del dovere; mentre, per la parte in cui risulti sproporzionata, la prestazione dovrà rinvenire la propria giustificazione causale in un diverso titolo, in mancanza del quale il *solvens* potrà agire per la restituzione.

<sup>34</sup> La proporzionalità è testualmente prevista dall'art. 163 C.C.I.I. (ex art. 64 l.f.) nell'ammettere – a differenza di quanto previsto per gli atti gratuiti – l'efficacia rispetto ai creditori del fallito dei regali d'uso e degli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, a condizione che la liberalità sia proporzionale al patrimonio del donante. In questo caso, il parame-



L'adeguatezza della prestazione rispetto al contenuto del dovere può essere valutata solo dopo aver verificato l'esistenza di un dovere morale nascente da particolari circostanze, giustificato da particolari relazioni fra determinati soggetti – che presenta concretezza e intensità tale da porre il “debitore naturale” in uno stato di coazione, ancorché morale – sicché, data l'esistenza di doveri morali e accertata la sproporzione, si pone il problema di qualificazione dell'eccedenza in termini di liberalità<sup>35</sup>. Al riguardo, una prima tesi ritiene che, in questi casi, l'intera prestazione sia ripetibile, in quanto la causa liberale prevale rispetto all'obbligazione naturale, mutando la qualificazione della fattispecie<sup>36</sup>, mentre una seconda tesi distingue tra quella parte di prestazione che è *irripetibile* ai sensi dell'art. 2034 c.c., e quella parte della prestazione, eccedente i limiti dell'obbligazione naturale, che – in mancanza di causa – diventa *ripetibile*<sup>37</sup>.

Per quanto riguarda il problema che ora ci occupa – la mancanza di giusta causa dell'arricchimento conseguente all'esecuzione della prestazione di cura – può osservarsi quanto segue. Se l'esecuzione delle prestazioni di cura fosse qualificabile come atto negoziale che realizza il “mero” adempimento dell'obbligazione naturale – come ipotesi ammessa di prestazione isolata<sup>38</sup> – allora dovrebbe distinguersi, a livello quantitativo, tra quella parte della prestazione che è giustificata ex art. 2034 c.c., e quella parte che è ingiustificata. Se, invece, come pare preferibile, l'esecuzione delle prestazioni di cura si qualifichi come *adempimento di un'obbligazione contrattuale* – prevista da un contratto di donazione obbligatoria, concluso dal *caregiver* con l'interessato – allora l'intera prestazione contrattuale pare doversi assoggettare al regime delle restituzioni conseguenti alla nullità del contratto (art. 1422 c.c.). Peraltro, ciò consente di evitare le difficoltà legate alla delimitazione della *misura* entro cui la prestazione effettivamente prestata fosse da imputare all'adempimento di un'obbligazione naturale, e la parte eccedente tale misura.

Resta comunque da affrontare la difficile questione, di stabilire *quando* la cura di una persona vulnerabile, da parte di un *caregiver* legato da rapporti familiari o amicali, possa considerarsi *eccedente* i requisiti di proporzionalità e adeguatezza, quindi fonte di obbligazioni restitutorie. Il tema è stato oggetto di un'attenta ela-

---

tro cui della proporzionalità è rappresentato solo dal patrimonio del “donante”, mentre non rileva – ai fini concorsuali – il rapporto effettivamente esistente tra le parti, nonché lo specifico contenuto del dovere morale (e.g. dovere morale di assistenza). Pertanto, potrebbe accadere che l'esecuzione di una prestazione, pur adeguata e proporzionata in relazione al contenuto e/o alla durata del dovere alla luce dell'art. 2034 c.c., risulti sproporzionata ai sensi dell'art. 64 l.f., e, per conseguenza, inefficace rispetto ai creditori: così L. BALESTRA, *Le obbligazioni*, cit., 92; nello stesso senso, L. GATT, *La liberalità*, I, Giappichelli, 2002, 372, nota 129, ritiene corretto ricavare la disciplina dell'obbligazione naturale non solo dall'art. 2034 c.c. ma anche dall'art. 742 c.c. e dall'art. 64 l. *Contra* A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger-Busnelli, Giuffrè, 1996, 325; A. GIANOLA, *Il volontariato, causa del negozio?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 5, 1039, secondo cui la norma in esame prevede solamente la possibilità di revocare l'atto di disposizione che non sia proporzionato al patrimonio del disponente anche se rispondente ad un interesse collettivo; la revoca colpirebbe un atto valido, allo scopo di far venir meno i suoi effetti, mentre non si potrebbe revocare un atto invalido, privo di effetti. Inoltre, secondo questa tesi, non si potrebbe addurre l'esigenza di proteggere la famiglia, in quanto non vi sarebbe alcuna norma che attribuisca prevalenza alle esigenze particolari della famiglia su quelle della collettività, anche considerando che pure i familiari del disponente sono parte di quella collettività che beneficia dell'erogazione. Si ritiene tuttavia che tali considerazioni non siano sufficienti a confutare l'affermazione dell'esigenza, in generale, della proporzionalità/adeguatezza dell'adempimento del dovere morale/sociale ai fini dell'art. 2034 c.c.

<sup>35</sup> L. BALESTRA, *Le obbligazioni*, cit., 142.

<sup>36</sup> L. GATT, *La liberalità*, cit., 384: «la liberalità è dunque soggetta a ripetizione, in quanto l'atto da cui derivata, essendo giuridicamente una donazione, è nullo per mancanza di forma».

<sup>37</sup> U. MORI-CHECCUCCI, *Appunti*, cit., 27: «l'eccedenza del prestato rispetto ad dovuto cade quindi del tutto fuori dell'ambito dell'art. 2034 c.c. e sarà da considerarsi eventualmente liberalità, se vi fu un *animus donandi*, e altrimenti un *indebitum ex re*, normalmente ripetibile», seguito da L. BALESTRA, *Le obbligazioni*, cit., 142, che ritiene “incongrua” l'applicazione della teoria del c.d. assorbimento (propria dei contratti con causa mista) all'adempimento delle obbligazioni naturali.

<sup>38</sup> E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, 2000, 431, definisce l'esecuzione della obbligazione naturale “un esempio paradigmatico” di prestazione isolata.



borazione da parte della giurisprudenza francese<sup>39</sup>, che ha sviluppato la nozione di *dépassement de l'obligation naturelle*, proprio al fine di distinguere – a livello quantitativo – tra quelle prestazioni di cura che rientrano nell'*adempimento di obbligazione naturale*, e quelle prestazioni di cura che *superano* l'obbligazione naturale, qualificabile perciò come (indebita, quindi) fonte di arricchimento ingiustificato<sup>40</sup>.

Già negli anni Novanta del secolo scorso, infatti, la *Cour de cassation* affermava che il figlio che si abbia assistito i genitori al di là di quanto richiesto dalla *piété familiale* – operando un *dévouement total* ad essi – ha diritto ad un'indennità a carico del patrimonio ereditario, in quanto le prestazioni liberamente fornite hanno realizzato un impoverimento per il figlio e un correlativo arricchimento dei genitori<sup>41</sup>. Per accordare l'indennità di arricchimento ingiustificato si richiede la prova di: (i) un impoverimento del figlio; (ii) un correlato arricchimento del genitore; (iii) assistenza prestata dal figlio al genitore, in eccedenza all'adempimento del dovere morale e familiare di assistenza. Per valutare il *dépassement*, si fa ricorso ai criteri del: (a) sacrificio professionale sopportato dal figlio; (b) ampiezza dell'assistenza prestata; (c) inerzia di altri membri della famiglia.

Secondo i giudici francesi, l'assistenza prestata in mancanza di una precedente obbligazione si qualifica generalmente quale adempimento di un'obbligazione naturale, in mancanza di un'obbligazione alimentare tra collaterali, o tra discendenti e ascendenti: dunque, l'arricchimento conseguente ad un *élan de solidarité* non può essere indennizzato, perché è giustificato dalla preesistenza di un'obbligazione naturale. È stata però introdotta una distinzione, con riferimento alla proporzionalità: “[l]e devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir indemnité pour l'aide et l'assistance apportées dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété familiale, les prestations librement fournies aient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents”<sup>42</sup>.

L'individuazione di una soglia al di là della quale l'arricchimento è ingiustificato ha permesso di ammettere l'azione di arricchimento in ambito familiare, nonostante l'esistenza di obbligazioni naturali<sup>43</sup>. A sostegno di questa distinzione, si è osservato che così s'incoraggiano i comportamenti virtuosi all'interno della famiglia: quando i genitori anziani o malati ricevono aiuto pecuniario e assistenza da uno solo dei loro figli, la prestazione di cure finisce per arricchire gli altri eredi. Si afferma che questi ultimi non dovrebbero essere premiati per la loro inerzia, sicché si accorda il diritto ad un'indennizzo nei confronti della successione all'impovertito, che ha eseguito una prestazione che ecceda la misura dell'obbligazione naturale, di cui pure è gravato<sup>44</sup>.

In altri termini, l'arricchimento è ingiustificato allorché le cure prestate eccedono la soglia dell'esecuzione normale dell'obbligazione naturale, che si configura se l'impovertito ha fatto *dévouement total* ai genitori. Per contro, se il *dévouement* del figlio è solo parziale, allora le prestazioni di cura rientrano nell'adempimento dell'obbligazione naturale. Si pone perciò la questione in quali circostanze l'aiuto prestato

<sup>39</sup> La giurisprudenza italiana non sembra essersene mai occupata: al massimo, si legge che le prestazioni di cura rientrano nell'art. 2034 c.c. In questo senso, T. MONZA, 25 gennaio 2001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, 46, in motivaz.: «l'assistenza della figlia al genitore, quand'anche comporti rinunzie al tempo libero, deve ritenersi fornita in un ambito che sfugge del tutto all'area dei rapporti giuridico patrimoniali, potendosi al più atteggiarsi come esecuzione di doveri morali che, se spontaneamente assolti, danno luogo all'adempimento di un'obbligazione naturale inidonea a fondare in chi li presta una ragione di credito commisurata al valore economico dei servizi resi».

<sup>40</sup> Una dettagliata ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale si può leggere in M.L. DINH, *L'enrichissement injustifié en droit privé. État des lieux et perspectives*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2022, 231 s., e ivi riferimenti.

<sup>41</sup> Cour cass., chambre civile, 12 juillet 1994; Cour cass., 3 novembre 2004.

<sup>42</sup> Cour cass., chambre civile, 12 juillet 1994, n. 92-18.639.

<sup>43</sup> Si v. ampiamente M.L. DINH, *L'enrichissement*, cit., 233 s.

<sup>44</sup> M.L. DINH, *L'enrichissement*, cit., 234.



costituisca dedizione totale. Per ravvisare il superamento della misura comune della *piété familiale*, i giudici si fondano su criteri già richiamati, tra loro alternativi: (i) il sacrificio della vita professionale; (ii) l'ampiezza dell'aiuto prestato; (iii) l'inerzia degli altri familiari.

Il primo criterio qualifica la dedizione come *totale* nei casi in cui l'impoverito abbia sacrificato la sua vita professionale per prestare aiuto a un familiare. Questo criterio è stato enunciato con il già citato *arrêt* del 1994: in quel caso, un figlio chiedeva un'indennità da arricchimento ingiustificato per il tempo consacrato ai suoi genitori. I giudici ravvisavano l'*ingiustificatezza* dell'arricchimento in ragione del superamento della *piété filiale*, cioè la *affection déferente et respectueuse pour ses parents*. Ora, l'aiuto prestato costituiva un reale sacrificio per il figlio, nella misura in cui questi aveva abbandonato ogni ambizione professionale per dedicarsi interamente ai genitori. Se ci si può aspettare da un figlio che presti assistenza ai genitori, un simile sacrificio della vita professionale non è esigibile; parimenti è considerato inesigibile il pensionamento anticipato<sup>45</sup>. Per contro – secondo la giurisprudenza francese – le cure prestate da un disoccupato non realizzano il *dépassement* dell'obbligazione naturale, perché lo stato di disoccupazione esclude il sacrificio della vita lavorativa<sup>46</sup>. Quest'ultima soluzione non pare compatibile con la disciplina italiana dell'azione di arricchimento, che consente di indennizzare non solo la “diminuzione patrimoniale” in senso stretto, ma anche le energie, la fatica, il tempo, impiegati per eseguire la prestazione di fare<sup>47</sup>.

Il secondo dei criteri sopra menzionati qualifica la dedizione come totale allorché l'aiuto prestato rivesta una certa *ampiezza*; per contro, l'esecuzione di prestazioni di cura si qualifica come adempimento di un'obbligazione naturale se esse hanno scarsa entità. Si considerano superati i requisiti di proporzionalità e adeguatezza dell'adempimento di obbligazione naturale solo con riferimento ad una prestazione di aiuto *indispensabile*, fatta in modo *continuativo*, ad esempio quando l'aiuto consenta di evitare le alternative – altrimenti necessarie – dell'impiego di assumere una terza persona per accudire chi ne ha bisogno, o del suo ricovero in casa di riposo<sup>48</sup>. Al contrario, si qualifica come adempimento di un'obbligazione naturale l'aiuto di scarsa importanza, prestato a un parente in modo puntuale (anziché continuo); anche il ricorso alle cure professionali di un'altra persona rende le prestazioni di cura “non eccedenti” i limiti dell'obbligazione naturale<sup>49</sup>.

Il terzo dei criteri, infine, valorizza l'inazione degli altri membri della famiglia: si ravvisa il *dépassement de l'obligation naturelle* allorché un solo figlio fornisca assistenza ai genitori, ad esclusione dei fratelli. Questa soluzione permette di evitare che gli altri figli – in qualità di eredi – siano ricompensati per la loro inerzia. Ad esempio, si è accordato l'indennizzo ad una figlia che aveva consacrato molti anni ad occuparsi della madre, “à la différence d'ailleurs des autres enfants de la défunte, dont aucun ... ni allègue, ni ne justifie, avoir accompli quelque obligation naturelle que ce soit, est bien fondée à demander que lui soit, à ce titre, reconnue une créance sur l'indivision”<sup>50</sup>. Per contro, si esclude il *dépassement de l'obligation naturelle* rispetto alle prestazioni di cura eseguite da ciascuno dei fratelli e sorelle in modo collaborativo<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> Cour. app. Orléans, 10 juin 2013, cit. in L. DINH, *L'enrichissement*, cit., 236.

<sup>46</sup> Cour app. Metz, 5 mars 2002, cit. in L. Dinh, *L'enrichissement*, cit., 237.

<sup>47</sup> Si v. il § 4 della parte prima del presente studio.

<sup>48</sup> Cour cass., 6 juillet 1999, n° 97-20.398; Cour app. Montpellier, 1 juillet 2004; Cour cass., 28 mars 2006, n° 03-14.455; Cour app. Orléans, 10 octobre 2006; Cour app. Limoges, 22 février 2012; Cour. app. Orléans 5 mars 2012; Id., 10 juin 2013; citt. in L. Dinh, *L'enrichissement*, cit., 238.

<sup>49</sup> Cour. app. Paris, 5 mars 2002; Cour app. Nancy, 18 janvier 2010; Cour app. Metz, 24 novembre 2016, citt. in M.L. DINH, *L'enrichissement*, cit., 240.

<sup>50</sup> Cour app. Orléans, 10 juin 2013, cit.

<sup>51</sup> Cour app. Paris, 5 mars 2002; Cour app. Orléans, 27 novembre 2006; Cour app. Grenoble, 30 avril 2015; citt. in M.L. DINH, *L'enrichissement*, cit., 241.



5. – Si sono evidenziate le criticità di una possibile qualificazione della prestazione di assistenza come animata da uno *spirito di liberalità*. Resta ora da vedere se la prestazione di cura possa considerarsi sorretta da una causa diversa da quella *liberale*, vale a dire una *causa di solidarietà*, che opera come causa di giustificazione delle attribuzioni patrimoniali autonoma, ancorché parzialmente sovrapponibile, rispetto a quella di *liberalità*<sup>52</sup>.

Ai fini della ricostruzione della disciplina dell'azione di arricchimento senza causa, la solidarietà già rileva come *ratio* fondamentale dell'imposizione, in capo all'arricchito, dell'obbligazione di restituire all'impovertito (per equivalente, o in natura, nell'ipotesi *ex art. 2041 co. 2 c.c.*) l'arricchimento conseguito a danno di quest'ultimo, che non trovi fondamento in una delle cause ammesse dall'ordinamento come giustificazione degli spostamenti di ricchezza<sup>53</sup>. Una di queste cause – che agisce, per così dire, in senso contrario rispetto alla *ratio* solidaristica dell'obbligazione restitutoria *ex art. 2041 c.c.* – è proprio l'adempimento di uno di quei doveri inderogabili di solidarietà sociale imposti dalla Costituzione a tutti i consociati (art. 2 Cost.).

La puntuale individuazione delle ipotesi in cui la prestazione può qualificarsi come adempimento dei doveri di solidarietà predetti – che ne *giustificano* l'esecuzione, e il conseguente spostamento di ricchezza, ai sensi dell'art. 2041 c.c. – va operata alla luce del diritto positivo vigente. Può osservarsi che – a livello di fonti primarie – la causa di solidarietà trova il suo ambito di applicazione elettivo nel *volontariato*, in particolare associativo. Si ricava dal riconoscimento della solidarietà sociale nelle fonti costituzionali (artt. 2 e 18 Cost.) e ordinarie (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, recante il Codice del Terzo settore) l'esistenza di una categoria negoziale tipica sorretta da una autonoma causa di attribuzione, cioè la “causa di solidarietà”, come distinta da quella di liberalità. Dall'irriducibilità della solidarietà alla liberalità si ricava che alla prima non si applica la disciplina della seconda, in particolare quella della donazione, il cui ambito di applicazione esce così ridimensionato<sup>54</sup>.

La legislazione di settore disciplina non tanto l'attività di volontariato su base individuale (c.d. autonomo), quanto quella su base associativa. La previgente legge-quadro 11 agosto 1991, n. 266 si riferiva espressamente ai soli volontari che agiscono per il tramite di organizzazioni<sup>55</sup>, mentre la figura del volontario non associato emerge in pochi casi espressamente disciplinati<sup>56</sup>: si constatava perciò la difficoltà di distinguere,

<sup>52</sup> F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, Cedam, 1994; N. LIPARI, «Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 1, 1 s.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Giuffrè, 1998.

<sup>53</sup> La Relazione della Commissione al Codice civile, n. 792 motiva la codificazione dell'istituto come: «corrispondente agli scopi di giustizia e di equità che l'ordinamento giuridico deve realizzare, specie se vuole esprimere dal suo seno uno *spirito di solidarietà*. Questo spirito *non può tollerare spostamenti patrimoniali disgiunti da una causa giustificatrice*». A fugare i dubbi circa il carattere giuridico anziché metagiuridico del richiamo allo spirito di solidarietà (accolto altrove nel codice del 1942, cfr. art. 1175 co. 2), si precisa che esso «non può tollerare spostamenti patrimoniali disgiunti da una causa giustificatrice», e che il *suum cuique tribuere* è un bensì un principio *etico*, ma «assunto nella sfera *del diritto*». Afferma la *ratio* solidaristica dell'istituto L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Jovene, 1964, 203.

<sup>54</sup> L. PELLEGRINI, *La donazione costitutiva di obbligazione*, Giuffrè, 2004, 215, il quale precisa che «lo spirito di solidarietà, pur operando entro l'area causale degli interessi non patrimoniali, e comunque delle attribuzioni patrimoniali disinteressate, presenta, rispetto alla liberalità in senso stretto, un *quid* ulteriore, consistente in una casistica di finalità considerata dal legislatore come socialmente utili ma in realtà già percepite come tali nella società civile».

<sup>55</sup> Per l'inconfigurabilità del volontariato individuale, sotto il previgente regime, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, cit., 152; L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 217.

<sup>56</sup> L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 217, nota 122, elenca le seguenti ipotesi: (i) l'attività gratuitamente svolta dai singoli come soci volontari nelle cooperative sociali (art. 2, l. 381/1991), (ii) la disponibilità all'affidamento familiare a fini assistenziali (l. 184/1983), (iii) l'attività svolta dai singoli cittadini nei servizi di aiuto personale promossi dai comuni in favore di soggetti portatori di *handicap* (art. 9 l. 104/1992), (iv) l'attività prestata dai singoli nelle strutture del servizio sanitario pubblico.



in assenza di una disposizione di legge, fra l'attività di volontariato individuale ed altre forme di attività, negoziale o amichevole, che il singolo svolge a titolo gratuito. Se ne ricavava che, non potendo il singolo volontario realizzare da solo una causa negoziale di solidarietà, propria invece dell'attività organizzata, gli atti posti in essere dovessero qualificarsi secondo i tradizionali parametri della donazione oppure, ricorrendone i presupposti, dell'atto di cortesia giuridicamente non vincolante<sup>57</sup>. Con l'entrata in vigore del Codice del Terzo settore<sup>58</sup>, si ammette che il volontario possa operare anche su base individuale<sup>59</sup>.

Tuttavia, la astrattamente possibile qualificazione del lavoro del *caregiver* come “volontariato autonomo” – qualora si accolga tale figura<sup>60</sup> – non pare idonea a fornire di una causa l'esecuzione volontaria della prestazione, altrimenti non dovuta, dato che la causa di solidarietà rileva nella stessa misura in cui rilevano i doveri morali e sociali (art. 2034 c.c.), cioè nei predetti limiti di proporzionalità e adeguatezza<sup>61</sup>.

In altri termini, anche se l'esecuzione di prestazioni di assistenza si qualificano come adempimento di doveri di solidarietà sociale, vale il seguente principio, già riferito alle obbligazioni naturali: in tanto l'arricchimento derivante dall'esecuzione della prestazione potrà dirsi sorretto da una *giusta causa* (adempimento di doveri morali-sociali, o anche di solidarietà), in quanto la prestazione eseguita sia *proporzionata* al patrimonio del disponente (anche inteso in termini di energie e capacità lavorative), e *adeguata* al bisogno dell'avente diritto.

---

<sup>57</sup> L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 218. Le prestazioni di cortesia (ad es. “hai da accendere?”) si distinguono da quelle dell'atto liberale e dell'atto gratuito in base a vari criteri: (i) lo scarso valore economico, (ii) l'improduttività di affidamento in capo all'*accipiens*, (iii) la mancanza dell'intento di obbligarsi giuridicamente (per tutti, L. PELLEGRINI, *La donazione*, cit., 160 s., e ivi riferimenti). Nel caso del *caregiver*, può osservarsi che (i) le prestazioni periodiche di cura protratte per molto tempo hanno un valore economico ingente (che ben emerge nella prospettiva del risparmio di spesa della remunerazione di assistenza professionale), (ii) l'esecuzione di prestazioni continuative di cura produce nella persona assistita, specie se non autosufficiente, un forte affidamento nella continuazione del rapporto, (iii) spesso è configurabile addirittura un intento del *caregiver* di obbligarsi giuridicamente, accettato dalla persona assistita, da qualificarsi giuridicamente come donazione di prestazioni periodiche di fare, conclusa per fatti conclusivi (v. § 3 della parte prima del presente studio).

<sup>58</sup> L'art. 17 co. 2 definisce il volontario “una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogno delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà” (corsivo agg.). Ora, tra il volontariato su base individuale e quello all'interno di un ETS, *tertium non datur*: infatti, la qualificazione di ETS sembra ricoprire l'intera area delle organizzazioni con scopo di volontariato, in quanto trattasi di tutti gli “enti di carattere privato ... costituiti il perseguimento, senza fini di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di attività di interesse generale *in forma di azione volontaria* ... ed iscritti nel RUNTS”. Dunque, l'art. 17 co. 2 CTS ammette la possibilità che il volontario operi autonomamente.

<sup>59</sup> A. GIANOLA, *Il volontariato*, cit., 1021 s.: «Solitamente, *ma non necessariamente*, il volontario opera in modo organizzato, ovvero inserito in un ente privo di scopo di lucro, secondo modalità programmate, collaborando con altri soggetti, prevalentemente altri volontari, ed utilizzando mezzi ed attrezzature appartenenti all'ente di cui fa parte: *meno frequente è il caso del volontario autonomo, che svolge la propria attività in modo indipendente, senza essere inserito in alcun ente di volontariato*» (corsivo agg.).

<sup>60</sup> A. GIANOLA, *Il volontariato*, cit., 1057 rileva che nel nostro ordinamento giuridico «il volontariato non costituisca una causa negoziale. Il fine di solidarietà rimane confinato fra i motivi di atti che configurano, a seconda dei casi, una donazione, un altro contratto gratuito, una gestione di affari altrui, un'erogazione posta in essere da un ente collettivo nell'ambito della sua attività istituzionale e che sono soggetti alle regole dettate per tali figure negoziali». Se, da una parte, l'A. non si occupa di questioni restitutorie, ma solo della vincolatività della promessa e della responsabilità per la sua mancata o inesatta esecuzione; d'altra parte, va rilevato che – vigendo un principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali – in tanto la prestazione è giustificata (*i.e.* irripetibile), in quanto essa sia sorretta da un valido negozio giuridico (ovvero, l'arricchimento conseguente sia giustificato da “precise disposizioni di legge”, ad. es. artt. 2034 e 2035 c.c., art. 66-*quinquies* cod. cons.).

<sup>61</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità*, cit., 215 definisce un “fondamentale tratto distintivo” della causa di solidarietà la impossibilità di riferirla «ad attribuzioni di sproorzionato valore rispetto al patrimonio del disponente, senza altrimenti confondersi con l'istituto e la disciplina della donazione. Si tratta di un limite la cui vigenza può abbondantemente essere rilevata osservando gli istituti che più palesemente offrono oggi efficacia agli atti dispositivi di solidarietà».



Ne consegue che la prestazione di assistenza eseguita dal *caregiver* in una misura sproporzionata rispetto al suo patrimonio e, soprattutto, alle sue capacità ed energie lavorative – qual è senza dubbio l'ipotesi estrema della cura di una persona non autosufficiente, prestata continuativamente (24/7), per un periodo che può durare anni – giammai potrà considerarsi *giustificata*, ai sensi dell'art. 2041 c.c., né della causa di solidarietà, né dall'adempimento di un'obbligazione naturale, che certo non impongono una simile abnegazione<sup>62</sup>.

6. – Resta da esaminare l'ipotesi in cui il *caregiver* “scientemente” – consapevole di non esservi obbligato – abbia iniziato prendersi cura di una persona totalmente incapace di provvedervi. La disciplina positiva della gestione d'affari prevede l'obbligo del gestore di continuare la gestione intrapresa (art. 2028 co. 1 c.c.), sicché il *caregiver* gestore d'affari presta le sue cure in adempimento di un obbligo legale, e ciò esclude che l'arricchimento della persona accudita possa dirsi *ingiustificato*.

Tuttavia – pur a fronte dell'espresso richiamo alle sole obbligazioni del *mandatario*, cui soggiace il *gestore* (art. 2030 c.c.), ad esclusione delle obbligazioni del *mandante* – sembra possibile affermare l'applicabilità, per analogia, della norma che sancisce l'onerosità del mandato, qualora ciò risulti dalle circostanze, con la conseguenza che il “mandante” (*recte* la persona accudita) sarà obbligato, a titolo quasi-contrattuale, a pagare un compenso al gestore d'affari per le prestazioni rese in modo sostanzialmente professionale. Questa soluzione – avversata dall'opinione prevalente<sup>63</sup> – trova tuttavia il sostegno di diversi argomenti in suo favore.

In primo luogo, non è vero che l'attribuzione di un corrispettivo al gestore snaturerebbe il significato solidaristico dell'istituto<sup>64</sup>, per ciò, che – secondo l'opinione che appare preferibile<sup>65</sup> – la *ratio* della gestione d'affari non è esclusivamente solidaristica, ma comprende anche il *suum cuique tribuere*, cioè l'esigenza di attribuire all'interessato le utilità che gli spettano: in questo senso, si è evidenziato che l'istituto si atteggia a rimedio, a tutela dell'interessato, anche contro le gestioni “egoistiche”<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Può farsi solo un cenno alla questione del c.d. soccorso privato – per escluderne la rilevanza ai fini del presente lavoro – ch'è stato definito come «attività svolta da un soggetto privato [...] consistente nel sottrarre persone o cose ad una situazione di pericolo presente o potenziale» (P. D'AMICO, *Il soccorso privato*, ESI, 1981, 34). L'A. precisa che la situazione di pericolo va individuata alla stregua dell'art. 2045 c.c., il quale dà rilevanza al “pericolo attuale di un danno grave alla persona” non volontariamente causato né altrimenti evitabile. Più che operare per evitare un pericolo, l'attività del *caregiver* pare volta a promuovere il benessere della persona assistita: si tratta non già di una *azione* puntuale e circoscritta nel tempo (come sarebbe ad es. il salvataggio da un incendio), bensì una *attività di cura* ampia e continuativa. Ad ogni modo, se si ritenesse l'attività del *caregiver* assimilabile al soccorso privato, allora si applicherebbe la relativa disciplina, ch'è quella della *negotiorum gestio*: v. *infra*, § 6.

<sup>63</sup> F. FERRARI, *Gestione di affari altrui (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, 1969, 661; L. ARU, *Gestione di affari altrui*, nel *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, Zanichelli, 1980, 256; M. CASELLA, *Gestione d'affari-diritto civile*, in *Enc. giur.*, XV, Treccani, 1989, 7; C.M. BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto*, Giuffrè, 2019, 2<sup>a</sup> ed., 134; A. GIANOLA, *Il volontariato*, cit., 1045.

<sup>64</sup> F. FERRARI, *Gestione di affari altrui (dir. priv.)*, cit., 662; U. BRECCIA, *La gestione di affari*, nel *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, Utet, 1982, 746; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 150.

<sup>65</sup> Ma minoritaria: se ne legga una critica in G. D'AMICO, *L'arricchimento mediante fatto ingiusto*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Giuffrè, 2011, 380, e ivi riferimenti. Come noto, la tesi che predica la *ratio* esclusivamente “altruistica” dell'istituto è stata accolta dai redattori del Codice civile (Relazione, n. 789: «il gestore deve sapere di trattare affari altrui, cioè di avvantaggiare, con la sua azione, il *dominus* assente») e nella dottrina successiva (v., anche per riferimenti, R. PANE, *Solidarietà sociale e gestione d'affari altrui*, ESI, 1996).

<sup>66</sup> P. SIRENA, *La gestione*, cit., 429; I. GARACI, *La gestione di affari altrui. Artt. 2028-2033*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger-Busnelli, Giuffrè, 2018, 44 s., 106 s.; si v. anche le acute osservazioni del Pacchioni (la prima edizione del suo *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile* risale al 1893, l'ultima al 1935), che riteneva la totalità dei presupposti (tra cui l'*animus aliena negotia gerendi*) necessaria *solo* per l'esperimento dell'*actio negotiorum gestorum contraria* – da parte del gestore contro il *dominus*, per il rimborso delle spese e il risarcimento dei danni – mentre giudicava sufficiente, per l'esperimento dell'*actio directa*, il fatto oggettivo dell'invasione dell'altrui sfera giuridica: di tal che il *dominus* poteva agire contro il gestore per la restitui-



Al riguardo, si è rilevato che l'applicazione analogica della disciplina del mandato anche al gestore d'affari non importa necessariamente il diritto di questi al compenso; infatti, l'onerosità costituisce una caratteristica naturale del mandato, ma non necessaria; l'onerosità perciò può essere esclusa, oltre che dalla volontà delle parti, da circostanze di fatto, come la qualità personale del mandatario e le relazioni tra questi e il mandante<sup>67</sup>. Pertanto, si ritiene che la prestazione del gestore di affari altrui dovrà generalmente considerarsi *gratuita*, per essere eseguita senza preventiva richiesta dell'interessato (ed eventualmente determinata pure da intenti altruistici), ma dovrà accogliersi la soluzione opposta quando si tratti di una prestazione di natura *professionale*<sup>68</sup>. Si osserva che, secondo il comune intendimento, la prestazione lavorativa sostanzialmente professionale non può ritenersi eseguita gratuitamente, ma dovrà ritenersi eseguita a titolo oneroso, con conseguente diritto al compenso, come peraltro è già previsto in altri ordinamenti<sup>69</sup>.

Questa soluzione trova un forse inaspettato addentellato normativo nell'art. 66-*quinquies* cod. cons., che esonera il consumatore dall'obbligo di eseguire qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta di prestazioni non richieste da parte del professionista. Sebbene la norma si limiti ad escludere (implicitamente) la tutela restitutoria del professionista *che ha eseguito prestazioni non richieste*<sup>70</sup>, non pare peregrino affermare che – introducendo tale disposizione – il legislatore abbia dettato altresì un criterio idoneo ad orientare l'interpretazione sistematica di disposizioni diverse, applicabili alla materia delle restituzioni nei rapporti di consumo.

In particolare, potrebbe ricavarsi dall'art. 66-*quinquies* cod. cons. l'esclusione del diritto del *professionista*, come definito dall'art. 3 lett. c) cod. cons., a vedersi attribuito (in funzione restitutoria) un *compenso* per l'attività compiuta nell'ambito della gestione d'affari. Il carattere “non richiesto” di tale attività – specie se si considera la disciplina della gestione d'affari (anche) come presidio contro gestioni “egoistiche” – appare difficilmente contestabile. Se ne potrebbe ulteriormente ricavare, *a contrario*, che il diritto al compenso dovrà essere riconosciuto – in applicazione analogica dell'art. 1709 c.c. – a quel gestore d'affari che non sia qualificabile come *professionista*, ai sensi del codice del consumo, il quale – nondimeno – abbia eseguito prestazioni di carattere sostanzialmente e oggettivamente *professionale*. Questo pare il caso del *caregiver*.

Va rilevato come questa soluzione si presti ad evitare irragionevoli disparità di trattamento rispetto al *caregiver* non gestore d'affari, il quale ha diritto alla restituzione per equivalente del valore delle prestazioni di cura indebitamente eseguite; mentre un tale diritto non spetta al *caregiver* gestore d'affari, ch'è obbligato di *continuare* a prendersi cura della persona, a tutela di questa (art. 2028 co. 1 c.c.). Tuttavia, non vi sono ragioni – come emerge dal confronto con l'ipotesi del *caregiver* non gestore – per cui il *caregiver* gestore debba sopportare definitivamente anche il peso economico dell'attività eseguita, né in senso contrario pare potersi invocare la pretesa *ratio* solidaristica dell'istituto.

---

zione del risultato netto della gestione, anche se quest'ultimo fosse intervenuto *animo depraedandi* (G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano. Diritto delle obbligazioni. Dei quasi contratti*, Cedam, 1938, 63 s.)

<sup>67</sup> R. SANTAGATA, *Del mandato*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Zanichelli, 1985, 561; P. SIRENA, *La gestione*, cit., 34

<sup>68</sup> P. SIRENA, *La gestione*, cit., 35.

<sup>69</sup> P. SIRENA, *La gestione*, cit., 36-37, con riferimento al diritto olandese (Art. 6:200 co. 2 NBW), e a quella dottrina di *common law* (c.d. *necessitous intervention*) che riconosce una pretesa restitutoria a chi si sia ingerito nell'altrui sfera giuridica al fine di evitare un pregiudizio all'integrità psico-fisica ed, eventualmente, agli interessi patrimoniali del soggetto gerito (R. GOFF, G. JONES, *The Law of Unjust Enrichment*, London, 1993, 4<sup>th</sup> ed., 374 s.).

<sup>70</sup> Cass. civ., 12 gennaio 2021, n. 261, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, 575 s., con nota di G. DE CRISTOFARO, *Il regime privatistico “speciale” delle c.d. forniture non richieste: la prima presa di posizione della Suprema Corte*: «in caso di fornitura (di energia, gas o altro) non richiesta, nulla è dovuto da parte del consumatore, nemmeno a titolo di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c., non avendo il consumatore prestatato alcun consenso».



In particolare, potrà agire in arricchimento il *caregiver* che abbia gerito un affare in mancanza di taluno dei presupposti della *negotiorum gestio* – come, ad esempio, la consapevolezza del gestore di curare un interesse altrui<sup>71</sup>. Se, da una parte, tale azione non consente il ristoro del lucro cessante, è d'altra parte possibile ottenere, per il tramite di tale azione, la restituzione del valore della prestazione di fare indebitamente eseguita (energie mentali e fisiche, tempo, fatica). Questo stesso risultato deve ritenersi possibile, in caso di gestione di affari, accordando al *caregiver* gestore d'affari non già un'indennità da arricchimento – che esegue prestazioni di cura *dovute* in adempimento di un obbligo *ex lege* di continuare la gestione, sicché il conseguentemente arricchimento è *giustificato* – bensì in applicazione analogica della previsione dell'obbligo del mandante di pagare un *compenso*, la cui misura potrà essere pari alla restituzione delle prestazioni di cura eseguite, ad esclusione del lucro cessante.

7. – L'altra ipotesi in cui è data al *caregiver* un'azione *negotiorum gestorum contraria* (art. 2031 c.c.) per ottenere la restituzione (dell'intero valore) della prestazione eseguita è quella dell'adempimento dell'obbligo alimentare altrui. L'ambito di applicazione di questa disciplina dipende, evidentemente, dalla sussistenza dell'obbligazione alimentare in capo al “vero obbligato”, nei confronti del quale il *caregiver* avanzerebbe delle pretese restitutorie. La giurisprudenza qualifica la fattispecie anzidetta appunto come gestione di affari altrui, concedendo al “terzo adempiente” azione restitutoria anche in caso di opposizione dell'obbligato, inefficace perché contraria al buon costume (art. 2031 co. 2 c.c.). Si ritiene che a questa soluzione non osti la disciplina della decorrenza dell'obbligo alimentare (art. 445 c.c.), la quale troverebbe applicazione solo nei rapporti tra l'obbligato e l'avente diritto, non anche ai rapporti tra l'obbligato e il c.d. terzo adempiente<sup>72</sup>.

A ben vedere, tuttavia, tale soluzione sembra trovare un ostacolo insormontabile nella natura costitutiva della sentenza che condanna l'obbligato a prestare gli alimenti<sup>73</sup>. Infatti, se il diritto di credito dell'ali-

<sup>71</sup> Così C.M. BIANCA, *Diritto civile* 3, cit., 130.

<sup>72</sup> Cass. civ., 9 agosto 1988, n. 4883, in *Mass. Giur. it.*, 1988: «Qualora i bisogni dell'avente diritto agli alimenti vengano per intero soddisfatti da uno soltanto dei condebitori *ex lege*, questi può esercitare il regresso *pro quota* verso il coobbligato senza necessità di una preventiva diffida ad adempiere, tenuto conto che le disposizioni dell'art. 445 c. c., in tema di decorrenza degli alimenti solo dalla domanda giudiziale (o dalla costituzione in mora, se seguita entro sei mesi dalla domanda giudiziale), riguardano esclusivamente il rapporto diretto con il creditore e non sono estensibili alla suddetta azione di regresso, la quale è riconducibile alle regole dell'utile gestione (considerando che l'intento di gestire gli affari altrui, in difetto di un'opposizione dell'interessato, è insito nella consapevolezza del carattere cogente del relativo obbligo)» (conf. Cass. civ., 29 febbraio 1955, n. 2686; Cass. civ., 20 maggio 1961, n. 1196; Cass. civ., 6 dicembre 1968, n. 3901; e, in *obiter*, Cass. civ., Sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914, cit.).

<sup>73</sup> Questa tesi è stata sostenuta da D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, Giuffrè, 1973, e, di recente, da R. PACIA, *Decorrenza*, cit., 67 s., le cui argomentazioni sono state condivise da Cass. civ., Sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914, cit., § 4: «La prima affermazione (preesistenza del diritto agli alimenti già al momento in cui si verificano i presupposti) è contestata da una parte della dottrina che individua nella decisione del giudice che riconosce il diritto agli alimenti una pronuncia propriamente costitutiva, affermando l'irrelevanza dell'astratta esistenza dei requisiti richiesti dalla legge, tratta dalla stessa disposizione dell'art. 445 c.c. secondo cui la decorrenza è fissata nel momento della domanda o, al più, della costituzione in mora. *La sentenza che accerta, in concreto, lo stato di bisogno e l'incapacità dell'alimentando di provvedere da sé al proprio sostentamento costituisce in senso proprio il credito alimentare, con decorrenza ex tunc dalla domanda giudiziale (o dalla costituzione in mora nei limiti previsti)*, al pari di quanto fa la pattuizione negoziale dalla data della stipulazione dell'accordo o dal giorno dettato dalle parti come termine iniziale per la somministrazione. A tale soluzione non contrasterebbe l'affermata retroattività, perché, se è vero che gli effetti delle sentenze costitutive sono di norma irretroattivi, esistono però ipotesi dove l'anticipazione degli effetti ad un momento anteriore al passaggio in giudicato si ricollega ad una concreta scelta legislativa (ad es. art. 290 cc.). La retroattività degli effetti della sentenza trova giustificazione nella necessità, avuta presente dal legislatore, di non far gravare sull'attore bisognoso il pregiudizio economico derivante dalla durata del processo, in caso di esito per lui vittorioso» (cors. agg.).



mentando si costituisce per effetto (dell'esercizio del suo diritto potestativo, con la proposizione della domanda in giudizio, quindi) della sentenza costitutiva, in mancanza di tale iniziativa dell'alimentando non vi è alcun corrispondente obbligo in capo a chi astrattamente sarebbe tenuto a prestare gli alimenti, nell'ordine indicato. Ne consegue che non vi sarà alcun "vero obbligato" contro cui il *solvens* della prestazione alimentare (indebita) possa agire in regresso, ad alcun titolo.

In particolare, l'art. 445 c.c. disciplina il termine di decorrenza degli alimenti, retroattivamente, dalla domanda giudiziale o dalla costituzione in mora seguita dalla domanda (entro sei mesi). Ci si chiede se la sentenza abbia efficacia costitutiva del diritto dell'alimentando<sup>74</sup>, ovvero se il diritto preesista, e la sentenza si limiti alla liquidazione dell'obbligazione alimentare e alla condanna al pagamento<sup>75</sup>.

La dottrina più recente è incline a riconoscere la natura costitutiva della sentenza. L'opposta ricostruzione argomentava la preesistenza dell'obbligazione alimentare in base al richiamo testuale alla costituzione in mora, che, di regola, presuppone l'esistenza di un vincolo obbligatorio. In contrario, si obietta che – se così fosse – non si spiegherebbe la previsione che condiziona l'attualità del diritto alla successiva domanda giudiziale entro sei mesi: se il diritto esiste, ed è necessaria la volontà dell'alimentando solo per pretendere l'adempimento, allora la costituzione in mora dovrebbe mantenere comunque il suo effetto, indipendentemente dal tempo in cui il diritto venga poi azionato in giudizio<sup>76</sup>.

Per queste ragioni si esclude che l'art. 445 c.c. individui direttamente la fonte del credito alimentare; piuttosto, la disposizione disciplina il diverso e più semplice problema della decorrenza dei pagamenti<sup>77</sup>, ma presuppone pur sempre che il diritto sorga con la sentenza costitutiva; gli atti indicati, infatti, hanno lo scopo di segnare il limite temporale di retroattività del provvedimento giudiziale, e a ciò non osta la previsione della retroattività. Infatti, la presenza di un'adeguata *ratio* può indurre il legislatore a riportare l'efficacia di un provvedimento costitutivo anche ad un momento anteriore all'esercizio dell'azione: ed è così anche per l'esigenza di non far gravare sull'attore bisognoso (che richiede gli alimenti) il pregiudizio economico derivante dalla durata del processo<sup>78</sup>.

Ancora, la natura costitutiva della sentenza non contrasta con la qualifica della situazione giuridica

<sup>74</sup> D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., 125 s.; G.B. FERRI, *Degli alimenti*, in *Comm. dir. fam.*, dir. da Cian-Oppo-Trabucchi, IV, Cedam, 1992, 663; C. ARGIROFFI, *Degli alimenti*, nel *Comm. cod. civ.* Schlesinger-Busnelli, Giuffrè, 2009, 125 s.; R. PACIA, *Degli alimenti*, in *Comm. cod. civ. dir.* da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di G. BALESTRA, III, Utet, 2009, 547 s.; EAD., *Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale*, cit., 67 s.; A. CORDIANO, *Degli alimenti*, cit., 320 s.

<sup>75</sup> A. TRABUCCHI, s.v. *Alimenti (diritto civile)*, cit., 237; T. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Giuffrè, 1984, 80 s.; P. SIRENA, *La gestione*, cit., 327; C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1 Famiglia*, cit., 488. In giur., Cass. civ., 27 luglio 1967, n. 1996, in *Foro. it.*, 1967, I, c. 2534; Cass. civ. 11 ottobre 1949, n. 2458, in *Rep. Giur. it.*, 1949, voce *Alimenti*, n. 19, dove si precisa, tuttavia, che la decorrenza degli alimenti è solo dall'insorgere dello stato di bisogno, ove questo sia posteriore alla domanda; in *obiter*, Cass. civ. 9 gennaio 2003, n. 113, in *Giur. it.*, 2003, 133.

In questa prospettiva, il diritto agli alimenti sarebbe esigibile già nel momento in cui si verificano i presupposti legali, ma l'obbligazione sarebbe attuale solo a seguito della richiesta dell'alimentando, quale atto di esercizio del suo diritto. Alcune conseguenze applicative: (i) la prestazione spontanea degli alimenti da parte dell'obbligato, prima della domanda (o della costituzione in mora) costituirebbe adempimento di un obbligo giuridico (diversamente, potrebbe configurarsi un indebito oggettivo ex art. 2033 c.c., qualora la fattispecie non fosse riconducibile all'obbligazione naturale o all'atto di liberalità); (ii) solo la prestazione effettuata dal terzo porrebbe il problema del diritto di rivalsa nei confronti dell'alimentato o del vero obbligato; (iii) se l'alimentando è nell'impossibilità di prendere l'iniziativa, l'obbligato dovrebbe provvedere di sua iniziativa; (iv) ove intervenga la richiesta dell'avente diritto, l'obbligato, oltre a corrispondere le prestazioni successivamente maturate, dovrebbe pagare anche gli interessi sulle somme in cui è liquidata la prestazione, trattandosi di inadempimento di un'obbligazione preesistente.

<sup>76</sup> Così R. PACIA, *Decorrenza*, cit., 69.

<sup>77</sup> C. ARGIROFFI, *Degli alimenti*, cit., 138.

<sup>78</sup> R. PACIA, *Decorrenza degli alimenti legali*, cit., 70-72.



dell'alimentando – prima della domanda giudiziale – in termini di diritto potestativo. Così come il proprietario che ha diritto alla costituzione di un diritto reale di servitù (coattiva), anche l'alimentando ha diritto alla costituzione (negoziale, ovvero *ope judicis*) di un diritto di credito (agli alimenti), sicché l'effetto giuridico si rannoda ad una fattispecie complessa di cui sono elementi costitutivi, oltre il fatto e l'esercizio del potere, anche il previo accertamento giudiziale dell'esistenza dei fatti<sup>79</sup>.

Ora, potrebbe obiettarsi che chi ha eseguito una prestazione non dovuta – e così ha prodotto un arricchimento ingiustificato (nel senso di cui all'art. 2041 c.c.) – non abbia alcuna pretesa restitutoria nei confronti di chi è indicato dalla legge come obbligato da un dovere di solidarietà familiare (art. 2 Cost., art. 433 s. c.c.). Tuttavia, emerge dal diritto positivo che la persona bisognosa ha il *diritto potestativo* di ottenere la costituzione del suo diritto di credito (alimentare) nei confronti di chi vi sarà tenuto (secondo lo stesso schema del proprietario del fondo intercluso). Tale ricostruzione concettuale rivela una valutazione della preminenza dell'interesse della persona bisognosa, alla cui volontà è rimessa la costituzione di un'obbligazione alimentare in capo ai suoi familiari (o al donatario). Si affida cioè alla volontà della persona l'*an* dell'obbligo a carico dei suoi familiari: sia l'obbligo di alimentarla, sia l'obbligo di rimborsare il terzo che l'ha alimentata senza esservi tenuto (anche mediante esecuzione di prestazioni di cura).

Per quanto si è detto, le restituzioni dovranno ritenersi regolate come segue.

Il terzo che abbia prestato gli alimenti *indebitamente* avrà diritto alla restituzione *ex art. 2033 c.c.* nei confronti dell'alimentato, con riferimento alle prestazioni eseguite prima della domanda proposta dall'avente diritto contro il *solvens* o alla sua costituzione in mora (anche per quelle eseguite successivamente, se la domanda è rigettata o l'attore rinuncia all'azione). Il diritto del *solvens* incontra il doppio limite dell'adempimento dell'obbligazione naturale eventualmente sussistente (ad es. per prestazioni di cura saltuarie) e – in astratto – dell'irripetibilità delle prestazioni eseguite in funzione alimentare, senonché – in concreto – l'indebito oggettivo riguarda i casi in cui l'alimentato non ha diritto agli alimenti per difetto dei presupposti oggettivi, sicché la prestazione eseguita risulterà sempre priva di *finalità alimentare*<sup>80</sup>.

Se invece l'alimentando propone vittoriosamente la domanda giudiziale contro un terzo, allora il *solvens* delle prestazioni alimentari indebite avrà diritto alla restituzione – oltre che delle prestazioni eseguite *prima* della domanda, nei confronti dell'*accipiens* (art. 2033 c.c.) – anche di quelle eseguite *dopo* la domanda (o dopo la costituzione in mora seguita dalla domanda), sempre nei confronti dell'*accipiens*, se ha pagato credendosi debitore per errore *scusabile* (art. 2036 co. 1 c.c.), e sennò nei confronti del terzo obbligato agli alimenti, invocando la surrogazione legale nei diritti dell'alimentando (art. 2036 co. 3 c.c.). Come si è già detto, la surrogazione deve ritenersi operare anche a favore del *solvens* che abbia pagato credendosi debitore per errore scusabile, e non possa ottenere la restituzione direttamente dall'*accipiens* di prestazioni *irripetibili*, in quanto egli versa in stato di bisogno, e ha ricevuto (e utilizzato) le prestazioni *con finalità alimentare*<sup>81</sup>.

Ancora, il *solvens* surrogato nei diritti dell'alimentato potrà esercitare – in via surrogatoria (art. 2900 c.c.) – il diritto di credito dell'alimentato nei confronti dell'obbligato per le prestazioni arretrate: posto che l'alimentando ha già agito contro il “vero obbligato” (e ha così ottenuto la costituzione del diritto agli alimenti), tale azione sarà ammissibile, perché riguarda non già il diritto agli alimenti, strettamente personale,

<sup>79</sup> R. PACIA, *Decorrenza*, cit., 73-74. Si tratta dello schema dei c.d. diritti potestativi a necessaria attuazione giudiziale (come ad es. il diritto del contraente incapace o vittima di dolo, violenza o errore di ottenere l'annullamento *ope judicis*).

<sup>80</sup> Questa soluzione rispecchia quella adottata da Cass. civ., Sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914, cit., che ritiene sempre *ripetibile* l'assegno versato, che poi risulti integralmente non dovuto *ab origine*.

<sup>81</sup> V. *supra*, § 2.



bensì il diritto di credito alle prestazioni scadute, ch'è disponibile<sup>82</sup>. Per contro, va escluso che il *solvens* possa agire in surrogatoria contro il “vero obbligato”, verso il quale l'avente diritto non abbia esercitato il suo diritto potestativo, con la domanda giudiziale o la costituzione in mora. Ciò in ragione del carattere personale del diritto agli alimenti (art. 2900 c.c.), ma anche perché in questo caso non opera nemmeno la surrogazione legale (art. 2036 co. 3 c.c.): il “vero obbligato” non è ancora tale (lo diventa per effetto della sentenza costitutiva), e – posto che ancora non vi è un debitore – non vi è alcun indebito soggettivo, ma solo un indebito oggettivo (regolato dall'art. 2033 c.c.).

Inoltre, si esclude che il *solvens* possa farsi surrogare direttamente dall'alimentato nei suoi diritti, ai sensi dell'art. 1201 c.c., perché – al momento del pagamento – egli non è ancora creditore del nuovo obbligato, essendo per ciò necessaria la sentenza, che potrebbe rigettare la domanda dell'alimentando (o anche non essere mai pronunciata, se l'attore rinunziasse all'azione)<sup>83</sup>.

In senso contrario alla configurabilità di una gestione di affari, poi, si è affermato che mancherebbe uno dei presupposti dell'istituto – l'*utilitas* della gestione – che non potrebbe ravvisarsi nel risparmio del risarcimento del danno per il ritardo, da parte dell'obbligato, in quanto la natura costitutiva del provvedimento giudiziale esclude qualsiasi responsabilità per il “mancato” adempimento delle prestazioni, anche se maturate dopo la domanda o la costituzione in mora<sup>84</sup>.

Infine, si è affermato che il terzo adempiente potrebbe agire in arricchimento – essendo già costituita l'obbligazione alimentare *ope judicis*, ai sensi dell'art. 445 c.c. – nei confronti dell'obbligato che non avesse ancora eseguito la prestazione. L'arricchimento in tal caso prende la forma di risparmio di spesa. Il *solvens* potrebbe agire anche contro l'alimentato, il quale avesse ricevuto (due volte) la prestazione alimentare, non solo dal terzo adempiente, ma anche dal vero obbligato. Al riguardo, si è osservato che l'applicabilità dell'art. 2041 c.c. dipende dall'estensione della nozione di sussidiarietà<sup>85</sup>. Dunque, va rilevato quanto segue. L'azione di arricchimento non può esercitarsi in alternativa ad un altro rimedio *restitutorio* qual è la ripetizione dell'indebito, sicché il *solvens* di una somma di denaro *soggettivamente indebita* (perché l'obbligazione alimentare era già sorta in capo ad un terzo) potrà chiederne la restituzione solo ai sensi dell'art. 2036 c.c., non anche dell'art. 2041 c.c. Piuttosto l'esperibilità dell'azione di arricchimento va valutata con riferimento all'*oggetto* della prestazione restituenda, sicché non potrà agire in arricchimento il *solvens* di una

<sup>82</sup> R. PACIA, *Decorrenza*, cit., 77.

<sup>83</sup> R. PACIA, *Decorrenza*, cit., 77.

<sup>84</sup> D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., 176 s.; R. PACIA, *Decorrenza*, cit., 78.

<sup>85</sup> R. PACIA, *Decorrenza*, cit., 78. Sulla necessità di ridimensionare la concezione estrema della sussidiarietà c.d. in astratto, finora adottata dalla giurisprudenza, si v. P. SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 105 s.; ID., *La sussidiarietà dell'arricchimento ingiustificato*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, 379 s. In questo senso si v. ora il principio di diritto enunciato da Cass. civ., Sez. Un., 5 dicembre 2023, n. 33954: «Ai fini della verifica del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, su legge ovvero su clausole generali, si riveli carente ab origine del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa nel caso in cui il rigetto della domanda alternativa derivi da prescrizione o decadenza del diritto azionato, ovvero nel caso in cui discenda dalla carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico» (si v., in senso conforme, i numerosi commenti all'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, Cass. civ., 5 febbraio 2023, n. 5222, in *Giur. it.*, 2023, 7, 1531 s., con note di D. CARUSI, *Buone notizie dalla Cassazione: l'interpretazione dell'art. 2042 c.c. verso l'esame delle Sezioni unite*, e di C. CICERO, *Sulla sussidiarietà “in astratto” dell'azione di arricchimento senza causa*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 3, 500 s., con note di F. RUGGIERO, *Arricchimento ingiustificato: sull'opportunità di una rilettura in concreto della clausola di sussidiarietà*, e P. GALLO, *Verso il superamento della sussidiarietà dell'azione di arricchimento*; in *Resp. civ. prev.*, 2023, 3, 742 s., con note di C. SCOGNAMIGLIO, *a sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato: attendendo le Sezioni Unite*, e S. GATTI, *I confini della sussidiarietà: l'azione fondata su clausola generale rigettata per difetto di prova preclude l'azione di arricchimento?*).



prestazione di dare (la cui restituzione è regolata dagli artt. 2033 s. c.c.), ma potrà agire il *solvens* di una prestazione di fare, la cui restituzione si ritiene regolata dall'art. 2041 c.c.

Per concludere sul punto, il *solvens* di prestazioni di cura – le quali, sussistendone il diritto in capo all'*accipiens* bisognoso incapace di provvedervi, sono eseguite con *finalità alimentare*, in quanto tali *irripetibili* nei confronti dell'*accipiens* – potrà esperire (non l'azione *negotiorum gestorum contraria*, come afferma la giurisprudenza, bensì) le ordinarie azioni di ripetizione dell'indebito: (i) per le prestazioni eseguite prima della data da cui decorrono gli alimenti *ex art. 445 c.c.*, si configura un indebito oggettivo, con diritto del *solvens* alla restituzione, nei confronti dell'*accipiens* (art. 2033 c.c.); (ii) per le prestazioni eseguite dopo la data da cui decorrono gli alimenti *dovuti da un terzo*, si configura un indebito soggettivo, con diritto del *solvens* alla restituzione nei confronti dell'*accipiens*, se ha pagato credendosi debitore per errore *scusabile* (art. 2036 co. 1); (iii) per la restituzione delle stesse prestazioni – dovute da un terzo, ma eseguite dal *solvens* credendosi debitore per errore *inescusabile* (o anche per errore scusabile, se sono irripetibili perché eseguite con finalità alimentare) – il *solvens* potrà surrogarsi nei diritti dell'*accipiens* nei confronti dell'obbligato, e ottenere ristoro a tale titolo (art. 2036 co. 3).

Infine, qualora il *solvens* abbia somministrato in natura gli alimenti non dovuti (abbia cioè eseguito delle prestazioni di cura, non essendovi obbligato), il diritto alla restituzione sarà regolato non dagli artt. 2033 e 2036 c.c., bensì nell'art. 2041 c.c., con la precisazione – come pare preferibile, dal punto di vista sistematico – che il *solvens* avrà diritto alla restituzione per equivalente, nei confronti dell'*accipiens*, solo nei casi di indebito *oggettivo* e – sussistendo il requisito dell'errore scusabile – anche di indebito *soggettivo* (salva in questo caso l'irripetibilità delle prestazioni eseguite con finalità alimentare, di cui si è detto); per contro, il *solvens* di prestazioni di fare avrà una pretesa verso l'obbligato, surrogandosi nei diritti del debitore nei suoi confronti, ai sensi dell'art. 2036 co. 3, ogni volta che la prestazione sia stata eseguita indebitamente del *solvens*, credendosi debitore per errore inescusabile, ovvero sia stata eseguita per errore scusabile, ma la prestazione poi risulti irripetibile perché eseguita con finalità alimentare<sup>86</sup>.

**8.** – Da ultimo, può essere utile – in una prospettiva applicativa – esaminare brevemente gli strumenti fruibili all'autonomia privata della persona che riceve cure gratuite, in funzione di attuazione del rapporto obbligatorio sorto *ex lege* con il *caregiver*, in conseguenza dell'*acceptio* di prestazioni di cura non dovute, eseguite da quest'ultimo.

Infatti, non pare fruttuoso limitarsi a rilevare che la fonte dell'obbligazione restitutoria è il *fatto idoneo a produrla secondo l'ordinamento giuridico* (art. 1173 c.c.), cioè l'oggettiva esecuzione delle prestazioni di cura non dovute (art. 2041 c.c.). Infatti, quest'obbligazione prevede (i) l'esecuzione di una prestazione di *dare* una somma di denaro; (ii) preliminarmente, la determinazione dell'ammontare della somma dovuta, tutt'altro che agevole; nonché, eventualmente, (iii) la prova in giudizio dell'esistenza dei fatti costitutivi dell'obbligazione; e (iv) l'eventuale interruzione della prescrizione del diritto per inerzia del titolare, per un

---

<sup>86</sup> Cass. civ., Sez. un., 29 aprile 2009, n. 9946, § 6.3: «la surrogazione ipotizzata dal cit. art. 2036 c.c., comma 3, postula che l'eseguito pagamento sia – in astratto – riconducibile alla figura dell'indebito *ex latere solventis*, pur difettando qualcuna delle condizioni perché possa esserne chiesta la ripetizione. Richiede necessariamente, quindi, che sussista l'elemento soggettivo della consapevolezza e volontà del *solvens* di pagare un debito proprio anziché altrui». Qualora invece sussista l'*animus* del *solvens* di adempiere come terzo (cioè non si crede debitore, nemmeno per errore inescusabile), allora si potrà esperire l'azione di arricchimento (altrimenti preclusa dalla sussidiarietà).



periodo di dieci anni dal momento in cui il diritto sorge, cioè – nel caso di un rapporto di durata – di attimo in attimo.

Assumono perciò rilievo, ai fini dell'attuazione di tale rapporto obbligatorio, alcuni atti unilaterali che il debitore può compiere nell'ambito della sua autonomia privata: (i) la promessa di pagamento o il riconoscimento di debito (in particolare titolato, con la *confessione* dei fatti costitutivi dell'obbligazione); (ii) la rinuncia alla prescrizione già maturata (che è anche un effetto legale del riconoscimento del diritto, *ex art. 2944 c.c.*); (iii) il c.d. legato di debito, puro ovvero *in solutum*. Questi atti possono essere compiuti dal debitore *inter vivos*, con efficacia immediata, ovvero come atti di ultima volontà, destinati ad assumere giuridica rilevanza solo *post mortem*, in modo tale da agevolare l'esecuzione del rapporto obbligatorio – *i.e.* la riscossione del credito – da parte del *caregiver*, nei confronti (non della persona assistita, bensì) dei suoi eredi dopo la morte.

9. – Un'ipotesi di atto di ultima volontà<sup>87</sup>, al quale potrebbe fare ricorso la persona interessata per assicurare al *caregiver* una migliore soddisfazione del suo diritto, è il riconoscimento di debito *post mortem*<sup>88</sup>. Tale atto potrebbe essere posto in essere dal debitore anche *inter vivos*; tuttavia, il debitore potrebbe avere l'interesse a che gli effetti del riconoscimento di debito (*i.e.* l'inversione dell'onere della prova quanto all'esistenza del rapporto fondamentale, *ex art. 1988 c.c.*; l'interruzione della prescrizione *ex art. 2944 c.c.*) non si producano nei suoi confronti, fintantoché è in vita, ma solo dopo la sua morte, nei confronti dei suoi eredi, o degli eventuali legatari onerati del pagamento del debito.

L'interesse del debitore ad esercitare in questo senso la sua autonomia privata è ritenuto senz'altro meritevole di tutela giuridica<sup>89</sup>. Ciò emerge, in primo luogo, dall'analisi degli effetti giuridici: il riconoscimento di debito ha natura negoziale – non di mero atto giuridico<sup>90</sup> – sicché è consentito al suo autore di predeter-

<sup>87</sup> La categoria dell'atto di ultima volontà comprende, secondo la dottrina (G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, 1954; G. AMADIO, *L'atto di ultima volontà: il valore attuale di una categoria*, in *Lezioni di diritto civile*, Cedam, 2016, 2ª ed., 405 s.; V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 2, 319 s.; ID., *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, ESI, 2018), tutti quegli atti unilaterali, unipersonali, non recettizi, sempre revocabili, che acquistano rilevanza giuridica con la morte dell'autore – ammessi in quanto diretti ad assolvere la generica funzione di regolare un interesse *post mortem*, personale o patrimoniale, di chi li compie – ai quali non si applica la disciplina della forma del testamento. La disciplina formale, infatti, è dettata talvolta con rinvio alla forma testamentaria, talaltra è prevista espressamente, talaltra non richiede alcun requisito particolare.

<sup>88</sup> Con riferimento al riconoscimento di debito *post mortem*, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., 26-27.

<sup>89</sup> Cfr. Cass. civ., 3 marzo 2009, n. 5119, in *Riv. not.*, 2009, 6, 623 s., con nota di M.T. LIGOZZI, che ha ravvisato una valida ricognizione di debito *post mortem* nella seguente dichiarazione: «come riconoscimento e compenso di tutta l'assistenza, cura e amministrazione a me fatta da oltre 20 anni sino ad oggi da mia nipote *mi riconosco debitrice* ... della somma di L. 50.000.000 ... Per l'assistenza, le cure, il lavoro e l'amministrazione che continuerà a farmi da oggi in poi dichiaro di darle L. 10.000.000 all'anno. ... *prenderà quanto le devo*, per come detto sopra, *dopo la mia morte...*» (corsivo agg.).

<sup>90</sup> Si legge al n. 782 della Relazione al Re che promessa di pagamento e ricognizione del debito sono state disciplinate unitariamente: «perché conveniva mettere in evidenza, meglio di quanto non risultasse per la promessa di pagamento dall'art. 1325 del codice del 1865, che promessa di pagamento e ricognizione di debito non sono o non *meritano di essere trattate* soltanto come prove, ma soprattutto *come negozi giuridici*, regolandoli anche dal punto di vista processuale in riguardo alla loro astrattezza dal rapporto fondamentale, che rimane sempre astrattezza processuale e non materiale» (corsivo aggiunto). In dottrina, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., 28 ritiene che «il riconoscimento di debito sia propriamente una dichiarazione di volontà volta ad affermare vitale ed operante l'altrui diritto ed attuale e vincolante la propria situazione di obbligo. Chi dichiara di *dovere* qualcosa a qualcuno, non fa un'affermazione di verità, non appresenta il fatto costitutivo del debito, ma si riconosce *debitore*, cioè fa ricognizione di un rapporto giuridico, afferma il proprio obbligo e l'altrui diritto; fa una dichiarazione di volontà e non di scienza», e ancora (Id., *op. cit.*, 29) che «il riconoscimento di debito è una dichiarazione di volontà negoziale, diretta alla ricognizione di una reale *situazione di diritto*, cui la



minarne gli effetti giuridici (così non sarebbe, se si trattasse di un mero atto giuridico): in particolare, vi potrà apporre un termine, che coincida con la morte del debitore, ovvero una condizione sospensiva (come la condizione di premorienza del debitore rispetto al creditore).

Dunque, se è consentito fare un riconoscimento di debito *inter vivos* sotto la *modalità* (i.e. sotto condizione o sotto termine) della morte del debitore (prima della quale l'atto è *inefficace*), allora dovrebbe essere consentito anche fare lo stesso riconoscimento *post mortem*, come atto di ultima volontà, nel senso che esso acquista la sua rilevanza giuridica con la morte dell'autore (prima della quale l'atto è *giuridicamente irrilevante*)<sup>91</sup>. In ogni caso, è sicuro che il debitore ha il potere, nell'ambito della sua autonomia, di differire gli effetti del riconoscimento, vuoi apponendovi il termine della sua morte, vuoi affidando la dichiarazione ad un atto di ultima volontà, il quale non ha rilevanza giuridica prima della morte<sup>92</sup>.

La differenza tra le due ipotesi anzidette consiste in ciò, che chi riconosce un proprio debito sotto termine o sotto condizione *ingenera un'aspettativa* in capo al creditore, il quale perciò potrebbe trovare tutela di tale aspettativa compiendo un atto conservativo, come ad esempio il sequestro (art. 2905 c.c.), che potrebbe essere ottenuto sulla base della (sola) ricognizione del debito, seppure ancora inefficace (in pendenza del termine o della condizione); per contro, chi fa il riconoscimento di debito *post mortem* (con un atto di ultima volontà) *non ingenera* alcuna aspettativa in capo al creditore, il quale perciò non potrà ottenere alcun sequestro, vivente il *de cuius*, sulla base della dichiarazione ricognitiva, la quale *tout court* sarà *giuridicamente irrilevante* prima della morte del suo autore (sempre salva la possibilità di ottenere il sequestro su altre basi, dimostrando con altri mezzi il *fumus boni juris*).

Resta perciò da dimostrare che il riconoscimento può essere fatto con un atto di ultima volontà – quindi

legge ricollega, in funzione sua propria, l'effetto sostanziale della puntualizzazione del debito (interruzione della prescrizione), e in funzione del momento rappresentativo (dimostrativo) che può esservi implicito (riconoscimento non titolato) o connesso in forma esplicita (riconoscimento titolato), l'effetto processuale relativo alla prova del rapporto considerato (inversione dell'onere probatorio; prova piena, o semplice, dell'esistenza e del modo di essere del rapporto)». Più di recente, R. SACCO, s.v. *Dichiarazione di scienza*, in *Dig. disc. priv. (civ.)*, XII, Utet, 1995: «Asserzione e esercizio di un potere della volontà sono figure vicine, e talora indistinguibili ... (i) la dichiarazione assertiva impegna; (ii) l'importanza della qualità assertiva o promissoria della dichiarazione non deve essere sopravvalutata; (iii) *l'asserzione impegnativa è un negozio giuridico*. L'impegno mediante asserzione è razionalmente più facile da spiegare che non l'impegno mediante promessa» (corsivo agg.).

<sup>91</sup> La distinzione è formulata da G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., 327, nei termini di: (i) atti *mortis causa*, volti a regolare situazioni che si originano o traggono la loro qualificazione dalla morte (e.g. disposizione testamentaria di istituzione di erede, che ha ad oggetto il *quod superest*, ed è soggetta alla condizione di premorienza del testatore rispetto al chiamato); (ii) atto *post mortem*, qualificata dall'elemento della rilevanza giuridica esterna alla morte dell'autore (e.g. gli atti di ultima volontà); (iii) gli atti sotto modalità di morte, immediatamente rilevanti *inter vivos*, qualificati dal differimento dell'effetto finale *post mortem* (e.g. donazione *si praemoriar*). Tale distinzione è illustrata da G. AMADIO, *L'atto*, cit., 411: «il negozio inefficace ma rilevante [è un] atto, pur se privo di effetti, giuridicamente rilevante in quanto da esso risulta attualmente e compiutamente individuato l'effetto futuro, sia in ordine al suo oggetto, che al soggetto cui dovrà imputarsi (e che proprio per questo *può costituire fonte di un rapporto di aspettativa*). Il negozio ancora privo di rilevanza giuridica (intesa come aspettativa potenziale) viceversa non è ancora in grado di individuare l'effetto potenziale nei suoi profili strutturali necessari, individuabili nella situazione giuridica soggettiva che ne costituisce l'oggetto e nel soggetto cui essa dovrà essere imputata, qualora la pendenza si concluda con esito positivo» (corsivo agg.). Chi acquista un diritto sotto condizione (o termine) può compiere atti conservativi (art. 1357 c.c.), in quanto versa in una situazione di aspettativa di diritto.

<sup>92</sup> Non è condivisibile, quindi, la decisione di App. Torino, 5 luglio 2021, in *Onegale*: «Il testamento olografo può contenere un riconoscimento di debito da parte del testatore; in tal caso la detta disposizione va interpretata autonomamente dalle altre disposizioni testamentarie e deve essere sganciata dalle stesse, con *possibilità di azionarla autonomamente anche prima del decesso del testatore che si è riconosciuto debitore*. La disposizione *de qua* costituisce, infatti, un contenuto atipico del testamento, avente natura di dichiarazione di scienza a contenuto patrimoniale, secondo lo schema negoziale dell'art. 1988 c.c. Tale qualificazione, da un lato, non esclude la *validità ed efficacia ante mortem della disposizione* e, dall'altro, soggiace alle normali regole in tema di riconoscimento del debito ai sensi dell'art. 1988 c.c. in punto esistenza concreta della pretesa» (corsivo agg.).



con effetto dopo la morte dell'autore – ma senza l'osservanza delle forme testamentarie<sup>93</sup>. Ora, è pacifico che il debitore può disporre la produzione degli effetti della dichiarazione *per il tempo in cui avrà cessato di vivere*, mediante l'inserimento della stessa in un atto di ultima volontà, qual è appunto il testamento (così espressamente dispone l'art. 2735 c.c. per la confessione). Tuttavia, gli effetti della ricognizione di debito non incidono *direttamente e immediatamente* sulla delazione, in quanto non si traducono né nell'istituzione di un erede, né nell'attribuzione di un diritto (a titolo di legato), né concorrono alla determinazione dell'oggetto o dei soggetti della delazione, nemmeno mediante i meccanismi della c.d. chiamata successiva. Ne consegue che – non essendo riconducibile alle disposizioni che possono essere contenute solo nel testamento, ai sensi dell'art. 588 c.c. – il riconoscimento di debito *post mortem* si qualifica come un atto di ultima volontà, che in quanto tale può essere compiuto in forme diverse dal testamento (per esempio, una dichiarazione orale videoregistrata).

Ora, la rilevanza pratica della ricognizione di debito come atto di ultima volontà risulta evidente nel caso di chi abbia ricevuto delle prestazioni di cura a titolo gratuito da chi non vi è obbligato (anche un figlio, se non sussistono i presupposti per l'obbligo legale di prestare gli alimenti), in una misura eccedente i limiti in cui l'attività di cura si possa qualificare come adempimento di un'obbligazione morale e sociale. In questo caso, la persona assistita dovrebbe aver maturato un'obbligazione di natura restitutoria nei confronti del *caregiver*, ai sensi dell'art. 2041 c.c., pari all'ammontare del valore delle prestazioni ricevute (gratuitamente, perciò) non remunerate<sup>94</sup>.

Costei potrebbe voler agevolare il *caregiver* nel conseguimento dell'indennità da arricchimento ingiustificato, quindi nella soddisfazione del suo diritto nei confronti degli eredi della persona assistita. È chiaro che, in questo modo, la posizione processuale dei propri eredi sarà aggravata, con riferimento ad un debito che fa capo alla massa ereditaria. Al contempo, la dichiarazione ricognitiva *post mortem* consente al debitore di evitare di aggravare la *propria* posizione processuale, nell'eventualità in cui il creditore venisse a conoscenza dell'atto di ultima volontà prima della morte<sup>95</sup>.

È chiaro, dal punto di vista pratico, che in una relazione in cui il *caregiver* si prende cura di una persona (anziana, o con disabilità, o comunque vulnerabile), senza percepire alcun corrispettivo, la proposizione di un'azione di arricchimento ingiustificato nei confronti della persona assistita pare difficilmente immaginabile.

---

<sup>93</sup> Ciò sul duplice presupposto della natura di atto di ultima volontà del riconoscimento di debito *post mortem* (v. *supra* nel testo) e della mancata espressa previsione di un requisito di forma per il compimento di tale atto, a forma libera (l'opinione è pacifica in dottrina: v., da ultimo, A. ORESTANO, *Le promesse unilaterali*, nel *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Giuffrè, 2019, 205 s.).

<sup>94</sup> La ricognizione di debito dispensa colui a favore del quale è resa dal dimostrare l'esistenza del rapporto fondamentale, salva la prova dell'inesistenza dello stesso da parte del debitore. Una tale dichiarazione semplificherebbe assai la posizione processuale del *caregiver*, il quale – in mancanza dell'inversione dell'onere della prova – sarebbe tenuto a dimostrare la *mancanza di giusta causa ex art. 2041 c.c.*, cioè la mancanza di ciascuna delle possibili giustificazioni dello spostamento di ricchezza derivante dall'esecuzione della prestazione di cura. In particolare, il *caregiver* potrebbe avere difficoltà a dimostrare la mancanza dello *spirito di liberalità* da parte sua: proprio con riferimento a questo aspetto, l'inversione dell'onere della prova risulta prezioso.

<sup>95</sup> Immaginando un caso di prestazioni di cura evidentemente non dovute, la cui esecuzione è fonte di arricchimento ingiustificato in capo all'*accipiens*, una dichiarazione di riconoscimento di debito (titolata) potrebbe assumere questo tenore: «*Mia figlia si è presa di cura di me da quando la malattia mi ha reso non autosufficiente, in modo esclusivo, accogliendomi in casa sua, e rinunciando ad esercitare la sua professione per tutta la durata della mia malattia. Dato che non avevo diritto agli alimenti ex art. 433 c.c., e che le cure che ho ricevuto eccedono la misura del dovere morale e sociale di accudire un genitore bisognoso, riconosco di aver ricevuto da mia figlia una prestazione non dovuta. In conseguenza di ciò, riconosco di maturato nei suoi confronti un'obbligazione restitutoria – pari al risparmio di spesa per il pagamento del corrispettivo dell'assistenza prestata in forma professionale – per un ammontare pari a 1.800 euro/mese, per tutto il periodo in cui mia figlia si è presa cura di me, accogliendomi in casa sua e rinunciando ad esercitare la sua professione.*».



le. Tuttavia, la persona che riceve le prestazioni di cura potrebbe avere comunque l'interesse a cautelarsi, nell'eventualità della proposizione di una simile azione da parte del suo *caregiver*; allo stesso tempo, questa potrebbe avere l'interesse ad agevolare il "recupero crediti" da parte del *caregiver*, dopo la sua morte, nei confronti degli eredi, specialmente in un contesto in cui il *caregiver* sia un figlio della persona assistita, che se ne prende cura esclusivamente nell'inerzia dei fratelli.

È proprio questo il contesto in cui l'indennità di arricchimento ingiustificato sembra avere la massima utilità, come strumento per riequilibrare un trasferimento di ricchezza tra l'erede legittimo che abbia svolto gratuitamente prestazioni di cura (il quale ha subito un impoverimento, in termini di impegno e sacrificio di tempo ed energie) e gli altri eredi legittimi, che invece siano rimasti inerti (i quali perciò hanno "ereditato" l'arricchimento conseguito dal *de cuius*, in termini di risparmio di spesa per l'acquisto sul mercato delle stesse prestazioni di cura, con conseguente maggior entità del patrimonio ereditario, a tutto vantaggio degli eredi).

Un esempio può risultare chiarificatore.

La *de cuius*, vedova, ha tre figli, uno solo dei quali se ne prende cura, nell'inerzia degli altri due. Si apre la successione su un patrimonio di 300, senza debiti ereditari; tuttavia, la *de cuius* aveva già disposto donazioni in vita a favore di terzi (non legittimari) per il valore di 100. In questo caso, la quota disponibile è già stata "consumata", sicché la *de cuius* non potrebbe "beneficare" il suo *caregiver* – con un'attribuzione ulteriore alla legittima, alla quale il *caregiver* figlio comunque aveva diritto – senza ledere i diritti degli altri legittimari. È in un caso del genere che torna utile riconoscere un debito *ex art. 2041 c.c.* (effettivamente esistente), che in ipotesi ammonta a 240<sup>96</sup>.

L'eredità è devoluta secondo le quote della successione legittima, un terzo a ciascuno degli eredi legittimi (che, in quanto figli, sono anche legittimari): l'obbligazione restitutoria, perciò, si divide in parti uguali tra gli eredi (art. 752 c.c.), tra i quali lo stesso *caregiver*. Pertanto, l'obbligazione *de qua* (e il corrispondente diritto del *caregiver*) si estinguono, per confusione, nella misura di un terzo, mentre residua un credito del *caregiver* nei confronti dei coeredi (pari a 160, cioè due terzi del debito originario di 240): in particolare, egli ha diritto a 80 da ciascuno dei fratelli, a titolo di arricchimento.

Il calcolo delle quote di legittima è fatto secondo la nota formula *relictum – debitum + donatum* (art. 556 c.c.):  $300 - 240 + 100 = 160$ , da dividere per 3 legittimari, sicché ciascuno di loro ha diritto ad una quota del patrimonio ereditario, pari a 53,3 (a fronte di un *relictum* di 300). Pertanto, il *caregiver* avrà diritto a 160, a titolo di indennità di arricchimento ingiustificato (al di fuori della legittima), nonché a 53,3 a titolo di legit-

<sup>96</sup> Chiaramente, la persona accudita potrebbe adempiere la sua obbligazione restitutoria anche prima della sua morte, pagando al *caregiver* la somma dovuta, e facendosi rilasciare quietanza. Quest'ipotesi, tuttavia, potrebbe dar luogo a notevoli difficoltà. Infatti, gli eredi della persona assistita potrebbero sostenere, dopo la sua morte, che (i) non vi fosse alcuna obbligazione *ex art. 2041 c.c.*, sicché il pagamento sarebbe indebito; (ii) addirittura, che il "pagamento" sarebbe qualificabile penalmente come il prodotto di un reato di circonvenzione d'incapaci (con conseguente responsabilità restitutoria dell'*accipiens ex art. 185 c.p.*); (iii) comunque, che il pagamento sarebbe stato fatto con spirito di liberalità, sicché andrebbe qualificato come donazione, valida nei limiti della donazione manuale ("modico valore" con riguardo alle condizioni economiche del donante), soggetta a riduzione e collazione), o nulla per difetto di forma (se eccedente il modico valore). Dunque, la persona accudita potrebbe scegliere, in alternativa, se pagare subito il *caregiver* – esponendolo alle contestazioni anzidette, da parte degli eredi, dopo la sua morte – oppure se aiutarlo nel recupero del credito, attraverso uno degli atti di ultima volontà di cui si è detto (o ancora disponendo in suo favore un c.d. legato di debito, su cui v. *infra*). È chiaro che, in alcuni casi, la scelta della seconda alternativa sarà obbligata, ogniqualvolta la persona accudita versi in condizioni di debolezza talmente gravi da impedirle di procedere materialmente al pagamento, oppure perché le è stato nominato un A.d.S. con rappresentanza o assistenza per la gestione del conto corrente, il quale non intende collaborare al pagamento dell'indennità *ex art. 2041 c.c.* (ad es., perché contesta la sussistenza dei presupposti). In un caso del genere, se è vero che la persona accudita potrebbe fare ricorso al giudice tutelare contro il proprio amministratore, è vero anche che potrebbe trovare più comodo e rapido disporre, per l'adempimento dell'obbligo, mediante un atto di ultima volontà, anche in forma diversa dal testamento.



tima: avrà diritto a 213,3 in tutto. Per contro, gli altri legittimari avranno diritto a 53,3 ciascuno, come legittimari: per soddisfarsi integralmente, essi dovrebbero addirittura ridurre le donazioni fatte in vita dalla *de cuius*, giacché l'attivo ereditario (300) tolti i debiti (160) è insufficiente a soddisfare i legittimari (restano solo 140, mentre i legittimari hanno diritto a 53,3 ciascuno, cioè complessivamente a 160).

**10.** – Un altro atto di ultima volontà che la persona assistita potrebbe compiere a favore del *caregiver* – in generale, il debitore nei confronti del suo creditore – è il c.d. legato di debito (anche *satisfaciendi causa*), con cui il debitore non si limita a riconoscere il debito, ma lo adempie attraverso una disposizione di ultima volontà.

Si ricava dall'art. 659 c.c. – recante la disciplina del legato a favore del creditore – che la disposizione testamentaria possa essere fatta anche “*per soddisfare il legatario del suo credito*”. Pertanto, il nostro sistema successorio prevede sia il c.d. legato di debito puro – il legato con il quale il testatore attribuisce al proprio creditore, a titolo particolare, un diritto esattamente corrispondente alla prestazione che costituisce l'oggetto del loro rapporto obbligatorio – sia il c.d. legato *satisfaciendi causa* – con il quale il testatore attribuisce al proprio creditore, a soddisfazione del credito, una diversa prestazione. Dunque, il c.d. legato di debito potrà avere ad oggetto l'esatta prestazione dovuta al creditore, ovvero una diversa prestazione, secondo lo schema della *datio in solutum*<sup>97</sup>.

Si è osservato che quest'ultimo “legato” – con cui il debitore attribuisce il diritto alla prestazione in luogo dell'adempimento – ove pure fosse contenuto nel testamento, assai difficilmente sarebbe ridicibile entro lo schema dell'istituzione di erede o anche del legato propriamente detto. Da una parte, esso non potrebbe valere come istituzione d'erede, dal momento che non ha alcuna funzione istitutiva; dall'altra parte, esso non potrebbe neppure essere considerato un legato, e ciò non tanto perché non vi è l'attribuzione di un diritto particolare, quanto e soprattutto perché è difficile individuare il legatario, cioè la persona che debba considerarsi realmente beneficiata, in via immediata e diretta, dalla disposizione con cui il *de cuius* attribuisce al suo debitore la prestazione dovuta – che è eseguita *solvendi causa*, e non in funzione di attribuzione di un (nuovo) diritto – oppure una prestazione *in solutum*, diversa da quella dedotta in oggetto dell'obbligazione. Come non si è mancato di rilevare, infatti, il soggetto beneficiato da quest'ultima disposizione sarebbe paradossalmente lo stesso testatore (*rectius* i suoi eredi), che potrebbe così liberarsi dell'obbligazione mediante l'esecuzione di una prestazione diversa da quella originariamente dovuta<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> N. DI MAURO, *Legato di debito e datio in solutum*, in *Riv. not.*, 1990, 2, 835 s.; V. BARBA, *Contenuto*, cit., 223; A. SPATUZZI, *Sul legato di debito sulla datio in solutum con fonte testamentaria*, in *Riv. not.*, 2018, 5, 539 s. In giurisprudenza, Cass. civ., 12 luglio 2001, n. 9467, in *Giust. civ.*, 2002, 1, 90 s.: «La *datio in solutum* è astrattamente attuabile anche attraverso un negozio “mortis causa” sicché è possibile che con un legato il testatore preveda che una nuova prestazione sostituisca una prestazione precedentemente dovuta e tale disposizione testamentaria determina l'estinzione dell'obbligazione preesistente purché sia seguita dalla successiva manifestazione di volontà del legatario (convergente con la volontà del testatore) consistente nella mancata rinuncia al legato (che implica l'intenzione di rinunciare a ogni pretesa relativa all'obbligazione preesistente)»; Trib. Milano, sez. spec., 13 marzo 2020, n. 2119, in *Onelegale*, in motivaz.: «ai sensi dell'art. 659 c.c., il cd. “legato a favore del creditore” devoluto dal testatore è *satisfaciendi causa* ed in particolare costituisce una *datio in solutum*, talché il suo adempimento estingue il debito del testatore. Ciò comporta che questo genere di legato non comporta liberalità e deve invece intendersi alla stregua di qualsiasi pagamento effettuato ai creditori del *de cuius* nell'ambito della liquidazione individuale dell'eredità».

<sup>98</sup> V. BARBA, *Contenuto*, cit., 224, nota 440, il quale ritiene, comunque, che «non si possa escludere che il testatore possa aver voluto beneficiare il proprio creditore, attribuendogli una prestazione diversa (verso la quale il creditore aveva maggiore interesse) da quella originaria (verso la quale il creditore aveva scarso interesse)».



Pertanto, si è escluso che un tale atto di ultima volontà determini, a vantaggio del creditore, un'attribuzione patrimoniale *immediata e diretta*, che possa qualificarsi come legato, e consenta di qualificare il suo beneficiario come legatario. Diversamente, si è ritenuto di qualificare la disposizione in questione alla stregua di un atto di ultima volontà, anziché di una disposizione testamentaria di legato: segnatamente, si tratta di un atto di ultima volontà, con cui il testatore esercita il suo diritto potestativo e, per l'effetto, realizza la funzione propria della prestazione in luogo di adempimento. In quanto tale, l'atto di ultima volontà con cui il debitore attribuisce al suo creditore, *in solutum*, una prestazione diversa dall'adempimento, perciò, sembra qualificabile alla stregua di un atto di ultima volontà diverso dal testamento, che non reclama le forme testamentarie<sup>99</sup>: ciò vale a maggior ragione con riferimento al "legato" di debito puro.

Si ritiene la disposizione anzidetta non sia soggetto a riduzione, se non – eventualmente – nella misura in cui il *de cuius* abbia attribuito una diversa prestazione *satisfacendi causa*, e tale prestazione abbia un valore superiore al debito<sup>100</sup>. Infatti, si tratta di una disposizione solutoria, non munifica, dal momento che ha la funzione di estinguere un debito del *de cuius*, e, dunque, un debito ereditario.

Posto che la quota di riserva deve calcolarsi sottraendo al *relictum* il *debitum* e aggiungendo al risultato il *donatum*, l'esistenza di tale debito influisce sulla determinazione dell'ammontare della massa fittizia; se ne ricava che l'adempimento di tale debito comunque non lede i diritti dei legittimari, sicché il "legato" in esame sfugge all'azione di riduzione, anche nel caso in cui le disposizioni testamentarie lesive – meno quella *solvendi causa* – siano già state ridotte, e debbano ridursi le donazioni, seguendo l'ordine di cui all'art. 559 c.c.<sup>101</sup>.

**11.** – La qualificazione giuridica dell'attività prestata dal *caregiver* e la ricostruzione del regime delle restituzioni delle prestazioni di cura si sono rivelate assai complesse. I risultati dell'indagine possono essere così conclusivamente riassunti, raggruppando le varie ipotesi esaminate – da cui è escluso il caso delle cure prestate in base ad un valido rapporto contrattuale – nei tre macro-casi del *caregiver* che agisca in adempimento di un'obbligazione legale nei confronti della persona accudita; del *caregiver* gestore d'affari; del *caregiver* che non sia gestore né obbligato, il quale si prende cura della persona in via di fatto.

<sup>99</sup> V. BARBA, *Contenuto*, loc. ult. cit.

<sup>100</sup> V. BARBA, *Contenuto*, cit., 225.

<sup>101</sup> V. BARBA, *Contenuto*, cit., 226, risolve la questione in senso negativo, in quanto «Il presupposto che sorregge la regola che impone la riduzione proporzionale di tutte le disposizioni testamentarie è che si tratti di disposizioni aventi natura liberale, dacché la regola, nel conflitto tra l'interesse alla conservazione dell'attribuzione patrimoniale a favore di non legittimari e l'interesse dei legittimari a conseguire la quota di riserva, attribuisce prevalenza a questo secondo interesse, nel presupposto che il testatore non possa beneficiare altri, prima di aver soddisfatto le pretese dei legittimari. Non mi sembra, invece, una soluzione adeguata e proporzionata quella che volesse attribuire rilevanza all'interesse dei legittimari anche nel conflitto con eventuali creditori dell'eredità. In tale senso, mi sembra, infatti, orientata la stessa disciplina sul pagamento dei debiti ereditari (art. 752 c.c.), sulla liquidazione concorsuale dell'eredità (art. 498 c.c.), sulla prevalenza dei creditori sui legatari (art. 495 c.c.), nonché la stessa norma sulla riunione fittizia (art. 556 c.c.). Gli è, però, che, nel caso di legato *satisfacendi causa*, il soggetto è, insieme, creditore e legatario. Movendo dal presupposto che le norme sull'azione di riduzione servano per consentire al legittimario, leso o pretermesso, di aggredire le attribuzioni liberali fatte a non legittimari, mi sembrerebbe plausibile che il legato *satisfacendi causa*, almeno limitatamente al valore del debito originario, debba sfuggire all'azione di riduzione. Vieppiù se consideriamo che in assenza di donazioni fatte in vita dal *de cuius*, è tecnicamente impossibile che il legato *satisfacendi causa* implichi una lesione dei legittimari e che in presenza di donazioni fatte in vita, il legittimario, ove pure si escludesse la riducibilità del legato di debito, avrebbe, comunque, la possibilità di aggredire le donazioni. Si tratterebbe, dunque, di affermare che il legato di debito è esente da riduzione e che la norma la quale stabilisce che tutte le disposizioni testamentarie si riducono proporzionalmente, debba intendersi riferita a tutte le disposizioni testamentarie che non abbiano una funzione solutoria di debiti ereditari».



Il primo caso, dunque, è quello del *caregiver* che presta le sue cure in esecuzione di un obbligo di legge nei confronti della persona accudita – *i.e.* i genitori nei confronti dei figli minori, i coniugi reciprocamente, gli obbligati agli alimenti nei confronti dell'avente diritto – che, pertanto, non ha maturato alcuna pretesa restitutoria in conseguenza dell'esecuzione delle prestazioni di cura. Con riferimento a questi *caregivers*, l'esigenza di interventi pubblici di sostegno appare più urgente.

Il secondo caso è quella del *caregiver* gestore d'affari, che “scientemente” – non essendovi obbligato, e consapevole di ciò – ha iniziato a prendersi cura di una persona totalmente incapace di provvedervi, la quale tuttavia non ha diritto agli alimenti nei confronti di alcuno (vuoi perché difettano i presupposti oggettivi, vuoi perché mancano i soggetti indicati dall'art. 433 c.c.). La disciplina della gestione d'affari prevede l'obbligo del gestore di continuare la gestione intrapresa, sicché il *caregiver* gestore d'affari presta le sue cure in adempimento di un obbligo legale, il che esclude un arricchimento senza giusta causa. Tuttavia – pur a fronte di un espresso richiamo alle sole obbligazioni del *mandatario* – si ritiene applicabile per analogia la previsione dell'onerosità del mandato, qualora ciò risulti dalle circostanze, con la conseguenza che il “mandante” (*rectius* la persona accudita) sarà obbligato, ai sensi dell'art. 1709 c.c., a pagare un compenso al gestore d'affari per le prestazioni rese in modo sostanzialmente professionale. Questa soluzione consente di evitare irragionevoli disparità di trattamento rispetto al *caregiver* non gestore d'affari, che ha diritto alla restituzione per equivalente del valore delle prestazioni di cura indebitamente eseguite (mentre è fatto obbligo al *caregiver* gestore d'affari di *continuare* a prendersi cura della persona, a tutela di questa; anche se non vi sono ragioni per cui questi debba sopportare anche il peso economico di tale attività, né pare invocabile in senso contrario alcuna asserita *ratio* solidaristica dell'istituto). Infatti, quando la tutela restitutoria del *caregiver* è affidata all'arricchimento ingiustificato, tale azione (sussidiaria) consente di ottenere la restituzione del valore della prestazione di *facere* indebitamente eseguita (energie mentali e fisiche, tempo, fatica), ad esclusione del lucro cessante. Lo stesso risultato deve ritenersi possibile, in caso di gestione di affari, accordando al *caregiver* gestore d'affari *non* un'indennità da arricchimento – in quanto le prestazioni di cura eseguite sono *dovute* in adempimento dell'obbligo *ex lege* di continuare la gestione, sicché l'arricchimento è giustificato – bensì un compenso, nella misura pari al valore delle prestazioni di cura eseguite, ad esclusione del lucro cessante.

Un'altra fattispecie che la giurisprudenza qualifica come gestione d'affari è quella di chi adempie l'altrui obbligo di assistenza materiale o l'altrui obbligo alimentare, sussistendo i presupposti dell'istituto (segnatamente, l'*absentia domini*, latamente intesa come non opposizione dell'interessato). La dottrina ha evidenziato le criticità di questa ricostruzione – segnatamente, l'assenza di qualsivoglia obbligo alimentare prima della domanda in giudizio o della costituzione in mora, *ex art.* 445 c.c. e la mancanza di *solidari* della gestione – sicché pare preferibile la tesi che ritiene applicabile alle prestazioni alimentari non dovute la disciplina generale dell'indebito oggettivo e soggettivo (e, per gli alimenti somministrati in natura – mediante esecuzione di prestazioni di fare – dell'arricchimento senza causa). Con il doppio limite della configurabilità di un'obbligazione naturale (ad es. per cure saltuarie) e dell'irripetibilità, nei confronti dell'*accipiens*, delle prestazioni con finalità alimentare, eseguite a favore di chi, bisognoso, avrebbe diritto agli alimenti.

Il terzo e ultimo caso è quello del *caregiver* non gestore, il quale nemmeno sia obbligato – neanche ad altro titolo (contratti, promessa liberale, disposizioni di legge) – a prendersi cura della persona, che però di fatto accudisce. La qualificazione giuridica che pare più appropriata per le prestazioni periodiche eseguite dal *caregiver*, e accettate dalla persona assistita, è quella le riconduce all'adempimento di obbligazioni di fare, previste da un contratto di donazione di prestazioni periodiche, concluso tra le parti per fatti concludenti. Tale contratto dovrà ritenersi nullo per difetto di forma (art. 783 c.c.), con la conseguente obbligazione



dell'*accipiens* della prestazione di restituirla (per equivalente monetario, *ex art. 2041 c.c.*), il cui corrispondente diritto del *caregiver* si prescrive in dieci anni dall'esecuzione della prestazione indebita.

Per converso, l'accordo relativo all'esecuzione delle prestazioni di cura a titolo gratuito – che ragionevolmente può ritenersi concluso per fatti concludenti dal *caregiver* con la persona assistita, attraverso l'esecuzione delle prestazioni di cura, accettate da quest'ultima – non pare qualificabile come contratto gratuito atipico, avente ad oggetto l'esecuzione di prestazioni di *facere*, al quale non è imposto alcun requisito di forma. Ciò in ragione del criterio con cui distinguere le due figure: si ha donazione obbligatoria (a forma vincolata) quando il disponente agisce per soddisfare un proprio interesse *non patrimoniale*, condiviso dall'*accipiens*; si ha contratto gratuito atipico (a forma libera) quando il disponente agisce per soddisfare un proprio interesse *patrimoniale*. Nella normalità dei casi, l'assistenza di una persona cara è prestata a scopi ideali, cioè di (i) evitarle di andare in casa di riposo, (ii) assicurarle un'assistenza migliore di quella che potrebbe trovare ivi, (iii) farle compagnia/passare con lei gli ultimi momenti della sua vita. Per contro, la speranza di ricevere un lascito economico – o anche di conseguire l'indennità da ingiustificato arricchimento – resta un mero motivo individuale, e non assurge ad *interesse* condiviso dall'*accipiens* (perlomeno, non lo si può presumere, secondo *l'id quod plerumque accidit*). Peraltro, se si desse rilevanza ad un simile interesse *patrimoniale*, ne conseguirebbe la qualificazione del contratto (non come donazione, bensì) come contratto gratuito atipico, valido, quindi idoneo a produrre l'obbligazione di fare in capo al *caregiver*, il quale perciò si impoverirebbe *per giusta causa*, in quanto eseguirebbe una prestazione dovuta. Si giungerebbe così, nel dare rilevanza all'interesse patrimoniale del *caregiver* “egoista”, a frustrare proprio quello stesso interesse. Pare preferibile, anche per non appesantire l'istruttoria processuale, non dare peso eccessivo all'indagine di tali stati psicologici.

Ancora, non pare possibile ritenere “giustificato” l'arricchimento della persona assistita, a spese del *caregiver*, nemmeno in base all'art. 2034 c.c., che prevede l'irripetibilità delle prestazioni eseguite in adempimento di doveri morali o sociali. Ciò in quanto l'attività del *caregiver* – nella misura in cui sia eseguita a tempo pieno e in modo esclusivo, come di solito richiede – non sembra rientrare nei requisiti di proporzionalità e adeguatezza, richiesti da dottrina e giurisprudenza ai fini dell'art. 2034 c.c.. Al riguardo, può essere utile adottare i criteri elaborati dalla giurisprudenza francese per ravvisare – in caso di esecuzione gratuita di prestazioni di cura – il c.d. *dépassement de l'obligation naturelle*. Questi criteri consistono nel sacrificio della vita professionale del *caregiver*, nonché nell'impegno esclusivo, cioè non condiviso con altri *caregivers*, che prestino le loro cure a titolo gratuito, né con ricorso all'aiuto di operatori professionali (ad es. badanti). Prestazioni di cura di tale importanza non sono qualificabili come “prestazioni di cortesia”, che per definizione hanno un valore economico trascurabile.

Da ultimo, si sono presi in considerazione alcuni strumenti tipici dell'autonomia privata, fruibili alla persona assistita, e aventi la funzione di agevolare il *caregiver* nella soddisfazione del suo diritto nei confronti degli eredi della persona assistita (tra i quali, in ipotesi, anche lo stesso *caregiver*, che succeda *pro quota* nel debito, con conseguente estinzione per confusione, limitatamente alla sua quota, e impregiudicato il suo diritto nei confronti dei coeredi). Infatti, va considerato, dal punto di vista pratico, che un'azione di arricchimento promossa dal *caregiver* nei confronti della persona assistita non troverebbe facilmente accoglimento. Infatti, nonostante le prestazioni di cura eseguite risultino *non dovute*, al *caregiver* potrebbe essere opposto che: (i) l'arricchimento gli è stato “imposto” all'*accipiens*; (ii) le cure gli sono state prestate in adempimento di un'obbligazione naturale; (iii) non esiste la donazione di prestazioni periodiche di fare; (iv) le prestazioni di cura sono rese “per amore”, e/o non sono suscettibili di valutazione economica, etc. Queste eccezioni sarebbero infondate e dovrebbero essere disattese, ma, in concreto, potrebbero risultare defatiganti, anche in con-



siderazione del fatto che non si è ancora formata della giurisprudenza specificamente sulle questioni fin qui trattate.

In considerazione di ciò, un riconoscimento di debito da parte della persona assistita sarebbe prezioso non solo come accettazione delle prestazioni ricevute – tale da escludere la “imposizione” dell’arricchimento – ma anche al fine di invertire l’onere della prova dei fatti costitutivi del diritto del *caregiver*. Inoltre, la persona assistita potrebbe disporre un c.d. legato di debito a favore del *caregiver*. Non rientrando tra le ipotesi di disposizioni testamentarie tipiche (art. 588 c.c.), tali negozi possono essere compiuti per tramite di atti di ultima volontà diversi dal testamento, senza l’osservanza delle forme di quest’ultimo.

Inoltre, tali negozi non incidono sulla determinazione dei soggetti o dell’oggetto della successione, né si qualificano come liberalità (essendo compiuti *solvendi causa* rispetto a preesistenti obbligazioni *ex lege*), sicché non ne potrà derivare alcuna lesione dei diritti dei legittimari: la quota cui questi ultimi hanno diritto, infatti, si calcola con riferimento a *relictum* e *donatum*, detratti i debiti, tra i quali figura anche l’obbligazione restitutoria *ex lege* del *de cuius* nei confronti del *caregiver*.



MICHAEL W. MONTEROSSÌ

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università degli Studi di Torino

## IL RISARCIMENTO DEI DANNI DA INTELLIGENZA ARTIFICIALE NELLO SPETTRO DELLA RESPONSABILITÀ “VICARIA”

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il modello europeo di responsabilità da IA e il “vincolo antropocentrico” – 3. Il pacchetto europeo in tema di responsabilità per danni associati a sistemi di IA. a) La Proposta di (nuova) Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi. – b) La Proposta di Direttiva sulla responsabilità da IA. – 4. Prime riflessioni critiche sul pacchetto europeo in tema di responsabilità da IA. – 5. La (prospettata) responsabilità oggettiva dell’operatore per danni cagionati da sistemi di IA ad alto rischio nella Proposta di Regolamento del Parlamento europeo. – 6. La responsabilità “vicaria” del deployer: un’ipotesi ricostruttiva. Sistema di imputazione e principi giustificativi dell’obbligazione risarcitoria per il fatto dell’ausiliario. – 7. La responsabilità del deployer nella prospettiva dell’art. 2049 c.c. – 8. Il “fatto illecito” dell’ausiliario nello spettro decisionale del sistema di IA. – 9. (Dalla «non conformità» dell’azione umana alla «non conformità» della decisione algoritmica. – 10. Lo statuto giuridico dei sistemi di IA nella prospettiva della responsabilità “vicaria”. – 11. La redistribuzione dei costi del danno: natura “eteronoma” del processo decisionale algoritmico e azione di rivalsa a beneficio del deployer.

1. – La questione della responsabilità extracontrattuale per i danni associati ai c.d. sistemi di intelligenza artificiale (IA) continua a sollecitare l’interesse di una numerosa schiera di giuristi<sup>1</sup>, anche in ragione dei continui

<sup>1</sup> Per citare solo alcuni dei lavori, sul più circoscritto tema della responsabilità da IA, pubblicati in Italia tra il 2019 e il 2023, si vedano ALPA, *Quale modello normativo per l’intelligenza artificiale?*, in *Contratto e impr.*, 2021, 1003 ss.; AR. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1344 ss.; BERTOLINI, *Artificial intelligence does not exist! Defying the technology neutrality narrative in the regulation of civil liability for advanced technologies*, in *Europa dir. priv.*, 2022, 369 ss.; BEVIVINO, *Situazioni giuridiche soggettive e forme di tutela delle intelligenze artificiali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 899 ss.; CALABRESI-AL MUREDEN, *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Bologna, 2021; COSTANZA, *L’intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, 1686 ss.; FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contratto impr.*, 2020, 713 ss.; FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf. inform.*, 2022, 303 ss.; FINOCCHIARO, *La regolazione dell’intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1085 ss.; GRONDONA, *Responsabilità civile e IA: tra paure e mitizzazioni, meglio un anything goes in salsa popperiana*, in *Danno resp.*, 2022, 277 ss.; INFANTINO, *La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo-continentali*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1762 ss.; RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell’attuale scenario normativo*, in *Contratto impr.*, 2020, 1174 ss.; RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni di Diritto dell’Intelligenza Artificiale. Saggi a margine del ciclo seminariale “Intelligenza Artificiale e diritto” (2020)*, Torino, 2021; RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 1689 ss.; SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1246 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1073; TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di FEMIA, Napoli, 2019 e più di recente TEUBNER, *Responsabilità civile per i rischi della digitalità*, in SALANITRO (a cura di), *Smart – La persona e l’infosfera*, Pisa, 13 ss. Diversi altri contributi sul tema saranno citati nel corso del lavoro.



impulsi che, sul piano istituzionale, derivano dall'Unione europea. La premessa che fa da sfondo agli studi – dottrinali così come istituzionali – è ormai ben definita e pressoché indiscussa: le attuali norme di responsabilità sono inadeguate a garantire una tutela efficace nell'ipotesi di danni connessi all'uso di prodotti e servizi algoritmici, specie ove basati sulle metodologie progettuali e funzionali sviluppate nel campo dell'*intelligenza artificiale*<sup>2</sup>. Il problema risulta particolarmente avvertito in relazione a quella speciale classe di algoritmi che, operando secondo processi decisionali non univoci, fondati su approcci di apprendimento automatico (o *machine learning*)<sup>3</sup>, sono in grado di generare *output* – quali previsioni, raccomandazioni e decisioni – non del tutto pre-conoscibili, determinabili o spiegabili, per i creatori dei sistemi e/o per gli operatori che li utilizzano. In questi casi, una serie di fattori tecnici dei sistemi di IA – principalmente: la complessità tecnica, la (parziale) autonomia, la dipendenza dai dati e l'opacità – può rendere eccessivamente difficoltosa o onerosa l'attivazione delle norme in tema di responsabilità, fino al punto di metterle completamente fuori gioco.

Al fine di garantire ai consociati una tutela risarcitoria efficace e ad ampio raggio all'interno della costituenda «società algoritmica», l'Unione europea ha intrapreso un percorso normativo di riforma, esitato in una serie di proposte legislative oggi in via di definizione. Il piano europeo contempla, allo stato attuale, due progetti di Direttive complementari dedicate, l'una, alla «modernizzazione» della normativa in tema di responsabilità da prodotto difettoso (*Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi*) e, l'altra, all'armonizzazione «mirata» di taluni aspetti delle norme nazionali di responsabilità per colpa (*Direttiva sulla responsabilità da IA*)<sup>4</sup>, le quali completano un sistema di regole *ex ante*, al cui vertice si pone il Regolamento noto come Legge sull'IA<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Gli studi dottrinali come i documenti istituzionali evidenziano le difficoltà sia nell'individuare una terminologia adeguata per denominare i dispositivi algoritmici che si avvalgono di metodologie e logiche provenienti dalla disciplina scientifica dell'Intelligenza artificiale, sia nel fornire una definizione sufficientemente precisa per rappresentare gli elementi caratterizzanti tali dispositivi, pur nella loro ampia varietà. Cfr. a livello dottrinale ITALIANO, CIVITARESE MATTEUCCI, PERRUCCI, *L'intelligenza artificiale: dalla ricerca scientifica alle sue applicazioni. Una introduzione di contesto*, in PAJNO, DONATI, PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*. Vol. I, Bologna, 2022; BERTOLINI, *Artificial intelligence does not exist!*, cit., 369 ss. A livello istituzionale, v. il rapporto SAMOILI *et al.*, *AI WATCH. Defining Artificial Intelligence*, Luxembourg, 2020. In questa sede, si adotta la definizione formulata nel Regolamento *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale* (c.d. Legge sull'IA). Il 9 dicembre 2023, dopo lunghe negoziazioni, il Consiglio e il Parlamento europeo hanno raggiunto un accordo provvisorio sul Regolamento, il cui testo è stato approvato dal Parlamento il 13 marzo 2024. Il testo, ove approvato dal Consiglio e adottato definitivamente, entrerà in vigore 20 giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e sarà applicabile entro due anni dalla pubblicazione, con alcune eccezioni. Non essendo stato ancora pubblicato il testo definitivo, nel contributo si farà riferimento al testo del Regolamento nella versione approvata dal Parlamento, reperibile al seguente indirizzo web: <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20240308IPR19015/il-parlamento-europeo-approva-la-legge-sull-intelligenza-artificiale>. La definizione di sistemi di IA originariamente formulata dalla Commissione nella relativa Proposta, pubblicata il 21 aprile 2021, è stata emendata dapprima dal Consiglio d'Europa (6 dicembre 2022), poi dal Parlamento europeo (14 giugno 2023) e ulteriormente precisata nella versione adottata dal Parlamento nel marzo 2024, il cui testo afferma che il sistema di intelligenza artificiale (sistema di IA) è «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali» (art. 3, punto 1).

<sup>3</sup> Si tratta dei sistemi i cui processi decisionali non sono fondati su regole e conoscenza predeterminate, ma su un metodo di apprendimento, maturato nella fase di addestramento e fondato sull'analisi automatizzata dei c.d. *training data*, che consente al sistema di sviluppare da sé la regola più corretta per svolgere il compito assegnatogli. L'utilizzo di questo metodo, specie ove supportato da tecniche di apprendimento profondo (c.d. *deep learning*), amplia lo spettro delle capacità di decisione dell'IA, al contempo diminuendo quelle di governo dell'essere umano in quanto: a) l'algoritmo presenta una maggiore dipendenza dalla serie di dati esterni utilizzati per sviluppare la propria regola decisionale, la cui qualità e correttezza sono difficili da verificare; b) risulta difficile ottenere una spiegazione chiara delle ragioni che hanno condotto a una certa decisione/*output*; c) aumenta il ventaglio di possibili *output* per svolgere il compito.

<sup>4</sup> Entrambe le Proposte sono state pubblicate dalla Commissione in data 28 settembre 2022: sulla prima (COM(2022) 495 *final*) è stato raggiunto un accordo politico tra Consiglio e Parlamento in data 14 dicembre e in data 12 marzo il testo è stato adottato in via



Scopo di questo contributo non è di offrire un'analisi dettagliata delle menzionate normative, né di disputare singole regole tecniche che in esse sono destinate a trovare sede. L'analisi dei progetti normativi sarà invece funzionale a una ricostruzione in chiave critica dell'approccio europeo alla responsabilità da intelligenza artificiale, teso a valutare, attraverso il chiarimento dei presupposti concettuali e delle logiche tecniche che sorreggono i menzionati progetti normativi, in che misura le regole prospettate appaiono, sul piano teorico, informate da basi giuridicamente solide, anche alla luce delle dinamiche evolutive della responsabilità civile; nonché, sul piano operativo, idonee a garantire soluzioni tecniche sufficientemente incisive e resilienti rispetto al carico di innovazione tecnologica immesso nella società dalla diffusione dei processi decisionali algoritmici.

Gli esiti della ricerca, ancora provvisoria stante la non definitività di alcuni dei testi normativi presi in considerazione, mostreranno: (a) che il programma normativo predisposto dall'Unione europea soffre di una generale carenza di visione d'insieme, a sua volta riconducibile a un'impostazione teorica saldamente legata a paradigmi concettuali ideologicamente vincolati, la quale può minare i risultati applicativi cui esso ambisce; (b) che i paesi di tradizione europea dispongono di una regola di responsabilità – quella della c.d. responsabilità “vicaria” – che, per struttura e funzione, appare particolarmente adeguata ad affrontare – insieme ad altre – le problematiche associate all'uso di sistemi di IA, specie ove implicanti un rischio elevato per i consociati; (c) che, ove oggetto di un'opportuna reinterpretazione in chiave evolutiva, la regola di responsabilità “vicaria” non solo offre – *de iure condendo* – un valido modello di base su cui elaborare il completamento del sistema di regole divisato dal legislatore europeo, evitando la frammentazione delle istanze di tutela che esibisce il quadro normativo per come attualmente prospettato, ma può altresì rappresentare – *de iure condito* e, dunque, anche a prescindere da una sua formale riedizione in chiave algoritmica – una base normativa potenzialmente idonea a fondare un addebito di responsabilità entro i confini nazionali.

2. – Prima di esaminare più nel dettaglio il contenuto delle proposte menzionate, conviene effettuare alcune preliminari considerazioni in ordine agli elementi qualificanti il sistema europeo di regolazione dell'IA. Queste saranno utili, oltre che a meglio comprendere talune scelte normative, a impostare utilmente le riflessioni critiche e le proposte ricostruttive che seguiranno.

Il pacchetto europeo in materia di responsabilità si innesta, integrandolo, all'interno di una più ampia strategia di politica del diritto sull'IA, improntata alla promozione – entro e fuori i confini europei (c.d. *effetto Bruxelles*) – di un'intelligenza artificiale «antropocentrica» e «affidabile»<sup>6</sup>. Fin dai primi documenti di poli-

---

definitiva dal Parlamento europeo e attende l'approvazione del Consiglio: in attesa della conclusione della procedura e della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, nel contributo si farà riferimento a quest'ultima versione, reperibile al seguente indirizzo web: <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20240308IPR18990/prodotti-difettosi-protteggere-meglio-i-consumatori-dai-danni>; quanto alla seconda (COM(2022) 496 *final*) occorrerà vedere se le istituzioni riusciranno a chiudere l'*iter*, nonostante la ravvicinata scadenza dei mandati.

<sup>5</sup> In merito alla Legge sull'IA v. nota 2. Il quadro giuridico regolamentare contempla poi una serie di altre normative, molte delle quali oggetto di rinnovamento, tra cui ad esempio la direttiva macchine e la direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti.

<sup>6</sup> L'approccio è frutto della più ampia riflessione di ordine speculativo sulle implicazioni etiche dell'IA, condotta dal Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, istituito dalla Commissione europea nel 2018, i cui risultati sono stati raccolti nel documento *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, pubblicato l'8 aprile 2019. L'impostazione «antropocentrica» è stata ufficialmente accolta dalla Commissione, con la Comunicazione *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica* (8 aprile 2019, COM 168 finale) ed è stata assunta quale cifra etica e ideologica sulla cui base costruire una Normativa europea sull'IA (al tempo in cui si scrive in via di definizione) da esportare come modello normativo. In tema cfr. RESTA, *Cosa c'è di “europeo” nella Proposta*



cy, è emersa l'intenzione dell'UE di definire un modello normativo che consentisse di favorire lo sviluppo e lo sfruttamento dell'innovazione tecnologica, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali degli individui e dei valori etico-giuridici che connotano la società europea<sup>7</sup>: solo conservando la centralità dell'essere umano – detentore di uno «status morale unico e inalienabile», rispetto al quale l'IA è mero «strumento posto al [suo] servizio» e in funzione del miglioramento del suo benessere – potrà crearsi la fiducia necessaria per lo sviluppo e la diffusione della nuova tecnologia<sup>8</sup>.

Fuor di retorica, l'impostazione *human-centric* segna, spiegandola, l'opzione per un paradigma normativo di tipo regolamentare, votato alla gestione e minimizzazione (prima ma anche dopo l'immissione in mercato) dei rischi per la sicurezza e per i diritti fondamentali degli individui connessi all'utilizzo di sistemi di IA. D'altra parte, né la selezione, tramite mercato, dei prodotti e servizi algoritmici in concorrenza tra loro, né l'approntamento di rigide regole di responsabilità oggettiva sarebbero in grado, per sé sole, di garantire incentivi sufficienti ad eliminare o minimizzare i rischi associati alle applicazioni di IA, specie considerando gli effetti pregiudizievoli “occulti”, perché non facilmente identificabili dalle loro vittime ovvero “sistemici”, perché capaci di diffondersi rapidamente e capillarmente nella società, che possono derivare qualora tali rischi si concretizzassero in danni<sup>9</sup>.

Il sistema di regole *ex ante* si sviluppa attorno al Regolamento noto come Legge sull'IA, proposto dalla Commissione nel 2021 e approvato dal Parlamento europeo nel mese di marzo 2024. Il Regolamento stabilisce divieti e obblighi armonizzati specifici per chi sviluppa, fornisce o utilizza sistemi di IA ovvero gli *output* di tali sistemi all'interno dell'Unione<sup>10</sup>, seguendo un approccio proporzionato, basato sul grado di rischio associato al loro utilizzo. In estrema sintesi, il Regolamento prevede, in particolare: (i) un divieto assoluto per i sistemi di IA il cui uso comporta un rischio inaccettabile, perché contrario ai valori dell'UE e lesivi dei diritti fondamentali (art. 5); (ii) una serie di requisiti tecnici e obblighi diligenza specifici in capo ai fabbri-

---

*di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale*, in CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'intelligenza artificiale. Atti del Convegno del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche, Ca' Foscari Venezia, 25-26 novembre 2021*, Milano, 2022, 53 ss., nonché in *Dir. Inform.*, 2, 2022, 323 ss. Per alcune riflessioni in chiave geopolitica si veda altresì FINOCCHIARO, *La Proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale. Il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'intelligenza artificiale*, cit., 215 ss.

<sup>7</sup> Negli Orientamenti etici si era evidenziata la necessità di assicurare il rispetto di una serie di requisiti etici che, nella versione emendata del testo della Legge sull'IA approvato dal Parlamento nel giugno 2023, avevano assunto la caratterizzazione giuridica di veri e propri “principi generali applicabili a tutti i sistemi di IA” (v. art. 4 bis): si tratta, più nello specifico, dei principi di: a) intervento e sorveglianza umani; b) robustezza tecnica e sicurezza; c) vita privata e governance dei dati; d) trasparenza; e) diversità, non discriminazione ed equità; f) benessere sociale e ambientale (l'unico requisito non riprodotto era quello dell'*accountability*, non del tutto coerente con l'approccio “deterministico” scelto dalla Commissione europea). Nella versione del Regolamento approvata dal Parlamento europeo nel marzo 2024, il riferimento ai principi nell'articolato non compare, trovando spazio nel considerando 27 e assumendo dunque un carattere non vincolante. Sui principi generali in materia di IA si veda cfr. COSIO, *Il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. I principi generali*, in *UE e internazionale*, settembre 2023. Sulla differenza tra l'approccio deterministico della Proposta di legge sull'IA e quello basato sull'*accountability* del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (2016/679) si veda OTTALIA, *Il governo dell'algoritmo*, in *AIDA*, 2022, 301 ss., spec. 308 ss.

<sup>8</sup> In questo senso, la già citata Comunicazione della Commissione *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*. Il riferimento allo status morale unico e inalienabile dell'essere umano si rinviene negli Orientamenti etici del Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale.

<sup>9</sup> Si pensi ai problemi legati alla produzione di decisioni discriminatorie perché fondate su set di dati caratterizzati da *biases*, le quali sono difficilmente individuabili da un singolo soggetto. In tema si veda OTTALIA, *Il governo dell'algoritmo*, cit., 306, INFANTINO, *La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo-continentali*, cit., 1762 ss.

<sup>10</sup> Si sofferma sul punto ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e pratiche di intelligenza artificiale vietate*, in CAMARDI (a cura di), *La via europea dell'intelligenza artificiale*, cit., 267 ss., spec. 277 ss.



canti, fornitori e *deployer*<sup>11</sup> di sistemi di IA «ad alto rischio», comportanti un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone (artt. 6 e ss.); (iii) alcuni obblighi minimi di trasparenza per specifici sistemi di IA il cui uso comporti un rischio basso o minimo (art. 50); (iv) talune regole armonizzate per l'immissione sul mercato di modelli di IA per finalità generali (art. 51)<sup>12</sup>. La verifica del rispetto di tali obblighi è affidata ad apposite autorità competenti, legittimate a sanzionarne l'eventuale violazione (artt. 90 e ss.).

Va da sé che il quadro regolamentare di stampo pubblicistico, pur orientato alla garanzia di sorveglianza umana e di trasparenza nella progettazione e nell'utilizzo dei sistemi di IA, non elimina la necessità di approntare un efficace sistema di responsabilità, il quale conserva un fondamentale ruolo *complementare*, per assicurare la tutela privata delle vittime allorché i rischi si concretizzano in danni; nonché – più in generale – quale dispositivo retorico di rafforzamento della fiducia del pubblico nella possibilità di giovare dei benefici dell'IA, senza doversi gravare dei costi derivanti da decisioni per loro ingiustamente pregiudizievoli. È in questa duplice prospettiva che l'UE ha promosso, accanto al primo filone normativo, un intervento riformatore di adeguamento del sistema di responsabilità al nuovo contesto tecnologico, con l'obiettivo espresso – che di quell'intervento deve segnare la misura – di assicurare alle vittime di danni causati dall'IA un «livello di protezione equivalente» rispetto alle vittime di danni causati senza il concorso dell'IA<sup>13</sup>; al contempo evitando – com'è nella natura stessa di questi interventi – la frammentazione giuridica all'interno del mercato unico.

Analizzando i documenti preparatori dell'UE<sup>14</sup>, si evince come l'istanza di adeguamento muova dalla necessità di superare, in particolar modo, due ordini di problemi giuridici, variamente connessi alla complessità, al grado di autonomia, alla capacità inferenziale e all'opacità che connotano i processi decisionali algoritmici, specie se associati all'utilizzo di sistemi di *machine learning* (c.d. *effetto scatola nera*).

Il primo problema riguarda l'individuazione del soggetto da convenire in giudizio per ottenere la riparazione del torto subito. La complessità tecnica alla base del funzionamento dei sistemi IA determina una mol-

<sup>11</sup> La proposta di Regolamento formulata nel 2021 si riferiva alla figura dell'*utilizzatore* del sistema di IA; il Parlamento europeo, nella versione approvata con emendamenti nel giugno 2023, si riferiva alla figura dell'*operatore*; da ultimo, nella versione approvata dal Parlamento europeo nel marzo 2024, ci si riferisce alla figura del *deployer* (così anche nella versione in italiano), a cui, pertanto, si farà riferimento in questo contributo, non essendo ancora stato pubblicato il testo nella versione definitiva. La definizione è rimasta tuttavia identica: «qualsiasi persona fisica o giuridica, autorità pubblica, agenzia o altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale». Il termine «operatore», in quest'ultima versione, si riferisce a una categoria più ampia di soggetti, comprensiva del «fornitore, fabbricante del prodotto, deployer, rappresentante autorizzato, importatore o distributore».

<sup>12</sup> Esemplificando, rientrano nella categoria dei sistemi di IA vietati quelli che «utilizza[no] tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone [...] in un modo che provochi o possa provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo»; nei sistemi di IA ad alto rischio sono invece compresi quelli «destinati a essere utilizzati per l'assunzione o la selezione di persone fisiche, in particolare per pubblicare annunci di lavoro mirati, analizzare o filtrare le candidature e valutare i candidati»; nei sistemi non qualificati ad alto rischio rientrano i sistemi di IA usati per il «riconoscimento delle emozioni» o sistemi di «categorizzazione biometrica» o, ancora sistema di IA «che genera[no] o manipola[no] immagini o contenuti audio o video che costituiscono un "deep fake"». Un sistema è qualificato ad alto rischio se soddisfa le condizioni previste dall'art. 6 del Regolamento, il quale, all'All. III, contiene una elencazione specifica (ma modificabile dalla Commissione) di sistemi qualificabili (salva prova contraria del fornitore ai sensi dell'art. 6, par. 4) come ad alto rischio.

<sup>13</sup> Così, espressamente, nella *Relazione illustrativa della Proposta di direttiva sulla responsabilità da IA*, cit., p. 2.

<sup>14</sup> Si vedano in particolare: Commissione europea, Staff Working Document, *Liability for Emerging Digital Technologies*, che accompagna la Comunicazione *Artificial intelligence for Europe* (SWD(2018) 137 final); il Report della Commissione *on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC)*, (COM(2018) 246 final) e il Report dell'Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Digital Technologies*, 2019.



tipificazione delle possibili fonti di “distorsione” dell’*output*, rendendo oltremodo difficoltoso o comunque oneroso – per l’attore “potenziale” – stabilire a quale dei numerosi soggetti che partecipano alla produzione della decisione algoritmica sia causalmente riconducibile il danno ad essa associato<sup>15</sup>. Le difficoltà risultano, sotto tale profilo, ulteriormente amplificate in ragione dell’incertezza che deriva dall’autonomia decisionale che sorregge taluni di questi sistemi e che, se non adeguatamente appianata mediante preventive scelte legislative, scarica sull’attore il costo, in termini di rischio, di decidere chi debba rispondere di un eventuale comportamento autonomo lesivo, assegnando al convenuto un’arma per rifuggire da un eventuale addebito di responsabilità<sup>16</sup>.

Il secondo problema riguarda la difficoltà – per l’attore che si sia determinato ad agire in giudizio – di raccogliere gli elementi probatori necessari e sufficienti a provare tutti gli elementi costitutivi alla base del modello di responsabilità che si è scelto di attivare. Su questo versante, gli ostacoli si legano più strettamente all’elevato grado di opacità dei sistemi di IA<sup>17</sup> che, oltre a intensificare il problema della ricerca del convenuto sopra evidenziato, può altresì impedire la prova in giudizio della connessione causale tra la natura lesiva dell’*output* e un difetto del sistema (qualora si sia agito contro il produttore) o una colpa addebitabile al partecipante alla catena di produzione dell’*output* convenuto in giudizio, qualora si agisca secondo il tradizionale modulo di responsabilità per colpa. Si tratta, a ben vedere, di problemi tra loro strettamente collegati, ma non identici: il secondo emerge a valle del primo, nel senso che presuppone che la vittima abbia già selezionato il convenuto o i convenuti a cui il danno ritiene sia da addebitare, decidendo di affrontare i costi e i tempi che conseguono alla loro chiamata in giudizio.

Precisati il ruolo e la funzione della responsabilità in tema di IA, nonché le ragioni e la misura dell’intervento riformatore, resta infine da osservare – e il dato acquisirà particolare rilevanza nel prosieguo – che anche l’approccio sul versante della responsabilità risulta imbevuto dell’istanza antropocentrica, la cui ten-

<sup>15</sup> Quest’ultimo può invero dipendere da criticità connesse alla fase di ideazione, progettazione o di sviluppo dell’architettura algoritmica; all’interazione del dispositivo algoritmico con l’ambiente fisico o tecnologico da cui vengono tratte le informazioni, in forma di dati *input*, necessarie per l’apprendimento e per la generazione degli *output* in vista del raggiungimento degli obiettivi, impliciti o espliciti, perseguiti dal suo operatore (problemi di connettività; *biases* nei dati; intrusioni di terzi sfruttando vulnerabilità di cibersicurezza); e, ancora, alla capacità dell’*output* di influenzare a sua volta l’ambiente esterno in cui il dispositivo è chiamato a operare, introducendo nuove informazioni che verranno utilizzate come dati *input* per future decisioni algoritmiche (*biases* contenuti in *output* poi a loro volta utilizzati come informazioni per “educare” altri modelli e/o che vengono interiorizzati nei modelli stessi). Cfr. in tema OTTALIA, *Il governo dell’algoritmo*, cit., 303; per una approfondita analisi delle problematiche poste dai sistemi di IA in ragione delle principali caratteristiche tecniche si veda: PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Torino, 2023.

<sup>16</sup> Il problema dell’autonomia ha avuto grande risalto negli studi sulla responsabilità da intelligenza artificiale, suscitando un’ampia riflessione specie in ordine al soggetto a cui, in una prospettiva di politica del diritto, avrebbe dovuto essere addebitato il costo dei danni ad essa connessa. Nella normativa sull’UE il problema risulta affrontato solo in via indiretta, attraverso la predisposizione di una serie di requisiti tecnici e misure di gestione del rischio volte a ridurre il grado di indeterminazione della scelta autonoma sì da potere ricondurre quella “errata” sempre a un’azione (o omissione) umana o un difetto del prodotto. In tal modo, tuttavia, il costo di individuare le ragioni della scelta autonoma sbagliata viene scaricato sulla vittima, la quale – per ottenere il risarcimento – dovrà provare causalmente a chi quella scelta sia addebitabile. Il punto sarà ripreso nel corso del contributo.

<sup>17</sup> L’opacità può dipendere sia da scelte strategiche di “secretazione” delle formule algoritmiche necessarie per decodificare il processo decisionale all’origine dell’*output*, sia da una progettazione dell’architettura algoritmica tale da non rendere conoscibile o spiegabile, mediante un percorso a ritroso *ex post*, le ragioni e i *patterns* che hanno condotto alla generazione di uno specifico *output*. Cfr. sul punto OTTALIA, *Il governo dell’algoritmo*, cit., 303. Si segnala, al riguardo, che il Regolamento sull’IA contempla, nell’attuale versione, un «diritto alla spiegazione dei processi decisionali» in cui siano coinvolti sistemi di IA ad alto rischio, volto a consentire alla persona interessata di comprendere in particolare il «ruolo del sistema di IA nella procedura decisionale e [i] principali elementi della decisione adottata» (art. 86). Da una prima e ancora provvisoria lettura della norma, non pare che il legislatore abbia con tale norma inteso estendere la spiegazione anche agli elementi relativi al funzionamento tecnico del sistema di IA.



sione a preservare la centralità dell'essere umano penetra nella trama progettuale intessuta dal legislatore, condizionando il contenuto tecnico delle soluzioni proposte, sotto diversi profili.

Per un verso, la “riserva di umanità”<sup>18</sup> si riflette, fondandola, nell'affermazione secondo cui qualsiasi cambiamento del quadro giuridico in tema di responsabilità «dovrebbe *iniziare* con il chiarimento che i sistemi di IA non possiedono né una personalità giuridica né una coscienza umana e che il loro unico compito consiste nel servire l'umanità»<sup>19</sup>. La precisazione si riallaccia, per rifiutarla, a quella tesi – avanzata dapprima in senso alla dottrina tedesca e statunitense<sup>20</sup> e rimbalzata poi sullo stesso tavolo istituzionale europeo<sup>21</sup> – che, lungo il crinale di una soggettività intesa in senso puramente tecnico e patrimonialistico, aveva ipotizzato di istituire taluni sistemi di IA come «*persone elettroniche*», per farne il centro di imputazione finale di vicende lesive dalle matrici causali difficilmente decifrabili. Anche la dottrina prevalente si è espressa sull'ipotesi in termini prevalentemente negativi, ritenendo che una tale soluzione si rivelerebbe poco utile, perché non riuscirebbe a eliminare il problema – di cui l'imputazione materiale del danno è solo strumentale – di individuare il patrimonio mediante il quale riparare il pregiudizio patito dal terzo innocente<sup>22</sup>; se non addirittura dannosa, poiché dietro il “velo digitale” della *personalità elettronica*, si determinerebbe una limitazione della responsabilità patrimoniale dei soggetti potenzialmente coinvolti nel fatto dannoso (il fabbricante, il fornitore, l'operatore o il *deployer*), con proporzionale riduzione degli incentivi all'adozione di adeguate cautele<sup>23</sup>. Ciò che interessa qui rilevare, tuttavia, è che, contrariamente alla dottrina, l'UE riconduce tale rifiuto non già a ragioni tecnico-giuridiche, bensì alla premessa ideologica del quadro normativo da cui il modello europeo di regolazione deve muovere. Il che, sul versante della responsabilità, si risolve, come si avrà modo di osservare meglio nel prosieguo, nella necessità di costruire regimi di responsabilità fondati sull'implicita identità ontologica tra il sistema di IA, le sue componenti e, finanche, le sue decisioni, da un lato, e le cose (o i prodotti) che da sempre popolano la realtà *offline*, dall'altro.

<sup>18</sup> Cfr. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Padova, 2023.

<sup>19</sup> Così si legge nella Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)), che accompagna la Proposta di regolamento sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale (corsivo aggiunto), sul quale si tornerà *infra*, § 5.

<sup>20</sup> La letteratura è molto vasta sul tema. Per alcuni riferimenti di particolare interesse si vedano: TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di FEMIA, ESI, Napoli, 2019; BECKERS, TEUBNER, *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence. Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*, Oxford, 2021; BECK, *Über Sinn und Unsinn von Statusfragen: Zu Vor- und Nachteilen der Einführung einer elektronischen Person*, in HILGENDORF, GÜNTHER (a cura di), *Robotik und Gesetzgebung*, Baden-Baden, 2013, 239 ss., spec. 255 ss.; CIRILLO, *I soggetti giuridici digitali*, in *Contratto e impr.*, 2020, 2, 573 ss.; DI ROSA, *Soggettività giuridica e responsabilità robotica*, in CUOCCI, LOPS, MOTTI (a cura di), *La responsabilità civile nell'era digitale. Atti della Summer school, 2021*, Bari, 2022, 163 ss.

<sup>21</sup> Nella risoluzione del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), il Parlamento europeo aveva aperto all'ipotesi di istituire i robot autonomi più sofisticati – quelli che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi – come *persone elettroniche*, in modo da renderli «responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato [...]» (cfr. punto 59 (f)).

<sup>22</sup> Cfr. in questo senso ALPA, *Quale modello normativo per l'intelligenza artificiale?*, in *Contratto e impr.*, 2021, 1003 ss.; FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contratto e impr.*, 2020, 2, 713 ss.; RUFFOLO, *Il problema della “personalità elettronica”*, cit., 76 ss. D'altra parte, rilevano diversi autori, la creazione di un patrimonio separato, riferibile direttamente al sistema di IA, richiederebbe l'istituzione di una nuova unità soggettiva. Cfr. in questo senso, *ex multis*, RUFFOLO, *Il problema della personalità elettronica*, cit., 77 ss.

<sup>23</sup> Su cui WAGNER, *Forschungsinstitut für Recht und digitale Transformation*, Working Paper Series, 2019, [www.rewi.hu-berlin.de/de/1f/oe/rdt/pub/working-paper-no-2](http://www.rewi.hu-berlin.de/de/1f/oe/rdt/pub/working-paper-no-2), 22, secondo cui la creazione di un'autonoma entità giuridica può contribuire a limitare la responsabilità di produttori e degli utenti che contribuiscono all'azione lesiva e stimolarli ad assumere più rischi a costi inferiori, in modo simile a quanto avviene nel diritto societario.



Per altro verso, la centralità dell'essere umano – il quale deve sempre essere (percepito dai consociati come) in grado di mantenere il controllo sull'operato del sistema di IA – si traduce nella ricerca, espressa negli studi preparatori e riflessa nel contenuto delle proposte, di soluzioni che assicurino che l'imputazione del danno patito dalla vittima (ove non difettoso) si realizzi solo ove questo sia espressione di una condotta "rimproverabile" di uno dei componenti della catena del valore, di modo che ciascuno si assuma la responsabilità – morale oltre che giuridica – del proprio operato: d'altra parte, sottolineano le istituzioni, i danni associati ai sistemi di IA «sono quasi sempre il risultato della creazione, della diffusione o dell'interferenza con i sistemi da parte di qualcuno [...]»<sup>24</sup>.

L'analisi dell'impianto normativo di (parziale) armonizzazione messo a punto dall'UE, tuttavia, consente di rilevare una particolare tensione tra il perseguimento degli obiettivi prefissati dal legislatore e la logica antropocentrica che pervade il sistema di responsabilità, la quale si traduce in una disciplina frammentata idonea sì ad agevolare la vittima nel sostegno di una domanda risarcitoria, ma non anche nell'individuazione del soggetto contro cui rivolgere la stessa.

**3. a)** – Al fine di dare corso al rilievo formulato, occorre dapprima volgere l'attenzione ai due progetti di direttiva che, in concorso tra loro<sup>25</sup>, sono chiamati a costituire un sistema di responsabilità idoneo ad assicurare l'equivalenza della protezione, nel rispetto del vincolo antropocentrico.

Il primo, ormai prossimo alla definitiva adozione, mira a modernizzare, sostituendola, la Direttiva 85/374/CEE in tema di prodotto difettoso. Com'è noto, la normativa contempla una regola di responsabilità più rigorosa di quella fondata sulla colpa, ispirata alla logica del rischio d'impresa<sup>26</sup>, in base alla quale il produttore risponde dei danni – a persone o cose – derivanti dall'utilizzo di un prodotto da parte dei consumatori, laddove sia possibile dimostrare che l'accadimento dannoso sia causalmente riconducibile a un difetto dello stesso. La nuova Direttiva, pur riproducendo la struttura e la logica di fondo della precedente disciplina, introduce rilevanti modifiche nel tentativo di farla aderire a un contesto sociale profondamente mutato in ragione della proliferazione di prodotti ad alto contenuto tecnologico, la cui costante interazione con il

<sup>24</sup> Cfr. in questo senso la Risoluzione del Parlamento europeo in tema di responsabilità da IA (2020/2014(INL)) e, specialmente, il punto 7 della Risoluzione e il cons. 6 della connessa Proposta di regolamento.

<sup>25</sup> Il tema del rapporto tra le due normative è approfondito da BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. prime riflessioni sulle proposte della Commissione*, in *Danno e resp.*, 2, 2023, 153 ss.

<sup>26</sup> Da noi TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, testo ripreso nel più recente *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, che riconduce tale ipotesi all'area della responsabilità oggettiva (la Direttiva del 1985 si riferisce a una responsabilità «senza colpa»), mentre nella Proposta del 2022 si discorre apertamente di responsabilità oggettiva), sebbene con alcune deviazioni rispetto alla logica del rischio legata alla necessità di distinguere i rischi da attribuire ai terzi-utenti che non sono in tali casi estranei alla vicenda lesiva. Non è possibile ripercorrere le numerose teorie che sono state avanzate sul fronte dell'inquadramento della responsabilità da noi oggi contenuta agli artt. 114 ss. del Cod. Cons. Ci si limiterà a evidenziare che l'esimente del rischio da sviluppo induce a ravvisare, ove operante, una forma di responsabilità aggravata, poiché il produttore può liberarsi dimostrando l'assenza di colpa, legata al fatto che, sulla base delle conoscenze tecnico-scientifico, quel prodotto, nel momento in cui è stato messo in commercio, non poteva essere considerato difettoso. Sulla Normativa del 1985 si veda, oltre ai lavori citati nel prosieguo, ALPA, CARNEVALI, DI GIOVANNI, GHIDINI, RUFFOLO, VERARDI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, 1990. Sull'evoluzione della disciplina sul danno da prodotto difettoso, anche in chiave comparata: ALPA (a cura di), *Responsabilità del produttore*, Milano, 2019. Sui problemi sollevati dalle nuove tecnologie, prima della Proposta della Commissione, si veda MONTINARO, *Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law*, in *Pers. merc.*, 4, 2020, 365 ss. Per un'approfondita analisi delle norme inserite nella Proposta di direttiva del 2022 sul prodotto difettoso e di quella sulla responsabilità da IA si veda HACKER, *The European AI liability directives – Critique of a half-hearted approach and lessons for the Future*, in *Comput. Law Secur. Rev.*, 51, 2023, 1 ss.



flusso di dati provenienti dalla rete virtuale ne moltiplica, oltre alle funzionalità, anche le possibili fonti dei malfunzionamenti all'origine dei danni.

In via di estrema sintesi, l'adeguamento operato dalla nuova normativa – destinata ad avere un campo di applicazione ben più ampio di quello segnato dai danni cagionati dai sistemi di IA – muove lungo tre principali linee direttrici<sup>27</sup>, ciascuna delle quali intercetta un nodo strutturale fondamentale del modello di responsabilità in esame.

La prima concerne la nozione di «prodotto» rilevante ai fini della normativa, che viene estesa agli elementi che ne determinano la natura digitale. Essa comprenderà, in particolare: (i) il *software*, sia quello integrato in un dispositivo, sia quello utilizzato tramite tecnologie cloud (ad esclusione del codice sorgente e del software libero); (ii) i *file per la fabbricazione digitale*, che contengono le istruzioni necessarie per produrre beni materiali attraverso il controllo automatizzato di macchine o strumenti; (iii) i *servizi digitali correlati*, integrati o interconnessi al sistema, quali la fornitura continuativa di dati, necessari per il funzionamento di un prodotto, ove siano sottoposti al controllo del fabbricante di tale prodotto<sup>28</sup>. Ne consegue che l'azione di responsabilità per il danno (a cose, persone ma, nella nuova Direttiva, anche ai dati)<sup>29</sup> cagionati dal prodotto difettoso può essere mossa direttamente non solo contro il fabbricante (o l'operatore economico ad esso assimilato)<sup>30</sup> dell'hardware, ma anche contro lo sviluppatore di software, compreso il fornitore di sistemi di AI, come definito nel Regolamento sull'IA, nonché nei confronti del fornitore dei servizi digitali, ma solo laddove i servizi possano essere considerati sotto il governo tecnico del fabbricante (nel qual caso si potrà agire contro lo stesso fabbricante). Resta in ogni caso impregiudicata la possibilità per la presunta vittima di muovere un addebito di responsabilità al fornitore del servizio digitale secondo le ordinarie norme nazionali, di regola configurate per tali ipotesi attorno al requisito della colpa.

La seconda linea di modifiche investe il concetto di «difetto», per il cui riscontro – secondo il tradizionale *medium* rappresentato dell'«aspettativa di sicurezza» della massa (potenziale) degli utenti – occorre prendere in considerazione una serie più ampia di circostanze, legate alla natura e ai rischi specifici dei prodotti

<sup>27</sup> In ragione delle finalità di questo scritto, nel testo si farà riferimento solo ad alcune delle principali novità, quelle più rilevanti in tema di IA, che la nuova Direttiva intende introdurre rispetto alla normativa del 1985. Come segnalato, l'ambito applicativo è più ampio e importanti novità sono introdotte sia con riguardo alla nozione di danno rilevante ai fini della Direttiva, sia dei soggetti chiamati a rispondere qualora il fabbricante sia stabilito al di fuori dell'UE (su cui si vedano, rispettivamente, le note 31 e 32). La Normativa, inoltre, mira a modernizzare la disciplina anche con riguardo al nuovo contesto dell'economia circolare.

<sup>28</sup> Cfr. su tali aspetti, rispettivamente, i cons. 13, 16 e 17, nonché l'art. 4 della nuova Direttiva. La nozione di «controllo del fabbricante» risulta particolarmente ampia, comprendendo sia l'ipotesi in cui il fabbricante esegue o autorizza o consente: «i) l'integrazione, l'interconnessione o la fornitura di un componente, compresi aggiornamenti e migliorie del software, o ii) la modifica di un prodotto, incluse modifiche sostanziali», sia l'ipotesi in cui il fabbricante «è in grado di fornire aggiornamenti o migliorie del software direttamente o tramite terzi» (v. art. 4, punto 5).

<sup>29</sup> Si parla più precisamente di distruzione o corruzione di dati non usati a fini professionali (cfr. art. 6, lett. c). Non è invece stata accolta l'opzione legislativa che prevedeva la possibilità di attivare la normativa anche nel caso di danni derivanti da violazioni di diritti fondamentali, quali violazioni della vita privata o discriminazioni (ad esempio a causa di un software basato sull'IA per l'assunzione di personale), espressamente esclusi dall'ambito applicativo della Direttiva (cons. 24).

<sup>30</sup> Seguendo una logica di facilitazione nell'individuazione del danneggiato già caratterizzante la Direttiva del 1985, nel caso in cui il fabbricante sia stabilito al di fuori dell'Unione, possono essere ritenuti responsabili l'importatore del prodotto o di un componente difettoso, il rappresentante autorizzato del fabbricante, nonché – ad ulteriore tutela – il fornitore dei servizi di logistica, nei casi tutti i predetti soggetti siano stabiliti fuori dell'Unione (art. 8). Si tratta di una novità rilevante, tanto da costituire, secondo alcuni autori, un fattore di regolazione destinato ad essere esportato anche fuori dai confini dell'Unione: cfr. WAGNER, *Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect*, in *Journal of European Tort Law*, 2022, 191 ss., 242. Il contenuto delle regole proposte su questo fronte, con particolare riferimento alle piattaforme di commercio elettronico, è oggetto di approfondita analisi, anche in chiave comparata, in PETRUSO, SMORTO, *Responsabilità delle piattaforme digitali e trasformazione della filiera distributiva nella proposta di direttiva sui prodotti difettosi*, in *Danno e resp.*, 2023, 8 ss.



dell'era digitale (e dell'economia circolare). In tal senso, la Direttiva contempla la possibilità che la natura difettosa del prodotto derivi da elementi che sopraggiungono alla sua messa in circolazione, in virtù dal suo costante collegamento alla rete virtuale<sup>31</sup>, quali un errore nella fornitura di dati nell'ambito dei servizi digitali correlati, negli aggiornamenti o migliorie apportati al software successivamente all'immissione in mercato o, ancora, la mancanza di aggiornamenti o migliorie del software necessari per mantenere la (ciber)sicurezza del prodotto ed evitare possibili intrusioni di terzi, il cui concorso nella causazione del danno, peraltro, non esclude la responsabilità del fabbricante<sup>32</sup>. Nel valutare la sicurezza del prodotto, evidenzia inoltre il legislatore, occorre altresì tenere conto degli «effetti sul prodotto che ci si può ragionevolmente attendere siano utilizzati insieme al prodotto», nonché «degli effetti sul prodotto dell'eventuale capacità di continuare a imparare dopo la sua diffusione».

Il terzo snodo della Proposta concerne la rete di agevolazioni processuali riconosciute alla vittima, perlopiù tesa, nella logica di rinnovazione della normativa, a superare i problemi di “opacità” che connotano il funzionamento dei dispositivi dotati di intelligenza. La strategia non è nuova alla disciplina della responsabilità del produttore. Uno dei tratti distintivi della Direttiva del 85/374/CEE era rappresentato – e continuerà ad esserlo nella sua nuova versione – dalla “sintesi” operata sul piano del nesso eziologico, ridotto al solo legame tra difetto del prodotto e danno patito, di modo da sgravare la vittima dall'onere di ricercare e dimostrare le cause – tutte interne all'organizzazione e produzione aziendale – all'origine del malfunzionamento del prodotto. L'originario effetto agevolativo risulta nella nuova Direttiva ulteriormente amplificato, per mezzo di una serie di meccanismi processuali – previsti agli artt. 9 e 10 – che dovrebbero facilitare (pur senza invertirlo, precisa la Direttiva) la prova del difetto e/o del nesso causale da parte dell'attore.

L'art. 9 prevede un obbligo di divulgazione dei pertinenti elementi di prova a carico del danneggiante, su ordine del giudice, previa apposita sollecitazione da parte dell'attore che abbia dimostrato, adducendo fatti e prove sufficienti, la *plausibilità* delle proprie ragioni<sup>33</sup>. La norma ripropone la misura introdotta con la Direttiva sul danno antitrust (art. 5 Direttiva (UE) 104/2014 e art. 3 d.lgs. n. 3/2017) al fine di alleviare la forte asimmetria informativa che – in quell'ambito come in questo, sebbene per ragioni diverse – connota la posizione delle parti in causa. Il giudice dovrà valutare la sussistenza delle condizioni dell'ordine di esibizione, selezionare gli elementi di prova rilevanti ai fini della causa e proporzionali rispetto alla decisione da assumere, nonché adottare, se del caso, i provvedimenti necessari a tutelare informazioni qualificabili in termini di segreto commerciale. Diversamente da quanto previsto per l'illecito antitrust, il mancato ottemperamento all'ordine di esibizione è qui “sanzionato” attraverso la previsione di una presunzione relativa di difettosità del prodotto (art. 10, par. 2, lett. a). La regola riveste particolare interesse perché, ove opportunamente interpretata, induce a qualificare come “difettoso” ogni dispositivo che non sia stato progettato in modo tale da renderne conoscibile e comprensibile il funzionamento tecnico. In questa prospettiva, essa è suscettibile di

---

<sup>31</sup> Al riguardo, la Direttiva prevede, all'art. 11, par. 1, una esenzione del fabbricante dalla responsabilità qualora riesca a provare che «è probabile che il difetto che ha causato il danno non esistesse al momento in cui il prodotto è stato immesso sul mercato, messo in servizio o, nel caso di un distributore, messo a disposizione sul mercato, o che tale difetto è sopravvenuto dopo tale momento», esenzione che, tuttavia, non opera nelle ipotesi menzionate nel corpo del testo, a norma dell'art. 11, par. 2.

<sup>32</sup> Sul punto si permetta di rinviare al mio *Responsabilità civile e cibersicurezza nell'ecosistema dell'Internet delle cose*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 1 ss., dove si era argomentato in favore dell'estensione del concetto di difetto del prodotto anche alle vulnerabilità in termini di cibersicurezza, nell'ottica di creare maggiori incentivi all'investimento in sicurezza informatica, considerato un obiettivo strategico per assicurare la fiducia dei consumatori e, di conseguenza, garantire il buon funzionamento del mercato.

<sup>33</sup> Giova osservare che, in virtù di un nuovo paragrafo non previsto nell'originaria Proposta di direttiva, la regola può trovare applicazione anche in favore del convenuto che, alle stesse condizioni, può chiedere che l'attore sia tenuto a divulgare i pertinenti elementi di prova a sua disposizione (art. 9, par. 2).



trovare ulteriori sviluppi, nella più ampia prospettiva di disincentivare la messa in circolazione di dispositivi di cui non è possibile conoscere *ex post* il funzionamento, mediante l'equiparazione della loro forza lesiva a quella propria di un prodotto difettoso.

Oltre a quanto già menzionato, l'art. 10 contempla una presunzione relativa di difetto del prodotto<sup>34</sup>, allorché non siano stati rispettati i requisiti obbligatori di sicurezza stabiliti dal diritto dell'Unione o nazionale intesi a proteggere dal rischio del danno verificatosi ovvero sia stato provato che il danno deriva da un malfunzionamento evidente del prodotto (art. 10, par. 2, lett. b e c); una presunzione relativa di nesso di causa, se si dà prova che il prodotto è difettoso e che la natura del danno cagionato è generalmente coerente con il difetto in questione (art. 10, par. 3); e, ancora, una presunzione relativa dell'uno, dell'altro o di entrambi, qualora l'eccessiva difficoltà della loro prova dipenda dalla complessità tecnica o scientifica del prodotto ovvero che l'attore dimostri che è probabile che il prodotto sia difettoso, oppure che il carattere difettoso dello stesso è una causa probabile del danno, o entrambi tali elementi (art. 10, par. 4, lett. a) e b).

Se le presunzioni di cui all'art. 10, par. 2 e 3 non paiono destare particolari difficoltà, facendo semmai dubitare (ad eccezione di quella legata all'ordine di divulgazione) della loro incisività, maggiori perplessità solleva l'ultima delle presunzioni menzionate, sia per la natura ambigua del fraseggio utilizzato (non essendo chiaro, in particolare, quale sia lo standard per determinare la sussistenza di «difficoltà eccessive», né come debba intendersi il requisito del «contributo» del prodotto nel causazione del danno, né, ancora, quale sia la soglia di «probabilità» del difetto e del nesso la cui prova è necessaria per accedere alla presunzione), sia per la possibilità di incrociare gli effetti agevolativi sul piano del difetto e del nesso di causa. La norma, pensata per agevolare la vittima proprio nelle ipotesi di danni cagionati da prodotti tecnologicamente più avanzati, quali i sistemi di IA, appare mossa dall'intento di ridurre in tali ipotesi l'onere probatorio a carico della vittima alla sola prova del nesso tra il danno e l'utilizzo di un sistema di IA, lasciando al produttore il più gravoso compito di dimostrare la sicurezza del prodotto e, insieme, la sua estraneità al danno patito (sul piano della causalità individuale). Un tale sviluppo, che in parte tradisce la stessa logica originaria della Direttiva, rischia, ove non sorretto da una più precisa definizione delle condizioni di operatività delle presunzioni, di generare contenziosi oltremodo complessi, a detrimento sia dei fabbricanti, chiamati a rispondere (o quantomeno difendersi) anche per i danni che *probabilmente* sono stati cagionati dalla natura *probabilmente* difettosa del prodotto; sia degli attori, incentivati dalle presunzioni a muovere la propria azione risarcitoria, in relazione a danni di cui non sia certa l'origine causale, contro i fabbricanti, nonostante il patrimonio tecnico-informativo di cui questi godono per ribaltare gli addebiti di responsabilità.

**3. b)** – È appena il caso di precisare che la Direttiva sul prodotto difettoso, pur nella versione rieditata proposta dalla Commissione, coprirebbe solo una limitata area dei possibili danni associati all'utilizzo di sistemi di IA: essa lascerebbe fuori quadro, in particolare, i danni derivanti da difetti nella fornitura di servizi non sottoposti al controllo del fabbricante; i danni non riconducibili a un difetto del sistema di IA o di un suo componente; i danni derivanti da violazioni di diritti fondamentali, quali violazioni della protezione dei dati o della vita privata o discriminazioni (ad esempio a causa di un software basato sull'IA per l'assunzione di personale), siano essi riconducibili o meno a un difetto del sistema. Fin dall'inizio della fase di studio, è par-

---

<sup>34</sup> Mette conto rilevare che, come affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (21 giugno 2017, causa C-621/15), è già ammessa la prova del difetto per presunzioni semplici (nella nostra giurisprudenza, si veda in tal senso Cass. civ., Sez. III, 25 settembre 2018, n. 22571).



so evidente che per assicurare un'IA affidabile occorresse intervenire legislativamente anche in relazione a tali ipotesi dannose. Si potrebbe anzi affermare che è precisamente su questo fronte che si gioca la partita di politica del diritto più delicata in materia di responsabilità da intelligenza artificiale.

Non a caso l'Unione europea mostra su tali aspetti una particolare cautela. Stretta tra l'esigenza di scongiurare una frammentazione del quadro normativo, ma forse non ancora pronta a scelte definitive circa il regime di responsabilità oggettiva più adeguato, la Commissione ha proposto un intervento normativo di armonizzazione *minima e mirata*, volta a fissare uno standard minimale di agevolazione probatoria per le azioni nazionali di responsabilità per colpa ove attivate in relazione a danni causati da un sistema di IA non difettoso; lasciando, però, la possibilità per l'attore di invocare norme nazionali più favorevoli, comprese eventualmente le norme nazionali di responsabilità oggettiva «possibilmente applicabili ai danni causati da sistemi di IA»<sup>35</sup>.

La Proposta di direttiva sull'IA presenta stretti profili di correlazione con la disciplina della c.d. legge sull'IA, essendo stata concepita (in larga misura) come strumento di *private enforcement* complementare al proponendo Regolamento, che nulla prevede sotto il profilo rimediabile. La Direttiva si propone dunque di favorire la risarcibilità dei danni derivanti dalla violazione di taluni degli obblighi imposti ai fornitori, alle persone soggette agli obblighi del fornitore e agli operatori (*rectius: deployer*)<sup>36</sup>, specie di sistemi di IA ad alto rischio utilizzati in ambito professionale; circostanza che, come si avrà modo di rimarcare, restringe non di poco il campo di applicazione della normativa<sup>37</sup>.

Sotto il profilo contenutistico, la Proposta di direttiva sull'IA reca una disciplina scarna, constando di soli nove articoli, ma, ciononostante, alquanto (e forse eccessivamente) complessa. I problemi di responsabilità da IA sono filtrati e affrontati – in ragione dell'impostazione prescelta – nella prospettiva di una regola di responsabilità incentrata sull'azione o omissione colposa di una persona, anziché (direttamente) sul danno prodotto dal sistema di IA, il quale si limita – nella logica seguita dalla Commissione – a «[interpor] tra l'azione o omissione di una persona e il danno»<sup>38</sup>. Questa impostazione incide plasticamente sulla stessa struttura della fattispecie, la quale è costruita scindendo la linea causale tra la condotta colposa e il danno, in due distinti segmenti: un primo nesso di causalità intercorrente tra l'*output* del sistema di IA e il danno patito (secondo la struttura tipica delle ipotesi di responsabilità oggettiva); un secondo nesso intercorrente tra l'azione

<sup>35</sup> Così espressamente il cons. n. 14. Il principio trova espressione nel testo normativo all'art. 1 co. 4, nel quale si riferisce che gli Stati membri possono non solo *mantenere*, ma anche *adottare* norme nazionali più favorevoli all'attore, a condizioni che tali norme siano compatibili con il diritto dell'Unione. La disposizione pare così contraddire quanto affermato nella relazione illustrativa, laddove si afferma che la Direttiva è volta a evitare interventi normativi da parte dei singoli stati membri, nella tradizionale ottica di scongiurare la frammentazione giuridica. Ad ogni modo, quand'anche la norma fosse interpretata solo nel senso di consentire all'attore di invocare regole più favorevoli applicando norme già esistenti (come sembrerebbe lasciar intendere il cons. 14), questo tipo di approccio mal si concilia con l'esigenza di evitare l'incertezza giuridica che consegue all'applicazioni di regimi differenti per le imprese operanti all'intero del mercato unico.

<sup>36</sup> «Utenti» nell'attuale formulazione della proposta di Direttiva sull'IA, in quanto coordinato con il testo della Legge sull'IA per come proposta dalla Commissione europea nell'aprile 2021. Come precisato sopra, nella versione adottata dal Parlamento nel marzo 2024, il termine *utente* è sostituito con *deployer*, dizione che, in attesa della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, è utilizzato anche nella versione italiana del testo.

<sup>37</sup> Appare quindi impreciso il riferimento, nella relazione accompagnamento della Proposta (p. 4), al fatto che la normativa troverà applicazione con riguardo alle azioni nazionali per colpa intentate, oltre che per qualunque tipo di danno, anche contro *qualsiasi danneggiato* (onde rimarcare la differenza rispetto alla complementare Direttiva sul prodotto difettoso).

<sup>38</sup> Cfr. il cons. 3 che, con linguaggio ancora più oscuro, sembra far ruotare la fattispecie sulla colpa nella produzione di «un determinato input, di cui è responsabile la persona potenzialmente tenuta a rispondere del danno, [che] ha provocato un determinato output del sistema di IA, che a sua volta ha causato il danno in questione», segnalando come la prova di tali elementi risulterebbe alquanto difficile.



o omissione colposa di una persona e la produzione dell'*output* (o l'omessa produzione dell'*output*) da cui si è originato l'evento dannoso. Più precisamente, la Proposta prende in considerazione le sole ipotesi in cui l'*output* sia causalmente riconducibile a una colpa specifica del danneggiante, consistente nella «non conformità a un obbligo di diligenza previsto dal diritto dell'UE o dal diritto nazionale». Rispetto al quadro così delineato, la Proposta di direttiva introduce alcune misure volte ad alleggerire l'onere probatorio e facilitare – almeno questo è l'obiettivo – l'esito positivo delle azioni di responsabilità giustificate. In particolare, si prevede un obbligo di divulgazione degli elementi di prova per consentire all'attore di motivare adeguatamente la domanda di risarcimento; e una duplice presunzione *relativa* – operante, l'una, sul versante della colpa e, l'altra, sul nesso di causalità tra colpa e danno – per alleggerire l'onere probatorio dell'attore. Restano, invece, interamente a carico della vittima la prova del danno, nonché del primo nesso di causalità – quello tra *output* e danno.

L'obbligo di divulgazione o conservazione degli elementi di prova opera esclusivamente nei confronti del fornitore, della persona soggetta agli obblighi del fornitore<sup>39</sup> o dell'utente (ora *deployer*) di un sistema di IA ad alto rischio che si sospetta abbia cagionato il danno, ai quali può essere richiesto di fornire gli elementi di prova necessari e proporzionati a sostenere una domanda risarcitoria per colpa. L'ordine di *disclosure* può essere emanato dall'organo giurisdizionale nazionale sia nel corso del giudizio, su richiesta dell'attore, purché questi abbia previamente compiuto ogni sforzo proporzionato per ottenere tali elementi di prova dal convenuto (art. 3, par. 2); sia fuori dal giudizio, su richiesta di un «attore potenziale», purché, in tale secondo caso, questi abbia già inoltrato a una delle predette persone la richiesta di divulgazione, rimasta inevasa, e la richiesta sia sorretta da fatti e prove sufficienti a sostenere la «plausibilità» della domanda di risarcimento del danno<sup>40</sup>.

Qualora un convenuto “effettivo” non ottemperi all'ordine di *disclosure*, l'attore potrà avvalersi di una presunzione relativa «di non conformità a un pertinente obbligo di diligenza da parte del contenuto, che gli elementi di prova richiesti erano intesi a dimostrare ai fini della domanda di risarcimento del danno». La presunzione di colpa, tuttavia, ha un ambito applicativo ancora più ristretto del meccanismo di divulgazione: dal combinato disposto dell'art. 3, par. 5 e art. 4, par. 2, si evince come essa possa operare solo nel contesto di domande di risarcimento presentate contro un fornitore di un sistema di IA ad alto rischio o una persona soggetta agli obblighi del fornitore a norma della legge sull'IA, non anche nei confronti del *deployer*<sup>41</sup>.

La seconda presunzione, quella operante sul piano del nesso di causalità tra la condotta colposa e l'*output* prodotto dal sistema di IA, è destinata ad avere un ambito applicativo più ampio, potendo – almeno in taluni casi – prescindere sia dalla specifica violazione degli obblighi previsti dal Regolamento, sia dalla qualifica del sistema come ad alto rischio. La presunzione è subordinata al soddisfacimento di tre requisiti generali, vevoli nei confronti di tutti i soggetti convenuti ai quali può essere addebitata la violazione di un obbligo di diligenza previsto dal diritto dell'UE o dal diritto nazionale stabiliti, a cui si aggiungono una serie di ulteriori

---

<sup>39</sup> Nella Proposta di direttiva sull'IA si faceva rinvio all'art. 24 o all'art. 28, par. 1, del testo della Proposta di Regolamento sull'IA. Nella versione approvata dal Parlamento nel marzo 2024, tali disposizioni sono sostanzialmente confluite nell'art. 25 del Regolamento (Responsabilità lungo la catena del valore dell'IA).

<sup>40</sup> L'articolo precisa, al par. 4, che nel valutare la proporzionalità di un ordine di divulgazione o di conservazione degli elementi di prova, gli organi giurisdizionali nazionali devono tenere conto dei legittimi interessi di tutte le parti, compresi i terzi interessati, specialmente in relazione alla normativa sui segreti commerciali e alle informazioni riservate.

<sup>41</sup> L'art. 3 par. 5 stabilisce che la presunzione si applica «in particolare» nelle circostanze di cui all'art. 4, par. 2 e 3, le quali fanno riferimento alle domande proposte contro il fornitore e le persone soggette agli obblighi del fornitore. La formula è ambigua ma sembrerebbe escludere l'applicabilità all'utente-deployer, che è l'unico altro soggetto a cui può applicarsi l'ordine di divulgazione *ex art. 3*.



condizioni differenziate a seconda della qualifica del soggetto o del tipo di sistema di IA o, ancora, del tipo di attività nell'ambito del quale ci si è avvalsi dell'*output*. Per potersi avvalere della presunzione occorre a) che l'attore provi, o l'organo giurisdizionale presuma, «la colpa del convenuto (o di una persona della cui condotta il convenuto è responsabile), consistente nella non conformità a un obbligo di diligenza previsto dal diritto dell'Unione o nazionale e direttamente inteso a proteggere dal danno verificatosi»; b) che sia «ragionevolmente probabile, sulla base delle circostanze del caso, che il comportamento colposo abbia influito sull'*output* prodotto dal sistema di IA o sulla mancata produzione di un *output* da parte di tale sistema»; c) che l'attore provi «che il danno è stato causato dall'*output* prodotto dal sistema di IA o dalla mancata produzione di un *output* da parte di tale sistema».

Da tali requisiti sembra potersi delineare una differenziazione nei criteri di accertamento dei due segmenti causali. Se con riguardo al nesso di causa tra *output* e danno appare possibile procedere ad un accertamento mediante un più tradizionale giudizio esplicativo *ex post* volto a ricostruire l'effettiva concatenazione naturalistica degli eventi, per accertare il nesso di causa tra colpa e *output* risulta necessario procedere mediante un giudizio di prognosi postuma, al fine di verificare che se l'osservanza della regola cautelare violata dal convenuto avrebbe impedito il verificarsi dell'evento dannoso o meglio, per dare una lettura più coerente al testo, avrebbe impedito la produzione, o mancata produzione, di quel determinato *output*, poi a sua volta rivelatosi dannoso per la vittima in giudizio<sup>42</sup>; il tutto salvo che operi la presunzione *iuris tantum* di cui all'art. 3.

Se le condizioni generali per l'attivazione della presunzione sembrano, pur con qualche imprecisione e incertezza, idonee ad assicurare un ragionevole bilanciamento nella distribuzione degli oneri probatori, le condizioni specifiche, stabilite dai paragrafi 2 e ss., rischiano di complicare non poco la valutazione in ordine alla possibilità per la vittima di avvalersi della presunzione, specie in ragione dell'utilizzo di una terminologia eccessivamente elastica che può alimentare, anziché ridurre, i profili di disputa tra le parti. Si prevede, in estrema sintesi, che: ove la domanda sia presentata nei confronti del fornitore (o persona soggetta ai suoi obblighi) ovvero nei confronti dell'utente (ora *deployer*) soggetto agli obblighi della Legge sull'IA, la presunzione può scattare solo se sia dimostrata l'inosservanza di alcuni requisiti specificamente elencati dalla normativa (art. 4, par. 2 e 3) e sempreché il convenuto non abbia dimostrato che l'attore può «ragionevolmente» accedere ad elementi di prova «sufficienti» per dimostrare l'esistenza del nesso di causa (par. 4); ove la domanda riguardi un sistema di IA non classificato come ad alto rischio, la presunzione di causalità si applica solo se l'organo giurisdizionale ritiene «eccessivamente» difficile per l'attore dimostrare l'esistenza del nesso di causa (par. 5)<sup>43</sup>; infine, ove la domanda riguardi un sistema di IA utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale, la presunzione si applica solo se «il convenuto ha interferito materialmente con le condizioni di funzionamento del sistema di IA o se il convenuto aveva l'obbligo ed era in grado di determinare le condizioni di funzionamento del sistema di IA e non l'ha fatto» (par. 6).

---

<sup>42</sup> Il fraseggio utilizzato dal legislatore – secondo cui occorre provare la colpa del convenuto «consistente nella non conformità a un obbligo di diligenza [...] direttamente inteso a proteggere dal danno verificatosi» – appare ambiguo, posto che, per come strutturata la fattispecie, la colpa si ricollega causalmente solo all'*output* e non anche – almeno direttamente – all'evento dannoso.

<sup>43</sup> Difficoltà che, si legge nella relazione illustrativa, «devono essere valutate alla luce delle caratteristiche di determinati sistemi di IA, come l'autonomia e l'opacità, che nella pratica rendono estremamente difficile la spiegazione del funzionamento interno del sistema di IA e pregiudicano la capacità dell'attore di dimostrare l'esistenza del nesso di causalità tra la colpa del convenuto e l'*output* del sistema di IA».



4. – Lo sforzo profuso dalle istituzioni europee nell’elaborazione di un quadro normativo più aderente al nuovo contesto tecnologico non può che essere accolto con favore, specie laddove le nuove disposizioni siano in grado di incentivare la progettazione di sistemi di IA rispondenti ad elevati standard di sicurezza e trasparenza e il mantenimento degli stessi lungo tutto il loro ciclo di vita. Le iniziative legislative che ne sono scaturite, tuttavia, lasciano non poche perplessità, tanto sul fronte delle premesse teoriche che le sorreggono, tanto, e di conseguenza, sul fronte delle regole operazionali che a tali premesse dovrebbero dare concreta attuazione.

Se la linea di riammodernamento della responsabilità da prodotto difettoso appare, in termini generali, condivisibile, a meritare ulteriori riflessioni sono le scelte normative opzionate con riferimento agli altri partecipanti alla catena di produzione degli *output* dei sistemi di IA. A sorprendere, in particolare, è la scelta di eleggere la colpa quale criterio generale di imputazione dei danni scaturiti dall’uso di sistemi di IA (al di fuori, va da sé, delle ipotesi in cui il sistema si presenti difettoso). La scelta appare criticabile anzitutto per l’assunto sistematico su cui riposa: quello secondo cui la colpa conserverebbe una centralità, negli ordinamenti degli stati dell’Unione, tale da farne assumere un ruolo di preminenza su tutti gli altri criteri di imputazione. Già un’analisi condotta ad ampio raggio e in chiave comparata della giurisprudenza, oltre che dell’imponente opera dottrinale sul tema, consentirebbe di evidenziare, se non il carattere recessivo della colpa, quantomeno la costante espansione dell’area della responsabilità oggettiva e della responsabilità per colpa presunta<sup>44</sup>. Ma il rapporto di gerarchia, quand’anche ancora esistente, sarebbe in ogni caso ribaltato se il campo di analisi fosse ristretto alle sole ipotesi di danni cagionati da quelle «entità strumentali» – siano esse cose inanimate o persone umane – della cui *mediazione* il consociato abbia scelto di servirsi per “operare” nel contesto sociale ed economico, pur nella consapevolezza di non poter esercitare, sugli “atti” di tali cose o sulle azioni di tali persone, un pieno controllo materiale<sup>45</sup>; e/o alle ipotesi lesive di origine tecnologica, in cui l’elevato tasso di tecnica coinvolto nella vicenda lesiva rende più problematica, perché meno trasparente, la ricostruzione delle sequenze causali che dovrebbero collegare un determinato danno a una determinata condotta umana. È ben noto come queste siano aree tradizionalmente servite da regole di responsabilità oggettiva (o, quantomeno, non fondate direttamente sulla colpa del responsabile), i cui principi e le cui strutture consentono di tradurre il rischio di danno, dalle incerte connessioni causali, in un costo da addossare, secondo una valutazione politica compiuta *ex ante*, al soggetto ritenuto meglio in grado di sostenerne il peso economico e/o di prendere le iniziative necessarie all’abbattimento del numero e gravità degli incidenti<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Rilevano GIANTI, MONATERI, SILIQUINI CINELLI, in *Danno e risarcimento*, che assegnare alla colpa il ruolo di criterio “normale” di imputazione non significa riconoscerne una prevalenza sul piano semantico, né – aggiungerei – su quello sistematico. In tema, CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven and London, 1970, tradotto nel 1975 con presentazione di RODOTÀ, e ristampato nel 2015, con presentazione di AL MUREDEN, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano.

<sup>45</sup> In questo senso cfr.: Cass. civ., 22 marzo 2011, n. 6528, nella quale si osserva che le regole di responsabilità previste dagli artt. 2049 a 2054 c.c., (a differenza di quelle di cui agli artt. 2047 e 2048 c.c.), sono tra loro strettamente collegato in quanto «sono tutte ipotesi in cui il danno è causato da un bene che si trova in particolare relazione col soggetto medesimo, oppure da un’attività direttamente svolta o esercitata a mezzo di un’entità strumentale inanimata (cosa), animale, umana (preposto)».

<sup>46</sup> Cfr. per un richiamo complessivo a questi tradizionali orientamenti BUSSANI, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 2, 264 ss. La soluzione proposta dall’Unione europea muove nella direzione opposta agli studi dottrinali condotti nel più specifico ambito della responsabilità da intelligenza artificiale, i quali sono stati perlopiù convergenti nel ritenere insufficiente ed eccessivamente incerta l’applicazione del regime colposo di fronte alle peculiarità tecniche e operative dei sistemi autonomi. Cfr. in tema WAGNER, *Liability for Artificial Intelligence: A Proposal of the European Parliament*, 2021, 1 ss., disponibile sul sito SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3886294>; ALPA, *Quale modello normativo per l’intelligenza artificiale?*, cit., e FINOCCHIAIO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, cit., 713 ss.



D'altra parte, le due presunzioni cui è affidato l'intero (o quasi) progetto di adeguamento delle regole di responsabilità nella direttiva sull'IA non appaiono per sé sole in grado di reggere il peso delle dirompenti novità prodotte dalle tecnologie emergenti nel campo dell'IA<sup>47</sup>. È vero che, sul piano pratico, esse contribuirebbero a far tendere il regime per colpa verso una regola di responsabilità oggettiva, facendolo così scivolare in quella zona intermedia in cui è il convenuto a dover sostenere il maggior carico probatorio per dimostrare la correttezza del proprio operato<sup>48</sup>. Tuttavia, specie per come attualmente configurate, l'effettiva operatività di tali regole appare limitata, sia perché circoscritte a ipotesi in cui il danno sia riconducibile alla violazione di taluni specifici requisiti e obblighi di diligenza, in capo a taluni specifici soggetti; sia perché subordinate a criteri complessi e poco sicuri. Il rischio, in ultima analisi, è di veder traslare le incertezze registrate sul piano della prova degli elementi costitutivi della responsabilità civile, che fondano l'intervento normativo, sul diverso piano della dimostrazione degli elementi necessari per attivare le presunzioni processuali, che quelle incertezze mirano ad appianare.

Ma, al di là di tali profili, residuerebbero altre e più rilevanti ragioni di *policy* per sciogliere l'ambiguità, preferendo il secondo modello al primo. Le ragioni vanno ricondotte all'esigenza di ovviare alla carenza di prospettiva di insieme di cui sembra soffrire l'approccio delle istituzioni e che impedisce una più coerente e coesa risposta normativa al problema sotteso alla responsabilità dei sistemi di IA. Le diverse iniziative europee, invero, riflettono un modo di procedere per compartimenti stagni, che si sostanzia nell'isolare le diverse fattispecie di responsabilità a seconda della posizione o qualifica attribuibile al potenziale danneggiante e a ricercare, per ciascuna, le soluzioni più adatte per contemperare le esigenze di tutela della vittima con quelle di sviluppo e promozione delle nuove tecnologie.

In tal modo, tuttavia, si pone sullo sfondo la posizione della vittima, la cui esposizione al pericolo – il pericolo di subire un pregiudizio in ragione dell'*output* o mancato *output* del sistema IA (per usare il linguaggio marcatamente asettico e matematico proposto dall'UE) – si configura, dal suo punto di vista, in termini unitari, prescindendo dalla numerosa schiera di operatori economici o non, che può aver influenzato il risultato del processo decisionale intrapreso dal sistema di IA. Una tutela *effettiva* ed *equivalente* delle potenziali vittime di danni associati ai sistemi di IA dovrebbe allora transitare per la garanzia di un rimedio costruito in termini altrettanto unitari, che consenta loro di accedere alla tutela risarcitoria riducendo, nella misura del possibile, la (preliminare) esatta identificazione delle "colpe" e dei "rischi" di cui il danno rappresenta concretizzazione. Sarebbe questa, d'altra parte, un'impostazione coerente con il fine primario sotteso alla costruzione di regole di responsabilità oggettiva: che non è tanto quello di passare da un criterio "individualistico a uno sociale, da uno discrezionale ad uno automatico, ma quello di spostare l'attenzione dal danneggiante al danneggiato, valutando in questa prospettiva gli interessi in conflitto, l'amministrazione dei costi e via dicendo"<sup>49</sup>.

5. – La prospettiva di introdurre una responsabilità speciale di tipo oggettivo non è stata del tutto scartata dalle istituzioni dell'UE. La stessa Proposta di direttiva sull'IA prevede un meccanismo di revisione per va-

---

<sup>47</sup> Critica fortemente tale scelta, evidenziandone i paradossi rispetto alla complementare Direttiva della *Product liability*, il BEUC, nel *Position paper on the Proposal for an AI Liability Directive*, 2.5.2023, spec. 5 ss.

<sup>48</sup> Cfr. GIANTI, MONATERI, SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, 156-157.

<sup>49</sup> Così si esprimeva Stefano Rodotà, nella relazione di sintesi tenuta al convegno svoltosi a Pisa nel marzo del 1977 su "Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile". La relazione è pubblicata nella rivista *Responsabilità civile e previdenza*, 1978, 1, 3 ss. mentre gli atti del convegno sono pubblicati nella stessa Rivista, 1977, n. 5-6, 667 ss.



lutare, a distanza di 5 anni dal recepimento della stessa, l'efficacia delle regole fissate dagli artt. 3 e 4 e, se del caso, l'introduzione di uno speciale regime armonizzato di responsabilità oggettiva per i sistemi di IA ad alto rischio in capo agli operatori (eventualmente abbinata a un'assicurazione obbligatoria)<sup>50</sup>. A tal fine, la Commissione fa esplicito richiamo alla Proposta di Regolamento, formulata un paio di anni prima, con la quale il Parlamento europeo aveva caldeggiato l'introduzione (accanto alla responsabilità da prodotto difettoso) di uno specifico regime di responsabilità in capo all'operatore<sup>51</sup>. Occorre subito precisare che la nozione di operatore proposta dal Parlamento in quella sede era più ampia di quella di “*deployer*” che lo stesso Parlamento ha accolto nella Legge sull'IA (allora non ancora elaborata): con tale formula si identificava sia la persona che *in primis* decide in merito all'utilizzo del sistema di IA, esercitando un certo grado di controllo su un rischio connesso alla sua operatività e funzionamento e che «beneficia del suo funzionamento» (c.d. *operatore front-end*)<sup>52</sup>; sia la persona che, su base continuativa, definisce le caratteristiche della tecnologia e fornisce i dati e il servizio di supporto essenziali e pertanto esercita anche un elevato grado di controllo su un rischio connesso all'operatività e al funzionamento del sistema di IA (c.d. *operatore back-end*). In buona sostanza, essa avrebbe dovuto armonizzare il regime di responsabilità applicabile a coloro che si avvalgano di un sistema di IA (indistintamente se per scopo personale ovvero professionale), nonché ai fornitori di servizi digitali (salvo, in caso di difetto, quelli soggetti alla responsabilità del produttore la cui Proposta è, in ogni caso, intervenuta successivamente).

La responsabilità dell'operatore, nel Progetto del Parlamento, avrebbe dovuto assumere una configurazione mista<sup>53</sup>: un regime di responsabilità per colpa per tutti i sistemi, ad eccezione di quelli «ad alto rischio»<sup>54</sup>; e un regime di responsabilità oggettiva per «qualsiasi danno o pregiudizio causato da un'attività, dispositivo o processo fisico o virtuale guidato da [sistemi di IA ad alto rischio]», la cui prova liberatoria sarebbe coincisa con la sola «forza maggiore». La prima ipotesi è stata assorbita, seppur in una versione modificata, dalla Proposta di Direttiva sulla responsabilità da IA, per cui non è il caso di soffermarsi oltre. Può, invece, essere utile spendere qualche parola sul secondo criterio, quello oggettivo, posto che – come già rilevato – ad essa potrà attingersi, qualora gli interventi in materia si rivelino insufficienti.

Su questo fronte, preme anzitutto rilevare come non sia chiaro il fondamento giustificativo posto alla base della regola di responsabilità. Il testo della Proposta del Parlamento ricollega espressamente la sua *ratio* giustificatrice a quei «concetti di giustizia generali» ed «ampiamente accettati», secondo cui «la persona che crea o mantiene un rischio per il pubblico – come nel caso di un'automobile o di attività pericolose, suggerir-

<sup>50</sup> La Proposta di direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale stabilisce espressamente che, trascorsi 5 anni dalla sua introduzione, si valuterà “la necessità di introdurre norme in materia di responsabilità oggettiva per le azioni avviate contro l'operatore di un sistema di IA in combinazione con un'assicurazione obbligatoria per il funzionamento di determinati sistemi di IA, come suggerito dal Parlamento europeo” (cons. n. 31).

<sup>51</sup> Il riferimento è alla Proposta di regolamento formulato dal Parlamento europeo ed allegato alla già citata Risoluzione del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)).

<sup>52</sup> La prima dicitura è riscontrabile nel cons. n. 10; la seconda direttamente nell'art. 3 (e) del Regolamento proposto. Sebbene le definizioni utilizzino parametri diversi, quella di *deployer* accolta nella Legge sull'IA appare più vicina a quella dell'operatore *front-end*.

<sup>53</sup> Riproponendo un approccio simile a quello già sperimentato in materia di responsabilità ambientale: cfr. sul tema SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, cit., 1246 ss.

<sup>54</sup> Definiti in quel documento come i sistemi che operano in modo autonomo e che hanno un potenziale significativo di causare danni o pregiudizi a una o più persone in modo casuale e che va oltre quanto ci si possa ragionevolmente aspettare. Cfr. Art. 3, lett. c) della Proposta che enucleava altresì una serie di criteri per definire l'importanza del potenziale, il quale dipende «dall'interazione tra la gravità dei possibili danni o pregiudizi, dal grado di autonomia decisionale, dalla probabilità che il rischio si concretizzi e dalla modalità e dal contesto di utilizzo del sistema di IA».



sce in altro punto il Parlamento – è responsabile se il rischio causa un danno o un pregiudizio e pertanto dovrebbe minimizzarlo *ex ante* o risarcirlo *ex post*»<sup>55</sup>. Senonché, il testo della Risoluzione (che quella Proposta accompagna) è costellato di riferimenti al «potere di controllo del rischio» dell’operatore dei sistemi di IA, del quale si afferma a più riprese la sua natura di principio giustificativo del nuovo regime. Si sottolinea nel documento che «la responsabilità dell’operatore [...] si basa sul fatto che egli esercita un certo grado di controllo su un rischio connesso all’operatività e al funzionamento di un sistema di IA, che è assimilabile a quello del proprietario di un’automobile»; riferimenti – quelli al «controllo sul rischio» – che penetrano nelle stesse nozioni di operatore *front-end* e *back-end*, prima richiamate. Soffermandosi poi sulla nozione di «controllo», che pure è nel testo precisata, l’incertezza aumenta: per controllo si intende «qualsiasi azione di un operatore che influenza il funzionamento di un sistema di IA [...]» e che può avere «un impatto in qualsiasi fase determinando gli input, gli *output* o i risultati, o [che può] modificare funzioni o processi specifici all’interno del sistema di IA» e quindi «il grado in cui l’operatore espone terzi ai potenziali rischi associati all’operatività e al funzionamento di tale sistema». In tal modo, la Risoluzione sembrerebbe fondare la responsabilità dell’operatore sul potere (di fatto) di vigilanza e di controllo che questi abbia sull’azione del sistema di IA (e, dunque, sul grado di rischio per i terzi), secondo una logica molto prossima a quella che sorregge la responsabilità del custode<sup>56</sup>. Tant’è vero che, in modo analogo a quest’ultima fattispecie, l’operatore sarebbe “fatto responsabile” di tutti i danni provenienti dal sistema di IA, salvo solo la prova di eventi irresistibili (ai quali potrebbero essere equiparati anche gli eventi imprevedibili).

Il rischio, così procedendo, è duplice. Per un verso, la molteplicità di soggetti potenzialmente in grado di influire materialmente sull’azione dell’IA alla base dell’azione lesiva, specie laddove connotato da un elevato livello di autonomia, depotenzia la capacità selettiva del criterio fattuale della “relazione di controllo”, rendendolo inidoneo a individuare, sulla scorta di un giudizio tipologico, un preciso soggetto cui addossare la responsabilità (ciò che, invece, tendenzialmente consente la figura del “custode”). A tale rischio si potrebbe, almeno in parte, ovviare restringendo di molto la nozione di operatore, fino a farla coincidere con l’operatore *front-end* o, più agevolmente, con la figura del *deployer* introdotta nella Legge sull’IA, ravvicinando così il regime giuridico alla logica della “creazione del rischio”. Per altro verso, e nonostante tali rilievi, la configurazione del Parlamento rischierebbe di caricare sulle spalle dell’operatore il peso e il costo dei danni di qualsivoglia decisione – sbagliata o corretta che sia – compiuta dal sistema di IA, anche qualora dallo stesso non attivato, con evidenti rischi sul piano della promozione dell’uso e della diffusione della nuova tecnologica<sup>57</sup>.

**6.** – Le disfunzioni prospettate nel pacchetto di proposte elaborato a livello eurounitario sembrano trovare radice in un equivoco alimentato, sul versante della responsabilità, dalla premessa antropocentrica che fa da sfondo all’approccio di regolazione adottato in materia. Si è osservato a suo tempo che detta premessa – tesa a mantenere la tutela dell’essere umano al centro della regolazione – si riflette, tra le altre, nel rifiuto di qual-

<sup>55</sup> In questo senso, cfr. cons. n. 8 della Proposta di regolamento del Parlamento.

<sup>56</sup> Si veda sul punto SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, cit., 1246 ss.

<sup>57</sup> In questo senso cfr. WAGNER, *Liability Rules for the Digital Age*, cit., 197 ss., il quale, a differenza di quanto si argomenterà nel prosieguo, avversa del tutto l’opportunità di introdurre una regola volta ad addossare la responsabilità all’operatore-deployer: muovendo dalla premessa per cui «coloro che non sono in grado di evitare la causazione del danno aumentando il livello di precauzioni non dovrebbero essere soggetti a una regola di responsabilità oggettiva», l’A. sostiene che l’opzione per un regime di responsabilità oggettiva dell’operatore è da scartare in quanto esso «non è nella posizione di determinare il suo comportamento» (trad. it. dell’Autore di questo scritto).



siviglia caratterizzazione “umana” dell’IA, a partire da una sua soggettivizzazione. Ciò ha indotto le istituzioni a elaborare le proposte legislative in materia muovendo dall’implicita e contraria associazione, vincolante per la struttura delle fattispecie di responsabilità, tra i sistemi di IA – *rectius*, le decisioni o le azioni ad essi riferibili – e le cose inerti o al più seagenti. Tecnicamente, l’*output* del sistema di IA risulta ridotto ora a mero intermezzo causale di una sequenza eziologica che deve muovere da un’azione (o omissione) umana, così approssimandola a una qualsiasi cosa posta sotto la piena direzione di che ne fa uso o la controlla (così, nella Proposta di direttiva sull’IA); ora a mera espressione di un risultato puramente accidentale, come fosse scaturita da una cosa (anziché da un’azione/decisione frutto di un complesso processo) la quale, una volta sottrattasi al controllo del suo operatore, scarica la propria energia distruttiva in modo imprevedibile nei confronti della malcapitata vittima (così nella Proposta di Regolamento del Parlamento).

Questo accostamento, che di per sé offre il fianco a diverse critiche di metodo<sup>58</sup> oltre che di merito<sup>59</sup>, rischia di produrre esiti insoddisfacenti: anzitutto, poiché determina una frammentazione della vicenda lesiva in tante possibili matrici causali quanti sono i soggetti potenzialmente capaci di interferire con il suo *output*, impedendo, giocoforza, l’approntamento di una soluzione più organica ed efficace a tutela della vittima; vi è poi che essa induce a obliterare la complessità del processo di formazione che sta dietro quell’*output*, così come cancellate risultano le differenze che, sul piano della sua aderenza o meno all’ordinamento, possono connotare la singola decisione assunta dal sistema di IA all’interno della vicenda lesiva.

Ora, considerato che il sistema europeo di responsabilità da IA è ancora in fase di costruzione e che, quand’anche vedesse la luce, la Direttiva sulla responsabilità da IA non escluderebbe l’applicazione, entro i confini nazionali, di altre e più rigorose regole di responsabilità<sup>60</sup>, appare utile coltivare una prospettiva di ricerca tesa a verificare se sia dato rinvenire nell’ordinamento una regola idonea ad assicurare una tutela efficace ed “equivalente” alle vittime di danni da IA, ovviando o, quantomeno, appianando le difficoltà sin qui evidenziate. Ebbene, provando a ragionare al di fuori da prestabilite coordinate “ontologiche” e a ricercare, tra quelle disponibili, una regola non solo utile a risolvere, sul piano tecnico, i problemi posti dall’intensificarsi della delega di attività ai sistemi di IA, ma capace al contempo di garantire una coerenza, sul piano storico-evolutivo, con la sua tradizionale funzione in chiave di politica del diritto, questa potrebbe essere individuata nella c.d. responsabilità “vicaria”: vale a dire, in quella regola – che nel nostro ordinamento trova sede nella clausola contenuta all’art. 2049 c.c.<sup>61</sup> – secondo cui, per usare un linguaggio più moderno, il pre-

<sup>58</sup> L’approccio desta perplessità perché finisce per rimettere la selezione dei modelli di responsabilità da IA a un argomento fondato sull’analogia ontologica (considerata la loro intrinseca diversità) tra i sistemi di IA e le cose, trascendendo – o comunque mettendo in subordine – una valutazione circa l’idoneità dei dispositivi in essi previsti ad assicurare una regola adeguata a sopperire alle specificità del modo di produzione dei danni della nuova fattispecie e ad assicurare un’effettiva tutela alle vittime.

<sup>59</sup> Sull’inadeguatezza, in tema di responsabilità, della riconduzione dei sistemi di IA al mondo delle cose cfr. COSTANZA, *L’intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, cit., 1686 ss., SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale*, cit. spec. 1088. D’altra parte, la delega di funzioni umane ai sistemi di IA suggerisce, già sul piano sociologico, l’irriducibilità di tali decisioni al mero agire causale delle cose. In tema, si veda LATOUR, *Politics of Nature*, Cambridge, MA, USA, 1999 (trad. it. GREGORIO, *Politiche della natura. Per una democrazia delle scienze*, Milano, 2000).

<sup>60</sup> Mette conto rilevare che, ove si accetti una visione del sistema di responsabilità come composto da una pluralità di criteri di imputazione (spec. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, opera ristampata, inalterata, con prefazione di Alpa, nel 2023), il meccanismo dell’analogia può operare, ricorrendone i presupposti, anche in relazione a regole di responsabilità diverse da quella “generale” per colpa.

<sup>61</sup> Sul tema, nella dottrina italiana, si veda: RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, Milano, 1976; CARUSI, *L’attuazione e tutela dei diritti. III. La responsabilità e il danno*, Capitolo inserito nel *Trattato di diritto civile diretto da Lipari, Rescigno e coordinato da Zoppini*, vol. IV Milano, 2009, 484 ss.; GALOPPINI, *La responsabilità dei padroni e dei committenti*, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, XI, Torino, 1998, 107 ss.; DE MENECH, *La responsabilità vicaria nel diritto vivente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1604 ss.



ponente (o *principal*) è chiamato a rispondere per i danni arrecati dal fatto illecito dei suoi preposti (o *agents*) nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.

Le ragioni normative che suggeriscono di istituire su questa base una linea di continuità in materia di responsabilità da IA non sono poche.

Quella regola, sebbene genealogicamente legata alla più antica responsabilità nossale di origine romana, costituisce l'esito di un processo di rielaborazione sospinto dalla necessità di rafforzare la tutela dei consociati contro il maggior pericolo di danno associato all'affermarsi di una società sempre più complessa, che imponeva agli attori economici di servirsi con maggiore frequenza del contributo di lavoratori e ausiliari, per espletare le proprie attività artigianali, produttive e di commercio. Si deve alla dottrina francese<sup>62</sup> la spinta verso la formulazione di una regola di responsabilità che, in funzione di garanzia per i terzi e di prevenzione degli incidenti, provvedesse ad accollare i danni cagionati dai lavoratori e ausiliari (anzitutto) al soggetto che, oltre a trarre utilità dall'uso strumentale di tale forza lavoro, appariva di regola anche maggiormente solvibile<sup>63</sup>. La regola che ne emerse trovò la sua prima collocazione formale nell'art. 1384 del *Code Civil* e da lì transitò nell'art. 1153, ult. co, del codice civile del 1865, per poi rifluire, quasi intatta<sup>64</sup>, nell'art. 2049 c.c.

Epurata dai residui storici che la volevano anch'essa saldata al principio della colpa (*in eligendo* o *in vigilando*), la disposizione è stata, in tempi più moderni, ricondotta entro l'alveo della responsabilità oggettiva<sup>65</sup>. Per interpretazione ormai pacifica, l'addebito di responsabilità poggia sul "solo fatto della altrui utilizzazione strumentale", per il riscontro del quale – secondo la giurisprudenza della nostra Corte di cassazione – non è necessario qualificare giuridicamente il rapporto tra l'autore materiale dell'illecito e il soggetto "fatto responsabile" (ad es. in termini di lavoro subordinato), essendo sufficiente dimostrare che per volontà di un soggetto (committente), un altro (commesso) espliciti un'attività per conto del primo<sup>66</sup>. Parimenti estensiva è l'interpretazione che si dà alla locuzione «nell'esercizio delle incombenze», essendo detto requisito soddisfatto ogniquale volta sia possibile registrare un rapporto di "occasionalità necessaria" tra il fatto illecito e l'esercizio delle mansioni (rapporto che si esclude laddove il preposto agisca per finalità private). Quanto, infine, al presupposto del «fatto illecito», su cui si dirà più estesamente oltre<sup>67</sup>, mette conto per ora solo di rilevare che, di regola, la responsabilità del committente è sancita anche qualora l'ausiliario non sia personalmente imputabile (2046 c.c.) e finanche laddove non sia stato possibile individuare a quale soggetto, tra i plurimi ausiliari di cui si sia servito il committente, il danno fosse materialmente addebitabile<sup>68</sup>.

Nel corso del tempo la norma ha acquisito una peculiare valenza sistematica all'interno del nostro codi-

---

<sup>62</sup> Fu specialmente POTHIER, *Traité des obligations*, Orléans, 1761 a ispirare la formulazione, all'interno del *Code Napoléon*, della regola sulla responsabilità di padroni e committenti, poi ripresa dal legislatore italiano del 1865.

<sup>63</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 288.

<sup>64</sup> Così recitava l'art. 1153 Codice civile del 1865: «I padroni ed i committenti [sono obbligati] pei i danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati». Nella versione del 1865 mancava unicamente il riferimento all'illiceità del fatto, la cui aggiunta nel codice oggi in vigore appare dettata da un'esigenza di coerenza con la dizione utilizzata nel Titolo IX del suo quarto libro.

<sup>65</sup> In questo senso si veda: MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998; ALPA, *La responsabilità civile*, in Trattato di diritto civile, vol. IV, Milano, 1999; FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2004; RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, cit., 73 ss.

<sup>66</sup> La ricorrenza del rapporto di preposizione non è invero subordinata all'esistenza di un rapporto di natura contrattuale, essendo sufficiente, secondo la nostra giurisprudenza di legittimità, che, per volontà di un soggetto (il preponente), un altro soggetto (il preposto) espliciti un'attività per conto del primo. Cfr. in questo senso: Cass. civ., Sez. II, ord. del 19 gennaio 2021, n. 28852.

<sup>67</sup> V. *infra*, §§ 8 e 9.

<sup>68</sup> Sull'evoluzione storico-sociale della regola cfr. SALVI, *La responsabilità civile*, in Trattato di diritto privato diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, ed. II, 2005, 193 ss.



ce<sup>69</sup>, catalizzando l'attenzione degli autori che, specie intorno agli anni Settanta del secolo scorso, avevano rivolto i propri studi a quella vasta e nebulosa area della responsabilità da cui la colpa era stata – più o meno risolutamente – spodestata. La ragione del successo teorico della disposizione si lega, almeno in parte, allo scarno – nonché, per certi versi, vago – fraseggio utilizzato (*rectius*, ereditato) dal legislatore italiano per descrivere la fattispecie, la quale si contraddistingue – rispetto alle ipotesi di responsabilità che la precedono come quelle che la seguono – per l'assenza di qualsivoglia menzione alla possibilità del proponente di fornire una prova liberatoria.

La sua formulazione lasca ha fatto dell'art. 2049 c.c. l'ideale “aggancio normativo”<sup>70</sup> per accogliere o anche fondare *rationes* e spiegazioni tra loro differenti: alcuni autori in dottrina ne hanno radicato il fondamento nel più impolverato principio del *cuius commoda, eius et incommoda*<sup>71</sup>; altri studiosi hanno sfruttato l'art. 2049 c.c. per organizzare un vero e proprio sottosistema di responsabilità, parallelo a quello della colpa, fondato sul rischio d'impresa (o di organizzazione)<sup>72</sup>; altra dottrina ancora ha individuato nella norma il punto di accesso privilegiato per introiettare nel nostro ordinamento le più moderne teorie del *cheapest-cost-avoider*<sup>73</sup>, nel frattempo comparse oltreoceano<sup>74</sup>.

Non è questa la sede per provare a portare argomenti a favore dell'uno o dell'altro fondamento giustificativo, ciascuno dei quali, considerando il vasto ambito applicativo della norma, può trovare un proprio spazio di aderenza alla realtà. Anzi, è la capacità della norma di ospitare, talvolta combinandole<sup>75</sup>, diverse *rationes* a rappresentare la cifra che forse più di tutte contrassegna l'art. 2049 c.c., donandole una peculiare versatilità sul fronte applicativo e una forte resilienza rispetto ai mutamenti sociali ed economici.

Se si volesse tuttavia ricercare una sintesi più astratta, e per questo più generale, della spiegazione logica sottesa alla norma, si potrebbe affermare che essa mira a “fare responsabile” colui che si trova nella posizione migliore per confrontare i benefici derivanti dall'avvalersi di energie e capacità altrui per svolgere un'attività che presenti un minimo di continuità e dal quale intende trarre un qualche vantaggio, con i costi (tra cui quelli dei possibili danni a terzi) che tale contributo può comportare; sì da decidere, sulla scorta di tale analisi, secondo quali modalità, con quali cautele, per quali incombenze e con quale frequenza avvalersi di un determinato ausiliario e/o lavoratore<sup>76</sup>. D'altra parte, il soggetto candidato responsabile coincide, di regola, con quello che direttamente – o tramite un'organizzazione d'impresa – dovrebbe meglio conoscere il tenore delle incombenze da assegnare e le caratteristiche dell'ausiliario o del lavoratore a cui intende affidarle<sup>77</sup>.

<sup>69</sup> Cfr. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, 385 in cui si afferma che «Nel sistema attuale di responsabilità [...] i principi della responsabilità oggettiva si coagulano soprattutto intorno all'art. 2049 cod. civ.».

<sup>70</sup> MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, II, Trattato Bessone, X, Torino, 2002, 57 ss.

<sup>71</sup> Per cui del danno risponde il soggetto nel cui interesse l'attività dell'autore della situazione-fonte del pericolo è preordinata. Cfr. RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, cit., p. 73 ss.

<sup>72</sup> Sulla scorta del quale del danno risponde il committente, quale soggetto che crea il rischio, in certa misura inevitabile, che dall'esercizio di un'attività, qualificata da un minimo di continuità e di organizzazione, derivino danni per i terzi. Cfr. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit.

<sup>73</sup> Così ritenendo che la regola sia espressione del principio per cui del danno risponde chi si trova nella posizione migliore per accertare la convenienza o meno di evitarlo, comparando i costi di prevenzione con quelli che conseguirebbero al danno. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.

<sup>74</sup> CALABRESI, *The Cost of Accidents*, cit., e Id., *Optimal deterrence and Accidents*, in *Yale L. J.*, vol. 84, 1975, 666 ss.

<sup>75</sup> FLEMING, *The Law of Torts*, ed. 9, Sydney, 1998, p. 410.

<sup>76</sup> In questa prospettiva, si è fatto notare come lo scopo della responsabilità oggettiva (si aggiungerà qui, quella fondata sul rischio “decisionale”) sia quello di premere sul candidato responsabile affinché tenga conto del livello al quale conviene svolgere la propria attività economica. Cfr. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit.

<sup>77</sup> Tali elementi non penetrano direttamente nella fattispecie, andando a incidere sulla valutazione del singolo caso concreto. Tut-



7. – Sulla scorta di questi preliminari rilievi è possibile osservare che tanto l'esigenza di *policy*, che sta dietro il funzionamento dell'art. 2049 c.c., tanto il dato tecnico, che presiede alla struttura della norma, offrono significativi argomenti nel senso di provare ad adeguare il sistema risarcitorio in relazione al danno da IA lavorando sulla regola di responsabilità "vicaria", nel presupposto che il ricorso all'assistenza di una macchina autonoma e ad autoapprendimento possa essere assimilato all'impiego di un ausiliario umano, laddove tale assistenza comporti un danno a terzi<sup>78</sup>.

Sotto il primo profilo, l'aderenza è flagrante: il problema emerge in ragione del moltiplicarsi dei pericoli che derivano dalla crescente propensione da parte dei consociati di delegare alle azioni di altri – un tempo uomini e donne, oggi sistemi di IA – una serie di attività e incombenze, al fine di trarne un qualche tipo di utilità<sup>79</sup>. Per quanto diverso possa essere il loro contenuto, in entrambi i casi le "incombenze" sono svolte nell'interesse di un'altra persona ed entro i vincoli imposti dalle "mansioni" assegnate e dalle direttive impartite<sup>80</sup>; così come, nell'uno e nell'altro caso, il concreto espletamento delle attività ad essi affidate presuppone una capacità di azione e decisione in certa misura indipendente e autonoma, poiché implicante l'adozione di scelte in contesti di incertezza<sup>81</sup>. Peraltro, la consonanza sul piano della fattualità socioeconomica è destinata a incrementare ove si osservi che, considerati gli elevati costi (almeno nel breve e medio-periodo) dei sistemi autonomi e più sofisticati, questi saranno più spesso utilizzati nell'ambito di un'attività professionale o nell'esercizio di un'attività imprenditoriale. Una prospettiva, quella qui caldeggiata, che non sembra del tutto estranea alle istituzioni eurounitarie e, anzi, può trovare un utile aggancio proprio nella nozione di «*deployer*» adottata nella Legge sull'IA (e, di riflesso, estendibile alla proposta di Direttiva sull'IA): il quale è definito come il soggetto che – nel corso di un'attività professionale – utilizza un sistema di IA sotto la sua «*autorità*», termine che, evidentemente, rinvia al potere giuridico che un soggetto vanta nei confronti di un altro e non al potere di controllo materiale che un soggetto esercita su una cosa<sup>82</sup>.

Sul piano strutturale, invece, la regola di responsabilità contenuta all'art. 2049 c.c. appare la figura meglio equipaggiata, quanto a tecniche di imputazione e logiche sottostanti, per affrontare le specificità che, sul piano materiale, connotano il modo di svilupparsi dei fatti dannosi scaturenti da sistemi di IA e, quindi, per assorbire le criticità che ostacolano la messa a punto di un rimedio fondato su una solida base giustificatrice, ma al tempo stesso attivabile agevolmente dal potenziale attore. L'utilizzo di tale modello condurrebbe, invece, a individuare il fatto generatore del danno direttamente nella decisione/azione del sistema di IA, recidendo dalla fattispecie quell'ulteriore segmento causale che, nelle soluzioni di fonte eurounitaria, dovrebbe col-

---

tavia, essi possono contribuire a individuare le ragioni poste a fondamento del criterio di imputazione di cui si avvale la norma; e in questa seconda prospettiva, anche i rilievi circa la scelta e/o vigilanza degli ausiliari conservano una propria rilevanza

<sup>78</sup> In questo senso si esprimeva una parte dei componenti del gruppo di esperti chiamato a occuparsi del tema su cui cfr. Report from the Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability for Artificial Intelligence*, cit., 24.

<sup>79</sup> Noto è altresì l'ampio dibattito in ordine all'impatto che il loro crescente utilizzo determinerà nel mondo del lavoro. Si veda in proposito il *Future of Jobs Report 2023*, del World Economic Forum, Maggio 2023.

<sup>80</sup> WAGNER, *Verantwortlichkeit im Zeichen digitaler Techniken*, in *VersR*, 12, 2020, 717 ss.

<sup>81</sup> Cfr. BECKERS, TEUBNER, *Three Liability Regimes*, cit., 37 ss.

<sup>82</sup> È interessante rilevare come, in ambito giuslavoristico, si registrino casi (Trib. Padova, sez. lav., 16 luglio 2019, n. 550; Trib. Catania, sez. lav., sent. 4 novembre 2021, n. 4553), in cui l'utilizzo del sistema algoritmico di proprietà del committente, finalizzato all'assegnazione e alla gestione delle mansioni del personale dipendente dell'appaltatore, sia stato ritenuto elemento idoneo a fondare i poteri datoriali direttamente in capo al committente. In tema, con particolare riferimento alla prima sentenza, si veda NANNIPIERI, *Eterodirezione "algoritmica" negli appalti della logistica. Verso un quadro giurisprudenziale in mutamento*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1, 2023, 205 ss.; sulla seconda, cfr. TAGLIABUE, *L'impatto delle nuove tecnologie sulla legittimità giuridica del contratto di appalto: note a margine di una sentenza del Tribunale di Catania*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, n. 4, 1128 ss.



legare la decisione del sistema di IA ora alla colpa di un soggetto, ora all'azione dell'operatore-*deployer* che influisce (materialmente) sul suo funzionamento<sup>83</sup>. Di conseguenza, la regola di imputazione della responsabilità sarebbe organizzata sulla scorta di un giudizio più autenticamente tipologico, non incentrato sulla ricerca (caso per caso) del soggetto che di quel sistema governava o avrebbe potuto governare il rischio "causale", bensì sull'appartenenza del fatto alla serie di quelli per cui si è scelto a monte di ascrivere il danno occorso al soggetto nella cui sfera di "valutazione organizzativa" è da ricondurre l'attività espletata dal sistema di IA.

Lo scarto rispetto alle proposte elaborate dall'Unione europea è radicale. Il rapporto di causalità cesserebbe di svolgere la funzione di struttura portante della fattispecie di responsabilità per divenire – nella sua versione ridotta: dall'evento lesivo alla decisione algoritmica – mero presupposto dell'operare del criterio di collegamento oggettivo individuato dalla fattispecie di responsabilità<sup>84</sup>; la vittima, dal canto suo, sarebbe sgravata dall'onere di ricostruire le molteplici trame causali che quella decisione hanno originato, potendo concentrare la costruzione della propria tesi "accusatoria" sulla prova che il danno è derivato dalla decisione del sistema di IA (il c.d. *output*) e che questo operava per volontà e su direttive del suo *deployer*-preponente.

Vi è poi, al fondo di queste preliminari considerazioni, un'ulteriore ragione, per nulla trascurabile, che può dare ulteriormente fondamento a una tesi che guardi alla responsabilità "vicaria" come modello su cui erigere un processo di armonizzazione della regola risarcitoria nei confronti del *deployer*. Come segnalano gli studi comparatistici condotti sul tema, la responsabilità vicaria si connota per una singolare convergenza evolutiva tra i diversi ordinamenti europei (quelli di tradizione romanistica, ma anche quelli di *common law*)<sup>85</sup>. Nonostante sotto il profilo testuale le disposizioni che configurano la responsabilità a carico del *préposé* (art. 1384 del Codice civile francese), dell'*ondergeschikte* (art. 6:170 del Burgerlijk Wetboek (BW)) del *Geschäftsherr* (§ 831 del BGB) o del nostro "committente" possano presentare profili di divergenza, si attesta invero, presso la più moderna giurisprudenza europea, la comune propensione a tralasciare l'indagine circa la violazione o meno di un dovere di diligenza da parte del committente, segnando un progressivo ravvicinamento delle diverse legislazioni nel senso di attribuire alla regola una comune valenza oggettiva<sup>86</sup>.

**8.** – Rilevati i presupposti giuridici, oltre che storico-culturali, che suggeriscono di affrontare i problemi emersi nell'ambito che ci occupa lavorando a una regola di responsabilità dell'operatore-*deployer* (come definito dal legislatore europeo), ricalcata sul modello di quella "vicaria", conviene ora aumentare il grado di

---

<sup>83</sup> Come in precedenza osservato, la duplicazione dei segmenti causali è esplicita nell'ambito della Proposta di direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale. Tuttavia, anche la soluzione prospettata dal Parlamento europeo imporrebbe una simile segmentazione causale, posto che, provato il nesso di causa tra *output* e danno, occorrerebbe provare chi, tra i possibili molteplici soggetti possibili, ha materialmente influito sull'azione del sistema di IA determinando la decisione dal quale è scaturito il danno.

<sup>84</sup> In tema si veda RIZZO, *La causalità civile*, Torino 2022, 171 ss.

<sup>85</sup> In particolare, sulla c.d. responsabilità "vicaria" cfr. GILIKER, *Vicarious Liability in Tort. A Comparative Perspective*, Cambridge-New York, 2010. Sulla responsabilità oggettiva in chiave comparatistica cfr. ALPA, BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 2001; FERRARI, *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, Milano, 1992.

<sup>86</sup> In alcuni ordinamenti ciò è favorito dal fatto che nulla o pochissimo in tema di prova esonerante è dalla disposizione previsto (cfr. art. 1384 (5) del Codice civile francese; art. 1384 (3) del Codice civile belga e lussemburghese; art. 922 del Codice civile greco; art. 500 del Código civil portoghese; art. 6:170 del BW; art. 2049 del nostro Codice civile); in altri casi, quelli in cui il legislatore, con scelta poco felice, ha espressamente sancito la facoltà di esonero mediante la prova della diligenza (cfr. art. 1903 (4) e (6) Código civil spagnolo; § 831 BGB e art. 55 Codice delle obbligazioni svizzero (RU)), è stata invece la giurisprudenza a forzare il dato normativo, elaborando le vie per eludere o aggirare, nella maggior misura possibile, la *chance* di attivare la clausola liberatoria.



analiticità dello studio, per focalizzare l'attenzione su alcuni degli elementi costitutivi della fattispecie, la cui riproduzione nel contesto della responsabilità da intelligenza artificiale potrebbe apparire problematica. Lo si farà, per ragioni di spazio, con più specifico riferimento all'ipotesi descritta dall'art. 2049 c.c., sebbene uno studio comparatistico consentirebbe di riprodurre argomenti simili anche rispetto alle regole vigenti in altri ordinamenti dell'Europa continentale, stante le già rilevate convergenti linee evolutive.

Il primo e principale elemento di frizione nell'applicare, ai casi qui in esame, lo schema della responsabilità vicaria riguarda il requisito dell'illiceità del "fatto" del preposto<sup>87</sup>. Secondo l'opinione più comune, la qualifica del fatto in termini di illiceità è subordinata alla prova (quantomeno) della colpa in capo all'autore materiale del fatto. È appena il caso di rilevare che un tale criterio, per la sua tradizionale riferibilità all'essere umano<sup>88</sup>, appare *prima facie* difficilmente riproducibile quando a compiere il fatto sia un sistema di IA. L'argomento assume però dimensioni meno ingombranti non appena si pongano a mente alcune preliminari considerazioni relative, da un canto, al ruolo giocato dalla colpa all'interno del modello dell'art. 2049 c.c. e, da un altro canto, all'accezione che la colpa assume nell'attuale sistema della responsabilità civile.

Procediamo con ordine, muovendo dal primo profilo. È noto che, nell'economia della fattispecie delineata dall'art. 2049 c.c., l'illiceità del fatto assume un ruolo del tutto eccentrico, ben distinto da quello che essa riveste nella clausola di responsabilità contenuta nell'art. 2043 c.c.: nella prima ipotesi, a differenza della seconda, la natura colposa della condotta dell'autore materiale del fatto non costituisce fondamento giuridico, né tantomeno morale, dell'addebito di responsabilità, ma ne fissa più semplicemente il limite, circoscrivendo l'area del danno da allocare – in termini oggettivi – al preponente. Né potrebbe essere diversamente, posto che il fulcro delle fattispecie di responsabilità oggettiva non è un agire illecito, ma un evento dannoso scaturito da un'attività lecita<sup>89</sup>.

L'osservazione circa la natura ancillare e non qualificante della colpa del preposto ha assunto una rilevanza strategica – sia in sede accademica, sia in quella giudiziaria – consentendo di promuovere soluzioni interpretative e applicative secondo cui dell'accertamento della colpa dell'autore materiale (quantomeno nella sua versione più moralizzante di rimproverabilità) si debba o, quantomeno, si possa fare a meno.

Sul versante teorico, vale la pena di ricordare che, nel tempo che ha preceduto la formulazione della Direttiva del 1985 sui prodotti difettosi, diversi autori nella dottrina italiana avevano proposto di estendere in via interpretativa lo spettro applicativo dell'art. 2049 c.c., individuata quale regola strutturalmente più adatta a dare copertura a tali danni<sup>90</sup>. Per garantirne la piena operatività, tuttavia, si era suggerito di rieditare analo-

<sup>87</sup> In questo senso si esprimono, ad esempio, RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, cit., spec. 1698 ss. e SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, cit., spec. 1086 ss.

<sup>88</sup> Fatta eccezione per la c.d. colpa di organizzazione nel contesto dei reati dell'impresa sanzionati in via amministrativa dal D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in cui la "colpa" dell'ente viene valutata sul piano dell'organizzazione aziendale, comparando il modello organizzativo adottato dall'ente con un modello ideale di riferimento che assume a parametro di diligenza.

<sup>89</sup> In questo senso, si esprimeva nella dottrina italiana, già alla fine dell'Ottocento, COVIELLO: *La responsabilità senza colpa: professione al corso ordinario di diritto civile nella R. Università di Catania*, 1897 ss. e, ancor prima, la necessità per la società di "rendere" lecite talune attività, quand'anche dannose si ritrova già in MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, Berlin-Leipzig, 1885, § 666 ss. L'assunto diverrà centrale specie per le teorie in tema di responsabilità elaborate in chiave di analisi economica del diritto. Ma lo è altrettanto anche per le più recenti teorie sulla "tortificazione" del diritto civile che, invero, meglio si sposano con la struttura propria delle ipotesi oggettivate di responsabilità. In tema, si veda SPANÒ, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Torino, 89 ss. e il dibattito statunitense intorno al New Doctrinalism, su cui cfr. TILLEY, *Tort Law Inside Out*, in *Yale L. J.*, vol. 126, 2017, 1320 ss.

<sup>90</sup> Si vedano, in particolare, gli studi di ALPA, *Responsabilità d'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, spec. p. 390; CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., spec. 774 ss.; CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974.



gicamente la fattispecie in una chiave “secolarizzata”, tale per cui il produttore-preponente avrebbe dovuto rispondere a prescindere dalla prova della natura colposa della condotta del preposto<sup>91</sup>. D’altra parte – si osservava in quel torno di tempo – l’imprescindibile interazione tra uomo e macchina, così come la collaborazione tra i vari operatori in cui si concretizza il lavoro all’interno dell’industria, rende privo di senso chiedere la prova che il fatto dannoso sia dovuto a un comportamento negligente del lavoratore-individuo che operi all’interno dell’impresa (e, *a fortiori*, esigere la colpa del titolare dell’impresa stessa)<sup>92</sup>.

Quanto, invece, alla *law in action*, è possibile registrare nella giurisprudenza di legittimità diverse decisioni in cui la norma è stata applicata prescindendo dall’accertamento di una specifica responsabilità del commesso: ne è esempio la condanna di una società a riparare le conseguenze pregiudizievoli della condotta, commissiva od omissiva, dei propri dipendenti, anche quando non sia stato possibile identificare quale tra questi sia stato l’autore materiale del fatto<sup>93</sup>. Vero è, che di questa, come di altre simili decisioni, potrebbe anche propugnarsi una spiegazione tutta interna alla logica della colpa, ravvisando in essa un’ipotesi di *res ipsa loquitur*, per cui il fatto che un certo danno si sia prodotto, e che si sia prodotto secondo determinate circostanze fattuali, è già prova della presenza di una colpa. Ma è chiaro che, sul piano applicativo, anche una siffatta interpretazione depotenzia – e di molto – la capacità della colpa di operare quale effettivo argine al flusso di pregiudizi imputabili al preponente-datore di lavoro.

La serie di rilievi svolti sul versante della colpa potrebbe allora essere organizzata nel senso di predicare la coerenza dogmatica di un’ipotesi ricostruttiva che modelli la responsabilità per i danni cagionati da sistemi di IA sull’art. 2049 c.c., ma espungendo da esso, per esigenze di adeguamento, qualsivoglia riferimento alla natura illecita o (meno ambiguamente) “colposa” del fatto del sistema di IA; ricalcando, dunque, le orme di quella dottrina che un’analoga operazione aveva imbastito per dare tutela ai consumatori minacciati dalle potenzialità lesive di prodotti difettosi.

Per quanto forse più agevole, non è questo il percorso teorico che si intende qui promuovere. Una simile operazione ermeneutica rischierebbe di portare troppo in avanti l’area del danno allocabile al preponente (ossia, al *deployer* dell’IA). Le ragioni possono meglio cogliersi guardando, retrospettivamente, al già richiamato dibattito che ha interessato l’estensione della norma in esame al danno da prodotto difettoso. In quell’occasione, la tesi dell’eliminazione della colpa poteva contare sul fatto che il concetto di “prodotto difettoso”, assunto quale fatto generatore del danno, funge(va) già da filtro utile a selezionare quali pregiudizi, tra quelli scaturenti dalla cosa fabbricata, avrebbero dovuto essere riparati dal produttore-preponente. La nozione di prodotto difettoso, infatti, assorbe, per così dire, già a monte tutti quei fattori disfunzionali dell’organizzazione cui si potrebbe far risalire la genesi materiale dell’evento lesivo, tra i quali, a titolo esemplificativo, l’errore o la negligenza di un dipendente o il malfunzionamento di un macchinario usato per la produzione. Di tali disfunzioni, che evocano la violazione di un qualche standard di sicurezza da parte del produttore, la norma si sarebbe potuta disinteressare, perché già sussunti o quantomeno presunti nel concetto stesso di difetto<sup>94</sup>. Considerata invece l’assenza di un simile filtro in relazione al danno prodotto dall’*output* di un

<sup>91</sup> In questa direzione, muoveva la proposta ricostruttiva di CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., spec. 784 ss.

<sup>92</sup> Cfr. ancora CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 34 ss.

<sup>93</sup> Cass. civ., 21 novembre 1995, n. 12023.

<sup>94</sup> Sul rapporto tra difettosità del prodotto e carenza di diligenza del produttore si veda WAGNER, *Verantwortlichkeit im Zeichen digitaler Techniken*, cit., 726. L’Autore osserva che nella responsabilità del produttore il danneggiato deve dimostrare che il danno è stato causato da un difetto del prodotto, ossia dal mancato rispetto dello standard di sicurezza applicabile al prodotto. Facendo riferimento a uno standard di sicurezza oggettivamente determinato, tuttavia, il concetto di difetto del prodotto viene a corrispondere a quello di negligenza (anche qui intesa dall’Autore in senso oggettivo). La stessa Corte Suprema Federale tedesca (*Der Bundesgerichtshof*)



sistema di IA, l'eliminazione dell'argine rappresentato dalla colpa condurrebbe a una regola di allocazione del danno più vicina a quella della cosa in custodia, tale per cui al *deployer*-preponente sarebbero addossati i costi di qualunque decisione del sistema di IA dal quale derivino danni, per il solo fatto di essersene servito per un determinato compito, così riproponendo le stesse criticità in precedenza evidenziate.

Le superiori considerazioni suggeriscono di mutare il verso della proposta teorica: anziché provare a lavorare sulla tenuta dogmatica di una regola di responsabilità "vicaria" che faccia a meno dell'elemento della colpa (qui, nell'ottica di rimuovere un ostacolo che impedirebbe di farla girare quando il fatto non sia riconducibile a una condotta umana), si potrebbe tentare di impostare l'ipotesi ricostruttiva sulla valorizzazione dell'originaria funzione di limite che ad essa compete, preservandone le potenzialità quale dispositivo di mediazione tra l'interesse ad ottenere una più agevole e sicura riparazione dei danni subiti dai terzi e quello opposto a non inibire eccessivamente i propositi di chi voglia servirsi dei vantaggi apportati dalla nuova tecnologia per svolgere i propri affari.

Spostato in questa diversa direzione il fuoco della proposta, i problemi teorici vengono subito ad annodarsi attorno alla necessità di far reagire il meccanismo della colpa su una decisione o azione avente natura esclusivamente artificiale. Da questa angolatura, viene in rilievo il secondo dei profili sopra menzionati, relativo all'accezione che la colpa assume nell'attuale sistema della responsabilità civile (e non solo). Com'è noto, la figura della colpa è stata plasmata da un processo di "oggettivizzazione", che ha portato a spostare l'asse dell'indagine che essa sottende dalla ricerca del singolo comportamento in sé riprovevole, alla valutazione circa la sua conformità all'ordinamento, sulla scorta di criteri e modelli astratti di condotta previamente definiti ed applicabili alla generalità dei consociati<sup>95</sup>. Sul piano operativo, ne è emerso un criterio – quello della c.d. "colpa oggettiva" – tutto incentrato sul dato terminale relativo alla difformità o meno tra il comportamento concretamente tenuto e il canone di condotta in astratto definito (o la regola di cautela specifica)<sup>96</sup> e, dunque, disinteressato a ciò che attiene alla sfera psicologica del soggetto agente<sup>97</sup>, incluso il dato relativo alla consapevolezza che questi avesse delle conseguenze antiggiuridiche delle proprie azioni (se non per graduare il risarcimento in relazione ad ipotesi dolose). Quest'ultima, semmai, è destinata a rilevare sul diverso piano dell'imputabilità, dove riacquista pieno vigore l'idea più strettamente soggettivistica che soggiace alla colpevolezza di matrice penale<sup>98</sup>.

---

*tshof*), in un caso relativo alla non corretta attivazione degli airbag di un'autovettura, ha rilevato l'aderenza tra il concetto di colpa nella responsabilità per fatto illecito e quello di difetto nella legge sulla responsabilità per danno da prodotto (cfr. BGH, sentenza del 16.6.2009 – VI ZR 107/08).

<sup>95</sup> Su questa traiettoria, in *common law* e in *civil law*, si veda SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile: colpa e responsabilità oggettiva in Civil Law e Common Law*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 423 ss.

<sup>96</sup> Su cui si veda in particolare MONATERI, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, 143 ss.; SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 160 ss.

<sup>97</sup> Almeno secondo le ricostruzioni più accreditate, tra cui: COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, 9 ss.; ALPA, BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, 295 ss.; RODOTÀ, *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema*, in *Resp. civ. prev.*, 1978, 3 ss.

<sup>98</sup> MONATERI, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, cit., 144, il quale A. sottolinea che la «nozione di colpa, come semplice deviazione da uno *standard* di comportamento, non è in contrasto, ma anzi convive, con una nozione di imputabilità come capacità di intendere e volere, tanto le conseguenze dannose dei propri atti, quanto la loro possibile antiggiuridicità». Sebbene l'affermazione sia condivisibile in termini generali, va tuttavia rilevato che in taluni casi il giudizio di colpa prescinde o trascende da quello sull'imputabilità del danno al soggetto agente: è il caso dell'art. 2047 ss., della valutazione di cui all'art. 1227, co. 2 c.c. (sulle cui ipotesi cfr. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 156), nonché, in talune ipotesi, come si dirà oltre, dell'art. 2049 c.c., ove la colpa non costituisce il fondamento della responsabilità, quanto un mero presupposto dell'attivazione di una regola risarcitoria di tipo oggettivo.



La scissione concettuale tra colpevolezza e colpa, ricondotte entro ambiti applicativi tra loro non necessariamente comunicanti, presiede a una tesi che sostenga l'applicabilità del congegno della colpa anche a condotte o decisioni che siano esito di processi decisionali basati su criteri differenti rispetto a quelli propriamente umani. L'ipotesi non è nuova, trovando spazio, in ambito amministrativo, in relazione alla responsabilità da reato degli enti (d.lgs. n. 231/2001). Qui, la colpa dell'ente, posta alla base della fattispecie, viene ricostruita non già andando «alla ricerca del coefficiente psicologico della condotta [umana]», bensì – tenendo conto delle peculiarità di una fattispecie in cui il rimprovero è rivolto all'ente – come «colpa di organizzazione, considerando[...] il connotato squisitamente normativo [della difformità del modello di organizzazione adottato rispetto a quello ideale]»<sup>99</sup>. Similmente, la “colpa” del sistema di IA potrebbe essere fondata sull'indagine circa lo scarto tra la decisione/azione in concreto assunta dall'algoritmo e la norma di condotta che funge da modello, trascendendo a tal fine il dato relativo al retrostante procedimento di determinazione dei contenuti “decisi” e “comunicati”<sup>100</sup>.

Con un *caveat*. Nel campo specifico della responsabilità “vicaria”, la tesi favorevole ad estendere il campo semantico e operativo della colpa a fatti “non-umani” trova una puntuale sponda nella circostanza – sopra già rilevata – per cui la colpa dell'ausiliario è un presupposto della fattispecie di responsabilità, ma non ne costituisce il fondamento: sicché la colpa (oggettiva) viene in rilievo anche qualora slegata dall'imputabilità. Prova ne sia che l'art. 2049 c.c. è stata ritenuta attivabile dalla nostra giurisprudenza di legittimità anche in ipotesi in cui il preposto, autore materiale del fatto, era al momento del suo compimento in uno stato di incapacità di intendere e volere<sup>101</sup>. E lo si è potuto fare – evidenzia autorevole dottrina – precisamente facendo affidamento su una nozione oggettivata di colpa<sup>102</sup>.

9. – Nel seguire una traiettoria ermeneutica come quella qui tracciata, lo studioso non può esimersi dall'aprire un ulteriore *file* all'interno della più ampia ricerca, incentrato sulla definizione dello standard oggettivo di azione/decisione algoritmica da assumere come parametro per valutarne l'eventuale difformità rispetto all'ordinamento. Si tratta, in estrema sintesi, di individuare ciò che è possibile e ragionevole “pretendere” da un sistema di IA in termini di misure di cautela volte a prevenire gli incidenti ai terzi.

La dottrina straniera, in realtà, dibatte il problema già da alcuni anni<sup>103</sup>. Sebbene diverse siano le posizioni di partenza e le finalità ultime che fanno da sfondo alle ricerche sul tema, si registra una certa convergenza

<sup>99</sup> Le parole sono riprese dalla sentenza resa a Sezioni unite dalla Cassazione penale nel caso *Thyssenkrupp* (Cassazione Penale, Sez. Unite, 18.09.2014, n. 38343), nella quale i giudici hanno reinterpretato i principi costituzionali posti alla base dell'illecito penale, evidenziando come la loro tenuta deve essere valutata sulla base delle peculiarità della fattispecie riguardante l'ente, «affatto diversa da quella che si configura quando oggetto dell'indagine sulla riprovevolezza è una condotta umana».

<sup>100</sup> Non risulterebbe dunque a tal fine decisivo se la condotta sia frutto di pensiero cosciente o meno, frutto di logica “causale” o invece da “inferenza”, ma solo se sia difforme dal modello normativo di decisione costruito dall'ordinamento.

<sup>101</sup> Cass. civ., 12 novembre 1979, n. 5851, sebbene la motivazione sia stata dai giudici costruita nei termini di un ossequioso tributo alla colpa, adducendo a fondamento della responsabilità ex art. 2049 c.c. per il danno cagionato dal preposto incapace la *culpa in eligendo* (per il preposto incapace sin dall'inizio) o *in vigilando* (per il preposto divenuto incapace in corso di rapporto) del preponente.

<sup>102</sup> TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio*, ed. 1, 2017, 290.

<sup>103</sup> Si vedano GEISTFELD, *A Roadmap for Autonomous Vehicles: State Tort Liability, Automobile Insurance, and Federal Safety Regulation*, in *Cal. L. Rev.*, vol. 105, 1611 ss.; ABBOTT, *The Reasonable Computer: Disrupting the Paradigm of Tort Liability*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 86, 2018, 1 ss.; LEMLEY, CASEY, *Remedies for Robots*, in *U. Chi. L. Rev.*, vol. 86, 2019, 1311 ss.; WAGNER, *Produkthaftung für autonome Systeme*, in *AcP*, 217. Bd., H. 6, 2017, 707 ss.; Id., *Verantwortlichkeit im Zeichen digitaler Techniken*, cit., 717 ss., spec. 727 ss.; ZECH, *Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und*



tra gli studiosi nel prefigurare, come opzioni teoriche polarizzanti, quella volta a caldeggiare l'applicazione degli stessi canoni pensati per valutare il comportamento umano; e quella propensa a configurare uno standard di condotta specifico in ragioni delle peculiarità che connotano i modelli di azione (e quindi le capacità di "ragionamento") dei sistemi di IA <sup>104</sup>.

La prima tesi, più legata allo stato attuale della tecnologia, spinge per uno standard di diligenza in ogni caso mai inferiore a quello degli esseri umani, nell'ottica di assicurare un incentivo alla produzione e messa in circolazione di sistemi di IA, la cui capacità lesiva non sia più elevata di quella della generalità dei consociati. La seconda tesi muove dal presupposto implicito per cui i sistemi di IA possiedono capacità di *performance* di regola superiori a – o quantomeno diverse da – quelle proprie degli esseri umani in analoghe situazioni e, su queste basi, sostengono l'esigenza di elaborare standard di diligenza specifici basati sulle caratteristiche del sistema di IA (*melius*, del modello decisionale adottato) sulla cui base valutare la difformità dell'*output* prodotto nella specifica situazione di incidente <sup>105</sup>. La soluzione, a parere di chi scrive, non può essere così netta e richiede una maggiore articolazione. Lo stato attuale dell'evoluzione tecnologica non contempla ancora sistemi di "intelligenza artificiale generale" <sup>106</sup>, in grado di svolgere tutte, o quantomeno un rilevante numero, delle funzioni e azioni che competono all'essere umano. Essi, per quanto autonomi e sofisticati, sono di regola progettati per svolgere una serie di compiti specifici, in ambiti sufficientemente circoscritti e per il raggiungimento di finalità e obiettivi altrettanto specifici.

Conseguentemente, il modello di riferimento ideale dovrà tenere conto, anzitutto, dell'ambito in cui il sistema di IA svolge la propria attività, per determinare se l'ausiliario digitale, così come quello umano, sia soggetto a un canone di diligenza più elevato di quello ordinario e in ogni caso ritagliato sul settore di pertinenza operativa. Su questo dato si dovrebbe poi innestare una seconda valutazione che attiene invece alle funzionalità intrinseche del sistema di IA e al grado di complessità delle incombenze ad essi affidate, per determinare se il loro utilizzo sia funzionale a sostituire, riproducendone le condotte, un ausiliario umano ovvero se ad esso siano assegnati compiti che, in ragione della capacità computazionale o della mole di dati richiesti, non potrebbero essere svolti da un essere umano. Nel primo caso, il modello di condotta cautelare potrà allinearsi a quello utilizzato per misurare il comportamento umano che operi nella stessa situazione fattuale; nel secondo caso, per contro, sarà decisivo, ai fini della verifica della conformità dell'*output* all'ordinamento, il confronto tra il sistema che ha causato l'incidente e altri sistemi comparabili sulla base delle loro specifiche tecniche. Intrecciando tali criteri potranno dunque costruirsi *i modelli* di riferimento attraverso cui parametrare le "condotte" dei sistemi autonomi di IA e valutarne la loro «conformità» all'ordinamento <sup>107</sup>.

---

*Haftung? Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentags*, vol. I, 2020, 69 ss.; BECKERS, TEUBNER, *Three Liability Regimes*, cit., 84 ss.; BOGHETTI, *Civil Liability for Artificial Intelligence: What Should its Basis Be?*, in *Rev. juristes Sci. Po.*, 2019, 94 ss. e ancor prima, dello stesso autore, *How Can Artificial Intelligence Be Defective?*, in LOHSSE, SCHULZE, STAUDENMAYER (a cura di), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden, 2018, 63 ss.

<sup>104</sup> In questo senso si esprimeva anche l'Expert Group on Liability and New Technologies dell'Unione europea, nel Report *Liability for Artificial Intelligence*, cit., p. Sul punto si veda altresì LEMLEY, CASEY, *Remedies for Robots*, cit., 1382 ss.

<sup>105</sup> In questa prospettiva, cfr. in particolare WAGNER, *Verantwortlichkeit im Zeichen digitaler Techniken*, cit., 728; ABBOTT, *The Reasonable Computer*, cit., 35 ss.

<sup>106</sup> Sebbene il Reg. IA, a partire dalla versione emendata dal Parlamento nel 2023, abbia introdotto previsioni riguardanti i sistemi IA per finalità generali, definiti nell'ultima versione approvata dal Parlamento come «un sistema di IA basato su un modello di IA per finalità generali, che ha la capacità di perseguire varie finalità, sia per uso diretto che per integrazione in altri sistemi di IA» (art. 3 punto 66).

<sup>107</sup> Fondamentale, a questi fini, è il rispetto dei requisiti e degli obblighi di trasparenza posti dalla legge sull'IA, su cui, d'altra parte, insistono le stesse istituzioni dell'Unione.



Così puntellato, il dispositivo della colpa potrebbe essere reinserito nella trama della fattispecie, al fine di pervenire a un più equilibrato assetto degli interessi plurali che entrano in gioco nella disciplina della responsabilità da intelligenza artificiale. Il limite della colpa consentirebbe, invero, di ristrutturare l'enunciato normativo in modo da allineare il dispiegarsi dell'effetto giuridico associato alla fattispecie con la *ratio* giustificatrice che ad essa soggiace. Se si riconosce che il criterio di imputazione è volto ad allocare il danno al soggetto in grado di meglio gestire il rischio decisionale (od operativo) che discende dalla messa in azione del sistema di IA, ne consegue allora che tra i costi inseriti nella valutazione non vi sarà spazio per i danni causalmente riconducibili a una decisione del sistema che risulti conforme ai canoni di condotta applicabili ai consociati (o alle specifiche regole di cautela che dovessero rilevare in relazione al sistema di IA preso in considerazione) e, pertanto, all'ordinamento. Il preponente-*deployer* non potrà dunque essere chiamato a rispondere del danno cagionato dal sistema di IA, se la decisione/azione assunta, per quanto inaspettata all'esterno, sia frutto della corretta elaborazione delle norme di cautele imposte dall'ordinamento nello specifico settore in cui si svolge l'attività (è il caso, per esemplificare, di un veicolo dotato di autonomia che provochi un danno perché fermatosi completamente a un segnale di stop)<sup>108</sup>; così come non dovrà rispondere nell'ipotesi in cui danno sia stato provocato nonostante il rispetto delle linee guida al riguardo esistenti nello specifico settore di riferimento (è il caso dell'utilizzo di sistemi di IA in campo medico); o, ancora, nell'ipotesi in cui la decisione, per quanto implicante conseguenze negative per il soggetto che la subisce, costituisce l'esito di un corretto funzionamento ed applicazione del modello algoritmico di riferimento, il cui utilizzo è ammesso dall'ordinamento (si pensi al caso di esclusione di candidati valutati e assunti per mezzo di sistemi di IA; all'uso di sistemi votati alla valutazione dell'affidabilità e del merito creditizi): ipotesi, queste, che potrebbero rientrare nella sfera di rischio del *deployer*, qualora si adottasse una regola di responsabilità oggettiva, quale quella proposta dal Parlamento europeo<sup>109</sup>.

Pertanto, è opportuno osservare che l'attribuzione di una responsabilità per il danno derivante da una «mancata produzione di output» dell'algoritmo, come prospettato nella Proposta di Direttiva sulla responsabilità da IA, appare astrattamente configurabile solo all'interno di una fattispecie che contempra un criterio mediano quale quello della colpa (o della decisione non conforme, che dir si voglia) del sistema di IA, posto che il tipo di indagine causale che presiede all'ipotesi omissiva mal si attaglia allo schema della responsabilità oggettiva per il danno causato da una cosa in custodia, da un'automobile o da un'animale<sup>110</sup>.

**10.** – La ricostruzione teorica è ora sufficientemente matura per tornare al tema, accennato in apertura, dello statuto giuridico del sistema di IA. Lo si farà, però, solo di sbieco: è lo stesso *iter* logico del discorso che si è sin qui condotto a suggerire di depotenziare il carico polarizzante e “oppressivo” che un tale interrogativo esercita nel processo di regolazione delle vicende giuridiche che concernono i sistemi di IA. Da un lato, si è evidenziato che l'accostamento – altrettanto arbitrario da un punto di vista dogmatico – tra i sistemi di

<sup>108</sup> Cfr. LEMLEY, CASEY, *Remedies for Robots*, cit., 1382 ss., sebbene in tal caso potranno valere regole più specifiche. Si veda in tema CALABRESI-AL MUREDEN, *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Bologna, 2021.

<sup>109</sup> Cfr. WENDEHORST, *Strict Liability for AI and other Emerging Technologies*, in *Journal of European Tort Law*, 2020, 150 ss., 159, 167, in relazione all'uso di sistemi di IA per l'assunzione o la selezione di lavoratori.

<sup>110</sup> Perché l'omissione – intesa quale mancato impedimento di un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire – determina l'insorgere di una responsabilità extracontrattuale, essa deve essere imputabile al suo autore per colpa o dolo. Si veda CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 318 ss.; ALPA, *Relazione al convegno “Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile”*, in *Resp. civ. prev.*, n. 5-6, 1977, 677 ss.



IA e il dominio delle cose non risponde a una precisa funzione giuridica, ma può anzi risultare deleterio nella misura in cui finisce per cancellare le specificità del sistema di azioni dell'IA, che si innestano sul piano della natura autonoma e complessa della decisione all'origine del danno. Dall'altro lato, si è osservato che, nel campo specifico che occupa la presente ricerca, l'ipotesi della capacità del sistema di IA viene in rilievo non già nell'ottica di istituire un nuovo soggetto su cui far gravare l'obbligazione risarcitoria (il che, come più volte detto, implicherebbe la dotazione di un patrimonio), bensì in quella di assicurare – nel contesto dell'enucleazione di un più tradizionale criterio di imputazione oggettiva – una più accorta distribuzione dei rischi e delle cautele tra le parti coinvolte, senza perciò diminuire il livello di tutela della potenziale vittima. L'ipotesi soggettiva – esattamente come quella oggettiva – non dovrà dunque influenzare a monte la serie di ipotesi ricostruttive selezionabili dall'interprete, ma – al più – imporsi a valle laddove necessario per mettere in funzione, completandola, una determinata regola di responsabilità. Così reimpaginato il discorso, si comprende come la questione dello statuto giuridico non possa essere risolta in termini generali, ma debba esser fatta transitare per la specifica opzione teorica prescelta: nel caso di specie, pertanto, ci si dovrà chiedere se l'utilizzo del modello di responsabilità vicaria, di cui si mantenga in piedi l'elemento della "colpa", imponga l'attribuzione di una soggettività o anche solo di una capacità in capo al sistema di IA, quale autore materiale del fatto dannoso.

Secondo alcuni autori in dottrina<sup>111</sup>, la personificazione di entità non umane sarebbe operazione necessaria per trattare gli agenti software come agenti vicari, ossia come soggetti giuridicamente capaci di agire cui imputare materialmente una decisione non conforme all'ordinamento. L'affermazione appare, almeno in parte, criticabile. Si potrebbe infatti sostenere – a ragione – che l'attribuzione di una capacità di agire veicola all'interno dei rapporti sociali e dei traffici giuridici l'idea che il potenziale dannoso che deriva dall'interazione con tali sistemi non è mera conseguenza dei difetti che essi incorporano o di un accadere accidentale ed episodico e, dunque, indipendente dagli impulsi che provengono dall'ambiente esterno. Le decisioni assunte dai sistemi autonomi di IA sono, almeno in parte, "funzione" di tali impulsi e, pertanto, il segnale sociale associato all'attribuzione di una capacità (e dunque alla contestuale non riducibilità a una mera *res*) potrebbe modificare, innalzandolo o quantomeno rimodulando, il grado di cautela di coloro che con essi si trovano a interagire (il che, tuttavia, rilevarebbe maggiormente in ambito contrattuale).

Sotto un profilo più strettamente tecnico, tuttavia, l'addebito di responsabilità sulla scorta della fattispecie prevista dall'art. 2049 c.c. non implicherebbe necessariamente l'attribuzione di una capacità. Come in precedenza già osservato, la nozione di colpa oggettiva, in quello specifico ambito, può qualificare la condotta dannosa anche qualora il suo autore sia incapace di intendere e volere. Se così è, non vi sono allora ragioni di stretto diritto perché la fuoriuscita del sistema di IA dal dominio delle cose debba essere assistita o confermata dal contestuale loro ingresso nell'opposto polo che fa capo al soggetto, per il mezzo del riconoscimento di una loro formale capacità di agire.

L'assunto favorisce, anzi, l'apertura di un fronte d'indagine più marcatamente speculativo, che trascende i più ristretti confini della regola di responsabilità "vicaria". La mancata formalizzazione di una previa capacità di diritto in capo al sistema di IA non solo evita l'impaccio di dover "sostanzializzare" l'autore materiale del danno in una persona in senso giuridico, ma sottrae altresì l'interprete dalla necessità di descrivere e rappresentare quest'ultimo nella forma univoca dell'individuale. In tal modo, il giudizio causale, che nelle ipotesi oggettive precede l'attivazione del relativo criterio di imputazione<sup>112</sup>, potrà essere condotto senza i vin-

<sup>111</sup> BECKERS, TEUBNER, *Three Liability Regimes*, cit., 68.

<sup>112</sup> Su cui si veda di recente RIZZO, *La causalità civile*, cit., 177 ss.



coli che inevitabilmente conseguono alla necessità di ricollegare l'evento dannoso a centri "unitari" di azione – siano essi cose o persone; così consentendo – ove la fattispecie concreta lo suggerisca – di riconnettere l'evento anche a più complessi e dinamici "contesti di azione", "aree socio-tecniche" o ancora ad "assemblaggi" multiformi di azioni e di decisioni<sup>113</sup>. Sarà poi il prescelto criterio di collegamento oggettivo a stabilire quali soggetti – questi sì dotati di una propria capacità di agire e (almeno in astratto) di una propria capacità patrimoniale – dovranno essere chiamati a sopportare il peso dell'obbligazione risarcitoria per i danni riconnessi a tali "nuclei di azione"<sup>114</sup>.

**11.** – Prima di completare l'ipotesi ricostruttiva, conviene ricapitolare brevemente. Si è sostenuto nelle precedenti pagine che, una volta bucatò quello strato preconettuale che puntualmente si forma allorché la lettura di un fenomeno giuridico sia preceduto dalla preventiva etichettatura categoriale delle entità che in esso vi prendono parte, sarà possibile constatare come vi siano serie e fondate ragioni per intessere, attorno al modello di responsabilità "vicaria", la trama ricostruttiva di una regola risarcitoria nei confronti del *deployer* che, in ambito professionale, si avvalga di sistemi di IA ad alto contenuto tecnologico e, quindi, potenziale lesivo; regola, lo si ribadisce, da affiancare (quantomeno) a quella per danno da prodotto (algoritmico) difettoso. L'attivazione del congegno di imputazione che sovraintende la fattispecie, in questa sede studiata prevalentemente nella versione domestica dell'art. 2049 c.c., imporrebbe l'iscrizione del relativo addebito di responsabilità in capo al soggetto che si serve del sistema di IA, delegandogli determinati compiti da compiere nel suo interesse e a proprio beneficio. A un tale soggetto – di regola il più facile da individuare – sarebbe attribuita una responsabilità (oggettiva) da "rischio decisionale", vale a dire, il rischio – molto diverso da quello "puramente causale" che assiste la regola di responsabilità per cosa in custodia – che le decisioni autonome dei sistemi di IA si rivelino sbagliate, nel senso di non conformi<sup>115</sup> a un determinato modello di riferimento ideale di tollerabilità sociale e che da tali decisioni sbagliate derivino danni per i terzi. La vittima potrebbe così avvalersi di un rimedio più efficace e meno costoso, in ragione della riduzione dell'oggetto dell'onere probatorio a suo carico al solo segmento causale che lega il danno alla decisione "illecita" dell'algoritmo, eventualmente ulteriormente attenuabile tramite una presunzione relativa di «non conformità». Dal canto suo, il *deployer* non sarebbe fatto responsabile per qualunque danno scaturisca dal sistema di IA –

---

<sup>113</sup> Il riferimento è qui alle diverse tipologie di rischio prospettate in tema di intelligenza artificiale da BECKERS, TEUBNER, *Three Liability Regimes*, cit., 14 ss. Gli autori segnalano come, oltre al il rischio di autonomia, che deriva dalle "decisioni" indipendenti degli agenti software, vi siano due ulteriori e più complessi rischi: il rischio di associazione, che deriva da azioni o decisioni assunte in stretta collaborazione tra esseri umani e agenti software, tale per cui non è possibile distinguere il contributo di ciascuno (per cui si propone una responsabilità ricalcata su quella societaria); e il rischio di interconnessione, il quale ricorre allorché i sistemi algoritmici non agiscono in modo isolato, ma in stretta interdipendenza con altri sistemi dal quale sono reciprocamente influenzati (per cui si propone l'attribuzione della responsabilità direttamente alla catena di decisioni, istituendo dei *pool risks*, i cui partecipanti sono stabiliti dal diritto). Cfr. in tema il lavoro, ancor più di recente, degli stessi autori: *Responsibility for Algorithmic Misconduct: Unity or Fragmentation of Liability Regimes?*, in *Yale J.L. & Tech, Special issue*, vol. 25, 2023, 76 ss.

<sup>114</sup> Un tale modo di procedere potrebbe favorire una maggiore diversificazione o complessificazione dei regimi di responsabilità (o anche una rimodulazione delle tecniche di imputazione), estendendo i confini operativi della responsabilità anche alle ipotesi dominate da una strutturale e fisiologica incertezza causale. Si è tentato di mettere a "nudo" la sequenza di "riduzione della complessità" che connota l'applicazione dei criteri di imputazione senza colpa in MONTEROSSO, *Liability for the Fact of Autonomous Artificial Intelligence Agents. Things, Agencies and Legal Actors*, in *Global Jurist*, 2020, 1 ss. In questa sede, il rilievo è utile a preparare il terreno per l'ultima parte dell'analisi.

<sup>115</sup> Cfr. in questo senso TEUBNER, *Digital Personhood? The Status of Autonomous Software Agents in Private Law*, in *Ancilla Iuris*, 2018, 35 ss.



in una guisa che lo approssimerebbe a un mero “guardiano” dell’IA (seconda l’ipotesi della cosa in custodia) – ma solo per quei pregiudizi che, sulla base di un giudizio normativo, dovrebbero rientrare nella sua sfera di valutazione organizzativa, come delimitata dalla riconducibilità dell’attività del sistema IA alle “incombenze” assegnate.

L’analisi può così volgere alla sua piega finale. Vi è un ulteriore meccanismo, non espressamente menzionato dalla norma, ma potenzialmente ricavabile dai principi generali che presiedono alla materia della responsabilità, su cui conviene da ultimo soffermarsi. Ci si riferisce alla possibilità per il preponente, una volta risarcito il danno, di agire in rivalsa nei confronti dell’autore immediato del fatto dannoso, facendo applicazione del disposto di cui all’art. 2055, co. 2 e 3 c.c.

Per il vero, tale possibilità è messa in questione da una parte della dottrina. Si è osservato che, specie laddove la norma sia ricondotta entro le più moderne teorie della responsabilità per rischio, l’azione di rivalsa può finire per comprimere i propositi di prevenzione specifica ed assorbimento dei costi degli incidenti che ad essa sarebbero affidati<sup>116</sup>. Sembrerebbe, in altre parole, poco coerente approntare un meccanismo risarcitorio in virtù del quale, nel giudizio primario di responsabilità, si impedisce al committente di liberarsi dalla responsabilità (se non con la più estrema prova del caso fortuito); per poi concedergli, in un secondo tempo, la facoltà di liberarsi dai costi del danno imputandoli all’ausiliario. L’osservazione appare logica e risulta in parte condivisibile. Tuttavia, si potrebbe obiettare, un tale argomento spinge troppo sulla funzione preventiva della regola, mettendo da parte quella di garanzia della riparazione del pregiudizio subito dal terzo, che pure e, anzi, ancor prima, compete alla norma. È chiaro che, se guardata da questo altro lato, l’azione di rivalsa non inficia le aspettative delle potenziali vittime, ma si pone in linea con un meccanismo di responsabilità volto a rafforzarne la tutela.

Il dato giurisprudenziale domestico sembra dare conforto alla tesi della contraddittorietà, posto che solo di rado il “committente” ha tentato di rivalersi sul commesso. Diverse, tuttavia, sono le ragioni che, ben più prosaicamente, possono spiegare la tendenza giurisprudenziale: dalla minore capacità solutoria dell’autore materiale del danno (specie ove il datore di lavoro sia un’impresa), alla possibilità per il preponente-datore di lavoro di gestire contrattualmente l’illecito, eventualmente tramite l’attivazione del potere sanzionatorio che ad esso compete sotto il profilo disciplinare, sino alla possibilità per l’obbligato di assorbire il danno per il tramite del meccanismo assicurativo<sup>117</sup>. Ciò non toglie che, come si evince allargando il campo della ricerca oltre i confini nazionali<sup>118</sup>, la questione circa l’ammissibilità o meno dell’azione di rivalsa conservi una rilevanza teorica di primo piano nel dibattito dottrinale che investe la responsabilità “vicaria”.

I problemi teorici appena richiamati risultano tuttavia meno stringenti nel contesto dell’ipotesi che ci si appresta ad avanzare. Ora, è chiaro che una piana riproduzione del meccanismo in parola alle ipotesi in esame sia da escludere in radice. Configurare un’azione di rivalsa nei confronti del “preposto artificiale” non avrebbe senso: non solo perché non vi sarebbe un patrimonio da aggredire, ma anche perché, nella sua veste tradizionale di fondamento del sindacato di illiceità (veste che si ripropone nel contesto del giudizio contro l’ausiliario), la colpa presuppone una capacità di intendere e volere dell’agente che, allo stato, non è dato rinvenire nei sistemi di IA. Epperò, il sistema della rivalsa può, nelle ipotesi qui in esame, esplicare un ruolo

<sup>116</sup> CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., cap. II, nota 163.

<sup>117</sup> Su cui cfr. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 185. I committenti, specie ove rivestano il ruolo di datori di lavoro, ridurranno il proprio rischio attraverso la stipula di polizze assicurative per i danni o le perdite cagionate dal fatto illecito dei loro dipendenti, così trasferendo i relativi costi ai loro clienti sotto forma di prezzi più alti. In tali ipotesi, sarà al più la compagnia assicuratrice, tramite surrogazione, ad agire contro l’autore materiale del danno.

<sup>118</sup> GILIKER, *Vicarious Liability in Tort*, cit., 30 ss.



rilevante, forse ancor più di quanto avvenga di regola in relazione all'art. 2049 c.c.: solo che, a tal fine, la rielaborazione sul piano interpretativo deve seguire qualche ulteriore e conclusivo passaggio argomentativo.

Dietro la condotta umana, suscettibile di essere qualificata in termini di dolo o colpa, vi è sempre un processo unitario di formazione della volontà del soggetto agente, il quale, al più, potrà essere inficiato da condizionamenti esterni che ne perturbano i risultati, comprimendone la libertà di determinazione. Al contrario, la decisione del sistema di IA è l'esito di un processo puramente "artificiale", in cui tanto i modelli di ragionamento, tanto le "regole" da rispettare nell'attivare detti modelli, tanto, ancora, i dati che vengono sussunti in quei modelli, provengono dall'esterno, essendo il frutto dell'attività, del lavoro o della partecipazione – autorizzata, ma anche non – di una determinata (sebbene non sempre in concreto determinabile) schiera di attori giuridici. Per sintetizzare, con un paradosso: se la decisione finale può essere intesa, sul piano effettuale, come *autonoma*, perché implicante una scelta in condizioni di incertezza, non riducibile a quella di chi se ne serve, il processo decisionale che sta dietro la scelta del sistema di IA è, e rimane pur sempre, un processo *eteronomo*.

Una regola di responsabilità ben congegnata dovrebbe essere in grado di catturare un tale dato, introducendo un meccanismo che consenta – sebbene in un secondo tempo – di dare rilievo ai fatti da cui la decisione difforme trae origine, evitando che essi si dissolvano definitivamente nel momento stesso in cui sia messo in moto il criterio di imputazione di ispirazione vicaria. Riprende qui vigore la spinta verso un'indagine più schiettamente causale volta a risalire all'origine della vicenda lesiva, in aderenza alla complessità che connota il sistema di azione facente capo all'agente artificiale; ma riconoscendo, al tempo stesso, come detta indagine possa e debba assumere natura "subordinata" e, insieme, eventuale, poiché l'interesse che essa intende soddisfare – quella alla esatta distribuzione dei costi tra eventuali altri soggetti che hanno partecipato al processo decisionale e che, in ipotesi, hanno contribuito alle ragioni del danno – si colloca in posizione subalterna rispetto al primario interesse alla riparazione del danno.

Volendo racchiudere in specifiche regole operazionali quanto appena rilevato sul piano teorico, il modello di responsabilità potrebbe essere utilmente completato attraverso la previsione di una azione di rivalsa a favore del soggetto obbligato, nei confronti di quegli altri soggetti che, sotto profili diversi, hanno influito sul processo decisionale dell' algoritmo, di modo da offrirgli l'opportunità di dimostrare che lo scarto tra la decisione algoritmica e il modello di riferimento sia a uno o più di essi addebitabile. Il preponente-*deployer* dell'IA, una volta riparato il danno alla vittima, potrebbe liberarsi di tutto il (o parte del) carico risarcitorio, dimostrando, ad esempio, che la decisione difforme cui l'algoritmo è pervenuto è dovuta a un difetto di uno dei suoi componenti *hardware* o *software*; a una errata analisi dei dati da parte del fornitore terzo dei servizi digitali; a una scarsa qualità dei dati utilizzati per l'addestramento del sistema da parte di soggetti terzi; a un disservizio delle infrastrutture per la trasmissione e/o analisi di dati (se non qualificabili come "componenti" del sistema di IA); all'interazione con altri "agenti artificiali" che – per ragioni diverse – hanno inficiato il processo decisionale dell'algoritmo; ancora, all'azione di un terzo che, sfruttando una vulnerabilità in termini di cibersecurity, abbia dolosamente modificato le funzionalità dell'algoritmo, e così via. In tal modo, il l'operatore-*deployer* sarebbe altresì incentivato a investire maggiori risorse nel monitoraggio della qualità e sicurezza dei componenti o dei servizi forniti dai soggetti partecipanti ai processi decisionali, negoziando eventualmente – laddove il potere di mercato lo consenta – accordi di redistribuzione dei costi derivanti dai fatti illeciti.

Così architettato, il sistema di responsabilità consentirebbe una più accorta distribuzione dei rischi, delle colpe e, quindi, delle corrispondenti cautele tra i partecipanti alla catena del valore; ma il peso processuale della loro esatta identificazione e gradazione non sarebbe posto a carico della vittima, bensì del soggetto economico che trae utilità e che si assume il "rischio decisionale" insito nell'utilizzo di sistemi di IA dall'elevato contenuto tecnologico e potenziale lesivo.

