

JUS CIVILE

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



1/2026

gennaio-febbraio



G. Giappichelli Editore

ISSN 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

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
<i>Antonio Di Bia</i> , Le Sezioni Unite e il mutuo con deposito cauzionale o pegno irregolare: quando il contratto è titolo esecutivo	3
<i>Enrico Minervini</i> , Il negozio dichiarativo	16
<i>Maria Francesca Tommasini</i> , Cybersicurezza e tutela dei dati personali: un'analisi multilivello	22
<i>Elena Guardigli</i> , Modernità e tradizione nella programmazione successoria “altruistica”: onere testamentario e finalità “culturali”	35
<i>Marina Federico</i> , Le “disuguaglianze multiple”. Riflessioni sulla non discriminazione nel diritto privato europeo	57
<i>Francesco Castronovo</i> , Il problema dell'inerzia nell'esercizio del diritto di credito: spunti sistematici dalla prospettiva opposta	93
<i>Christoph Perathoner</i> , The independent guarantee contract in international legal practice	105
Giurisprudenza italiana	
<i>Nicola Enrichens</i> , Incidenti causati da fauna selvatica e risarcimento del danno	127



ARTICOLI E SAGGI



ANTONIO DI BIASE*

LE SEZIONI UNITE E IL MUTUO CON DEPOSITO CAUZIONALE O PEGNO IRREGOLARE: QUANDO IL CONTRATTO È TITOLO ESECUTIVO**

THE ‘SEZIONI UNITE’ AND THE LOAN WITH SECURITY DEPOSIT OR IRREGULAR PLEDGE: WHEN THE CONTRACT CONSTITUTES AN ENFORCEABLE TITLE

ABSTRACT: L’articolo analizza la complessa vicenda giurisprudenziale relativa ai mutui bancari con contestuale costituzione, sulle somme erogate, di deposito cauzionale infruttifero o pegno irregolare in favore della banca mutuante, fino all’intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che distinguono il mutuo condizionato dal mutuo con deposito/pegno irregolare e riaffermano la sufficienza del contratto notarile quale titolo esecutivo, a patto dal testo negoziale risulti che la somma sia stata effettivamente messa a disposizione del mutuatario e l’obbligazione restitutoria sia attuale e incondizionata. L’autore inquadra tale soluzione nel contesto della “dematerializzazione” del denaro e dell’interpretazione evolutiva della *datio rei* in un’epoca storica *cashless*, valorizzando la disponibilità giuridica delle somme più che la consegna materiale.

Abstract: The article analyses the complex case law concerning bank loans accompanied by the simultaneous creation, over the sums disbursed, of an interest-free security deposit or an irregular pledge in favour of the lending bank, up to the clarifying intervention of the Joint Divisions of the Court of Cassation, which distinguish conditional loans from loans with security deposit/irregular pledge and reaffirm the sufficiency of the notarial deed as an enforceable title, provided that the contractual wording shows that the sum has been effectively made available to the borrower and that the repayment obligation is present and unconditional. The author places this solution within the broader context of the “dematerialisation” of money and of the evolutionary interpretation of the *datio rei* in a cashless era, giving precedence to the legal availability of the funds over their physical delivery.

SOMMARIO: 1. *La questione dei mutui con contestuale ‘restituzione’ della somma ed il revirement dell’anno 2024.* – 2. *L’art. 474 c.p.c. ed il problema della “attualità” dell’obbligazione restitutoria: le tesi a confronto.* – 3. *Mutuo e titolo esecutivo: la soluzione adottata dalle Sezioni Unite della Cassazione.* – 4. *Dematerializzazione del denaro e mutuo: la datio rei nell’epoca cashless.* – 5. *Dalla condizione allo svincolo: fine dell’equivoco sul mutuo con deposito cauzionale o pegno irregolare.*

1. La questione dei mutui con contestuale ‘restituzione’ della somma ed il *revirement* dell’anno 2024

Negli ultimi tempi le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state investite di due questioni, per certi aspetti simili, relative alla valenza o meno, come titolo esecutivo, di due diverse fattispecie di mutuo molto utilizzate nella prassi bancaria: ci si riferisce al c.d. mutuo solutorio ed al mutuo con pegno irregolare o deposito cauzionale infruttifero. In queste brevi note si affronterà la questione che ha

* Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Foggia.

** Contributo sottoposto a revisione.



interessato la seconda delle fattispecie negoziali citate, ossia l'ipotesi in cui venga stipulato tra le parti un contratto di mutuo mediante il quale l'istituto di credito eroghi una somma di denaro, 'consegnandola' al destinatario, ma convenga contestualmente che tale importo sia immediatamente ed interamente restituito alla parte mutuante mediante deposito cauzionale, o altro negozio equipollente (quale ad esempio un pegno irregolare) con l'intesa che la somma verrà svincolata al verificarsi di determinate condizioni, per lo più subordinate al 'consolidamento' della garanzia ipotecaria in favore dell'ente creditizio.

Più nel concreto, la fattispecie 'tipo' di cui si discorre è costituita da un mutuo per atto notarile, spesso avente i caratteri del mutuo fondiario *ex artt. 38 ss. d. lgs. n. 385/1993*, nel quale, da un lato, si dà atto dell'avvenuta consegna della somma al soggetto mutuatario, il quale ne rilascia contestualmente quietanza di saldo; dall'altro, la medesima somma viene 'vincolata' in favore della banca mutuante – mediante un pegno irregolare, un deposito cauzionale o altro negozio con analoghi effetti – a garanzia dell'adempimento di una serie di obbligazioni che il mutuatario assume con lo stesso contratto di mutuo, relative in genere alla prova della regolarità dell'iscrizione ipotecaria e della piena titolarità del cespite cauzionale¹, ma anche ad altri obblighi convenzionali, come per esempio quello di assicurare, con polizze "a primo rischio assoluto", l'immobile ipotecato contro il rischio di eventi quali incendi, scoppi, esplosioni o accadimenti naturali; oppure quello del rilascio di una dichiarazione che attesti che non sussiste, a carico del mutuatario stesso, alcuna sentenza di fallimento/liquidazione giudiziale, o altra procedura concorsuale; oppure, ancora, che l'immobile posto a garanzia del finanziamento non sia di provenienza donativa.

Le previsioni contrattuali, per così dire, *standard* prevedono in genere l'obbligo immediato di restituzione della somma (naturalmente maggiorata di interessi) secondo un piano di ammortamento prestabilito, nonché una clausola risolutiva espressa, con facoltà dell'istituto di credito di risolvere il contratto e trattenere/utilizzare la somma costituita in garanzia, nel caso di mancato adempimento, tra l'altro, alle pattuizioni indicate ed *in primis* all'obbligo di consegnare, entro un termine prestabilito decorrente dalla stipula del mutuo, la documentazione relativa alla regolarità dell'iscrizione ipotecaria.

L'esibizione all'istituto di credito della documentazione richiesta determina, al contrario, l'automatico 'svincolo' delle somme in favore del mutuatario, che ne acquista la piena disponibilità.

Ebbene, così descritta la fattispecie 'tipo', nel caso di patologia sopravvenuta del rapporto nella prassi accade che, una volta constatato e contestato l'inadempimento del mutuatario, l'istituto di credito agisca *in executivis* ponendo alla base dell'esecuzione forzata il titolo rappresentato dal mutuo.

La questione riguarda l'interrogativo se questa fattispecie di mutuo – in cui, si ripete, la somma erogata è contestualmente riconsegnata al mutuante fino al prodursi di determinati eventi prestabiliti – possa o meno fondare ed incorporare un credito dotato dei requisiti di 'certezza', 'liquidità' e soprattutto 'esigibilità' richiesti dall'art. 474 c.p.c. per la qualifica quale titolo esecutivo, anche in assenza di un ulteriore atto pubblico o scrittura privata autenticata che attesti lo svincolo della somma. In altri termini, premessa la pacifica considerazione che il titolo esecutivo, quale atto necessario per introdurre l'azione esecutiva, deve sussistere nel momento in cui questa è iniziata e non può formarsi successivamente, né può venire meno, dovendo restare tale per l'intera durata dell'esecuzione², si tratta insomma di

¹ A volte, ad esempio, è previsto l'obbligo del mutuatario di consegnare alla banca mutuante una dichiarazione notarile attestante che, fino a tutto il giorno dell'iscrizione ipotecaria, l'immobile ipotecato è di piena, assoluta ed esclusiva proprietà della parte datrice di ipoteca (sia essa il mutuatario o un soggetto terzo) e che su di esso non esistano altre iscrizioni ipotecarie, privilegi o trascrizioni pregiudizievoli.

² Così, tra le altre: Cass., 24 maggio 2002, n. 7631, in *www.dejure.it*, in motivazione.



interrogarsi circa la validità o meno, come titolo esecutivo, di un contratto di mutuo ipotecario che preveda, accanto alla dazione della somma, la pressoché contestuale restituzione e la costituzione in pegno o deposito irregolare della medesima in favore dello stesso istituto di credito mutuante.

Così enucleato l'oggetto del contendere, per la verità nel tempo la questione sembrava aver trovato una 'sicura' ed in qualche modo rassicurante sistemazione, almeno fino a quando, nell'anno 2024, è intervenuta una improvvisa e per certi versi sorprendente pronuncia del Giudice di legittimità³, che, seguendo una parte della giurisprudenza di merito, si è espresso in senso diametralmente opposto rispetto ai suoi precedenti, in qualche modo disorientando molti operatori del diritto e ponendo a rischio una quantità potenzialmente indefinita di procedure esecutive immobiliari già incardinate e pendenti, magari da molto tempo. Ed allora, per evitare l'acutizzarsi di un dibattito che aveva già iniziato ad 'invadere' le aule dei Giudici dell'esecuzione con una moltitudine di opposizioni a precetto o all'esecuzione, più o meno meditate e consapevoli, a distanza di 'soli' dieci mesi dal citato *revirement* del 2024 molto opportunamente sono intervenute le Sezioni Unite della Corte, chiamate in causa, è proprio il caso di dirlo, da un rinvio pregiudiziale disposto da un Tribunale siciliano⁴, ritenuto ammissibile dal Primo Presidente⁵, con il quale, in estrema sintesi, si chiedeva di chiarire due questioni di diritto, tra loro strettamente connesse ed in rapporto di consequenzialità: in primo luogo, se – in presenza di un accordo negoziale con cui una banca concede una somma a mutuo effettivamente erogandola al mutuatario ma convenendo al tempo stesso che tale importo sia immediatamente ed integralmente restituito alla mutuante con l'intesa che esso sarà svincolato in favore del mutuatario solo al verificarsi di determinate condizioni – l'obbligazione restitutoria a carico del mutuatario possa considerarsi 'attuale' anche prima dello svincolo della somma mutuata; conseguentemente, se in tale fattispecie il contratto di mutuo possa essere qualificato come titolo esecutivo, in quanto attestante un "diritto certo, liquido ed esigibile", come chiesto dal primo comma dell'art. 474 c.p.c.

Ma si proceda con ordine.

³ Su punto si veda *infra*.

⁴ Il riferimento è a Trib. Siracusa, ordinanza n. 10217/2024 del 31/07/2024, r.g. n. 2271/2024, in www.cortecassazione.it. Questi, testualmente, i quesiti cui il Tribunale di Siracusa chiedeva risposta: "Se, in presenza di accordo negoziale con cui una banca concede una somma a mutuo effettivamente erogandola al mutuatario ma convenendo al tempo stesso che tale importo sia immediatamente ed integralmente restituito alla mutuante con l'intesa che esso sarà svincolato in favore del mutuatario solo al verificarsi di determinate condizioni, la configurabilità a carico del medesimo mutuatario di una obbligazione attuale di restituzione della somma – per gli effetti di cui all'art. 474, comma 1, c.p.c. – imponga inderogabilmente che l'importo erogato sia stato successivamente svincolato in favore del mutuatario ovvero se, al contrario, possano prospettarsi regolamenti contrattuali idonei a determinare l'insorgenza di un obbligo restitutorio caratterizzato da attualità anche prima del detto svincolo; conseguentemente, se, in presenza di accordo negoziale con cui una banca concede una somma a mutuo effettivamente erogandola al mutuatario ma convenendo al tempo stesso che tale importo sia immediatamente ed integralmente restituito alla mutuante con l'intesa che esso sarà svincolato in favore del mutuatario solo al verificarsi di determinate condizioni, il contratto così stipulato nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata possa fungere da titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, comma 2 n. 3, c.p.c. contro il mutuatario solo allorché nelle medesime forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata sia attestato lo svincolo delle somme già mutate e ritrasferite alla mutuante ovvero se, al contrario, un siffatto contratto concluso nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata possa costituire titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, comma 2 n. 3, c.p.c. anche in assenza di attestazione dello svincolo effettuata secondo le modalità previste da tale ultima disposizione, allorché il regolamento contrattuale sia idoneo a determinare l'insorgenza di un obbligo restitutorio caratterizzato da attualità anche prima del detto svincolo".

⁵ Si veda il decreto depositato 10/10/2024 a firma della Prima Presidente della Corte di Cassazione dott.ssa M. Cassano, in *Foro it.*, 2024, I, c. 2929 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Nella spirale procellosa del mutuo ipotecario solutorio (e di quello condizionato): noterelle sul giurista prestigiatore ai confini della realtà*.



2. L'art. 474 c.p.c. ed il problema della "attualità" dell'obbligazione restitutoria: le tesi a confronto

Come accennato, in ordine alla questione in oggetto la giurisprudenza di legittimità assolutamente pacifica fino al 2024 – a volte, per la verità, sovrapponendo due momenti che, come si vedrà meglio appresso, è bene tenere distinti, ossia, da un lato, quello del perfezionamento del contratto di mutuo, dall'altro, quello della sua valenza come titolo esecutivo (evidente infatti che, un conto è chiedersi se un mutuo con contestuale costituzione di deposito cauzionale o pegno irregolare possa dirsi concluso, altro è domandarsi se possa costituire valido titolo per avviare un'esecuzione forzata) – aveva a più riprese sostenuto che il contratto di mutuo stipulato nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata costituisce da solo idoneo titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, comma 2 n. 3, c.p.c., anche se all'erogazione iniziale del denaro al cliente abbiano fatto immediato seguito la sua restituzione all'istituto di credito e la sua costituzione in deposito, destinato ad essere svincolato in favore del mutuatario al verificarsi di predeterminate condizioni: ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, avente natura ed efficacia reale, l'uscita del denaro dal patrimonio dell'istituto di credito mutuante e l'acquisizione dello stesso al patrimonio del mutuatario costituiscono prova dell'effettiva erogazione dei fondi, anche se per ipotesi le somme siano versate dalla banca su un deposito cauzionale infruttifero, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell'adempimento degli obblighi e delle condizioni contrattuali⁶.

Su di un orientamento che pareva oramai avviatosi a divenire *ius receptum* è intervenuta, nell'anno 2024, una pronuncia del Giudice di legittimità⁷ che, sorprendendo gran parte degli avvocati e degli operatori del diritto dislocati sul territorio nazionale, con riferimento alla specifica problematica della 'valenza esecutiva' di un mutuo con contestuale deposito irregolare della somma presso l'istituto mutuante, ha dichiarato esattamente il contrario di quanto fino ad allora era stato affermato. Più precisamente, la Corte ha affermato che l'accordo negoziale a mezzo del quale una banca concede una somma a mutuo, effettivamente erogandola al mutuatario ma convenendo al contempo che tale somma sia

⁶ Così, a titolo esemplificativo, Cass., 22 marzo 2022, n. 9229, in *www.dejure.it*, che, in applicazione del principio esposto, ha escluso che potesse negarsi la natura di titolo esecutivo a un contratto di mutuo, stipulato per atto pubblico, nel quale, subito dopo l'erogazione della somma pattuita, si prevedeva che la stessa fosse riconsegnata all'istituto di credito, al fine di essere custodita in un deposito cauzionale infruttifero a garanzia dell'adempimento di obbligazioni accessorie dei mutuatari. In senso analogo Cass., 27 ottobre 2017, n. 25632, *ivi*, che aveva cassato la decisione di merito che aveva negato all'istituto di credito l'ammissione allo stato passivo fallimentare, ritenendo che le somme mutate, essendo state sottoposte a vincolo dall'istituto di credito, non fossero state effettivamente erogate. Nello stesso senso si vedano, in motivazione, Cass., 23 febbraio 2023, n. 5654, *ivi*; Cass., 7 dicembre 2021, n. 38884, *ivi*; Cass., 3 dicembre 2021, n. 38331, *ivi*. In senso critico verso questo indirizzo si veda G. NATICCHIONI, *Mutuo con contestuale costituzione della somma in deposito cauzionale: è titolo esecutivo? Nota critica a Cassazione n. 9229/2022 e n. 38884/2021*, in *Riv. dir. risp.*, 2023, p. 1 ss.

⁷ Il riferimento è a Cass., 3 maggio 2024, n. 12007, in *Foro it.*, 2024, c. 1421 ss. La sentenza, per la verità, tocca anche un altro aspetto molto sentito – ovvero il problema delle conseguenze sui contratti 'a valle' delle intese sul tasso *Euribor* in violazione della disciplina *Antitrust* – ed è su questo profilo che si sono concentrati la maggior parte dei commentatori. Per un articolato commento alla sentenza, che affronta invece la questione oggetto del presente lavoro, si rinvia, su tutti, a A.A. DOLMETTA, *Sulle prassi bancarie dei mutui con "dazione" e contestuale "contro dazione" di somme: consegna, distantia temporis e causa concreta*, in *Banca borsa*, 2024, II, p. 693 ss. Si veda anche D. NARDONE, *Inefficacia esecutiva del mutuo notarile con deposito cauzionale o pegno delle somme mutate (ex Cass., n. 12007/2024)*, in *www.dirittodelrisparmio.it*. Per una critica alla pronuncia si veda U. SALANITRO, *Mutuo e deposito cauzionale tra "restituzioni" e adempimenti (riflessioni critiche a margine di Cass. 12007/2024)*, in *Pactum online. Rivista telematica di diritto dei contratti*, 3 luglio 2024. Tale orientamento, inedito per la giurisprudenza di legittimità, rinviene i suoi precedenti in taluna giurisprudenza di merito. Si veda, ad esempio, Trib. Latina, 18 maggio 2010, in *Contr.*, 2010, p. 977 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Contratto di mutuo e consegna del bene*.



immediatamente ed integralmente restituita alla mutuante, con l'intesa che essa sarà svincolata in favore del mutuatario solo al verificarsi di determinate condizioni, ancorché idoneo a perfezionare un contratto reale di mutuo, non consente di ritenere che dal negozio stipulato tra le parti risulti una obbligazione attuale, in capo al mutuatario, di restituzione della predetta somma (immediatamente rientrata nel patrimonio della mutuante), in quanto tale obbligo sorge, per esplicita volontà delle parti stesse, solo nel momento in cui l'importo erogato è successivamente svincolato ed entrato nel patrimonio del soggetto finanziato.

Di conseguenza, secondo il consesso si deve escludere che un siffatto contratto costituisca, di per sé solo, titolo esecutivo contro il mutuatario, essendo al contrario necessario, ai fine dell'avvio della fase esecutiva, un ulteriore atto, necessariamente consacrato nelle forme richieste dall'art. 474 c.p.c., ossia per atto pubblico o scrittura privata autenticata, attestante l'effettivo 'svincolo' della somma già mutuata (e ritrasferita alla mutuante) in favore della parte mutuataria, sorgendo in capo a quest'ultima, solo da tale momento, l'obbligazione di restituzione di detto importo.

La Corte, in estrema sintesi, distingue i due momenti della conclusione del contratto e della sua efficacia come titolo esecutivo, ritenendo che, in un caso come quello affrontato, possa dirsi regolarmente perfezionato un contratto di mutuo anche se la somma non è (più) nella materiale disponibilità del mutuatario, poiché la somma è comunque entrata nel patrimonio del mutuatario, sia pure mediante un accredito contabile e non una consegna materiale; ciò che manca, invece, è la sussistenza in capo a quest'ultimo di una obbligazione attuale di restituzione del denaro ricevuto – presupposto indefettibile previsto dall'art. 474 c.p.c. – in quanto questa obbligazione restitutoria sorge soltanto in un momento successivo, coincidente con lo 'svincolo' dell'importo mutuato al verificarsi di determinate condizioni prefissate dalle parti.

Il contratto di mutuo, dunque, è validamente concluso ma non è dotato di efficacia esecutiva, almeno fino a quando non verrà 'accompagnato' ed integrato da un ulteriore atto, sempre nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, che attesti il nuovo trasferimento delle somme in capo alla parte mutuataria. Ai fini di una valida esecuzione forzata, pertanto, è necessario che la banca produca anche la quietanza successiva che dimostri, con le forme appena viste, che la somma di denaro sia stata svincolata e sia tornata nella 'sfera' del mutuatario: solo in tal modo il debito risulta attuale e si perfeziona un titolo idoneo a fondare la procedura di recupero coattivo del credito.

Qualora non sia possibile invece ottenere la suddetta quietanza in forma pubblica o privata autenticata – questo la Corte non lo dice ma è implicito nel suo ragionamento – non resta che attivare un procedimento monitorio, al fine di 'procurarsi' quel titolo, questa volta giudiziale, necessario a fondare l'azione esecutiva.

3. Mutuo e titolo esecutivo: la soluzione adottata dalle Sezioni Unite della Cassazione

Su questo contrasto si innesta la decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che si snoda attraverso tre passaggi fondamentali⁸.

⁸ Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 6 marzo 2025, n. 5968, in *www.dejure.it*. Per un primo commento si vedano: I. FEBBI, *Mutuo con deposito cauzionale infruttifero, titolo esecutivo sì o titolo esecutivo no? Impressioni "a caldo" sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 5986 del 6 marzo 2025*, in *Judicium*, 09/04/2025, p. 1 ss.; F. FIORUCCI, *Mutuo e titolo esecutivo: efficace con svincolo condizionato*, in *IUS Societario*, 24 marzo 2025, p. 1 ss.; D. NARDONE, *Le Sezioni Unite sul mutuo con deposito cauzionale tra l'autosufficienza del titolo e l'irrinunciabile realtà contabile*, in *Rivista di dir. risparmio*, 2025, p. 1 ss.



In primo luogo, il massimo Organo nomofilattico distingue e separa le due questioni, connesse ma diverse, relative al momento della conclusione del contratto di mutuo ed alla sua efficacia come titolo esecutivo. Ciò premesso, non viene messo in dubbio che la fattispecie in esame realizzi un contratto di mutuo concluso e perfezionatosi, anche se attraverso il solo accredito della somma su di un conto corrente intestato al mutuatario: costituisce infatti principio consolidato quello secondo il quale, pur essendo il mutuo un contratto reale, che si perfeziona cioè con la consegna del denaro (o di altri beni fungibili), la *traditio* non deve essere necessariamente “fisica”, ma può essere anche solo “giuridica”, essendo sufficiente che l’istituto mutuante crei, a favore della sua controparte, un autonomo titolo di disponibilità giuridica, consentendo a quest’ultima di utilizzare le somme in piena autonomia e senza la sua intermediazione. È ciò che avviene nella fattispecie in esame, in cui la somma è messa a disposizione del mutuatario, il quale ne ha successivamente disposto.

Il problema dunque non è disquisire in ordine alla avvenuta stipula di un contratto di mutuo ‘perfetto’ – circostanza che non può essere messa in discussione per il sol fatto che la consegna del denaro non avvenga in senso ‘materiale’, ma attraverso una mera operazione contabile di accredito, peraltro in piena conformità con l’attuale evoluzione degli strumenti di pagamento ed al processo di dematerializzazione del denaro – quanto alla sua valenza quale titolo esecutivo, dal momento che il negozio in questione certifica la dazione della somma in garanzia in favore della banca.

Ebbene – e qui viene il secondo passaggio della decisione in commento – la circostanza che la somma consegnata (*rectius*: accreditata) sia stata successivamente ‘retrocessa’ in favore della stessa banca cedente non consente, per ciò solo, di qualificare la fattispecie in esame come “mutuo condizionato”: il mutuo con contestuale deposito o pegno irregolare deve essere tenuto distinto dalla diversa fattispecie del “mutuo condizionato”. In quest’ultima, infatti, l’erogazione o messa a disposizione della somma non avviene al momento della stipula del contratto, ma in un momento successivo, al verificarsi di un evento futuro e predeterminato, sì che solo quando questa somma verrà effettivamente erogata e sarà rilasciata quietanza, sempre nelle forme dell’atto pubblico o della scrittura provata autenticata, si avrà la formazione di un valido titolo esecutivo, che sarà in questo caso complesso, in quanto derivante dalla combinazione di due atti, l’originario mutuo condizionale ed il successivo atto di erogazione e quietanza, entrambi di pari struttura e rango formali.

Viceversa, nel caso di mutuo con dazione in garanzia della somma – e siamo al terzo ed ultimo *step* della pronuncia in commento – le parti pattuiscono l’immediata consegna, seppur attraverso accredito sul conto e non consegna materiale, della somma, con successivo atto di disposizione del mutuatario, il quale, ricevuto il denaro, ne dispone e lo utilizza costituendo un deposito irregolare, o altro negozio equipollente con funzione cauzionale, in favore dell’istituto di credito mutuante. Un atto di disposizione che non sarebbe neppure logicamente concepibile se la somma oggetto del mutuo non fosse entrata pienamente nel suo patrimonio.

A conferma della circostanza che la somma viene posta immediatamente nella disponibilità giuridica del mutuatario, anche se con mera operazione contabile, depone il fatto che con lo stesso contratto di mutuo il soggetto assume l’obbligo di immediata restituzione, sia pure a rate, del denaro, e che questa obbligazione restitutoria sorge immediatamente ed è incondizionata, anche se, di fatto, la sua concreta disponibilità viene differita ad un momento successivo, allorquando cioè il mutuatario abbia adempiuto agli obblighi previsti e ne abbia fornito prova alla banca.

In altri termini – e salvo ovviamente che dal contratto risulti diversamente, ossia non risulti l’espressa esclusione dell’obbligazione restitutoria – il contratto in esame attesta, già di per sé, la sussistenza di una



attuale, piena ed incondizionata obbligazione restitutoria, tale da configurare quel diritto di credito che, per fondare l'azione esecutiva, deve essere certo, liquido e soprattutto esigibile, così come chiesto dall'art. 474 c.p.c. Il mutuo in parola, dunque, contiene già in sé l'attestazione dell'esistenza di un diritto avente i crismi indicati dalla norma da ultimo citata e, di conseguenza, per agire *in executivis* il creditore non avrà necessità di munirsi di altro atto, tanto meno investito degli stessi requisiti di forma del titolo originario, che attesti l'intervenuto svincolo delle somme, come invece accade nelle ipotesi di mutui condizionati.

In definitiva quello che rileva è – ad avviso del Collegio – che vi sia stata la messa a disposizione originaria della somma, presupposto della successiva complessa operazione di costituzione in vincolo di garanzia o cauzionale della medesima. Va, in conclusione, enunciato il seguente principio di diritto: "Il contratto di mutuo integra titolo esecutivo a favore del mutuante in tutti i casi in cui la somma mutuata sia stata effettivamente, quand'anche con mera operazione contabile, messa a disposizione del mutuatario e questi abbia assunto l'obbligazione – univoca, espressa ed incondizionata – di restituirla. Pertanto, costituisce valido titolo esecutivo, di per sé solo e senza che occorra un nuovo atto pubblico o scrittura privata autenticata che attesti l'erogazione dell'avvenuto svincolo, anche quando vi sia contestualmente pattuizione di costituzione della somma mutuata in deposito o pegno irregolari e assunzione dell'obbligazione della mandante di svincolarla direttamente al verificarsi di quanto convenuto".

4. Dematerializzazione del denaro e mutuo: la *datio rei* nell'epoca *cashless*

Una prima osservazione che si può ricavare dalla lettura della sentenza è che il Giudice di legittimità, probabilmente consapevole della confusione creata in materia da parte della dottrina e della giurisprudenza, molto opportunamente chiarisce cosa debba intendersi per mutuo condizionato e distingue nettamente, da questa fattispecie, quella sottoposta al suo esame. Il mutuo condizionato, infatti, ricorre tutte le volte in cui l'erogazione o la messa a disposizione della somma avvengono, in tutto o in parte, non al momento della sottoscrizione del contratto, bensì al verificarsi di un evento successivo alla stipula, generalmente previsto nello stesso contratto quale sviluppo "naturale" del medesimo, come ad esempio il perfezionamento di un acquisto o la prova dello stato di avanzamento dei lavori⁹. Nel caso in cui la *traditio* non sia contestuale al contratto di mutuo non può logicamente sorgere immediatamente una obbligazione restitutoria e il documento contrattuale in principio sottoscritto dalle parti, per valere come titolo esecutivo, dovrà necessariamente – questa volta sì! – essere integrato da un successivo atto, anch'esso nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, in cui si attesti l'erogazione della somma e se ne rilasci quietanza di ricevimento: in questi casi il titolo esecutivo sarà duplice e risulterà dell'integrazione e dal completamento dei due atti.

Come si vede trattasi di una fattispecie distante da quella oggetto delle presenti riflessioni, in cui la messa a disposizione della somma si ha fin dal perfezionamento del contratto e l'obbligazione restitutoria sorge da questo momento: il contratto di mutuo con dazione immediata della somma e contestuale vincolo della medesima a deposito infruttifero o pegno irregolare non è dunque un mutuo condizionato, semplicemente perché la somma viene consegnata al mutuatario, il quale ne acquista il potere dispositivo, tanto che un attimo dopo la utilizza ponendola a garanzia dell'istituto di credito mutuante.

⁹ Tra le più significative sentenze di legittimità in tema ricordiamo: Cass., 6 dicembre 2023, in 34116, in *Riv. esecuz. forzata*, 2024, p. 223 ss.; Cass., 28 dicembre 2021, n. 41791, in *www.dejure.it*.



Chiarito, si spera una volta per tutte, il perimetro applicativo del mutuo condizionato e la sua distinzione da altre tipologie di mutuo, la sentenza in esame offre l'occasione per ribadire il consolidato principio secondo cui, in un'epoca di "virtualità" della moneta e progressiva dematerializzazione della ricchezza, il conseguimento della disponibilità della somma mutuata da parte del mutuatario può ritenersi sussistente, come equipollente della *traditio*, nel caso in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, in modo tale da determinare l'uscita della *res* dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio di quest'ultimo: la nozione di "consegna" di cui all'art. 1813 c.c., in altri termini, secondo una interpretazione evolutiva, non deve più essere intesa meramente come dazione "materiale", bensì in senso lato come dazione "in disponibilità giuridica" della cosa, che si ha tutte le volte in cui il denaro "esce dal patrimonio" del mutuante ed entra in quello del mutuatario, il quale ha la possibilità di disporre liberamente¹⁰.

Così, ad esempio, il pagamento a mezzo bonifico, carta di credito o di debito (o altri sistemi simili, come la carta *revolving* o il *pay pal*) ed il conseguente accredito della somma mutuata in conto corrente, determinando di fatto l'acquisizione della disponibilità giuridica sulla medesima, vengono pacificamente equiparati dalla giurisprudenza alla consegna materiale del denaro¹¹; così come, per gli stessi motivi, la *datio rei* giuridica propria del mutuo è integrata anche dalla consegna di un assegno circolare¹². Ancora, implica *traditio* anche la consegna del denaro direttamente ad un terzo indicato in contratto, come ad esempio il venditore del bene acquistato dal mutuatario, nonostante la struttura dell'operazione preveda che il denaro non entri mai nella disponibilità di quest'ultimo, per essere consegnato direttamente ad una parte formalmente estranea al mutuo: si è così avuto modo di precisare che l'ordine, proveniente da un istituto bancario, di versare una somma determinata a un terzo, realizzato mediante un mandato emesso sulla propria cassa, cui segua un "atto di quietanza finale di mutuo fondiario", integra il perfezionamento del contratto di mutuo proprio perché anche in questo caso, per effetto dell'ordine predetto, si realizza il conseguimento della disponibilità giuridica della somma¹³.

In tutte queste ipotesi pur non essendoci una consegna in senso "fisico" o "materiale", bensì meramente "simbolico" o "immateriale", non vi è dubbio che possa dirsi integrata la fattispecie di mutuo così

¹⁰ Il principio, per la verità, è abbastanza risalente nel tempo. Si vedano, tra le più significative, Cass., 15 luglio 1994, n. 6686, in *Banca borsa*, 1996, II, p. 41 ss., con nota di R. TETI, *In tema di consegna nel Igaranzia*; Cass., 12 ottobre 1992, n. 11116, in *Banca borsa*, 1994, II, p. 21 ss., con nota redazionale; Cass., 3 dicembre 1991, n. 12962, in *Banca borsa*, 1995, II, p. 191 ss.; Cass., 9 maggio 1991, n. 5193, in *Fall.*, 1991, p. 1061 ss.; Cass., 21 dicembre 1990, n. 12123, in *Vita notar.*, 1991, p. 198 ss. In dottrina, tra i tanti contributi, si possono ricordare i seguenti: V. SANGIOVANNI, *Brevi note sull'erogazione del denaro nel mutuo*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 135 ss.

¹¹ Così, tra le tante: Cass., 9 ottobre 2025, n. 27077, in *www.dejure.it*; Cass., 30 gennaio 2024, n. 2779, *ivi*; Cass., 25 luglio 2022, n. 23149, *ivi*; Cass., 30 novembre 2021, n. 37654, *ivi*; Cass., 18 gennaio 2021, n. 724, *ivi*; Cass., 21 febbraio 2001, n. 2483, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 284. Anche la dottrina si è occupata del tema. Tra i contributi più significativi si ricordano i seguenti: G. MARINO, *Dalla traditio pecuniae ai pagamenti digitali*, Torino, 2018; A. BUSANI–G.O. MANNELLA, *Metodologie di erogazione del credito bancario*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, I, p. 213 ss.; D. MARCELLO, *Mutuo bancario e forme di consegna del denaro*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, p. 202 ss.; A. ORESTANO, *Schemi alternativi. La conclusione del contratto tramite consegna delle cose*, in AA.VV., *Tratt. contr.*, a cura di V. ROPPO, I, *Formazione*, Milano, 2022, p. 295 ss. Ribadisce questo principio anche la celebre recente Cass., Sez. Un., 5 marzo 2025, n. 5841, in *Contr.*, 2025, p. 238 ss., con nota di G. PIERSANTI, *Le Sezioni Unite sciogliono i nodi del mutuo solutorio: ha natura di mutuo ordinario e costituisce valido titolo esecutivo*, secondo cui "il perfezionamento del contratto di mutuo, con la conseguente nascita dell'obbligo di restituzione a carico del mutuatario, si verifica nel momento in cui la somma mutuata, ancorché non consegnata materialmente, sia posta nella disponibilità giuridica del mutuatario medesimo".

¹² Cfr., Cass., 11 luglio 2025, n. 19047, in *www.dejure.it*; Cass., 3 gennaio 2011, n. 14, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1323 ss.

¹³ Cfr., Cass., 30 novembre 2011, n. 25569, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 1698.



come delineata agli artt. 1813 ss. c.c. Insomma – *a fortiori* in una *cashless society*¹⁴, ossia un una società, quale quella attuale, in cui l'utilizzo del contante è fortemente limitato dalla normativa antiriciclaggio ed antievasione ed il processo di trasferimento del denaro è sempre più spesso “dematerializzato” – il concetto di “consegna” va rimeditato e reinterpretato e la natura reale del contratto di mutuo non richiede necessariamente che la cosa mutuata sia materialmente consegnata dal mutuante al mutuatario, potendo l'esigenza del requisito della *traditio rei* ritenersi soddisfatta tutte le volte in cui, a prescindere dalla consegna fisica, il risultato pratico raggiunto si identifichi l'acquisizione della disponibilità della somma, ossia con quello che si sarebbe realizzato con la consegna materiale del bene mutuato.

La consegna, quale elemento indefettibile del mutuo, va dunque ripensata ed assume oggi una configurazione diversa rispetto alla tradizione: alla *traditio brevi manu* in senso fisico si va dunque sostituendo, o se si preferisce sovrapponendo, una *traditio*, per così dire, dematerializzata, contabile o virtuale che dir si voglia.

Ciò è tanto più vero che, ragionando *a contrario* e mantenere per ipotesi una interpretazione letterale di “consegna”, come tale limitata alla dazione in senso materiale del denaro, oltre a non essere più “al passo con i tempi”, sarebbe addirittura in contrasto con l'attuale quadro normativo, che consente l'utilizzo del contante entro limiti piuttosto stringenti.

Del resto, parallelamente, pacifica è la tendenza della giurisprudenza a considerare “esatto”, e come tale non rifiutabile salvo giustificato motivo, il pagamento di una somma di denaro a mezzo assegno circolare, in luogo del denaro contante, tanto alla stregua di “un'interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata, dell'art. 1277 c.c., che superi il dato letterale e, cogliendone l'autentico senso, lo adegui alla mutata realtà”: “la moneta avente corso legale” nello Stato, si dice, non è infatti “l'oggetto del pagamento”, poiché questo “è rappresentato dal valore monetario o quantità di denaro”¹⁵. Stesso discorso può farsi, per esempio, quante volte il pagamento avvenga con bonifico bancario¹⁶ e, più in generale, con uno strumento finanziario che assicuri al creditore la disponibilità della somma dovuta¹⁷.

Insomma, e concludendo queste brevi osservazioni, proprio per adattare la nozione tradizionale di “consegna” ex art. 1813 c.c. all'evoluzione delle transazioni economiche dei tempi moderni ed in considerazione in particolare del crescente ricorso alla dematerializzazione dei valori mobiliari ed alla loro sostituzione con annotazioni contabili, ciò che assume valore centrale ai fini della *traditio* è che la somma oggetto del mutuo fuoriesca dal patrimonio” del soggetto mutuante ed entri in quella del

¹⁴ L'espressione è mutuata da F. MURINO, *Sull'incerta ricostruzione dei consolidamenti mediate mutuo fondiario o ipotecario concluso da un soggetto già debitore della banca, poi dichiarato fallito*, in *Giur. it.*, 2002, p. 2110.

¹⁵ Le espressioni virgolettate sono tratte da Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Foro it.*, 2008, I, c. 503 ss. La giurisprudenza successiva ha poi precisato che, comunque, l'estinzione dell'obbligazione con l'effetto liberatorio del debitore si verifica solo quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica della somma di denaro. Così Cass., 30 gennaio 2020, n. 2204, in *Guida dir.*, 2020, n. 11, p. 99 ss.

¹⁶ È il caso deciso da Cass., 24 luglio 2024, n. 20552, in *www.jurisdata.it*, che ha confermato la sentenza impugnata, con la quale era stata ordinata la cancellazione dell'ipoteca fatta iscrivere dal coniuge titolare dell'assegno di mantenimento su un immobile di proprietà dell'obbligato per insussistenza del pericolo di inadempimento, ritenendo ingiustificato il rifiuto di ricevere il pagamento con bonifico bancario, come effettuato in precedenza per ben sedici anni, con la pretesa di assegno circolare o vaglia da inviarsi presso lo studio del suo legale.

¹⁷ Nel caso di pagamento attraverso la consegna di un assegno bancario, diversamente dal pagamento disposto con assegno circolare, l'effetto liberatorio si verifica solo con la riscossione della somma portata dal titolo, in quanto la consegna del titolo deve considerarsi effettuata *pro solvendo*, salva diversa volontà delle parti. Così, da ultimo, Cass., 9 maggio 2024, n. 12685, in *www.jurisdata.it*.



mutuatario (o, come visto, in alcuni casi anche del terzo) e che questi ne possa disporre per soddisfare un proprio interesse.

5. Dalla condizione allo svincolo: fine dell'equivoco sul mutuo con deposito cauzionale o pegno irregolare

Fatte queste premesse, nel risolvere la questione affrontata dalla sentenza in commento va preliminarmente rimarcato che la questione circa la verifica della idoneità dell'atto di mutuo a costituire valido titolo esecutivo è diversa ed ulteriore rispetto a quella (prodromica) che attiene alla conclusione ed al perfezionamento del contratto: a testimonianza di tale assunto milita la circostanza che nessuna delle pronunce citate – neppure l'unica sentenza della Cassazione contraria alla qualificazione della fattispecie in esame quale titolo esecutivo – abbia mai messo in discussione che in questi casi il contratto di mutuo può dirsi perfezionato, venendo in rilievo solo la diversa tematica se tale negozio possa dirsi incorporare, al suo interno, un credito certo liquido ed esigibile come richiede l'art. 474 c.p.c.

Adattando i principi sopra esposti al tema del mutuo con deposito cauzionale – fermo ed acquisito l'avvenuto perfezionamento del contratto con il mero conseguimento della disponibilità giuridica della somma e premesso che al fine di accertare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo occorre verificare, attraverso l'interpretazione di esso, integrata eventualmente con quanto previsto in un eventuale diverso atto di erogazione e quietanza o di quietanza a saldo, se esso contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata¹⁸ – le Sezioni Unite 'stroncano' sul nascere una questione che avrebbe potuto rappresentare una vera 'bomba ad orologeria', innescata dal citato *revirement* del 2024, affermando l'idoneità di un mutuo con contestuale deposito irregolare (o altro negozio equipollente) delle somme in favore dell'istituto mutuante a valere come titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*, in quanto la pattuizione di un accordo accessorio atipico, con causa di garanzia o di cauzione, collegato al contratto di mutuo, non modifica la natura di questo mutuo e non preclude la configurabilità del medesimo come titolo esecutivo.

Affermazione in linea generale condivisibile, se solo si considera che, nella maggioranza dei casi, i contratti di mutuo di cui si discorre contengono una espressa attestazione notarile di erogazione dell'importo e dichiarazione di ricevimento della somma, con contestuale rilascio di "ampia quietanza", nonché il contemporaneo ed immediato obbligo alla restituzione secondo le modalità concordate.

In questi casi, allorquando vi sia l'espressa quietanza rilasciata dal mutuatario, il contratto attesta, con dichiarazione notarile, l'avvenuta *traditio* della somma mutuata, rispetto alla quale una eventuale costituzione della somma in pegno o in deposito infruttifero non potrebbe che integrare un vero e proprio atto negoziale di disposizione, il quale presupporrebbe, anche logicamente, il precedente conseguimento dell'autonoma disponibilità giuridica di quelle somme da parte del mutuatario.

In altre parole la costituzione di un deposito o di un pegno irregolare, o di diversa fattispecie avente le medesime finalità, anche se nell'ambito dello stesso contratto e anche se contestuale alla erogazione, dimostra *ex se* che una *traditio* vi è stata, che il mutuatario ha acquisito la disponibilità, quantomeno

¹⁸ Così Cass., 27 febbraio 2023, n. 5921, in *Pactum. Rivista di diritto dei contratti*, 2023, p. 96 ss., con nota di E. CAPOBIANCO, *Il mutuo bancario tra tradizione e innovazione: a proposito del titolo esecutivo*; Cass., 27 agosto 2015, n. 17194, in www.jurisdata.it.



giuridica, della somma e ne ha disposto, ‘riconsegnandola’ al soggetto mutuante in vista dell’adempimento delle obbligazioni contrattualmente assunte. Ciò è testimoniato dal rilascio di una espressa quietanza di saldo, che, come noto¹⁹, ha una indiscutibile valenza di confessione stragiudiziale e fa piena prova dell’avvenuto pagamento, sicché il quietanzante non è ammesso alla prova contraria per testi, salvo dimostri, in applicazione analogica dell’art. 2732 c.c., che il rilascio della quietanza è avvenuto per errore di fatto o per violenza, circostanza ancor più difficilmente verificabile nei casi in esame, in cui l’atto di mutuo viene stipulato alla presenza di un notaio. Il rilascio della quietanza, dunque, per un principio di autoreponsabilità “vincola il quietanzante alla *contra se pronuntiatio* asseverativa del fatto dell’intervenuto pagamento”²⁰ ed implica altresì il riconoscimento del ricevimento del denaro da parte del mutuatario, il quale, salvo specifiche previsioni di segno contrario, sarà tenuto all’immediata restituzione.

Del resto, diversamente opinando, si finirebbe di fatto con l’equiparare un contratto di mutuo, quale quello di cui si discorre, nel quale cioè la consegna della somma o la disponibilità giuridica della stessa vengono documentate da un contestuale atto notarile di quietanza, a fattispecie giuridiche completamente diverse – e troppo spesso confuse o sovrapposte – quali il mutuo condizionato, nelle quali, come visto, manca la prova della consegna della somma.

Né può negarsi che con il contratto di mutuo in esame si crei un’obbligazione attuale di pagamento, quantomeno tutte le volte in cui il testo negoziale prevede in sé l’immediato ed incondizionato obbligo di restituzione, seppur a rate, della somma mutata, nei termini e secondo le modalità previste: in questi casi l’obbligazione restitutoria è attuale ed è già in sé prevista nel contratto, dalla cui sottoscrizione iniziano a decorrere i termini per la restituzione delle somme mutate.

A ben vedere la costituzione di un pegno irregolare, o di altro negozio atipico con funzione cauzionale o di garanzia, avente ad oggetto la somma mutuata non condiziona, né sospende, né rende inefficace l’obbligazione di restituire la somma ricevuta, poiché questa obbligazione è già sorta precedentemente con la consegna giuridica della somma data a titolo di mutuo ed il rilascio della relativa quietanza.

Consegna della somma e relativa quietanza, è bene rimarcare, che vengono consacrati in un atto pubblico, quale il mutuo, che fa piena prova delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il notaio attesta essere avvenuti in sua presenza fino a querela di falso, *ex art. 2700 c.c.*

In altre parole dall’esame della ‘categoria’ dei contratti di mutuo in oggetto il più delle volte (e salvo, ovviamente, che il singolo contratto sia ‘costruito’ in modo diverso) può ricavarsi che l’obbligazione restitutoria in capo al mutuatario non risulta dalle parti in alcun modo condizionata allo svincolo e, a conferma di ciò, le singole pattuizioni indicano già espressamente la data di scadenza delle singole rate; né le parti, in senso contrario, prevedono che per l’insorgenza dell’obbligo del mutuatario sia necessario attestare lo svincolo con atto notarile o scrittura autenticata.

¹⁹ Cfr., Cass., Sez. un., 22 settembre 2014, n. 19888, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2891 ss., con nota di M. DI VIRGILIO, cui si è uniformata tutta la giurisprudenza successiva. Cfr., da ultimo: Cass., 28 febbraio 2023, n. 5945, in *www.dejure.it*, secondo cui: “Il creditore che, rilasciando quietanza al debitore, ammette il fatto del ricevuto pagamento rende confessione stragiudiziale alla parte, con piena efficacia probatoria *ex artt. 2733 e 2735 c.c.*, sicché non può impugnare l’atto se non dimostrando, a norma dell’art. 2732 c.c., che esso è stato determinato da errore di fatto o violenza, essendo insufficiente la prova della non veridicità della dichiarazione”. Così anche Cass., 31 agosto 2021, n. 23662, *ivi*; Cass., 4 marzo 2019, n. 6240, in *Guida dir.* 2019, n. 28, p. 68 ss.; Cass., 20 febbraio 2018, n. 4063, *ivi*, 2018, n. 23, p. 60 ss.; Cass., 10 maggio 2016, n. 9389, *ivi*, 2016, n. 26, p. 43 ss.; Cass., 6 ottobre 2014, n. 20993, *ivi*, 2015, n. 4, p. 87 ss.

²⁰ Così, testualmente, Cass., 19 maggio 2015, n. 10202, in *www.jurisdata.it*.



Interpretando allora la concreta ed effettiva volontà delle parti trasfusa nel contratto ‘tipo’ di mutuo con contestuale deposito cauzionale o pegno irregolare (e salvo, lo si ripete ancora una volta, che il singolo contratto preveda delle deviazioni dallo schema tipico appena descritto) emerge chiaramente l’idoneità del medesimo a valere quale titolo esecutivo, poiché – anche se le parti subordinino lo svincolo delle somme costituite in pegno/deposito al perfezionamento degli adempimenti previsti – vengono attestate l’avvenuta erogazione delle somme, l’acquisizione delle stesse nel patrimonio del mutuatario e l’attualità dell’obbligo restitutorio, non potendo altrimenti, le medesime, essere concesse all’istituto di credito a garanzia dell’attuazione degli adempimenti medesimi.

Concludendo e per cercare di essere ancora più chiari, il credito attestato da questa tipologia di mutuo deve essere considerato “attuale”, nonostante la costituzione della somma in pegno o deposito. Una volta infatti dimostrato (con il contestuale rilascio di quietanza) che la somma sia stata effettivamente erogata, il debitore è tenuto immediatamente all’adempimento del contratto di mutuo, cioè alla restituzione della somma che è stata erogata al fine di estinguere il proprio debito. La costituzione in pegno della somma da parte dello stesso mutuatario non ha la funzione di adempiere l’obbligazione restitutoria, quanto piuttosto quella di disporre negozialmente della somma erogata, costituendo una garanzia in attesa della costituzione dell’ipoteca.

Da questo punto di vista, l’atto pubblico attesta due operazioni di trasferimento di denaro, in cui la seconda (ossia la costituzione in garanzia) non costituisce, da un punto di vista giuridico, la restituzione della somma mutuata in adempimento del contratto di mutuo, bensì piuttosto una diversa operazione negoziale, in cui la stessa somma di denaro viene utilizzata per creare una garanzia reale. L’atto pubblico dimostra pertanto la sussistenza di due obbligazioni:

- una, in capo al mutuatario, di restituzione della somma, che è un’obbligazione attuale, in quanto appunto la somma è stata erogata e deve essere, con decorrenza immediata, restituita al fine di estinguere il debito contrattuale;
- l’altra, in capo all’istituto di credito, di svincolo delle somme, che è un’obbligazione non attuale, in quanto subordinata al verificarsi delle condizioni dello svincolo.

Insomma, la circostanza che la stessa somma erogata sia stata utilizzata per costituire il pegno non fa venire meno l’attualità del debito, in quanto l’obbligazione restitutoria non è condizionata allo svincolo delle somme. In questi casi il mutuo si arricchisce di una pattuizione accessoria, estrinsecazione della libera autonomia delle parti ed integrante un collegato negozio atipico con funzione di garanzia o di cauzione, ma non per questo perde la sua attitudine a valere come titolo esecutivo per un credito avente i requisiti della certezza, della liquidità ed anche dell’esigibilità, come chiesto dall’art. 474 c.p.c.

Così, per effetto di questa operazione negoziale complessa, l’istituto di credito erogante torna in possesso delle somme finanziate non per effetto di una mancata erogazione, bensì di un diverso ed autonomo titolo giuridico, rappresentato da un negozio atipico di garanzia, funzionale a tutelare la banca dal rischio dell’inadempimento di alcune obbligazioni assunte, per lo più attinenti al compimento di alcune formalità, quali ad esempio: la prova di una valida iscrizione ipotecaria sul cespite cauzionale, la verifica della priorità del grado ipotecario di questa iscrizione, l’assenza di formalità pregiudizievoli per la banca ed in generale l’avveramento delle altre condizioni pattuite.

Una diversa interpretazione, del resto, oltre a non trovare giustificazioni sul piano logico interpretativo, appare in palese contrasto – ma trattasi di una argomentazione addotta *ad abundantiam* e non assolutamente decisiva – con l’oramai consolidata tendenza, legislativa e giurisprudenziale, diretta



all'ampliamento dei titoli esecutivi²¹, circostanza che 'stride' chiaramente con il notevole restringimento dei titoli stragiudiziali che si avrebbe adottando una tesi contraria a quella in questa sede prospettata.

Né potrebbe valere la considerazione che tale interpretazione privilegi la banca a discapito del diritto di difesa del debitore mutuatario, ben potendo quest'ultimo, nell'ipotesi, per la verità abbastanza remota, in cui l'istituto di credito azioni esecutivamente il mutuo senza prima aver svincolato la somma, reagire con un'opposizione al precetto o all'esecuzione già iniziata, ai sensi dei commi primo e secondo dell'art. 615 c.p.c.

Conclusivamente – e pur nella consapevolezza che, come spesso accade, ogni soluzione adottata porta sempre con sé un certo grado di opinabilità, essendo sempre possibile valorizzare argomentazioni di segno contrario – l'arresto delle Sezioni Unite può dirsi ben bilanciato, in quanto contemporanea, in maniera equa e ragionevole, le esigenze di speditezza ed economicità dei traffici giuridici, escludendo che l'istituto creditore, per poter agire esecutivamente, si debba dotare di un secondo atto formale notarile, con tutti i conseguenziali oneri connessi, con quelle del mutuatario debitore, il quale, di fronte all'inadempimento della banca all'obbligo contrattuale di svincolo delle somme, conserva la possibilità di agire con un'opposizione al precetto o all'esecuzione in corso.

²¹ Si pensi, ad esempio, che, quantomeno a partire da Cass., Sez. Un., 2 luglio 2012, n. 11067, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3019 ss., con nota di S. L. GENTILE, *L'esecuzione forzata del titolo giudiziale non numerario*, è stato affermato che il titolo esecutivo, idoneo a sorreggere un'esecuzione forzata, non si identifica e non si esaurisce nel documento giudiziario in cui è 'consacrato' l'obbligo da eseguire, essendo consentita l'interpretazione extratestuale del provvedimento, sulla base degli elementi – che non debbono necessariamente possedere, dal punto di vista formale e sostanziale, i medesimi requisiti che identificano il titolo esecutivo – ritualmente acquisiti nel processo in cui si è formato. Si consideri ancora che l'ordinamento conosce addirittura provvedimenti di condanna ai quali viene espressamente attribuita efficacia di titolo esecutivo sebbene, al momento della pronuncia, l'obbligo di pagamento del debitore non possa per definizione essere attuale, in quanto subordinato a future ed eventuali violazioni dei precetti stabiliti dal giudice: si tratta dei provvedimenti di coercizione indiretta *ex art. 614-bis c.p.c.* che, ai sensi del co. 4 del medesimo articolo (inserito dalla c.d. "Riforma Cartabia", avvenuta con d. lgs. n. 149/2022), costituiscono titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Si pensi, ancora: al verbale di conciliazione omologato all'esito di una procedura di mediazione e all'accordo di mediazione sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati; al verbale di accordo a seguito di negoziazione assistita sottoscritto dalle parti e dai rispettivi avvocati; al verbale di conciliazione giudiziale o stragiudiziale e così via.



ENRICO MINERVINI*

IL NEGOZIO DICHIARATIVO** ***

THE “NEGOZIO DICHIARATIVO”

ABSTRACT: Il saggio esamina la (pseudo) categoria del negozio dichiarativo, alla luce di un recente volume collettaneo sul tema.

Abstract: This essay examines the (pseudo) category of «negozio dichiarativo» (i.e., an act that merely clarifies a legal situation, rather than creating new one), in light of a recent edited volume on the subject.

SOMMARIO: 1. *Un recente volume sul negozio dichiarativo.* – 2. *Il negozio dichiarativo.* – 3. *I singoli negozi dichiarativi.* – 4. *Dichiaratività e retroattività.* – 5. *Inconfigurabilità della categoria del negozio dichiarativo.* – 6. *Inutilità della categoria del negozio dichiarativo.*

1. Un recente volume sul negozio dichiarativo

L'autore di queste pagine ha lungamente studiato negozi (si assume) dichiarativi quali la divisione, il negozio di accertamento e la transazione, dedicando agli stessi una serie di scritti¹. Non può pertanto negare di aver provato un certo disappunto, allorché ha appreso che la scuola civilistica napoletana, cui appartiene, aveva dedicato al tema un volume collettaneo, senza invitarlo a prender parte con un contributo al volume stesso². Ma tant'è, paiono traversie e sono opportunità, come scriveva Giambattista Vico: l'autore di queste pagine ha ora l'opportunità di formulare alcune considerazioni non sui singoli negozi (si assume) dichiarativi, ma sulla categoria (ammesso e non concesso che si tratti di una vera e propria categoria) del negozio dichiarativo, tenendo nella debita considerazione i tanti spunti di riflessione offerti dai saggi raccolti nel volume.

* Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Napoli Federico II.

** Contributo sottoposto a revisione.

*** Il saggio è destinato al *Liber amicorum* in onore di Salvatore Patti.

¹ Piace ricordare quanto meno i lavori monografici: E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990; ID., *Il negozio di accertamento*, in L. RUGGERI ed E. MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, Napoli, 2016, 183-264.

² G. PERLINGIERI (a cura di), *Sull'utilità della distinzione tra negozi costitutivi e negozi dichiarativi*, Napoli, 2023, ove sono raccolti saggi di Fachechi, Della Rocca, Migliaccio, Caccavale, Russo, Indraccolo, Chiauzzi, Venusio Tamburrino, preceduti da una prefazione dello stesso Perlingieri.



2. Il negozio dichiarativo

Si impone una doverosa premessa. Negozio dichiarativo è un'espressione ambigua³, che delimita, o meglio vorrebbe delimitare, tutti quei negozi ai quali si ritiene non potersi attribuire un'efficacia costitutiva (in senso lato, articolata cioè nella classica tripartizione tra effetti costitutivi in senso stretto, effetti regolativi e/o modificativi, effetti estintivi, di cui all'art. 1321 c.c.): la categoria del negozio dichiarativo (o, come meglio si dovrebbe dire, del negozio con effetti dichiarativi o con efficacia dichiarativa) ha natura per così dire residuale, in cui dottrina e giurisprudenza inseriscono tutto ciò che costitutivo non sembra a prima vista.

Alla luce di siffatta premessa, non può essere condiviso l'assunto, svolto nel volume collettaneo da Ciro Caccavale, secondo cui quella di negozio dichiarativo è una categoria elaborata dalla dottrina⁴: ciò è vero se si prende in considerazione ad esempio il negozio di accertamento, importato in Italia dalla pandettistica tedesca, ma non risponde a verità se si prende invece in considerazione ad esempio la divisione. Infatti, l'idea della dichiaratività della divisione nasce per fronteggiare taluni inconvenienti pratici ad opera della giurisprudenza francese, ed incontra (almeno all'inizio) l'ostilità della dottrina⁵.

Del pari non può essere condivisa l'affermazione svolta nel volume da Alessia Fachechi, secondo la quale lo studio del negozio dichiarativo passa per le turbolenze di una dottrina in perenne disaccordo⁶, sicché la differenza tra negozi costitutivi e negozi dichiarativi è tutt'oggi oggetto di accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, come sostiene Giovanni Perlingieri⁷. In realtà, la dottrina, più che dibattere la nozione di negozio dichiarativo, si è occupata e si occupa dei singoli negozi a suo dire qualificabili come ad effetti dichiarativi, ovvero ha elaborato sul piano della teoria generale del diritto il concetto di efficacia dichiarativa⁸. Manca, insomma, per quel che sa l'autore di queste pagine, un lavoro di ampio respiro dedicato al negozio dichiarativo come categoria, volto cioè ad individuare i tratti caratterizzanti della categoria stessa.

La giurisprudenza, chiamata per sua natura a risolvere concrete controversie, non ha approfondito e non approfondisce la nozione di negozio dichiarativo, ma ha trattato e tratta dei singoli negozi della cui dichiaratività si dibatte: ed il pensiero corre ad una non più recente sentenza delle Sezioni Unite, sul tema della pretesa dichiaratività del contratto di divisione ereditaria (sentenza, meritevole di consenso, che ha fatto scorrere fiumi di inchiostro)⁹.

³ E. MINERVINI, *op. cit.*, 50, 60.

⁴ C. CACCAVALE, *La divisione tra effetti dichiarativi ed effetti costitutivi: portata e limiti della questione*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *op. cit.*, 143.

⁵ Cfr., da ultimo, C. BONA, *1538-2019: si chiude la parentesi sulla «dichiaratività» della divisione?*, nota a Cass., SS.UU., 7 ottobre 2019, n. 25021, in *Foro it.*, 2020, I, 995 ss.

⁶ A. FACHECHI, *Natura dichiarativa o costitutiva dell'atto negoziale e disciplina applicabile*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *op. cit.*, 21.

⁷ G. PERLINGIERI, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 7. Vedi anche E. INDRACCOLO, *La rilevanza della distinzione fra atti dichiarativi e atti costitutivi nella ricerca della disciplina applicabile ai c.dd. accordi sotto procedura*, *ivi*, 218.

⁸ Si allude, ovviamente, ad A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432, e ID., *Accertamento*, *ivi*, I, Milano, 1958, 205 ss.

⁹ Cass., SS.UU., 7 ottobre 2019, n. 25021, in *Foro it.*, 2020, I, 968 ss., con *nota cit.* di C. BONA; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 507 ss., con *nota* di M. CARPINELLI, *Lo scioglimento della comunione avente ad oggetto beni immobili abusivi: estensione della nullità alle divisioni ereditarie*; in *Giur. it.*, 2020, 2121 ss. (solo massime), con *nota* di D. D'ALBERTI, *Divisione di immobili abusivi: spunto per analisi dell'intera materia divisoria* (la sentenza è pubblicata anche in molti altri luoghi). Alla sentenza ha



3. I singoli negozi dichiarativi

Il volume collettaneo di cui si tratta conferma quanto si è detto nel § che precede: i vari autori trattano approfonditamente, o per rapidi cenni, i vari negozi (che essi ritengono) astrattamente qualificabili come dichiarativi – divisione¹⁰, negozio di accertamento¹¹, transazione¹², accordi di reintegrazione della legittima¹³, accordi di interpretazione autentica¹⁴, convalida¹⁵, ecc.¹⁶ – ovvero atti qualificabili come dichiarativi sulla cui negoziabilità è lecito avanzare più di un dubbio¹⁷ – ricognizione di debito¹⁸, riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio (figlio naturale)¹⁹, ecc. –, ma dedicano scarsa attenzione al negozio dichiarativo come categoria²⁰. Ancora, nel volume non mancano parallelismi tra sentenze costitutive e sentenze dichiarative, da un lato, e negozi costitutivi e negozi dichiarativi, dall'altro lato²¹, ovvero tra efficacia dichiarativa e pubblicità immobiliare dichiarativa²²: parallelismi che, oltre ad apparire un po' arditi, sono apprezzabili sul piano della teoria generale del diritto, ma non al fine di approfondire la figura del negozio dichiarativo come categoria.

L'eterogeneità dei fenomeni indicati – negozi, atti non negoziali, sentenze, pubblicità immobiliare – lascia sconcertati. E lo sconcerto è destinato ad accrescersi, ove si consideri le tecniche classificatorie indicate nel volume.

Per i negozi dichiarativi, Alessia Fachechi²³ opportunamente ricorda una recente sentenza delle Sezioni Unite²⁴, secondo cui gli stessi sono distinguibili in tre diverse categorie: a) negozi riferibili a fattispecie nelle quali, come nella divisione, si abbia una modificazione della situazione giuridica preesistente, senza che a ciò consegua il prodursi di effetti reali o obbligatori; b) negozi ricognitivi finalizzati, da parte di chi li compie, a manifestare la propria consapevolezza in ordine ad una data situazione giuridica non incerta preesistente all'atto ricognitivo, situazione che non viene in alcun modo innovata, non

dedicato due acuti saggi G. AMADIO, *Divisione ereditaria ed efficacia costitutiva: la fine del dogma della dichiaratività*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 696 ss., e ID., *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 13 ss.

¹⁰ E. MIGLIACCIO, *Natura dell'atto di divisione ereditaria (e questioni di metodo)*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *op. cit.*, 105 ss.; C. CACCAVALE, *op. cit.*, 129 ss.; F. DELLA ROCCA, *Verso il superamento della distinzione tra negozi dichiarativi e negozi costitutivi. Profili applicativi*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *op. cit.*, 59, 73 ss.

¹¹ A. FACHECHI, *op. cit.*, 16, 19, 33 s., 51, 54 e *passim*; F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 59; L. VENUSIO TAMBURRINO, *La (reale?) incidenza della distinzione tra negozi a effetti dichiarativi e a effetti costitutivi ai fini della disciplina applicabile in tema di pubblicità immobiliare*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *op. cit.*, 286, 292, 299, 302 ss., con particolare riguardo ai negozi di accertamento dell'usucapione.

¹² A. FACHECHI, *op. cit.*, 30; E. INDRACCOLO, *op. cit.*, 232 ss.; F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 59.

¹³ F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 59; L. VENUSIO TAMBURRINO, *op. cit.*, 286, 292.

¹⁴ E. MIGLIACCIO, *op. cit.*, 115. Vedi anche L. VENUSIO TAMBURRINO, *op. cit.*, 298.

¹⁵ E. MIGLIACCIO, *op. cit.*, 115.

¹⁶ Ulteriori indicazioni in L. VENUSIO TAMBURRINO, *op. cit.*, 286, 292, 298 s.

¹⁷ Sulla natura non negoziale dell'atto di riconoscimento vedi da ultimo Cass., 20 agosto 2024, n. 22948.

¹⁸ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 9; C. CACCAVALE, *op. cit.*, 138; L. VENUSIO TAMBURRINO, *op. cit.*, 286.

¹⁹ A. FACHECHI, *op. cit.*, 49.

²⁰ Trattano del negozio dichiarativo come categoria A. FACHECHI, *op. cit.*, *passim*, ed E. INDRACCOLO, *op. cit.*, *passim*.

²¹ E. MIGLIACCIO, *op. cit.*, 114 s., che parla della dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, e delle sentenze di risoluzione, annullamento e rescissione; A. CHIAUZZI, *L'incidenza della distinzione nella scelta della disciplina applicabile ai trasferimenti effettuati dal giudice*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *op. cit.*, 251 ss., 263, che tratta (approfonditamente) dell'art. 2908 c.c.

²² G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 9; C. CACCAVALE, *op. cit.*, 138.

²³ A. FACHECHI, *op. cit.*, 25 s., testo e nt. 42 (ove peraltro la sentenza delle Sezioni Unite è riportata con un numero errato).

²⁴ Cass., SS.UU., 16 marzo 2023, n. 7682 (resa peraltro in materia fiscale).



ricorrendo alcun effetto costitutivo, modificativo o estintivo ad opera dell'atto ricognitivo rispetto ad essa; c) negozi di accertamento, distinguibili in negozi di mero accertamento e in negozi di accertamento costitutivo, la cui causa sia di rimuovere un'oggettiva e riconosciuta dalle parti situazione d'incertezza.

Per gli effetti dichiarativi, Ciro Caccavale²⁵ distingue gli stessi a seconda che, pur non lasciando invariato lo stato delle cose, si risolvano: a) nel rafforzamento di una preesistente situazione giuridica (ricognizione di debito); b) nella piena opponibilità di una preesistente situazione giuridica ai terzi (pubblicità immobiliare c.d. dichiarativa); c) nello svolgimento di una preesistente situazione giuridica, laddove la novità consista nel condurre a compimento il processo evolutivo della situazione stessa (ordini di servizio del datore di lavoro, istruzioni del mandante al mandatario, individuazione nel trasferimento di cose determinate solo nel genere, divisione).

All'eterogeneità dei negozi, degli atti non negoziali e dei fenomeni (sentenze, pubblicità immobiliare) qualificati (con effetti) dichiarativi, non a caso variamente classificati, fa seguito non, come sostiene Alessia Fachechi nel volume collettaneo²⁶, una tendenza alla semplificazione ed all'astrazione, ma – verrebbe voglia di dire, tutto al contrario – uno studio dei singoli istituti come monadi isolate l'una dall'altra, finendo così per schiacciare, ad esempio, la dichiaratività della divisione sulla retroattività e sulla mancanza di effetti traslativi, e la dichiaratività del negozio di accertamento e della transazione sulla fissazione dell'esistenza, del contenuto e dei limiti di una situazione giuridica preesistente, come operata dalla sentenza di accertamento. Il *fil rouge* tra questi negozi, rappresentato dall'efficacia dichiarativa, appare impalpabile e francamente inconsistente.

4. Dichiaratività e retroattività

Il tema del rapporto tra dichiaratività e retroattività è oggetto di considerazioni alquanto caute e sfumate nel volume collettaneo in esame, Così, Emanuela Migliaccio sostiene che la retroattività è compatibile tanto con un atto dichiarativo, quanto con un atto costitutivo²⁷; Luigi Venusio Tamburrino afferma che la retroattività non va desunta dalla natura dichiarativa o costitutiva dell'atto²⁸; Alessandro Chiauzzi sottolinea come la tradizionale ricostruzione di un legame indissolubile tra dichiaratività e retroattività sia nient'altro che un dogma²⁹.

In realtà, dichiaratività e retroattività, lungi dal rappresentare due concetti coesenziali, sono logicamente incompatibili, in quanto la situazione dichiarata, proprio per ipotesi, preesiste al negozio dichiarativo³⁰. Come osservano le Sezioni Unite, il fenomeno della retroattività di un atto giuridico si accompagna, per sua natura, all'efficacia costitutiva dell'atto stesso: non possono retroagire gli effetti di un atto che si limita a dichiarare la situazione giuridica preesistente, laddove possono retroagire gli effetti di un atto che immuta la realtà giuridica. In altre parole, l'efficacia retroattiva di un negozio si coniuga per sua natura col carattere costitutivo dello stesso, e non si attaglia al negozio che abbia carattere dichiarativo³¹.

²⁵ C. CACCAVALE, *op. cit.*, 137-143, seguito da G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 9.

²⁶ A. FACHECHI, *op. cit.*, 26.

²⁷ E. MIGLIACCIO, *op. cit.*, 116.

²⁸ L. VENUSIO TAMBURRINO, *op. cit.*, 289, con riferimento specifico alla retroattività reale.

²⁹ A. CHIAUZZI, *op. cit.*, 270.

³⁰ E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, cit., 225, sulla scia di maestri del calibro di Francesco Santoro Passarelli e di Michele Giorgianni; G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva*, cit., 29 s.; ID., *Divisione ereditaria*, cit., 699.

³¹ Cass., SS.UU., 7 ottobre 2019, n. 25021, § 5.3.1. della motivazione.



5. Inconfigurabilità della categoria del negozio dichiarativo

Nel volume collettaneo in esame Emanuele Indraco sottolinea che la tripartizione in effetti costitutivi, modificativi ed estintivi è esclusiva, sicché non vi è spazio per la configurabilità di altre tipologie di effetti³², in altre parole, come afferma Alessandro Chiauzzi, il fenomeno giuridico produce effetti di tre tipi – costitutivi, modificativi ed estintivi –, sicché non vi sono altre specie di effetti, e le altre specie a volte utilizzate sono riconducibili alle tre fondamentali³³. Insomma, come rimarca Giovanni Perlingieri, i negozi sono sempre diretti a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico, hanno sempre effetti in senso ampio costitutivi perché suscettibili di incidere, innovandola, sulla realtà giuridica³⁴.

L'autore di queste pagine condivide questi assunti, con la precisazione, già formulata in altra sede³⁵, che, poiché le possibili vicende di un rapporto giuridico sono di tre tipi – costituzione, modificazione ed estinzione –, e poiché l'art. 1321 c.c. menziona la costituzione, il regolamento e l'estinzione, è apparsa intuitiva la coincidenza del regolamento con la modifica, laddove invece regolare è termine più ampio di modificare. Nella sfera del regolare è compresa non soltanto la modificazione di un elemento strutturale del rapporto, ma anche il semplice mutamento della sua disciplina. Nel primo caso, alla modifica di un elemento strutturale consegue l'estinzione del rapporto, e la costituzione di uno nuovo; nel secondo, il mutamento della disciplina conserva immutato, nei suoi elementi caratteristici e caratterizzanti, il rapporto. I negozi del primo tipo, che hanno per oggetto la struttura del rapporto, estinguono il rapporto facendone sorgere uno nuovo: vanno pertanto qualificati come novativi, in ragione della loro efficacia estintivo-costitutiva. I negozi del secondo tipo, invece, hanno per oggetto la disciplina del rapporto: si tratta dei negozi c.dd. regolamentari³⁶.

Pertanto, i negozi giuridici producono effetti ora costitutivi, ora modificativi della struttura del rapporto, ora modificativi del regolamento del rapporto, ora estintivi: non vi è spazio per altre tipologie di effetti.

Nel volume Giovanni Perlingieri sostiene che gli effetti dichiarativi vanno ricondotti a quelli modificativi, dei quali rappresentano una specifica versione, per concludere nel senso che la differenza tra negozi costitutivi e dichiarativi non va esaltata³⁷; e Ciro Caccavale parla di quel particolare effetto modificativo, definito come dichiarativo, per concludere che gli atti di natura dichiarativa sono riconducibili al genere di quelli modificativi, di cui rappresentano una specie³⁸.

In realtà, gli effetti dichiarativi sono effetti modificativi ora della struttura del rapporto, ora del regolamento dello stesso, e per la loro eterogeneità non costituiscono quindi una specie dotata di caratteri comuni (basti pensare alla diversità di effetti prodotti ad esempio dalla divisione e dal negozio di accertamento)³⁹. La categoria del negozio dichiarativo non ha pertanto carattere scientifico e sistematico⁴⁰.

³² E. INDRACCOLO, *op. cit.*, 220.

³³ A. CHIAUZZI, *op. cit.*, 259, testo e nt. 19.

³⁴ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 7 s., seguito da C. CACCAVALE, *op. cit.*, 137. Non limpido appare invece il pensiero al riguardo di D. RUSSO, *Accertamento e abuso negoziale*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *op. cit.*, 198, 203.

³⁵ E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, cit., 217 ss., sulle orme di illustri studiosi, e soprattutto di Rodolfo Sacco e di Pietro Perlingieri.

³⁶ In questo senso sembra orientata, se ben si intende, anche E. MIGLIACCIO, *op. cit.*, 116 ss.

³⁷ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 7 s.

³⁸ C. CACCAVALE, *op. cit.*, 161, 179.

³⁹ Sul punto si rinvia ad E. MINERVINI, *Divisione contrattuale*, cit., 48-63; ID., *Il negozio di accertamento*, cit., 217-226.

⁴⁰ Della presunta categoria astratta dei negozi dichiarativi parla E. INDRACCOLO, *op. cit.*, 247. Più cauta la posizione di A. FACHECHI, *op. cit.*, 21.



Nel volume non mancano invece delle ingiustificate nostalgie per la teorica del negozio dichiarativo: Ciro Caccavale, ad esempio, che pure parla della divisione quale negozio avente natura modificativo-dichiarativa, sottolinea che la tesi della dichiaratività della stessa viene tramandata da almeno cinque secoli, è sicuramente eloquente, non pare insensata, non evidenzia contraddizioni, non è priva di suggestioni, anche se la divisione provoca, quale fattispecie di confine, la dilatazione della categoria del negozio dichiarativo⁴¹.

6. Inutilità della categoria del negozio dichiarativo

La categoria del negozio dichiarativo non soltanto non ha carattere scientifico e sistematico (né utilità sul piano didattico)⁴², ma non ha nemmeno utilità per risolvere problemi pratici⁴³: al fine dell'individuazione della disciplina applicabile, la qualificazione quale negozio dichiarativo (o quale negozio costitutivo) non pare rilevante, e meno che mai determinante. Come sottolinea Francesco Della Rocca nel volume collettaneo in esame, se la disciplina dipendesse dalla natura dichiarativa o non dichiarativa di un negozio, si dovrebbe pervenire alle stesse conclusioni per ogni negozio avente la stessa natura: ma così evidentemente non è⁴⁴. La natura dichiarativa o no di un negozio, come avverte Ciro Caccavale, è una questione meramente dogmatica priva di ripercussioni sul piano applicativo, in quanto il concetto di negozio dichiarativo non ha valenza precettiva⁴⁵. Insomma, Luigi Venusio Tamburrino puntualmente evidenzia che vanno valutati, al fine dell'individuazione della disciplina applicabile, non la natura dichiarativa o costitutiva, ma altri fattori, ed in primo luogo la causa concreta del contratto⁴⁶.

Non resta che concludere. Nell'ambito del diritto civile (l'autore di queste pagine non ha infatti conoscenze adeguate per pronunciarsi in merito alla c.d. dichiaratività fiscale)⁴⁷, la categoria del negozio dichiarativo non ha carattere né scientifico né sistematico, e non ha utilità né sul piano didattico né sul piano della soluzione del problema dell'individuazione della disciplina applicabile⁴⁸. È pertanto una categoria da abbandonare senza il benché minimo rimpianto. La dichiaratività è nient'altro che una vera e propria formula magica, ovvero una sovrastruttura dogmatica priva di reale fondamento normativo⁴⁹.

⁴¹ C. CACCAVALE, *op. cit.*, 140 s., 154 ss., 174. Sull'efficacia dichiarativa o comunque modificativa della divisione ereditaria vedi anche E. MIGLIACCIO, *op. cit.*, 125.

⁴² Non prende posizione al riguardo A. FACHECHI, *op. cit.*, 11.

⁴³ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 7.

⁴⁴ F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 65 ss., 81 (ed ivi esemplificazione).

⁴⁵ C. CACCAVALE, *op. cit.*, 153, 156, 164, 175 e *passim*. Vedi anche E. MIGLIACCIO, *op. cit.*, 125; E. INDRACCOLO, *op. cit.*, 247. Questi autori operano una vasta esemplificazione, a riprova dei propri assunti.

⁴⁶ L. VENUSIO TAMBURRINO, *op. cit.*, 287, 330.

⁴⁷ Sulla dichiaratività fiscale si rinvia alle puntuali considerazioni di G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva*, cit., 40 ss.; ID., *Divisione ereditaria*, cit., 701. In giurisprudenza, vedi da ultimo Cass., SS. UU., 16 marzo 2023, n. 7682 (in tema di tassazione della ricognizione di debito).

⁴⁸ *Contra*, da ultimo, P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. contr. Roppo*, III, 2ª ed., Milano, 2023, 11, ove citazioni.

⁴⁹ G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva*, cit., 35, 42; ID., *Divisione ereditaria*, cit., 699, 701, con riguardo ovviamente alla dichiaratività della divisione ereditaria.



MARIA FRANCESCA TOMMASINI*

**CYBERSICUREZZA E TUTELA DEI DATI PERSONALI:
UN'ANALISI MULTILIVELLO****

**CYBERSECURITY AND PERSONAL DATA PROTECTION:
A MULTILEVEL ANALYSIS**

ABSTRACT: La cybersicurezza rappresenta una sfida strategica nella società digitale globale, richiedendo un approccio multilivello che integri la dimensione transnazionale, il quadro normativo europeo e la sua attuazione a livello nazionale. L'Unione Europea ha adottato un corpus normativo organico — Direttive NIS/NIS2, Cybersecurity Act e Cyber Resilience Act — finalizzato alla protezione delle infrastrutture critiche, al rafforzamento della resilienza digitale e alla responsabilizzazione dei vertici aziendali. Anche l'Italia ha rafforzato la propria disciplina in materia, istituendo il Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica e l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale, **assicurando la protezione delle infrastrutture digitali e dei dati personali nel rispetto dei diritti fondamentali sanciti dal GDPR**. L'assetto complessivo della cybersicurezza si configura, pertanto, quale strumento essenziale per garantire l'integrità delle infrastrutture digitali, tutelare i diritti fondamentali degli individui e promuovere uno sviluppo tecnologico sicuro, resiliente e conforme ai principi democratici.

Abstract: Cybersecurity represents a strategic challenge in the global digital society. It requires a multi-level approach that encompasses transnational, European, and domestic law. With the NIS/NIS2 Directives, the Cybersecurity Act, and the Cyber Resilience Act, the European Union has focused its efforts on protecting critical infrastructure and holding companies accountable. Italy has established the National Cybersecurity Perimeter and the National Cybersecurity Agency, thus ensuring the protection of digital infrastructure and personal data. The overall cybersecurity framework is an essential tool for ensuring the integrity of digital infrastructure and protecting the fundamental rights of individuals.

SOMMARIO: 1. *La cybersicurezza tra dimensione transnazionale e quadro normativo europeo.* – 2. *La sicurezza nazionale e la sicurezza cibernetica nell'ordinamento giuridico italiano.* – 3. *Segue. Il ruolo e le competenze dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale.* – 4. *La disciplina delle misure di sicurezza nel trattamento dei dati personali tra GDPR e Codice della privacy.* – 5. *Gli obblighi e le responsabilità del titolare e del responsabile del trattamento.* – 6. *Segue. La figura del responsabile della protezione dei dati.* – 7. *Il bilanciamento tra sicurezza cibernetica e diritti fondamentali nell'era dell'innovazione tecnologica.*

1. La cybersicurezza tra dimensione transnazionale e quadro normativo europeo

Nel contesto della società digitale contemporanea, la cybersicurezza emerge come una delle sfide giuridiche e politiche più rilevanti del XXI secolo. La diffusione delle tecnologie digitali e l'interconnessione globale delle reti informatiche hanno comportato, infatti, un aumento significativo del *cybercrime*, che

* Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università degli Studi di Messina.

** Contributo sottoposto a revisione.



colpisce indiscriminatamente individui, imprese e istituzioni¹. Gli attacchi informatici non rappresentano più fenomeni occasionali o marginali, ma vere e proprie minacce sistemiche con conseguenze economiche, patrimoniali e reputazionali rilevanti². Di qui la necessità di predisporre misure tecniche e organizzative costantemente aggiornate, in grado di ridurre al minimo il rischio di diffusione non autorizzata dei dati digitali prodotti³ e di garantire una reazione rapida ed efficace in caso di violazioni della sicurezza, tutelando così la continuità operativa delle attività e la protezione dei diritti degli utenti. La complessità e la natura del fenomeno determinano l'emersione di un sistema di tutela della cibersicurezza “*multilivello*”, che si sviluppa lungo una traiettoria transnazionale, si consolida attraverso interventi normativi a livello europeo e trova attuazione concreta negli ordinamenti nazionali, sino a tradursi in obblighi specifici in capo ai soggetti che, a vario titolo, trattano dati e gestiscono sistemi informativi. Se, infatti, la tutela dello spazio cibernetico è oggi dominata dai poli statunitense⁴ e cinese⁵, entrambi capaci di esercitare un'influenza che travalica i confini nazionali attraverso reti di cooperazione tecnologica e modelli distinti di *governance* digitale, anche l'Europa ha sviluppato negli ultimi anni un approccio innovativo e coordinato alla sicurezza digitale⁶. In particolare, l'Unione europea ha progressivamente costruito un quadro normativo organico che mira non solo a proteggere le infrastrutture critiche e i servizi essenziali, ma anche a rafforzare la resilienza complessiva del proprio ecosistema digitale⁷. Questo percorso ha trovato

¹ Il primo episodio significativo che ha segnato un punto di svolta nella cibersicurezza risale al 2007 quando l'Estonia per 22 giorni fu colpita da una campagna di attacchi informatici di tipo DDoS (*Distributed Denial of Service*) che presero di mira le reti informatiche del paese. La causa scatenante dell'evento fu la decisione del governo estone di spostare un monumento alle truppe dell'Armata Rossa (Il Soldato di bronzo) da un incrocio trafficato nel centro di Tallinn a un vicino cimitero militare (BONI M., *Il Soldato di Bronzo e il cyber attacco all'Estonia del 27 aprile 2007*, in <https://www.analisedifesa.it/2024/04>).

² Secondo il Rapporto Clusit, il primo semestre 2025 ha segnato un aumento del 36% degli attacchi *cyber* a livello globale. Sono, infatti, circa 2.775 gli incidenti registrati da Clusit—Associazione Italiana per la Sicurezza Informatica— e la maggior parte di essi sono di gravità “critica” o “elevata”. In Italia la crescita degli attacchi registra un aumento del 13% (*Attacchi cyber, crescita record nel primo semestre del 2025 e Italia sempre nel mirino: i dati del rapporto Clusit*, in <https://www.innovationpost.it>).

³ Nel 2024 circa 5,5 miliardi di persone in tutto il mondo hanno utilizzato Internet, spostando un volume di dati di circa 154 zettabyte. Si prevede che questo dato entro il 2027 salirà a ben 284,3 zettabyte (HINZ L., *...la quantità di dati digitali generati e replicati ogni anno raggiungerà i 284,3 zettabyte entro il 2027?*, in <https://bu-power.com/it>).

⁴ L'amministrazione Biden nel 2020 ha messo da subito al centro del suo programma politico il tema della sicurezza informatica varando il *National Cyber Security Strategy-NCSS* (in <https://nkbpsrohini.com/wp-content>) che definisce principi e linee guida uniformi per mitigare gli attacchi *cyber* nel Paese. Il documento mira a coinvolgere le organizzazioni federali, i gestori di infrastrutture critiche e le grandi aziende nell'adozione di strategie di *cyber security* uniformate; a distribuire equamente gli investimenti per la ricerca e lo sviluppo di nuove tecnologie per la sicurezza delle infrastrutture critiche; a migliorare la collaborazione internazionale; ad aumentare gli investimenti in strategie *offensive* oltre che difensive; ad adottare un approccio *data driven* per adattare le strategie ai cambiamenti tecnologici e geopolitici. A differenza di Biden, il presidente Trump, piuttosto che continuare ad investire in questa direzione, con l'*One Big Beautiful Bill Act 2025-2026* (in <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/house-bill/1/text>) ha tagliato la spesa per la sicurezza informatica delle agenzie federali di oltre 1,2 miliardi di dollari.

⁵ Il modello cinese si caratterizza per il fatto che la protezione del cyberspazio è considerata parte integrante della sicurezza nazionale. A partire dalla *China Cybersecurity Law* entrata in vigore il 1° giugno 2017 (BELFI M., *China Cybersecurity Law, ecco la “Grande muraglia” normativa cinese*, in <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/china-cybersecurity-law>), l'ordinamento ha introdotto un articolato sistema di obblighi per gli operatori di rete, imponendo misure di sicurezza, requisiti tecnici e stringenti limiti all'esportazione dei dati, in linea con la dottrina della *cyber-sovereignty*, che attribuisce allo Stato un controllo pieno sul proprio spazio digitale. Tale impianto è stato consolidato con la *Data Security Law of the People's Republic of China* (in <http://www.npc.gov.cn/englishnpc>) e con la *Personal Information Protection Law of the People's Republic of China* (PIPL) del 2021 (in <https://personalinformationprotectionlaw.com>), che disciplinano rispettivamente la gestione dei dati in base alla loro criticità e il trattamento dei dati personali.

⁶ FINOCCHIARO G., *La proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica* 2022, 303.

⁷ Sul punto a titolo esemplificativo si vedano: SALAMONE L., *La disciplina del cyberspace alla luce della direttiva europea*



espressione innanzitutto nella Direttiva UE 2016/1148 (c.d. Direttiva NIS – *Network and Information security*) che ha introdotto misure comuni al fine di conseguire un “livello elevato di sicurezza della rete e dei sistemi informativi in ambito nazionale, contribuendo ad incrementare il livello comune di sicurezza nell’Unione europea”⁸ ed ha imposto la notifica degli incidenti “significativi” ai CSIRT (*Computer Security Incident Response Team*) nazionali⁹. Nel 2019, poi, l’Unione, con il *Cybersecurity Act*¹⁰ ha attribuito a ENISA (Agenzia europea per la cibersicurezza) un mandato permanente per la prevenzione e gestione degli incidenti informatici, introducendo, per la prima volta, un quadro europeo di certificazione della cibersicurezza atto a garantire standard uniformi per prodotti, servizi e processi ICT (*Information and Communication Technologies*)¹¹. È solo con la Direttiva UE 2555/2022 (NIS 2)¹², però, che il legislatore, non solo amplia il numero di settori e organizzazioni obbligate a rispettare i requisiti di *cybersecurity*¹³, ma introduce obblighi di sicurezza più stringenti¹⁴, l’applicazione di misure tecniche e organizzative più dettagliate e la necessità di notificare incidenti gravi in tempi più rapidi¹⁵. Una ulteriore novità di grande rilievo riguarda il rafforzamento della responsabilità dei vertici aziendali: il *management* è

delle reti e dell’informazione, in *Federalismi* 2017; e successivamente anche LAURO A., *Sicurezza cibernetica e organizzazione dei poteri: spunti di comparazione*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* 2021, 3.

⁸ Direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 2016 recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell’Unione, in <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2016/1148/oj/ita/pdf>. La Direttiva NIS, e il decreto di attuazione, si rivolgono agli Operatori di servizi essenziali (OES) cioè ai soggetti, pubblici o privati, che forniscono servizi essenziali per la società e l’economia nei settori sanitario, dell’energia, dei trasporti, bancario, delle infrastrutture dei mercati finanziari, della fornitura e distribuzione di acqua potabile e delle infrastrutture digitali; e ai *Digital Service Provider* (DSP), cioè alle persone giuridiche che forniscono servizi di *e-commerce*, *cloud computing* o motori di ricerca, con stabilimento principale, sede sociale o rappresentante designato sul territorio nazionale. Non sono soggetti alla normativa i DSP le piccole e medie imprese con meno di 50 dipendenti o con fatturato inferiore ai 10 milioni l’anno.

⁹ SCHMITZ BERNDT S.– SCHIFFNER S., *Don’t tell them now (or at all). Responsible disclosure of security incidents under NIS Directive and GDPR*, in *International Review of Law. Computer & Technology* 2021, 101.

¹⁰ Il *Cybersecurity Act*, entrato in vigore il 27 giugno 2019 con il Regolamento (UE) 2019/881 (in <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/cybersecurity>), è stato reso esecutivo dalla Commissione europea il 18/19 dicembre 2024 con il Regolamento (UE) 2024/3143 della Commissione del 18 dicembre 2024; con il Regolamento (UE) 2024/3144 della Commissione che modifica il Regolamento di esecuzione (UE) 2024/482; e con il Regolamento (UE) 2025/37 del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il Regolamento (UE) 2019/881 (in <https://www.acn.gov.it/portale/w/regolamento-ue-2019/881-cybersecurity-act-aggiornamenti-normativa-europea>).

¹¹ In questo senso la *cybersecurity* è vista quale elemento chiave del Piano europeo per la transizione digitale (*Shaping EU’s Digital Future 2020*, in <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024>) e del *Recovery Plan* (*Recovery Plan for Europe*, in <https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe>).

¹² Direttiva (UE) 2022/2555 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativa a misure per un livello comune elevato di cibersicurezza nell’Unione, recante modifica del Regolamento (UE) n. 910/2014 e della Direttiva (UE) 2018/1972 e che abroga la Direttiva (UE) 2016/1148 (direttiva NIS 2), in <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2555/oj/ita>. La NIS 2 muove, al pari della NIS 1, dall’articolo 114 del TFUE (in <https://eur-lex.europa.eu>) che permette di armonizzare le legislazioni nazionali per eliminare ostacoli alla libera circolazione di beni, servizi, persone e capitali e consente all’UE di adottare direttive e regolamenti in settori come sicurezza, salute e ambiente e per regolare settori innovativi come l’intelligenza artificiale (*AI Act*).

¹³ Oltre i tradizionali operatori di servizi essenziali come energia, trasporti e sanità, l’obbligo viene esteso ai servizi postali, alla gestione dei rifiuti, a tutte le infrastrutture digitali critiche e alle grandi piattaforme *online*.

¹⁴ L’articolo 21 del NIS 2, richiede l’adozione di misure di sicurezza basate sul rischio, comprendenti la gestione degli incidenti e della continuità operativa, la sicurezza della supply chain, la protezione dei sistemi informativi lungo il loro ciclo di vita, la valutazione dell’efficacia delle misure adottate, la formazione e l’igiene informatica, l’uso della crittografia, la gestione degli accessi e degli asset e l’impiego di autenticazione forte e comunicazioni sicure.

¹⁵ Con riferimento agli obblighi di notifica, la NIS 2 prevede un approccio in due fasi: una prima fase di notifica, con rapporto iniziale entro 24 ore e rapporto completo entro 72 ore dalla conoscenza dell’incidente; una seconda fase di ripristino, con presentazione di un rapporto finale entro un mese dal rapporto iniziale (CASAROSA F.-COMANDÈ G., *Aspettando la NIS 2. Ovvero il diritto privato della cybersecurity*, in *Dir. dell’informazione e dell’informatica* 2024, 1, 29).



infatti chiamato a rispondere direttamente del rispetto delle disposizioni normative, con la previsione di sanzioni personali in caso di inadempienza. La sicurezza informatica, così, cessa di essere un profilo esclusivamente tecnico o operativo e diventa a pieno titolo una responsabilità strategica e di *governance*. A completare e integrare la NIS2, nell'ultimo anno, sono intervenuti il Regolamento *Cyber Resilience Act* (CRA) del 2024 che stabilisce requisiti obbligatori di sicurezza per tutti i prodotti (*hardware* e *software*) con elementi digitali¹⁶, e il *Cyber Solidarity Act* (CSA) del 2025 volto a predisporre un sistema europeo di capacità comuni per la rilevazione, l'analisi e la risposta agli attacchi cibernetici su larga scala¹⁷.

2. La sicurezza nazionale e la sicurezza cibernetica nell'ordinamento giuridico italiano

In continuità con il quadro definito a livello europeo¹⁸, l'ordinamento italiano ha progressivamente sviluppato un assetto normativo volto a presidiare la sicurezza nazionale, ampliandone progressivamente gli ambiti di riferimento sino a ricomprendervi anche la sicurezza cibernetica. Se dalla formazione del Regno d'Italia fino all'epoca fascista¹⁹ il concetto di sicurezza nazionale era ancora poco definito²⁰, con l'instaurazione della Repubblica e l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 esso è emerso in forma implicita, come risultato dell'impianto costituzionale nel suo complesso che articola un delicato bilanciamento tra la tutela dello Stato e della collettività (articoli 52, 78 e 87) e la protezione delle libertà individuali (articoli 2, 3, 13, 14 e 15) che ammettono limitazioni esclusivamente nei casi e nei modi stabiliti dalla legge e per comprovate esigenze di sicurezza²¹. Nel corso, poi, degli ultimi decenni il concetto di sicurezza nazionale si è ampliato tanto da potersi qualificare come garanzia per l'indipendenza, l'integrità e la difesa dello Stato, assumendo una dimensione "funzionale alla protezione degli interessi politici, militari, economici, scientifici e industriali dell'Italia" (articolo 6, comma 2, della L. n. 124 del 2007)²². Proprio al fine di predisporre procedure e misure

¹⁶ Regolamento (UE) 2024/2847 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2024, sui requisiti orizzontali di sicurezza informatica per i prodotti con elementi digitali e che modifica i Regolamenti (UE) n. 168/2013 e (UE) 2019/1020 e la Direttiva (UE) 2020/1828 (legge sulla resilienza informatica), in <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg>. Il CRA impone ai produttori obblighi di sicurezza *by design* e *by default*, processi di gestione delle vulnerabilità e obblighi di notifica. In tal modo il legislatore europeo ha colmato una lacuna cruciale, creando una catena di responsabilità che parte dalla progettazione del prodotto e arriva fino all'esercizio quotidiano dei sistemi informativi (GALLOTTI C., *Cyber resilience act, la sicurezza diventa obbligatoria: cosa cambia per le aziende*, in <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/cyber-resilience-act>).

¹⁷ Regolamento (UE) 2025/38 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 2024, che stabilisce misure volte a rafforzare la solidarietà e le capacità nell'Unione di individuare, preparare e rispondere alle minacce e agli incidenti informatici e che modifica il Regolamento (UE) 2021/694 (legge sulla solidarietà informatica), in <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2025>. Il Regolamento mira a rafforzare la capacità dell'UE di rilevare e rispondere a minacce informatiche su larga scala tramite un sistema di allarme basato su SOC nazionali e transfrontalieri interconnessi, costituendo un vero e proprio "Cyberscudo europeo" (ALU' A., *Cyber Solidarity Act: lo "scudo digitale" Ue contro le minacce informatiche*, in <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza>).

¹⁸ CENCETTI C., *Cybersecurity: Unione Europea e Italia: Prospettive a confronto*, Roma 2014, 18.

¹⁹ Con il passaggio dallo Stato liberale al regime fascista, i poteri di polizia e di prevenzione subirono un significativo ampliamento: le libertà e i diritti individuali furono fortemente compressi, mentre molte attività prima libere vennero assoggettate a rigidi obblighi e controlli (CORSO G., *L'ordine pubblico*, Bologna 1979; CASSESE S., *Lo Stato fascista*, Bologna 2010).

²⁰ Nell'ordinamento italiano, il potere di polizia, espressione della sovranità, aveva una funzione prevalentemente preventiva, volta alla tutela della collettività e del bene comune. Per un approfondimento sul tema, si veda RANELLETTI O., *La polizia di sicurezza*, in AA.VV., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura di Orlando, Milano 1904, 4.

²¹ URSI R., *La sicurezza pubblica*, Bologna 2022, 67 e ss.

²² Legge n. 124 del 3 agosto 2007 (Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto), in G.U. n. 187 del 13 agosto 2007.



tali da consentire una efficace valutazione sotto il profilo tecnico della sicurezza degli apparati e dei prodotti tecnologici, il legislatore è intervenuto in rapida successione prima con il D. Lgs n. 65 del 18 maggio 2018²³, poi con il D. l. n. 105 del 21 settembre 2019²⁴ e, infine, con il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 131 del 30 luglio 2020²⁵. I provvedimenti in questione rappresentano la base normativa istitutiva del Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica (PSNC) che “ha lo scopo di assicurare un livello elevato di sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici delle amministrazioni pubbliche, degli enti e degli operatori pubblici e privati aventi una sede nel territorio nazionale, da cui dipende l’esercizio di una funzione essenziale dello Stato, ovvero la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato e dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale” (ex articolo 1 L. n. 105 del 2019). Dalla formulazione della norma emerge chiaramente la distinzione operata dal legislatore tra sicurezza nazionale e sicurezza cibernetica. La prima è tradizionalmente orientata alla tutela delle istituzioni pubbliche e viene garantita esclusivamente da autorità statali dotate di poteri di *puissance publique*²⁶. La sicurezza cibernetica, invece, per la natura stessa delle infrastrutture digitali, richiede l’inclusione anche dei soggetti privati, i quali svolgono funzioni essenziali e risultano parimenti esposti ad attacchi che possono colpire reti, sistemi informativi e servizi digitali. Ne consegue che, mentre la sicurezza nazionale rimane una categoria ampia e priva di confini operativi rigidamente tracciati, la sicurezza cibernetica si caratterizza per la necessità di una tutela condivisa, fondata sulla cooperazione strutturata tra ente pubblico e soggetti privati. In quest’ottica, assume particolare rilievo il ricorso a strumenti innovativi, quali i partenariati pubblico-privati, idonei a integrare le capacità tecniche degli operatori privati con le prerogative pubbliche in materia di protezione delle infrastrutture digitali²⁷. Anche i soggetti privati – così come quelli inclusi nel PSNC – sono, infatti, tenuti a predisporre misure organizzative e tecniche sottoposte ad un costante monitoraggio²⁸, nonché a garantire la tempestiva segnalazione e notifica di eventuali incidenti che possano incidere sugli ICT relativi alle proprie reti, servizi o sistemi informativi identificati come parte del Perimetro, contribuendo in tal modo alla sicurezza complessiva dell’infrastruttura nazionale²⁹.

²³ Decreto legislativo n. 65 del 18 maggio 2018 (Attuazione della direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell’Unione), in *G.U.* n. 132 del 9 luglio 2018.

²⁴ D.L. n. 105 del 21 settembre 2019 (Disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica) convertito con modifiche in Legge n. 133 del 18 novembre 2019 e più volte modificato anche per un coordinamento con la disciplina dei poteri speciali nei settori di rilevanza strategica (in *G.U.* n. 222 del 21 settembre 2019).

²⁵ Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 131 del 30 luglio 2020 (Regolamento in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, ai sensi dell’articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 105 del 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 18 novembre 2019), in *G.U.* n. 261 del 21 ottobre 2020.

²⁶ Sul punto già ROSSA S., *Cybersicurezza e pubblica amministrazione*, Napoli 2023, 13; e successivamente LONGO E., *Il diritto costituzionale e la cybersicurezza: analisi di un volto nuovo del potere*, in *Rass. parlamentare* 2024, 319.

²⁷ In Italia, esempi rilevanti di partenariato sono il CERTFin, promosso da Banca d’Italia e ABI per la condivisione di informazioni sulle vulnerabilità nel settore finanziario, e le collaborazioni tra imprese come Leonardo e il CIOC per lo sviluppo di capacità di difesa cibernetica. Sul punto MACCHIA M.-SFERRAZZO G., *Sicurezza e rischio tecnologico. la funzione di cybersecurity*, in *Dir. amm.* 2025, 109.

²⁸ Legge n. 90 del 28 giugno 2024 e successivi aggiornamenti (Disposizioni in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici), in *G.U.* n. 153 del 2 luglio 2024.

²⁹ In questo senso il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 81 del 14 aprile 2021 (Regolamento in materia di notifiche degli incidenti aventi impatto su reti, sistemi informativi e servizi informatici di cui all’articolo 1, comma 2, lettera



3. *Segue*. Il ruolo e le competenze dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale

In tale contesto di consolidamento normativo e di crescente articolazione delle competenze in materia di protezione delle infrastrutture digitali, è emersa l’esigenza di istituire anche in Italia, al pari di quanto già accaduto in altri Stati³⁰, un soggetto deputato a coordinare le politiche nazionali di cybersicurezza. Per tale motivo con il D.L. n. 82 del 2021³¹ è stata istituita l’Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN), una struttura avente personalità giuridica di diritto pubblico che, sotto la direzione politica del Presidente del Consiglio dei Ministri³², si caratterizza per la sua specificità e specialità³³. L’Agenzia, dotata “di autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria” (articolo 5, comma 2)³⁴, in sinergia con il Consiglio Supremo di difesa³⁵, pone in essere le attività necessarie per proteggere dalle minacce informatiche reti, sistemi informativi, servizi informatici e comunicazioni elettroniche, assicurandone la disponibilità, la confidenzialità e l’integrità e garantendone la resilienza, anche ai fini della tutela della sicurezza nazionale e dell’interesse nazionale nello spazio cibernetico (articolo 1, lettera a e b). Più nel dettaglio le corpose funzioni dell’Agenzia possono sussumersi nella predisposizione della strategia nazionale di cybersicurezza e nel coordinamento tra tutti i soggetti pubblici e privati coinvolti³⁶; nello sviluppo di capacità preventive e reattive per contrastare incidenti e attacchi informatici, garantendo

b), del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133, e di misure volte a garantire elevati livelli di sicurezza), in *G.U.* n.138 del 11 giugno 2021, ha distinto tra notifiche necessarie (articolo 3), da effettuare entro sei ore per gli incidenti di cui alla Tabella 1 e entro un’ora per quelli della Tabella 2, e notifiche volontarie (articolo 4, comma 2), ammesse solo se non comportano un onere sproporzionato o eccessivo.

³⁰ Così in Belgio la *Loi du 18 luglio 2019* ha attribuito i poteri in materia di cibersicurezza al *Centre pour la Cybersécurité Belgique* posto alla dipendenza del Primo ministro; in Francia il *Code de la défense* dalla *Loi n. 2015-917* ha istituito l’*Agence Nationale de la sécurité des systèmes d’information* che dipende dal Servizio generale della difesa e della sicurezza nazionale del Primo ministro. Infine in Portogallo, il *Centro Nacional de Cibersegurança*, ai sensi dell’articolo 7 della *Lei 46/2018*, opera nell’ambito del *Gabinete Nacional de Segurança*. Sul punto si veda LAURO A., *Sicurezza cibernetica e organizzazione dei poteri: spunti di comparazione*, in *Rivista Gruppo di Pisa* 2021, 533.

³¹ Decreto-Legge n. 82 del 14 giugno 2021 convertito con modificazioni dalla L. n. 109 del 4 agosto 2021 (Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell’architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale), *G.U.* n. 140 del 14 giugno 2021.

³² Corte Costituzionale, sentenza n. 86 del 24 maggio 1977, in <https://dejure.it>, secondo cui il coinvolgimento a livello di vertice strategico del Presidente del Consiglio dei Ministri discende dal disposto di cui all’articolo 95 della Costituzione in materia di segreto di Stato e servizi segreti nel cui alveo possono farsi rientrare le questioni legate alla cibersicurezza.

³³ PARONA L., *L’istituzione dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale*, in *Giornale dir. amm.* 2021, 712 il quale sostiene trattarsi di un modello che in parte si distacca da quello stabilito per le agenzie negli articoli 8, 9 e 10 del D. lgs. n. 300 del 30 luglio 1999 (Riforma dell’organizzazione del Governo, a norma dell’articolo 11 della legge n. 59 del 15 marzo 1997), in *G.U.* n. 203 del 30 agosto 1999.

³⁴ RICOTTA F.N., *L’architettura di sicurezza cibernetica e l’Agenzia per la cybersicurezza nazionale*, in *Breviario giuridico della cibersicurezza* Roma 2025, 375; MORONI L., *La governance della cybersicurezza a livello interno ed europeo: un quadro intricato*, in *Federalismi* 2024, 193; SANTANIELLO M., *Monocratic cybersecurity*, in *Rivista di Digital Politics* 2022, II, 305; LAURO A., *Sicurezza cibernetica e organizzazione dei poteri: spunti di comparazione*, in *La rivista Gruppo di Pisa* 2021, 542; RENZI A., *La sicurezza cibernetica: lo stato dell’arte*, in *Giorn. dir. amm.* 2021, 547; CAROTTI B., *Sicurezza cibernetica e Stato Nazione*, in *Giorn. dir. amm.* 2020, 629.

³⁵ Ai sensi dell’articolo 2 del D. Lgs. n. 66 del 15 marzo 2010 (Codice dell’ordinamento militare), in *G.U.* n. 106 dell’8 maggio 2010, infatti, il Consiglio Supremo di difesa “esamina i problemi generali politici e tecnici attinenti alla difesa nazionale e determina i criteri e fissa le direttive per l’organizzazione e il coordinamento delle attività che comunque la riguardano”.

³⁶ In questa direzione l’Agenzia ha varato un primo Piano strategico nazionale di cybersicurezza 2022-2026 adottato con DPCM del 17 maggio 2022, in *G. U.* n. 127 del 1° giugno 2022 che è in fase di attuazione (con finanziamenti specifici per il 2024-2026) e contiene 5 obiettivi strategici e 38 piani d’azione. Ad oggi sono in atto le consultazioni con gli *stakeholders* per la nuova strategia per il periodo successivo al 2026.



la protezione delle infrastrutture digitali³⁷; nello sviluppo dell'industria digitale nazionale e nell'efficiamento delle infrastrutture informatiche pubbliche, anche attraverso la certificazione di prodotti, processi e sistemi ICT³⁸; nel coordinamento della cooperazione europea e internazionale in materia di cybersicurezza³⁹; nel supporto alla ricerca, all'innovazione e allo sviluppo delle competenze scientifiche e professionali nel settore (articolo 7 D.L. n. 82 del 2021)⁴⁰ e, non da ultimo, nell'elaborazione della produzione normativa di settore⁴¹. Negli ultimi anni, poi, le attribuzioni dell'ACN sono state progressivamente estese e potenziate tramite l'istituzione del Centro nazionale di crittografia (CNC) che svolge il ruolo di centro di competenza nazionale per la crittografia in ambito non classificato, con l'obiettivo di promuovere l'adozione di tecnologie crittografiche avanzate, sviluppare algoritmi e standard, e rafforzare l'autonomia tecnologica italiana a protezione delle infrastrutture critiche, delle Pubbliche Amministrazioni e del settore produttivo. Il CNC si occupa, inoltre, della diffusione di linee guida, della certificazione dei prodotti, della ricerca con le università e della valorizzazione della crittografia anche in tecnologie emergenti, come la *blockchain*, riducendo la dipendenza da soggetti extra-europei⁴². In tal modo, il CNC si configura come un centro di eccellenza nazionale, rafforzando le competenze tecniche e organizzative dell'Agenzia e consolidando la capacità dello Stato di tutelare le infrastrutture digitali e l'interesse statale nel cyberspazio.

4. La disciplina delle misure di sicurezza nel trattamento dei dati personali tra GDPR e Codice della privacy

Sebbene la prevenzione e la gestione del rischio cibernetico rivestano un ruolo centrale sia a livello europeo che nazionale, l'aumento e la crescente diversificazione degli attacchi informatici⁴³ mostrano

³⁷ L'Agenzia svolge tale funzione tramite il CSIRT (*Computer Security Incident Response Team*) un gruppo di esperti in sicurezza IT incaricato del monitoraggio e della gestione degli incidenti informatici, dell'emissione di allerte e dell'assistenza in situazioni di crisi, le cui azioni si suddividono in *Incident Response*, *Proactive Activities* e *Reactive Activities*.

³⁸ L'Agenzia svolge il ruolo di Autorità nazionale di certificazione ed ha il compito di verificare la conformità dei prodotti, dei servizi e dei processi TIC (acronimo per le Tecnologie per l'informazione e la comunicazione, o "ICT" in inglese) agli standards europei di certificazione, assicurando che i fornitori di tali tecnologie stabiliti nel territorio italiano si conformino agli standards produttivi comunitari.

³⁹ L'Agenzia quale Centro Nazionale di Coordinamento (lett. a) si inserisce nella rete di centri nazionali di coordinamento al fine di assistere il Centro di competenza europeo nell'assolvimento della sua missione e nel conseguimento dei suoi obiettivi. L'Agenzia si connette anche ai centri transnazionali, in un sistema che fa dell'interdipendenza uno dei suoi tratti caratteristici (artt. 5-6 del Regolamento (UE) 2021/887).

⁴⁰ L'Agenzia promuove la partecipazione italiana a progetti e iniziative dell'Unione Europea e internazionali inclusi quelli in collaborazione con la NATO e con l'Agenzia europea per la difesa (lett. t). Essa, inoltre, ferme restando le competenze del Ministero degli affari esteri e della collaborazione e internazionale, stipula accordi bilaterali o multilaterali con istituzioni, enti e organismi esteri, anche mediante il coinvolgimento del settore privato e industriale (lett. s).

⁴¹ L'articolo 1 lettera p) attribuisce all'Agenzia il potere di esprimere pareri non vincolanti su strategie normative e regolamentari in materia di cybersicurezza, al fine di garantire un quadro giuridico nazionale coerente e aggiornato. Tale funzione si estende anche alle *policy* applicabili a soggetti pubblici e privati ed è coerente con il ruolo di coordinamento dell'Agenzia a livello europeo e internazionale, valorizzando l'integrazione di orientamenti, prassi e standard internazionali (così FORGIONE I., *Il ruolo strategico dell'agenzia nazionale per la cybersecurity nel contesto del sistema di sicurezza nazionale: organizzazione e funzioni, tra regolazione europea e interna*, in *Dir. amm.* 2022, 4, 1113).

⁴² Sul punto la Legge n. 90 del 28 giugno 2024, *cit.*, definisce un rafforzamento delle misure di sicurezza dei dati tramite l'utilizzo della crittografia. In questo contesto, presso l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale è istituito il Centro nazionale di crittografia, mentre alle strutture responsabili delle attività di cybersicurezza nelle pubbliche amministrazioni sono affidati i compiti di verifica dei programmi, delle applicazioni informatiche e delle comunicazioni elettroniche, conformemente alle linee guida sulla crittografia adottate dall'Agenzia in collaborazione con l'Autorità garante per la protezione dei dati personali.

⁴³ Il fenomeno del *cybercrime* si presenta oggi con forme estremamente diversificate, riflettendo la crescente complessità e



che i sistemi di sicurezza predisposti, comprese le tecniche di filtraggio dei contenuti adottate dalle piattaforme VLOP⁴⁴, non sono sempre sufficienti a impedire condotte lesive – quali violazioni, compromissioni, furto e diffusione dei dati – che minano la sicurezza delle informazioni personali di privati, imprese e soggetti pubblici. Così, il sistema di tutela “*multilivello*” della cibersicurezza si completa, sul piano funzionale, attraverso la responsabilizzazione diretta dei soggetti che trattano dati e gestiscono sistemi informativi, tenuti ad assicurare, in via preventiva e reattiva, quell’adeguato livello di sicurezza riconosciuto come diritto fondamentale dell’individuo già dalla Convenzione di Strasburgo n. 108 del 28 gennaio 1981⁴⁵. In tal senso il legislatore europeo ha adottato il Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR – *General Data Protection Regulation*)⁴⁶ che, sostituendo la Direttiva 95/46/CE⁴⁷, ha introdotto un quadro normativo uniforme e direttamente applicabile volto a rafforzare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli interessati (articolo 1, paragrafo 2) mediante un sistema di obblighi, responsabilità e

pervasività delle tecnologie digitali nella vita quotidiana e nelle attività economiche. Tra le condotte più diffuse rientrano l’*hacking* cioè l’accesso non autorizzato a sistemi informatici o reti telematiche, spesso finalizzato al furto di informazioni riservate o al danneggiamento di dati, e la diffusione di *malware*, tra cui virus, *trojan* e *ransomware*, strumenti che compromettono la sicurezza dei dispositivi e possono determinare gravi perdite economiche e operative per individui, imprese e enti pubblici. Particolare attenzione meritano anche le pratiche di *phishing*, volte a ingannare gli utenti per ottenere dati sensibili, come credenziali bancarie o informazioni personali, e il furto d’identità, che consente di appropriarsi della reputazione digitale di una persona per scopi fraudolenti. Un’ulteriore dimensione del *cybercrime* riguarda le forme di molestia e persecuzione *online*, come il *cyberstalking* e il *cyberbullismo*, che determinano un impatto psicologico significativo sulle vittime. Accanto a questi fenomeni, emergono forme più sofisticate e strategiche di illeciti, come il cyberspionaggio, finalizzato all’acquisizione di informazioni riservate a scopi industriali o politici, e l’estorsione *online*, spesso veicolata attraverso *ransomware*, con richieste di pagamento per il ripristino di dati compromessi. Anche la violazione del copyright e la pirateria digitale rappresentano una dimensione significativa del cybercrime, che coinvolge la protezione della proprietà intellettuale e la responsabilità civile dei soggetti che ne traggono vantaggio indebitamente (sul punto CORASANITI G., *Strategie di contrasto al ransomware e nuove frontiere della criminalità informatica*, in *Dir. informazione e informatica* 2025, 19).

⁴⁴ Secondo quanto disposto negli articoli 34, 35 e 36 dal Regolamento UE 2022/2065 del 19 ottobre 2022 sui servizi digitali, in <https://eur-lex.europa.eu>) “le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi” (VLOP) devono mettere in atto sistemi algoritmici che impediscano *ab initio* “la diffusione di contenuti illeciti attraverso i loro servizi”. Questa pratica di filtraggio ha spesso prodotto risultati ridicoli come la cancellazione da internet di Madonne che allattano, putti, dipinti e sculture di Venere, città e persone il cui nome rientrava nel vocabolario dei termini politicamente scorretti di Facebook (*Contenuti degli editori e standard della community di Facebook*, in <https://www.facebook.com/business>), o la sospensione della posta elettronica o di altri servizi di comunicazione personale a causa del rilevamento di messaggi e fotografie ritenuti inappropriati (ARMILIO E., *Speech regulation by algorithm*, in *30 William & Mary Bill of Rights Journal* 2021, 245).

⁴⁵ L’articolo 1 della Convenzione di Strasburgo sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale (con il suo Protocollo emendativo del 10 ottobre 2018 e ratificato dall’Italia il 5 marzo 2019 in <https://rm.coe.int>.) precisa che scopo della *Convenzione* “è quello di garantire ad ogni persona fisica, quali che siano la sua nazionalità o la sua residenza, il rispetto dei suoi diritti e delle sue libertà fondamentali, e in particolare del suo diritto alla vita privata, in relazione all’elaborazione automatica dei dati a carattere personale che la riguardano (“protezione dei dati”)”. Essa ha, inoltre, prescritto l’adozione di misure di sicurezza adeguate per proteggere i dati registrati nei casellari automatizzati dalla distruzione o perdita accidentale, nonché dall’accesso, dalla modifica o dalla diffusione non autorizzata (articolo 7). Sul punto si vedano: MOROZZO DELLA ROCCA P., *Gestione di banche-dati e problemi della responsabilità civile*, in *Legal. giust.* 1988, 338 MIRABELLI G., *Le posizioni soggettive nell’elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Dir. inf. inform.* 1993, 326; BUTTARELLI G., *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella società dell’informazione*, Milano, 1997, 18.

⁴⁶ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento generale sulla protezione dei dati), in <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679>.

⁴⁷ La Direttiva n. 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’Unione Europea sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (in *G.U.* n. L281 del 23 novembre 1995, 31), diversamente dalla Convenzione di Strasburgo, qualificava la sicurezza dei dati come un obbligo di condotta a carico del responsabile del trattamento, imponendo l’adozione di misure tecniche e organizzative adeguate ai rischi e alla natura dei dati (articolo 17, paragrafo 1), al fine di proteggerli da accessi non autorizzati, perdite, distruzione o trattamenti illeciti, prevedendo inoltre la designazione di incaricati che offrissero garanzie sufficienti (articolo 17, paragrafo 2).



controlli incentrato principalmente sui soggetti titolari del trattamento. Il Regolamento, recepito in Italia con il Decreto legislativo 101/2018 che ha adeguato il Codice Privacy italiano (D. Lgs. 196/2003) alle norme europee, pur permettendo la libera circolazione delle informazioni digitali⁴⁸, stabilisce che il “trattamento dei dati personali”⁴⁹ possa avvenire solo dopo che il titolare dello stesso abbia fornito all’interessato un’adeguata informativa⁵⁰ e ne abbia ottenuto il consenso⁵¹. I dati personali raccolti esclusivamente per finalità determinate, esplicite e legittime, ai sensi dell’articolo 5 GDPR, devono essere trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell’interessato; ulteriormente trattati in modo non incompatibile con le finalità esplicitate (limitazione della finalità); adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto agli scopi perseguiti (minimizzazione dei dati); esatti e, ove necessario, aggiornati (esattezza); conservati in una forma che consenta l’identificazione degli interessati per un periodo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati (limitazione della conservazione); nonché trattati in modo da garantire un’adeguata sicurezza dei dati personali, anche mediante misure tecniche e organizzative idonee a proteggerli da trattamenti non autorizzati o illeciti e da perdita, distruzione o danno accidentali (integrità e riservatezza). Particolari cautele circondano, poi, il trattamento di quei dati che rivelino l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l’appartenenza sindacale, i dati genetici, i dati biometrici volti a identificare in modo univoco una persona fisica, i dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all’orientamento sessuale della persona (articolo 9 GDPR; articoli 2 *sexies* e 2 *septies* Codice privacy), i dati relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza (articolo 10 GDPR; articolo 2 *octies* Codice privacy). Questi, infatti, possono essere trattati solo in presenza del consenso esplicito dell’interessato, della presenza di obblighi previsti dalla legge, della superiore tutela di interessi vitali o di finalità di rilevante interesse pubblico (articolo 9, paragrafo 2, GDPR)⁵². Il rispetto dei suddetti principi e delle previste cautele impone al titolare del trattamento (o, se nominato, al responsabile del trattamento) l’adozione di specifiche misure di responsabilizzazione e di sicurezza volte a prevenire accessi non autorizzati, alterazioni, perdite o divulgazioni illecite di dati personali (articolo 32 GDPR). Il Regolamento riconosce, infatti, in capo al titolare del trattamento la necessità di adottare un approccio proattivo nella gestione dei rischi, in conformità al principio di *accountability* sancito dagli articoli 5, paragrafo 2, e 24 del GDPR, garantendo così la tutela dei diritti e delle libertà degli interessati.

⁴⁸ LIONELLO L., *La creazione del mercato europeo dei dati: sfide e prospettive*, in *Dir. comm. internazionale* 2021, 675.

⁴⁹ Per trattamento ai sensi dell’articolo 4, paragrafo 1 n. 2 del GDPR, si intende “qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l’ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l’organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l’adattamento o la modifica, l’estrazione, la consultazione, l’uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l’interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione”.

⁵⁰ Ai sensi dell’articolo 12 GDPR tutte le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 e le comunicazioni di cui agli articoli 15 a 22 e all’articolo 34 relative al trattamento devono essere concise, trasparenti e chiare, soprattutto qualora destinate i minori, fornite per iscritto o con mezzi elettronici, e, su richiesta, anche oralmente previo accertamento dell’identità dell’interessato.

⁵¹ Il consenso, ai sensi del combinato disposto degli articoli 4 (paragrafo 1 n. 11), 6 (paragrafo 1 lettera a) e 7, deve essere manifestato liberamente, inequivocabilmente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato anche nelle finalità.

⁵² L’articolo 9 statuisce che il divieto di trattamento non si applica quando: l’interessato ha dato consenso esplicito; il trattamento è necessario per obblighi contrattuali, diritto del lavoro, sicurezza sociale o tutela di interessi vitali; il trattamento è effettuato da organizzazioni senza scopo di lucro per fini specifici con dati dei soli membri; i dati sono resi pubblici dall’interessato; il trattamento serve a difendere diritti in sede giudiziaria; è necessario per interesse pubblico, sanità, medicina preventiva o ricerca scientifica, garantendo sempre proporzionalità e misure adeguate a tutela dei diritti fondamentali.



5. Gli obblighi e le responsabilità del titolare e del responsabile del trattamento

Da quanto detto emerge chiaramente che la prospettiva attraverso cui esaminare i doveri di condotta del titolare del trattamento non deve essere solo quella della riparazione dell'illecito ma, *ex ante*, quella della prevenzione del danno mediante un approccio fondato sul rischio e, comunque, tale da permettere di individuare e valutare la pericolosità dei singoli trattamenti effettuati. Così, il titolare del trattamento è tenuto ad adeguare le misure tecniche e organizzative da adottare allo stato dell'arte in materia, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e delle conoscenze tecniche disponibili (articolo 32 del Regolamento (UE) 2016/679)⁵³. Tali misure che non possono essere definite mediante il ricorso a soluzioni meramente standardizzate (quali la pseudonimizzazione⁵⁴ o la cifratura dei dati personali⁵⁵), devono, piuttosto, essere calibrate in funzione del rischio concreto per i diritti e le libertà degli interessati, avuto riguardo alla probabilità e alla gravità dei potenziali impatti (articolo 24 GDPR). Una siffatta valutazione deve, in ogni caso, prescindere da mere considerazioni di carattere economico, poiché l'elevato onere finanziario delle misure di sicurezza non può essere invocato in senso deresponsabilizzante né assunto quale esimente rispetto agli obblighi gravanti sul titolare⁵⁶. Il titolare del trattamento che non adempie ai propri doveri può essere ritenuto responsabile per i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti dagli interessati a causa del trattamento non conforme (articolo 152 Codice privacy). Oltre alla responsabilità civile verso gli interessati, il titolare del trattamento è soggetto alla vigilanza e al controllo dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali (articolo 77 e ss. GDPR e artt. 141 e ss. Codice privacy) che può imporre provvedimenti correttivi, ammonimenti e irrogare sanzioni pecuniarie proporzionate alla gravità della violazione e alla natura dei dati trattati (articoli 83 e 84 del GDPR)⁵⁷.

Ove lo ritenga necessario, il titolare del trattamento può procedere alla designazione di un responsabile del trattamento, conferendo a quest'ultimo un ruolo strumentale e operativo nella gestione dei dati⁵⁸. Questi, secondo le istruzioni fornitegli dal titolare del trattamento (articolo 28, paragrafo 3, lett. c), è tenuto a coadiuvarlo nella gestione dei rischi adottando misure tecniche e organizzative idonee a

⁵³ Così TOSI E., *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, Milano 2019, 37, secondo cui il regolamento comunitario "è informato da un generale principio di elasticità in base al quale gli obblighi si comprimono od espandono al massimo a seconda del rischio e gravità correlati al trattamento dei dati e della struttura organizzativa: lascia, dunque, maggiore discrezionalità al titolare del trattamento nel decidere attraverso quali modalità adeguate tutelare i dati — modello operativo flessibile — abbandonando ad esempio il concetto generale ed astratto — modello operativo rigido — di misure minime di sicurezza e di precetti vincolati con scadenze e adempimenti indifferenziati per tutti i destinatari dell'obbligo".

⁵⁴ Ai sensi dell'articolo 4, n. 5, del GDPR per pseudonimizzazione si intende "il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile".

⁵⁵ La cifratura, ex articolo 34, comma 3, è quella misura "destinata a rendere i dati personali incomprensibili a chiunque non sia autorizzato ad accedervi".

⁵⁶ BRAVO F., *L'"architettura" del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, in AA.VV., *I dati personali nel diritto europeo* a cura di Cuffaro-D'Orazio-Ricciuto, Torino, 2019, 782; MOLLO F., *Gli obblighi previsti in funzione di protezione dei dati personali*, in AA.VV., *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* a cura di Zorzi Galgano, Milano 2019, 25.

⁵⁷ Il rispetto delle regole relative al trattamento dei dati personali è anche presidiato da sanzioni penali ai sensi degli articoli 167 e ss. del Codice privacy.

⁵⁸ La designazione può avvenire attraverso la stipulazione di un contratto tra il titolare e in responsabile del trattamento oppure, in alternativa, attraverso un semplice atto di nomina (articolo 28, paragrafo 3, GDPR). Il contratto o l'atto possono essere stipulati in forma scritta ma anche in formato elettronico (articolo 28, paragrafo 9, GDPR).



prevenire accessi non autorizzati, perdite, alterazioni o divulgazioni illecite (articolo 32 GDPR)⁵⁹. Il titolare del trattamento è, quindi, tenuto a garantire la corretta applicazione del Regolamento anche quando le operazioni siano eseguite dal responsabile del trattamento. Egli può liberarsi da responsabilità solo se il responsabile del trattamento abbia occultato la propria condotta o abbia impedito al titolare o a chi operi per suo conto di vigilare sul proprio operato⁶⁰.

Sebbene il responsabile del trattamento non sia gravato da un obbligo diretto di *accountability* analogo a quello del titolare, egli può, tuttavia, rispondere direttamente dei danni patrimoniali o non patrimoniali subiti dagli interessati qualora violi le obbligazioni specificamente poste a suo carico dal Regolamento. Ciò avviene, ad esempio, quando non si conformi alle istruzioni ricevute dal titolare o adotti misure di sicurezza tecniche e organizzative inadeguate o insufficienti (articolo 28, paragrafi 3-10, GDPR)⁶¹. Una responsabilità diretta può, altresì, configurarsi qualora il responsabile, pur essendo tenuto a documentare le misure di sicurezza adottate per conto del titolare (articolo 30, paragrafo 2, lettera b), ometta di compilare il registro delle attività di trattamento ovvero di esibirlo all'autorità di controllo (articolo 30, paragrafo 2, lettera d, GDPR). Analogamente, tale responsabilità può sorgere nel caso in cui egli, venuto a conoscenza di una violazione dei dati personali (*data breach*), ometta di informare tempestivamente il titolare del trattamento (articolo 33, paragrafo 2, GDPR). In tali casi, alla responsabilità aquiliana del responsabile del trattamento si affianca una responsabilità contrattuale verso il titolare⁶². Infatti, se il rapporto tra titolare e responsabile del trattamento è regolato da un contratto, la violazione degli obblighi in materia di sicurezza può comportarne la risoluzione *–ope iudicis o ex lege–* e il conseguente diritto del titolare al risarcimento dei danni⁶³; qualora, invece, l'incarico sia stato conferito mediante atto di designazione, la stessa violazione può determinare la revoca dell'incarico fiduciario, restando comunque ferma la facoltà del titolare di agire nei confronti del responsabile per ottenere il risarcimento dei danni subiti (art. 1723 c.c.).

Infine, quando un responsabile del trattamento ricorra ad un altro responsabile per l'esecuzione di specifiche attività di trattamento, su quest'ultimo gravano, mediante contratto o altro atto giuridico, gli stessi obblighi in materia di protezione dei dati contenuti nel contratto o in altro atto giuridico tra il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento. Qualora il secondo responsabile del trattamento ometta di adempiere ai propri obblighi in materia di protezione dei dati, il responsabile principale conserva nei confronti del titolare del trattamento l'intera responsabilità dell'adempimento degli obblighi dell'altro responsabile (articolo 28, paragrafo 4, GDPR).

⁵⁹ BOCCHINI R.-GENOVESE A., *Il contratto di outsourcing*, in AA.VV., *I contratti di somministrazione di servizi a cura di Bocchini-Gambino*, Torino, 2011, 159.

⁶⁰ GAMBINI M., *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Napoli 2018, 34.

⁶¹ Il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 3 dell'articolo 82 del GDPR, solo se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile.

⁶² SBORDONE F.-TROISE B., *Il contratto di outsourcing informatico*, in AA.VV., *Dei singoli contratti. Leggi collegate*, II, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, Torino, 2016, 355; RICCIO G.M., *Data protection officer e altre figure*, in AA.VV., *La nuova disciplina europea della privacy a cura di Sica-D'Antonio-Riccio*, Padova 2016, 47.

⁶³ MANTELETO A., *Processi di outsourcing informatico e cloud computing: la gestione dei dati personali ed aziendali*, in *Dir. informazione informatica* 2010, 673; PITTALIS M., *Outsourcing*, in *Contratto impresa*, 2000, 1013; MUSELLA A., *Il contratto di outsourcing del sistema informativo*, in *Dir. informazione informatica* 1998, 882.



6. *Segue*. La figura del responsabile della protezione dei dati

L'organizzazione reticolare e multilivello nella gestione e nel trattamento dei dati personali si arricchisce ancora della figura del responsabile della protezione dei dati (*data protection officer* o DPO) che ha il compito di informare e fornire consulenza al titolare del trattamento, al responsabile del trattamento e ai dipendenti coinvolti nelle operazioni di trattamento circa gli obblighi derivanti dal GDPR e dalle altre norme dell'Unione o degli Stati membri. In particolare individua i trattamenti che richiedono un numero maggiore di risorse e tempo, rispetto a quelli concretamente messi in campo e quali i settori per i quali riservare un *audit* interno o esterno; inoltre, sorveglia l'osservanza di tali norme e delle politiche interne in materia di protezione dei dati, compresa l'attribuzione delle responsabilità e la formazione interna del personale o degli amministratori impegnati nel trattamento dei dati personali. Su richiesta, il DPO formula pareri sulla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e ne controlla l'attuazione, coopera con l'autorità di controllo fornendo le informazioni necessarie a ricostruire le attività connesse al trattamento, a valutare le misure di sicurezza adottate e a identificare i soggetti interessati dal trattamento (articolo 39 GDPR)⁶⁴.

L'insieme delle prestazioni del DPO –da intendersi non in senso esaustivo poiché è possibile determinare ulteriori compiti in via convenzionale o mediante l'atto di nomina– consente di rilevare che il suo ruolo non sia, dunque, per nulla marginale ma rappresenti un presidio aggiuntivo a tutela dei diritti degli interessati⁶⁵. Questa sua posizione di *tertius inter alios* si riflette sui profili di responsabilità, tanto che l'articolo 82 del GDPR esclude il DPO dai soggetti nei confronti dei quali l'interessato può esercitare un'azione risarcitoria. L'articolo 38 paragrafo 3 del GDPR, infatti statuisce espressamente che “il responsabile della protezione dei dati non è rimosso o penalizzato dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento per l'adempimento dei propri compiti”⁶⁶.

7. Il bilanciamento tra sicurezza cibernetica e diritti fondamentali nell'era dell'innovazione tecnologica

L'analisi svolta evidenzia come l'assetto della sicurezza cibernetica si configuri oggi come un sistema complesso, articolato su diversi piani normativi multilivello –internazionale, europeo e

⁶⁴ Sulla figura del DPO si vedano, solo a titolo esemplificativo: AVITABILE A., *Il data protection officer*, in AA.VV., “*Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*” a cura di Finocchiaro, Torino 2017, 381; FEROLA L., *La “nuova” figura del responsabile della protezione dei dati personali e le sue caratteristiche*, in AA.VV., *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 679/2016 e al d.lgs. n. 101/2018* a cura di Panetta, Milano 2019, 350; SOLINAS C., *La nuova figura del responsabile della protezione dei dati*, in AA.VV., *I dati personali nel diritto europeo* a cura di Cuffaro-D'Orazio-Ricciuto, Torino 2019, 145; TORINO R., *Il responsabile della protezione dei dati (Data Protection Officer)*, in AA.VV., *La responsabilità del professionista* a cura di Cuffaro, Bologna 2019, 658; RICCIO G., *Sub Art. 39*, in AA.VV., *GDPR e normativa privacy. Commentario*, a cura di Riccio-Scorza, Milano 2022, 352.

⁶⁵ Così BRUTTI N., *Le figure soggettive delineate dal GDPR: la novità del Data Protection Officer*, in AA.VV., *Privacy digitale* a cura di Tosi, Milano 2019, 145, secondo cui il DPO riafferma “la centralità di un'etica societaria della protezione dei dati personali all'interno dell'organizzazione, operando, altresì, per garantire l'ottemperanza di tutti i soggetti alle prescrizioni inerenti al trattamento dei dati personali”.

⁶⁶ *Contra* RENNA, *Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali*, in *Resp. civile e previdenza* 2020, 1343, secondo cui “l'allocatione regolamentare dei rischi da illecito non esclude un riequilibrio interno delle conseguenze dannose: in tal senso possono essere configurate azioni di rivalsa, nonché di patti di manleva, sino a giungere alla risoluzione o alla revoca dell'incarico con conseguente pretesa risarcitoria”.



nazionale– e caratterizzato da una marcata eterogeneità di soggetti coinvolti. Questo assetto si fonda su presupposti comuni, tra cui assumono particolare rilievo la standardizzazione dei processi, la condivisione delle informazioni, il coinvolgimento trasversale di più settori dell’ordinamento e la cooperazione tra soggetti pubblici e privati, tutti elementi che incidono in modo significativo sull’attuazione delle politiche di *cybersecurity*. A questi elementi si aggiunge il progressivo rafforzamento degli aspetti tecnici e operativi connessi alla difesa dei dati, un ambito che, sebbene attualmente dipenda in larga misura da infrastrutture collocate oltreoceano, è oggetto di una strategia di potenziamento a livello unionale. Come si evince, infatti, dal Piano quadriennale 2021-2027, sono previsti ingenti investimenti nello sviluppo di tecnologie digitali strategiche (supercomputer, computazione quantistica, microprocessori, reti in fibra ottica e 5G) con l’obiettivo di rafforzare l’autonomia tecnologica e la resilienza cibernetica dell’Unione europea.

L’insieme degli strumenti normativi, tecnici e organizzativi che compongono l’architettura della sicurezza cibernetica non assume, però, valore in sé, ma si deve configurare come strumentale alla tutela della persona e dei valori fondamentali che ne costituiscono il nucleo essenziale. Anche la protezione delle infrastrutture digitali, dei dati e dei sistemi informativi non risponde esclusivamente a esigenze di efficienza, stabilità o continuità operativa dei sistemi, bensì persegue una finalità più ampia, consistente nel garantire che lo sviluppo tecnologico si svolga in modo coerente con la dignità dell’individuo, il pieno esercizio dei diritti fondamentali (articolo 2 della Costituzione), la libertà di autodeterminazione e di partecipazione consapevole alla vita democratica nello spazio digitale. La sicurezza digitale è, dunque, strumentale affinché diritti quali la riservatezza, la libertà di espressione (articolo 21 della Costituzione), l’autodeterminazione informativa (articoli 13 e 15 della Costituzione) e l’uguaglianza (articolo 3 della Costituzione) possano trovare effettiva tutela. In assenza di adeguate garanzie e di un comportamento digitale orientato a principi etici, le tecnologie digitali rischiano di perdere la loro funzione emancipativa, trasformandosi in strumenti di vulnerabilità per la persona ed esponendola a forme di controllo, abuso, manipolazione o discriminazione difficilmente compatibili con i principi democratici. Ne consegue che l’architettura normativa della *cybersecurity*, pur avversata da alcuni leader del settore tecnologico come Sam Altman ed Elon Musk che privilegiano l’innovazione riducendo i vincoli legislativi, deve essere letta come parte integrante di un modello di *governance* digitale orientato alla tutela della persona e dei valori democratici, volto a prevenire la concentrazione della supremazia tecnologica e strategica in capo a pochi attori privati e a favorire uno sviluppo del mondo digitale più inclusivo. In tale prospettiva, anche gli strumenti di partecipazione digitale e di *e-democracy* (quali ad esempio le piattaforme di consultazione e deliberazione *online*, i sistemi di voto elettronico, gli strumenti di *feedback* e le petizioni digitali, gli *open data* per la trasparenza, le piattaforme collaborative di *policy-making*) si inseriscono in un quadro sistemico di garanzie, nel quale la sicurezza cibernetica rappresenta una condizione necessaria per assicurare l’affidabilità dei processi, la protezione degli individui coinvolti e la legittimazione democratica delle decisioni assunte nello spazio digitale. Solo bilanciando, dunque, innovazione e sicurezza sarà possibile realizzare un sistema digitale resiliente e sostenibile, pienamente coerente con i principi democratici e orientato alla tutela effettiva dei diritti fondamentali degli individui, nel quale il ruolo degli enti preposti alla sicurezza cibernetica e alla *governance* digitale assume una funzione essenziale di coordinamento, garanzia e responsabilizzazione.



ELENA GUARDIGLI*

**MODERNITÀ E TRADIZIONE NELLA PROGRAMMAZIONE SUCCESSORIA
“ALTRUISTICA”: ONERE TESTAMENTARIO E FINALITÀ “CULTURALI”****

**MODERNITY AND TRADITION IN “CHARITABLE” ESTATE PLANNING:
TESTAMENTARY BURDENS AND “CULTURAL” PURPOSES**

ABSTRACT: Il saggio – prendendo coscienza della frequenza con cui l’onere testamentario viene impiegato per il conseguimento di finalità *latu sensu* “culturali” e, dunque, in tale prospettiva – propone una ricostruzione della disciplina dell’onere testamentario, per come risultante dalle modeste previsioni ad esso dedicate nel Codice civile ed arricchita dal formante giurisprudenziale e dottrinale. In particolare, nel dialogo critico con gli orientamenti della giurisprudenza, l’Autore approfondisce i profili inerenti alla legittimazione ad agire per ottenere l’adempimento dell’onere o per la risoluzione della disposizione modale e all’interpretazione di quest’ultima, oltre a confrontarsi con il problema delle obbligazioni perpetue e del divieto di alienazione.

Abstract: The essay – proceeding from the observation that testamentary burdens are frequently employed to advance broadly “cultural” purposes – undertakes a systematic reconstruction of the applicable legal framework, as derived from the limited Civil Code provisions governing such burdens and subsequently elaborated through jurisprudence and scholarly commentary. Engaging critically with prevailing judicial constructions, the Author analyses the judicial standing to initiate proceedings aimed at securing performance of the burden or obtaining dissolution of the modal provision, together with the interpretative issues that such provisions typically raise. The essay further considers the legal implications of perpetual obligations and restraints on the power of disposal, addressing the strains they generate within the broader system of succession law.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina dell’onere testamentario: adempimento e risolubilità. – 3. (segue) I soggetti legittimati all’esperienza delle azioni volte ad ottenere l’adempimento dell’onere e la risoluzione della disposizione testamentaria cui esso accede. – 4. Interpretazione della disposizione modale e gestione delle sopravvenienze. – 5. Il problema delle obbligazioni perpetue e il divieto di alienazione.

1. Premessa

Già nella sistematica del Codice del 1865 – il quale, benché privo di una disciplina specifica del *modus* testamentario, dava, al pari del codice albertino, per presupposta la possibilità di apporlo al legato o alla istituzione di erede, indifferentemente impiegando i termini «peso» (artt. 897, 1051, 1080), «condizione» (artt. 848, 849, 897) e, per il vero solo con riguardo a quello apposto ad una donazione, «onere» (art. 1077, n. 3)¹ – era chiaro che lo strumento testamentario, e in particolare il congegno effettuale

* Professore associato di Diritto privato – Università Pegaso.

** Contributo sottoposto a revisione.

¹ L’art. 897 cod. civ. 1865, come l’omologo art. 876 cod. albertino, parlava di *pesi imposti al testatore*, al pari degli artt.



dell'onere, si prestava a realizzare l'interesse di destinazione funzionale anche rispetto ad esigenze, in senso lato, "culturali"².

Basta porre mente ai repertori di giurisprudenza per imbattersi in pronunce che, per quanto riferite a successioni aperte all'inizio del secolo scorso e finanche in quello precedente, restituiscono un'immagine di rara attualità: la duchessa Melzi, sul finire dell'800, legava la parte che le spettava *pro indiviso* del Palazzo rosso in Genova, della Galleria e della Biblioteca che vi sono annesse, esprimendosi così «in omaggio alla intenzione del venerato mio padre ardentissimo di accrescere in ogni cosa lustro e decoro alla città di Genova, si lascino, almeno in alcuni giorni di ogni settimana, accessibili al pubblico non che ai visitatori forestieri per soddisfare la loro curiosità, la detta Galleria e Biblioteca dalle quali mai possono trasportarsi, e tanto meno in terra straniera, veruno dei quadri, libri ed oggetti che le compongono»³. E non si tratta di un caso isolato: M.se Leopoldo Ferroni, in forza di testamento olografo dell'11 luglio 1850, ricevuto dal Pretore civile e criminale del quartiere di Santa Maria Novella, in data 19 luglio 1852, aveva disposto che un'importante e cospicua collezione d'arte dovesse «rimanere in dominio della famiglia presso la casa del testatore e nei locali attualmente occupati con onere di tenerla aperta al pubblico il giovedì di ogni settimana, ma, per il caso d'impossibilità della realizzazione di tale intento, ne aveva fatto legato alla Città di Firenze, con l'obbligo di lasciare la galleria perpetuamente nella sua casa e senza obbligo di corresponsione di pigione alcuna»⁴.

1067 e 1141, rispettivamente del codice civile del 1865 e del codice albertino. Cfr. Trib. Latina, 27 febbraio 1948, in *Foro it.*, 1949, I, 759 ss.; App. Bologna, 13 aprile 1942, in *Temi emil.*, 1943, I, 12). Sotto il vigore del codice civile abrogato, quindi, la dottrina e la giurisprudenza si sono confrontate con l'esigenza di costruire un regolamento del *modus* (non solo testamentario, difettando una disciplina generale anche con riguardo alla donazione); tanto che l'entrata in vigore del codice civile del 1942, con previsioni specifiche, dedicate a tale figura, non è stata accolta come innovativa, prevalendo l'opinione che esse rappresentano il mero recepimento a livello normativo di un regolamento già desumibile dai principi ispiranti del codice abrogato. Sull'onere o *modus* nella vigenza del vecchio codice civile, senza pretesa di esaustività, v. C. ZAPPULLI, voce *Modus*, in *Nuovo dig. it.*, VII, Utet, 1939, 681 ss.; E. FILIPPON, *Rapporti tra il legato e il modus*, in *Giur. it.*, 1938, IV, 232 ss.; C. SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, Giannotta, 1909, in part. 201 ss. Parla in proposito di deplorabile lacuna del codice del 1865, colmata dal legislatore del 1942, C. GANGI, *Relazione al progetto preliminare del codice civile, Terzo Libro, Successioni e donazioni*, Roma, 1936, 55. V. anche M. LUPO, *Il modus testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 394 ss.

² E, più in generale, della collettività. Si pensi, a titolo di esempio, a finalità benefiche.

³ Così C.App. Genova, 29 luglio 1871, in *Gazzetta dei tribunali*, 1872, I, 1 ss.

⁴ È quanto emerge da Cass., 6 maggio 2005, n. 9518, in *Onelegale*, chiamata – dopo oltre un secolo dall'apertura della successione – a prendere posizione su plurime questioni connesse all'adempimento dell'onere. Ciò che giustifica, ma sul punto si tornerà *infra* §§ 4 e 5, l'odierna riflessione in ordine alla eventualità che nel corso dell'adempimento dell'onere, si verifichino sopravvenienze e alle relative conseguenze sulle obbligazioni facenti capo all'onerato, oltre che sull'attribuzione a favore di quest'ultimo. Ciò che può accadere anche dopo un lungo (o lunghissimo) arco temporale rispetto all'apertura della successione. È quello che è successo, oltre che nel caso cui si è fatto riferimento nel testo, ad esempio, nella fattispecie sottoposta al TAR Lombardia Milano, 8 febbraio 2011, n. 387, in *Onelegale*, chiamato a pronunciarsi con riguardo ad un testamento depositato e pubblicato per atto notarile del 28 maggio 1928, del notaio De Saint Signe di Firenze, con il quale il Sig. C.A.L., facoltoso cittadino statunitense, storico e critico d'arte, oltre che collezionista, residente per un certo periodo a Firenze e deceduto a New York il 15 marzo 1928, aveva disposto che alcune opere della Villa Torri Gattaia fossero destinate come «dono e legato» al comune di Firenze, a condizione che «qualsiasi opera d'arte, qualsiasi pezzo di mobilia antica e in generale qualsiasi oggetto di interesse storico o antiquario nel mio possesso alla mia morte (...) possa lasciare ed essere esportata dal territorio compreso entro lo Stato Italiano o governato da esso, in qualsiasi tempo durante la vita della mia figlia M.S. e entro due anni da tale morte nel caso che mi sopravviva e entro due anni dalla mia morte nel caso che essa mi premoia (...)). Precisando altresì che «se il Governo italiano mancasse di compiere debitamente ogni e ciascuna condizione dal cui avveramento dipende il diritto del Comune di Firenze di ottenere questo dono e legato perderà ogni forza e effetto e sarà nullo e invalido». V. pure Trib. Verona, 15 dicembre 2008, n. 11892, in *Dejure*, chiamata a pronunciarsi su di una eredità ricevuta dal Comune di Verona, il quale, dopo aver dato esecuzione a tutte le disposizioni testamentarie compresa quella di «destinare il primo piano – e poi anche il piano terreno ed il secondo – del palazzo di via Francesco Emilei n. 1 a contenere la galleria di Arte Moderna», nell'aprile del



La situazione, da allora, non è affatto mutata. È sufficiente avere riguardo agli esempi che si ritrovano nell'ultima edizione di uno dei più noti manuali di diritto ereditario e delle donazioni, ove – nel riconoscere che, avvalendosi del *modus*, il testatore può tendere, tra l'altro, alla realizzazione di un interesse spiccatamente generale, di tipo culturale, assistenziale, ricreativo – si propone l'esempio di un «legato di un immobile, che l'onerato dovrà destinare a centro culturale, o del quale dovrà consentire la visita al pubblico in determinati periodi dell'anno» o, ancora, di un legato «di una biblioteca o di un archivio, con l'onere di consentire, agli studiosi, l'accesso»⁵.

E, invero, come noto, il *modus* può essere previsto a vantaggio non solo – ancorché sul piano morale – del disponente (si pensi all'erezione di un monumento funebre) o dell'onerato (è il caso dell'elargizione di una somma da destinare all'istruzione dell'onerato medesimo)⁶, ma anche – ragione per cui appare tanto rilevante in questo contesto – di un terzo, determinato o determinabile, ovvero di categorie indeterminate di persone, apparendo assai adeguato a realizzare un interesse generale o diffuso⁷.

Che l'onere testamentario (e, per il vero anche quello apposto alla donazione⁸) si presti⁹ a realizzare l'interesse di colui che intenda *destinare* una parte del proprio patrimonio per finalità *latu sensu*

2008, aveva deliberato la alienazione del palazzo e la cessazione dell'attività del museo nel palazzo. Ciò che avrebbe implicato il trasferimento delle opere in esso custodite ad altro edificio comunale.

⁵ Così G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 12ª ed., Utet, 2025, 317. Ma v. anche; P. RESCIGNO, *Interpretazione dei testamenti di due uomini illustri*, in *Riv. not.*, 2011, I, 491 ss. ed M. PROTO, *Il modo*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, 2009, 1228.

⁶ Sebbene alcuni Autori neghino a questa fattispecie il carattere di onere in senso tecnico, preferendo parlare di condizione risolutiva o di *modus praeceptus*, semplice raccomandazione non vincolante sul piano giuridico. Nel primo senso v. C. SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., 119 ss.; nel secondo v. A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Giuffrè, 1970, 139. Esclude l'onerato medesimo dal novero dei possibili beneficiari del *modus* anche R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, Principato, 1934, 268, il quale definisce l'onere alla stregua di un «peso, che il gratificato da una liberalità subisce per volontà di colui stesso che fece l'attribuzione, e può consistere così nella erogazione di una parte o persino di tutto il vantaggio patrimoniale per un dato scopo, come nel compiere un'azione o una omissione in favore del disponente (donante, testatore) o di un terzo». In senso contrario (vale a dire estensivo della platea dei possibili beneficiari dell'onere) v. U. CARNEVALI, voce *Modo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, 1976, 690 s.

⁷ Interesse di tipo culturale, assistenziale, ricreativo. Cfr. *ex multis*, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, a cura di M. Bianca e P. Sirena, 6ª ed., Giuffrè, 2022, 398 ss.; N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Artt. 633-648 c.c.*, ne *Il Codice Civile Commentario fondato da P. Schlesinger*, Giuffrè, 2011, 416 ss.; M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 920 ss.

⁸ È proprio grazie a tale meccanismo che il Comune di Bologna ha conseguito la proprietà di una preziosa collezione di opere del noto pittore e incisore Giorgio Morandi, vedendosi al contempo onerato di metterle a disposizione della collettività, in un preciso contesto, puntualmente indicato dalla donante (sorella del defunto). Su tale vicenda ci si soffermerà *infra* §§ 3 e 4.

⁹ Beninteso senza essere l'unico strumento messo a disposizione dall'ordinamento per perseguire una siffatta finalità. E, invero, quest'ultima può trovare realizzazione pure attraverso il legato (sebbene, in tale evenienza, il beneficiario debba essere determinato. Cfr. per tutti M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 893 s.; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, 2ª ed., Giuffrè, 1980, 15 ss., nonché, anche per i richiami dottrinali e giurisprudenziali ivi contenuti, M. PROTO, *Il modo*, cit., 1225 s.), ovvero avvalendocisi del c.d. *trust* testamentario (per cui v. senza pretesa di esaustività C. ROMANO, *Gli effetti del trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario*, in *Riv. not.*, 2014, 593 ss.; V. BARBA, *Negozi "post mortem" ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 49 ss.) piuttosto che facendo ricorso alla istituzione di una fondazione (il legislatore annovera, invero, il testamento tra i possibili titoli costitutivi della fondazione: cfr. art. 14 c.c.) ovvero alla c.d. fondazione fiduciaria: figura – che pare, sebbene incidentalmente, essere ritenuta ammissibile da Cass., 12 giugno 1986, n. 3898, in *Corr. giur.*, 1986, 480 e da Cass., 12 novembre 1977, n. 4902, in *Giur. it.*, 1978, I, 1725 ss. – la quale, lungi dal dare luogo all'erezione di apposito ente, consiste nell'atto di liberalità con il quale si destina in perpetuo un bene ad uno scopo di pubblica utilità, affidandolo ad un ente o ad una persona fisica, affinché lo amministri. V. in proposito, più diffusamente, F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1993, 141 ss., nonché, di recente S. DELLE MONACHE, *Fondazioni e successioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 53 ss. (il quale a pp. 60 ss. si sofferma pure sul *trust* testamentario).



culturali¹⁰ non significa, tuttavia, che l'operatività del meccanismo ad esso sotteso sia priva di ostacoli. Ostacoli che, a ben vedere, si incontrano tanto sul piano interpretativo – anche in considerazione della potenziale perpetuità dell'obbligazione che esso fa sorgere in capo all'onerato – quanto su quello della relativa esecuzione, quindi dei rimedi per far fronte all'inadempimento da parte dell'onerato e, prima ancora, della individuazione dei soggetti legittimati a far valere un siffatto inadempimento, oltre che delle relative conseguenze. Tematiche che il presente contributo si prefigge di esaminare, senza perdere di vista l'importanza che questo strumento, ove correttamente impiegato ed eseguito, può avere per la collettività tutta: basti pensare al meccanismo che ha consentito al sublime compositore Gioacchino Rossini – nel disporre che la proprietà dei beni immobili di cui era titolare passasse al Comune di Pesaro – di dotare la città di Pesaro di un liceo musicale¹¹.

2. La disciplina dell'onere testamentario: adempimento e risolubilità

Orbene, la disciplina dell'onere testamentario non si esaurisce negli artt. 647 e 648 c.c., dovendosi por mente pure ad una pluralità di previsioni, le quali – sparse nel nostro codice civile – contribuiscono a delinearne i contorni, fissandone i limiti: tra queste vale la pena ricordare quelle contenute negli artt. 549¹², 671, 676, comma 2, 677, commi 2 e 3, 690, 752 c.c.

Senza dettare una specifica definizione¹³ di *modus* (testamentario), così, il legislatore chiarisce, anzitutto, con previsione speculare all'art. 633 c.c. in tema di condizione, che quest'ultimo può essere apposto tanto all'istituzione di erede quanto al legato. Se il testatore non prevede diversamente, il modo si intende a carico di tutti gli eredi che ne rispondono in proporzione delle rispettive quote (art. 752 c.c.).

¹⁰ Finalità che appaiono senza dubbio alcuno meritevoli di tutela tanto nell'ordinamento nazionale quanto in quello sovranazionale: a mente dell'art. 9 Cost. la Repubblica «promuove lo sviluppo della cultura» e, attraverso di essa, la crescita dell'individuo; mentre l'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo riconosce ad ogni individuo il «diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici».

¹¹ Con il suo testamento olografo, redatto il 5 luglio 1858, il noto compositore, infatti – soprassedendo dall'interrogativo che potesse trattarsi di atto istitutivo, con pedissequa dotazione patrimoniale, di un ente e dalla legge applicabile a siffatta successione, tenuto conto del luogo di redazione del testamento e della morte del *de cuius* (Parigi) – disponeva, tra l'altro «Quale erede della proprietà nomino il comune di Pesaro, mia patria, per fondare e dotare un liceo musicale in quella città dopo la morte di mia moglie. Proibisco alla magistratura od ai rappresentanti comunali della detta città ogni specie di controllo o d'intervenzione nella mia eredità, volendo che mia moglie ne goda in tutta ed assoluta libertà, e non volendo nemmeno ch'essa dia una cauzione o sia obbligata a fare un impiego speciale dei beni che lascerò dopo di me e dei quali le lego con usufrutto».

¹² Non si dubita, invero, che tra i *pesi* evocati da tale previsione rientri anche l'onere testamentario, per cui quest'ultimo, ove apposto alla quota spettante ai legittimari, sarà – a seconda della tesi cui si aderisca in ordine alla sanzione prevista per la violazione del divieto di cui all'art. 549 c.c. – relativamente inefficace (è l'opinione di G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv. dir. da P. Rescigno*, 5, I, 2 ed., Utet, 1997, 453), annullabile (in tal senso v. L. CARIOTA Ferrara, *Un caso di legato a carico dei legittimari*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 511), ovvero nullo (v. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, cit., 220; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema delle tutele del legittimario*, Giuffrè, 2007, 29, nota 72; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, 4^a ed., in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Giuffrè, 2000, 90; L. FERRI, *Dei legittimari*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2^a ed., Zanichelli, 1981, 103).

¹³ Che, mutuandola da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, cit., 398, potrebbe sintetizzarsi come segue «disposizione che obbliga l'erede o il legatario a devolvere in tutto o in parte i beni ricevuti per la finalità indicata dal testatore». Fermo restando che il termine *modo* – a prescindere dalla liberalità cui è apposto – ha un duplice riferimento, designando tanto la «clausola apposta al negozio gratuito» quanto «l'obbligazione che da tale clausola deriva in capo all'onerato» (così U. CARNEVALI, voce *Modo*, cit., 686).



Esso rappresenta una limitazione del beneficio attribuito all'erede o al legatario: il primo risponde illimitatamente per l'adempimento del modo o limitatamente al valore dell'eredità se è erede con beneficio di inventario¹⁴; il secondo, risponde unicamente nei limiti del valore del legato (come disposto dall'art. 671 c.c.). D'altra parte, a mente dell'art. 549 c.c., nessun *modus* – inteso quale *peso* – può essere imposto sulla quota spettante ai legittimari.

L'onere presuppone, quindi, un'attribuzione principale, di cui rappresenta una limitazione – e solo in questo senso appare corretto qualificarlo alla stregua di una disposizione accessoria –, ma esso prescinde da una disposizione testamentaria (c.d. principale), ben potendo essere imposto anche a carico dell'erede legittimo. Vale a dire che ben si potrebbe, per testamento, disporre esclusivamente che gli eredi (legittimi) siano tenuti ad una determinata attività¹⁵. Ciò di cui peraltro sembra trovarsi conferma nel dettato dell'art. 629 c.c., a proposito delle disposizioni a favore dell'anima, oltre che nelle previsioni normative in tema di accrescimento (artt. 676, comma 2 e art. 677, commi 2 e 3 c.c.) e di sostituzione (art. 690 c.c.).

Con una regola ancora una volta analoga a quella dettata per la condizione testamentaria (dall'art. 634 c.c.), il terzo comma dell'art. 647 c.c. fa discendere – sul presupposto della scindibilità dell'onere

¹⁴ Cfr. Cass., 29 aprile 1993, n. 5067, in *Giur. it.*, 1995, I, 1134 ss., con nota di L. GAROFALO, *Sulla responsabilità dell'erede beneficiario per l'adempimento dell'onere testamentario*, per cui rientrando l'onere testamentario tra i debiti ereditari, l'erede che abbia accettato con beneficio d'inventario non è tenuto oltre il valore dei beni pervenutigli. Cfr. anche U. CARNEVALI, *Sub artt. 647-648*, in V. CUFFARO, F. DELFINI, *Delle successioni*, II, Artt. 565-712, in *Comm. c.c.* diretto da E. Gabrielli, Utet, 2010, 615.¹⁵ In tal senso v., senza pretesa di esaustività, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, cit., 399; P. GELATO, voce *Modo*, in *Nuovo dig. it.*, XI, 1994, Utet, 393; M. GARUTTI, *Il «modus» testamentario*, Jovene, 1990, 7 ss.; M. LUPO, *Il modus testamentario*, cit., 415 ss.; U. CARNEVALI, voce *Modo*, cit., 688; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Giuffrè, 1966, 159 ss.; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 201 ss.; M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., in part. 924 ss. In senso contrario v. *ex multis* M. COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in AA.VV., *Le successioni testamentarie*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Utet, 1983, 158 s., A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Giuffrè, 1976, 155 ss. Per l'idea del modo come clausola necessariamente accessoria ad altra disposizione testamentaria, si è pronunciato anche A. CICU, *Congresso Giuridico Nazionale in memoria di Carlo Fadda (Cagliari – Sassari 23-26 maggio 1955). Relazioni sugli argomenti scelti dal comitato esecutivo*, Giuffrè, 1968, 162, escludendo la validità della disposizione testamentaria con cui il testatore si era limitato a disporre la vendita dei beni e l'erezione di un monumento funebre. Ciò in quanto il *de cuius* avrebbe dovuto, a suo dire, istituire un erede oppure attribuire i beni ad un legatario, gravando rispettivamente l'erede o il legatario dell'onere. Anche la giurisprudenza, al netto della presa di posizione formale per cui si tratta di elemento accidentale ed accessorio rispetto al negozio testamentario, riconosce che l'onere può collegarsi anche ad un'istituzione di erede per legge, nell'ipotesi in cui il testamento non istituisca un erede, dando luogo alla successione legittima (cfr. Cass., 21 febbraio 2007, n. 4022, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 239 ss., con nota di C. SANDEI, *Autonomia dell'onere testamentario*).

¹⁵ In tal senso v., senza pretesa di esaustività, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, cit., 399; P. GELATO, voce *Modo*, in *Nuovo dig. it.*, XI, 1994, Utet, 393; M. GARUTTI, *Il «modus» testamentario*, Jovene, 1990, 7 ss.; M. LUPO, *Il modus testamentario*, cit., 415 ss.; U. CARNEVALI, voce *Modo*, cit., 688; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Giuffrè, 1966, 159 ss.; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 201 ss.; M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., in part. 924 ss. In senso contrario v. *ex multis* M. COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in AA.VV., *Le successioni testamentarie*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Utet, 1983, 158 s., A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Giuffrè, 1976, 155 ss. Per l'idea del modo come clausola necessariamente accessoria ad altra disposizione testamentaria, si è pronunciato anche A. CICU, *Congresso Giuridico Nazionale in memoria di Carlo Fadda (Cagliari – Sassari 23-26 maggio 1955). Relazioni sugli argomenti scelti dal comitato esecutivo*, Giuffrè, 1968, 162, escludendo la validità della disposizione testamentaria con cui il testatore si era limitato a disporre la vendita dei beni e l'erezione di un monumento funebre. Ciò in quanto il *de cuius* avrebbe dovuto, a suo dire, istituire un erede oppure attribuire i beni ad un legatario, gravando rispettivamente l'erede o il legatario dell'onere. Anche la giurisprudenza, al netto della presa di posizione formale per cui si tratta di elemento accidentale ed accessorio rispetto al negozio testamentario, riconosce che l'onere può collegarsi anche ad un'istituzione di erede per legge, nell'ipotesi in cui il testamento non istituisca un erede, dando luogo alla successione legittima (cfr. Cass., 21 febbraio 2007, n. 4022, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 239 ss., con nota di C. SANDEI, *Autonomia dell'onere testamentario*).



dalla disposizione testamentaria cui è apposto – dall’illiceità o dall’impossibilità¹⁶ dell’onere testamentario la considerazione dello stesso come non apposto: *vitiatur sed non vitiat*. Di guisa che la disposizione attributiva (istituzione di erede o legato) rimane valida ed efficace, a meno che il *modus* non ne abbia rappresentato il «solo motivo determinante»¹⁷.

L’assenza di un esplicito richiamo all’art. 626 c.c. – diversamente da quanto invece accade in materia di condizione – suggerisce che la natura determinante dell’onere per il formarsi della volontà del testatore non deve necessariamente risultare dal testamento, ben potendo evincersi *aliunde*. Fermo restando, beninteso, che il contenuto del testamento non può non rappresentare il punto di partenza per la ricostruzione della volontà del *de cuius*, ancorché non sia fatto divieto all’interprete di tenere in considerazione anche altri atti o fatti che servano a chiarirne il processo formativo¹⁸.

Se è chiaro che, a fronte dell’impossibilità o dell’illiceità solo parziale dell’esecuzione dell’onere, esso dovrà essere eseguito limitatamente alla parte possibile o lecita¹⁹, appare, invece, opportuno interrogarsi se a venire in considerazione, ai sensi della disposizione in esame, sia solamente l’impossibilità originaria dell’onere ovvero anche quella sopravvenuta. Chi propende per tale seconda risposta, muove dalla assenza di una specificazione, ad opera dell’art. 647, comma 3 c.c., circa la natura (originaria o sopravvenuta) dell’impossibilità dalla quale fa discendere (beninteso ove l’onere abbia rappresentato il motivo esclusivo della stessa) la nullità della disposizione testamentaria²⁰. Così argomentando, tuttavia,

¹⁶ Sui concetti di impossibilità e di illiceità dell’onere apposto ad una disposizione testamentaria – venendo in considerazione questioni analoghe, risolte in maniera uniforme – sia consentito rinviare alle trattazioni in materia di oggetto del contratto impossibile e illecito.

¹⁷ La previsione del modo come motivo unico e determinante della disposizione principale non giunge sino ad identificare in esso la sola causa della disposizione, la quale trova comunque fondamento nella causa successoria: gli ulteriori rilevanti interessi alla cui realizzazione essa è preposta concorrono a specificare la causa in concreto dell’attribuzione. E, a ben vedere, già C. SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., 152 dava risposta negativa all’interrogativo se il modo identificasse la causa della disposizione testamentaria precisando «là dove il *modus* costituisce lo scopo principale della disposizione testamentaria, in particolare del legato [...] esso costituisce in sostanza la vera disposizione a cui il testatore mira, e l’attribuzione patrimoniale non è che un mezzo per ottenere l’adempimento». M. COSTANZA, *L’onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., 163, ritiene che «solo talvolta il modo equivale alla causa», argomentando che «causa e modo sono concetti quantitativamente, più che qualitativamente, distinti, nel senso che il secondo può considerarsi come una componente più o meno assorbente del primo, nel quale si riassumono e sintetizzano tutte le ragioni che spingono le parti negoziali a porre in essere un certo atto». Secondo S. PAGLIANTINI, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Jovene, 2000, 259, infine, il «*modus* inseparabile dalla clausola istitutiva (programmata solo in funzione di esso) altro non è se non la ragione che ha indotto il ‘soggetto’ a porre in essere un certo programma testamentario [...] dal quale deve poi evincersi la funzione che caratterizza la singola fattispecie *mortis causa*». Fermo restando, come precisa C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.2, Le successioni*, cit., 401, che la previsione dell’onere, come solo motivo determinante della disposizione principale non finisce per identificare con esso la sola causa della disposizione, trovando quest’ultima fondamento nella causa successoria, opportunamente specificata, alla luce degli ulteriori rilevanti interessi che quest’ultima è chiamata a realizzare, i quali concorrono a declinare la causa concreta dell’attribuzione.

¹⁸ Così, tra gli altri, S. PUGLIATTI, *Delle successioni testamentarie. Dell’istituzione di erede e dei legati*, in *Commentario del codice civile, D’Amelio e Finzi* (a cura di), Barbera, 1941, 543 s.

¹⁹ Conclusione – coerente con quanto previsto dall’art. 1258 c.c. in materia di obbligazione solo parzialmente impossibile – cui pervengono, tra gli altri, N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Artt. 633-648 c.c.*, cit., 441 ss. (il quale alle pp. 445 ss. si sofferma altresì sull’ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione oggetto del *modus*, per causa non imputabile all’onerato) e G. BRUNELLI, C. ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, 2 ed., S.E.L., 1951, 379.

²⁰ In tal senso, v. M. GARUTTI, *Il «modus» testamentario*, cit., 107 ss.; U. CARNEVALI, voce *Modo*, cit., 694; B. BIONDI, *Le donazioni*, Utet, 1961, 698 ss.; M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 920, oltre che, in un primo momento, anche L. GARDANI CONTURSI LISI, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, II, 773 s. ed M. ALLARA, *Sulla impossibilità sopravvenuta del modus*, in *Foro Padano*, 1953, I, 989; In questo senso, v. anche U. STEFINI, *Natura giuridica del modus testamentario e impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 844 s., il quale, pur riconoscendo che così argomentando si accollerebbe all’onerato il rischio dell’impossibilità sopravvenuta



si dovrebbe postulare l'ammissibilità di una fattispecie di invalidità successiva, da ritenersi a ben vedere estranea al nostro ordinamento²¹. Per la prima soluzione propende, invece, la dottrina maggioritaria argomentando che la nullità, in quanto vizio genetico, colpisce il negozio – nel caso di specie la disposizione testamentaria – al momento della sua formazione²². In tal guisa, l'impossibilità sopravvenuta dell'adempimento dell'onere sarebbe unicamente suscettibile di dar luogo alla risoluzione della disposizione modale, ove imputabile all'onerato. In caso contrario (impossibilità sopravvenuta non imputabile all'onerato), invece, la disposizione testamentaria sopravvive libera dal *modus*, venuto meno in ragione della regola generale in materia di obbligazioni, dettata dall'art. 1256 c.c. E ciò a prescindere dalla circostanza che l'onere abbia o meno rappresentato motivo esclusivo o comunque determinante dell'attribuzione²³. Indiretta conferma di ciò può rinvenirsi nell'art. 673 c.c., il quale, con riferimento al legato, stabilisce che l'onerato è liberato se la prestazione diviene impossibile per causa a lui non imputabile.

L'uso che sin qui se ne è fatto e, ancor di più, gli aspetti di esso che ci si accinge ad affrontare rendono quanto mai opportuna una precisazione: il termine *modo* (o *onere*) viene impiegato per indicare tanto la clausola apposta alla disposizione testamentaria (e più in generale al negozio gratuito), quanto l'obbligazione (c.d. modale, consistente in un dare, in un fare o in un non fare) che da tale clausola origina in capo all'onerato²⁴. Sotto il secondo profilo, più in particolare, l'onere dà pacificamente origine ad una obbligazione in senso tecnico, gravante sull'onerato²⁵. Ciò che impone che oggetto del modo possa

della prestazione, valorizza la circostanza che «si eliminerebbe una disposizione testamentaria che era solo strumentale all'esecuzione dell'onere, e che, se non fosse per quel motivo specifico, il testatore non avrebbe fatto».

²¹ Risultato al quale, a ben vedere, nemmeno sembra potersi pervenire, sovrapponendo il motivo unico e determinante alla causa in concreto. È, invero, ormai da decenni che si tende a riconoscere uno specifico rimedio liberatorio al creditore il quale, per eventi sopravvenuti alla conclusione del contratto e non imputabili ad alcuno dei contraenti, non possa utilizzare la prestazione che gli spetterebbe, sebbene oggettivamente suscettibile di esecuzione e per tale ragione ritenuta non riconducibile nell'ambito dell'istituto di cui agli artt. 1463 ss. c.c. –, venendosi così a determinare una frustrazione dell'interesse creditorio e la irrealizzabilità della causa concreta del contratto che ne costituisce la fonte, con conseguente estinzione del vincolo obbligatorio e (non già nullità, bensì) risoluzione del contratto (C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, 3^a ed., Giuffrè, 2021, 383; parla di categoria atipica M. DELLACASA, *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Giuffrè, 2019, 610 ss.). Si pensi, fra tutte, alle pronunce in materia di pacchetti turistici ove viene, pertanto, in considerazione la frustrazione della c.d. finalità turistica: Cass., 24 luglio 2007, n. 16135, in *Obbl. e contr.*, 2008, 13 ss., con nota di F. PAROLA, *Recesso dal contratto di compravendita di pacchetti turistici e impossibilità di utilizzazione della prestazione*; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contr.*, 2008, 786 ss., con nota di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, nonché, da ultimo, Cass., 6 dicembre 2024, n. 31368, in *Onelegale*.

²² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, cit., 403; Cass., 16 maggio 2013, n. 11906, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 837 ss., con nota critica di U. STEFINI, *Natura giuridica del modus testamentario e impossibilità sopravvenuta della prestazione*.

²³ In tal senso v. N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Artt. 633-648 c.c.*, cit., 441 ss.; A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., 285 (il quale muove dalla constatazione che nel caso di specie la risoluzione della disposizione per impossibilità sopravvenuta non consentirebbe, a differenza di quanto si verifica per l'inadempimento, la realizzazione da parte di coloro che subentrano all'onerato della finalità perseguita dal testatore: «sicché il rimedio stesso, in definitiva, non si porrebbe quale strumento di tutela della volontà del disponente, ma si risolverebbe esclusivamente nell'attribuzione ad altri soggetti, diversi dall'onerato [...] del vantaggio economico» che si voleva assicurare all'onerato); M. COMBA, *Impossibilità sopravvenuta del modo e risoluzione della disposizione testamentaria*, in *Foro it.*, 1955, I, 190 ss.

²⁴ V. per tutti N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Artt. 633-648 c.c.*, cit., 408 s. e U. CARNEVALI, voce *Modo*, cit., 686.

²⁵ Si tratta di assunto sul quale non paiono esservi dubbi né in dottrina né in giurisprudenza. Basti rammentare che di *obbligazioni derivanti dal testamento* – con riguardo, tra l'altro, all'onere – parlava già M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 922. Cfr. anche, seppur con riguardo all'onere apposto alla donazione, Cass. Sez. Un., 11 aprile 2012, n. 5702, in *Corr. giur.*, 2012, 1358 ss., con nota di M. MARTINO, *È mera quaestio voluntatis decidere se la donazione sia cum onere ovvero sottoposta a condizione risolutiva?*, la quale parla in proposito di «vera e propria obbligazione».



essere esclusivamente una prestazione suscettibile di valutazione economica, in ossequio al disposto dell'art. 1174 c.c. e che, in assenza di esplicite deroghe, trovino applicazione le regole generali dettate per i rapporti di credito²⁶.

In considerazione di un siffatto inquadramento, pertanto, l'adempimento del *modus* (inteso come obbligazione derivante dalla clausola modale) deve essere esatto, vale a dire che deve rispettare le modalità e i tempi, oltre che i luoghi stabiliti dal testatore, in ossequio alle previsioni di cui agli artt. 1182-1188 c.c., applicandosi pure l'art. 1176, comma 1 c.c., giusta il quale l'onerato è tenuto ad utilizzare la diligenza del buon padre di famiglia nell'adempimento. Parimenti si ritiene, in astratto, possibile l'adempimento dell'onere testamentario da parte di un terzo, in applicazione dell'art. 1180 c.c. (salvo che dal tenore del testamento non emerga una differente volontà del testatore ovvero che, come spesso accade, ciò non sia possibile, in considerazione delle circostanze del caso di specie), nonché – qualora il testatore non ne abbia individuato uno – applicabile l'art. 1183, comma 1 c.c., che consente di richiedere al giudice la fissazione di un termine per l'adempimento²⁷.

Ove non fosse possibile eseguire la volontà del testatore con le modalità dal medesimo indicate, è del tutto pacifico che l'onerato possa e debba adempiere all'obbligazione modale secondo quelle che più si avvicinano all'intento perseguito dal testatore, da ricostruire avendo riguardo anche ad elementi esterni al testamento: vale a dire la cultura media del testatore, le condizioni economiche del beneficiario o il criterio della minore gravosità per l'obbligato, di cui all'art. 1371 c.c.²⁸.

Lasciando in disparte per un attimo la questione – cui fa cenno, limitatamente all'azione di adempimento, il primo comma dell'art. 648 c.c. e sulla quale ci si soffermerà *infra* § 3 – inerente alla legittimazione a farvi ricorso, si tratta di capire quali strumenti l'ordinamento offra per far fronte all'inadempimento dell'onerato.

Accanto ad una tutela diretta – rappresentata dall'azione per l'adempimento dell'onere e contemplata dall'art. 648, comma 1 c.c. –, ne viene contemplata una indiretta, la quale si esplica tanto in via preventiva, quanto in via sanzionatoria. Sotto il primo profilo, il riferimento è alla cauzione che l'autorità giudiziaria, ravvisandone l'opportunità, può imporre all'onerato, ove non diversamente disposto dal testatore, ai sensi del secondo comma dell'art. 647 c.c.²⁹. Sul piano sanzionatorio, poi, viene in considerazione la risoluzione della disposizione testamentaria principale, gravata dal *modus* rimasto inadempito.

²⁶ È rimasta isolata la posizione di S. PUGLIATTI, *Delle successioni testamentarie. Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., 539 ss., in part. 541, il quale, prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, ha ritenuto che l'obbligazione modale avesse esclusivamente fonte legale, in tal guisa escludendo che con riguardo ad essa potessero trovare applicazione le norme generali in tema di obbligazioni.

²⁷ Risultando inapplicabile alla prestazione modale, di natura complessa e non immediatamente eseguibile il principio *quod sine die debetur, statim debetur*. Così M. PROTO, *Il modo*, cit., 1233; nonché Cass., 22 febbraio 2003, n. 2569, in *Foro it.*, 2003, I., 2775 ss., per cui v. *infra* note 30 e 31.

²⁸ Cfr. Cass., 17 gennaio 2003, n. 626, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Successione ereditaria*, 2780, n. 88, la quale ha statuito che il *modus* imposto all'erede, di prestare presso di sé assistenza materiale e morale ad un terzo vita natural durante, nell'ipotesi di sopravvenuta impossibilità della convivenza tra erede onorato e terzo assistito, possa essere convertito nella prestazione di corrispondere al terzo un assegno periodico (impostazione senz'altro condivisibile, come si vedrà più diffusamente *infra* § 4). Nel medesimo senso v. App. Perugia, 6 novembre 1998, in *Rass. Giur. umbra*, 1999, 20; Cass., 25 febbraio 1981, n. 1154, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1339; Cass., 10 agosto 1982, n. 4478, in *Foro it.*, 1983, I, 707; Cass., 20 aprile 1957, n. 1364, in *Rep. Foro it.*, voce *Successione legittima o testamentaria*, 2498 (nn. 238-239).

²⁹ Parla, in proposito, di tutela indiretta, che si esplica in via preventiva, N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Artt. 633-648 c.c.*, cit., 475, in contrapposizione con una tutela indiretta in via sanzionatoria (la risoluzione) e con la tutela diretta dell'azione di adempimento.



Si tratta di un rimedio – previsto dall'art. 648, comma 2 c.c. – che non opera in ogni caso, ma esclusivamente al ricorrere di due requisiti, tra loro alternativi: «se la risoluzione è stata prevista dal testatore» o – analogamente a quanto avviene per l'onere impossibile o illecito – «se l'adempimento dell'onere ha costituito il solo motivo determinante della disposizione» testamentaria cui accede³⁰. In altri termini, la risoluzione della disposizione attributiva cui è apposto l'onere presuppone l'esito negativo del giudizio volto a verificare la realizzabilità dell'interesse del testatore da parte dell'onerato.

In quanto compatibili con l'istituto dell'onere testamentario, poi, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, sono applicabili alla risoluzione della disposizione modale, gli artt. 1453 ss. c.c. in materia di risoluzione del contratto per inadempimento³¹. Non può tuttavia tacersi come autorevole dottrina, pur non mettendo in discussione che l'apposizione di un onere alla disposizione testamentaria faccia sorgere un'obbligazione in capo al soggetto onerato, giunga ad una conclusione, almeno in parte, differente; e ciò prendendo le mosse dalla peculiarità delle conseguenze che discendono dalla risoluzione della disposizione testamentaria, rispetto alla normale risoluzione del contratto: la prima, diversamente dalla seconda, non può far avverare «la reintegrazione della situazione che preesisteva al negozio», operando «semplicemente una *sostituzione* del titolare del bene attribuito dal defunto, con la conseguenza che il nuovo titolare – anche se si tratti, si noti, dell'erede legittimo – sottentrerà nell'obbligo di adempimento del *modus*»³². Vale a dire che, diversamente da quanto accade in materia di contratto, l'obbligazione inadempita non viene meno per effetto della risoluzione della disposizione testamentaria, la quale comporta unicamente un mutamento del soggetto passivo dell'obbligazione: il debitore. Ciò che va tenuto in debita considerazione, non soltanto in sede di individuazione della platea di soggetti legittimati all'esperimento dell'azione di risoluzione (per cui v. *infra* § 3), bensì anche, come si anticipava, laddove si debba verificare la possibilità di applicare alla fattispecie in esame i principi dettati dagli artt. 1453 ss. c.c., in tema di risoluzione per inadempimento dei contratti a prestazioni corrispettive, specie in relazione al requisito della colpa. A ben vedere, infatti, debitamente valorizzando le peculiarità che connotano la risoluzione della disposizione testamentaria a fronte dell'inadempimento dell'onere –

³⁰ In assenza di un termine per l'adempimento, Cass., 20 febbraio 2003, n. 2569, cit., ha statuito che il giudice può ritenere verificato l'inadempimento – conseguentemente pronunciando la risoluzione della disposizione attributiva – solo se reputi che il ritardo sia incompatibile con la natura della prestazione, rivelando, in tal guisa, la volontà dell'onerato di non adempiere. Similmente v. Cass., 9 giugno 1997, n. 5124, in *Giust. civ.*, 1998, I, 502.

³¹ Ciò che vale anche con riguardo alla valutazione intorno alla necessità che l'inadempimento sia (almeno) colposo Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 319; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, cit., 402 ss.; M. PROTO, *Il modo*, cit., 1233 ss.; M. COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., 171; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, *La famiglia, le successioni, la tutela dei diritti, il fallimento*, 3^a ed., Cedam, 2004, 231. In giurisprudenza v. Cass., 16 maggio 2013, n. 11906, in *Riv. notar.*, 2013, 999 ss., con nota di G. MUSOLINO, *Il legato modale e l'inadempimento del modus*; Cass., 20 febbraio 2003, 2569, cit.; Cass., 9 giugno 1997, n. 5124, cit. Con particolare riguardo alla gravità dell'inadempimento, U. CARNEVALI, *Sub artt. 647-648*, cit., 619 s. – la cui posizione sulla questione di carattere generale dell'operatività delle previsioni in materia di inadempimento delle obbligazioni, anche all'inadempimento dell'onere non è chiarissima – ritiene che si debba distinguere, tenendo conto della *ratio* della risoluzione: se è stata espressamente prevista dal testatore, similmente a quanto accade con la clausola risolutiva espressa, solo un inadempimento di minima importanza potrebbe scongiurare la risoluzione; in caso contrario (vale a dire ove la risoluzione non sia stata prevista dal testatore), occorrerebbe avere riguardo alla natura della prestazione, nel senso che ove si tratti di prestazione fungibile, appare giustificata una valutazione della gravità dell'inadempimento, apparendo possibile la richiesta di adempimento in forma specifica, nel secondo caso, difettando una consimile possibilità, no.

³² Cfr. M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 917 ss., seguito da F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Giuffrè, 1962, 192; U. CARNEVALI, voce *Modo*, cit., 694 (il quale, coerentemente, finisce per escludere l'applicabilità dell'art. 1453, comma 2 c.c., come si vedrà *infra*).



vale a dire la circostanza che si tratta di rimedio individuato dal legislatore per il caso in cui il testatore abbia esplicitamente o implicitamente esternato che il proprio lascito a favore dell'onerato è stato determinato esclusivamente dalla previsione che quest'ultimo, adempiendo il *modus* soddisfi uno specifico interesse³³ – si è indotti a ritenere che, ove l'onerato si sia reso inadempiente, possa legittimamente invocarsi la risoluzione della disposizione testamentaria (così che abbia luogo il meccanismo di sostituzione previsto dall'art. 677, comma 3 c.c.), a prescindere da ogni valutazione circa l'imputabilità dell'inadempimento all'onerato³⁴. In altri termini, quel che rileva è l'oggettiva mancata esecuzione della (pur possibile) prestazione dedotta nell'onere, poiché ad assumere portata soverchiante è la soddisfazione dell'interesse manifestato dal testatore attraverso l'apposizione dell'onere medesimo.

Una siffatta conclusione – suffragata, ad avviso di chi scrive, anche dal tenore letterale dell'art. 648, comma 2 c.c. (il quale, nel prescrivere la risoluzione della disposizione testamentaria, non distingue tra inadempimento colpevole e incolpevole) – appare decisamente coerente con la massima valorizzazione della volontà del testatore operata dall'ultimo comma dell'art. 647 c.c., nel decretare la nullità della disposizione testamentaria il cui unico motivo determinante sia stato l'onere impossibile o illecito. Né, in senso contrario, potrebbe obiettarsi che, così opinando, si amplierebbero eccessivamente le possibilità di porre nel nulla la disposizione testamentaria: a ben vedere, infatti, la risoluzione di quest'ultima per inadempimento dell'onere, come già posto in luce, non può aversi, in ogni caso, bensì solamente se prevista dal testatore, ovvero se l'onere inadempito avesse costituito il solo motivo determinante della disposizione medesima.

Fuori dei casi in cui può essere attuato il meccanismo risolutorio, a ben vedere, trovano applicazione solamente il rimedio dell'azione di adempimento – anche in forma specifica, ai sensi degli artt. 2930 ss. c.c.³⁵ – e quello dell'azione preordinata all'ottenimento del risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento³⁶.

Fermo restando che, nonostante l'astratta operatività del meccanismo risolutorio, nulla esclude l'esperimento dell'azione volta ad ottenere l'adempimento dell'onere. Ciò che è dibattuto, in tale evenienza è l'applicabilità dell'art. 1453, comma 2 c.c., vale a dire la possibilità di domandare la risoluzione della disposizione modale, nell'ambito del giudizio avviato per ottenere l'adempimento dell'onere: a fronte di una tesi, prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, per cui le due azioni sarebbero cumulabili³⁷, non è mancato chi – facendo leva sulla *ratio* della risoluzione disciplinata dall'art. 648, comma 2 c.c., vale a dire, diversamente dalla risoluzione del contratto, sanzionare l'onerato inadempiente, il quale

³³ Scopo che il legislatore richiede – affinché possa aversi risoluzione della disposizione testamentaria – il testatore abbia avuto di mira, in maniera particolarmente intensa.

³⁴ V. sempre M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 917 ss., il quale, come anticipato *supra* nota 20, sulla scorta dei medesimi argomenti, ha ritenuto che la risoluzione possa avere luogo anche nel caso in cui la prestazione che forma contenuto dell'onere sia divenuta impossibile per causa non imputabile all'onerato.

³⁵ Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 318 s.; F.M. CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, in *Tratt. breve delle successioni e donazioni*, dir. da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, I, 2^a ed., Cedam, 2010, 1057; L. GARDANI CONTURSI LISI, *Disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1992, 228; G. BRUNELLI, C. ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, cit., 384 s.; M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 915.

³⁶ Cfr. U. CARNEVALI, voce *Modo*, cit., 693.; M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 915; G. BRUNELLI, C. ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, cit., 384.

³⁷ In dottrina, v. senza pretesa di esaustività: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., 193; M. COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., 172.



non avendo rispettato la volontà del *de cuius* merita di perdere il beneficio – ha sostenuto l’alternatività delle stesse³⁸.

Nulla esclude, infine, che, nell’esplicazione della propria autonomia testamentaria, il testatore, nell’ottica di dissuadere l’onerato dall’inadempimento, preveda una clausola penale a favore degli interessati ovvero di un terzo estraneo. Nel primo caso, che ha luogo anche quando non vi sia alcuna precisazione del beneficiario della penale, quest’ultima esplica la propria funzione tradizionale di “succedaneo” del risarcimento del danno. Nella seconda ipotesi, invece, la penale dà luogo ad un legato: il c.d. legato *poenae nomine relictum*³⁹.

3. (segue) I soggetti legittimati all’esperienza delle azioni volte ad ottenere l’adempimento dell’onere e la risoluzione della disposizione testamentaria cui esso accede

La circostanza che il disponente, per ovvie ragioni, non sia in grado di verificare il corretto adempimento dell’onere testamentario, rende quanto mai attuale il problema della individuazione dei soggetti legittimati all’esperienza delle azioni volte ad ottenere, a seconda dei casi, l’adempimento dell’obbligazione modale, il risarcimento dei danni derivanti dall’inadempimento o la risoluzione della disposizione modale medesima⁴⁰. Problema la cui soluzione appare ancora più complicata – avuto riguardo alla varietà di contenuto che, come si è cercato di porre in evidenza, l’onere può assumere – nell’ipotesi, come è quella specifica oggetto della presente trattazione, in cui la platea dei beneficiari sia numerosa e potenzialmente indeterminata.

Proprio per questo, anche con riguardo all’azione volta ad ottenere l’adempimento dell’onere – l’unica per la quale il legislatore del ‘42 prende espressamente posizione, riconoscendo che «per l’adempimento dell’onere può agire qualsiasi interessato» (cfr. art. 648, comma 1 c.c.) – è vivace il dibattito in dottrina e tra quest’ultima e la giurisprudenza, in ordine all’ampiezza del dettato normativo, quindi, in ultima analisi, all’individuazione della categoria degli interessati all’adempimento, legittimati ad agire per ottenerlo⁴¹.

Già da tale impostazione dei termini del problema emerge l’opportunità di tracciare i confini tra *concetti e situazioni* squisitamente processualcivili e l’interesse sostanziale dedotto in giudizio: la giurisprudenza e la dottrina riconoscono, invero, la netta autonomia dell’interesse ad agire, rispetto tanto all’interesse sostanziale dedotto in giudizio, quanto alla legittimazione ad agire. Quest’ultima, invero, integra una condizione dell’azione rappresentata dal diritto potestativo di ottenere dal giudice una decisione di merito (beninteso a prescindere dal fatto che sia a sé favorevole o contraria), la quale a ben vedere si risolve nel potere di promuovere un giudizio, tendente ad una sentenza di diritto sostanziale, indipendentemente dalla effettiva titolarità attiva del rapporto che forma oggetto attivo del rapporto contenzioso⁴². La legittimazione ad agire, così intesa, assume a presupposto dell’interesse ad

³⁸ Cfr. U. CARNEVALI, *Sub artt. 647-648*, cit., 619; G. VINDIGNI, voce *Modo (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Utet, 1964, 829.

³⁹ V. per tutti G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Giuffrè, 1954, 5.

⁴⁰ E sulla questione già si interrogava la dottrina nel silenzio del codice civile del 1865: per una ricostruzione dei termini della disputa, v. C. GANGI, *I legati*, 2^a ed., I, Cedam, 1933, 40 s.

⁴¹ Lamentava l’assenza di concordia al riguardo, imputandola allo scarso approfondimento che la dottrina ha avuto modo di dedicare al tema, M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 891.

⁴² Giusta la *regola della legittimazione ad agire* «si possono far valere soltanto quei diritti che si affermano come diritti propri e la cui titolarità passiva si afferma in capo a colui contro il quale si propone l’azione» (così per tutte Cass., 28 marzo



agire. Interesse – indipendente ed autonomo rispetto a quello sostanziale che forma oggetto della pretesa – consistente in una situazione di fatto contraria al diritto, cosicché si rende necessario ricorrere al giudice per impedire una lesione, altrimenti inevitabile, della propria posizione soggettiva sostanziale e per ottenere un risultato utile, non altrimenti conseguibile⁴³. Di guisa che l'indagine circa la ricorrenza della legittimazione ad agire deve logicamente precedere quella sulla sussistenza dell'interesse ad agire.

Fatta questa premessa e nella consapevolezza della polisemia del termine *interesse*, appare piuttosto pacifico che l'impiego che di esso fa l'art. 648, comma 1 c.c. non possa essere inteso nel senso di un riferimento all'interesse ad agire, di contro evocando piuttosto il parametro da tenere in considerazione al fine di valutare la ricorrenza dell'ulteriore e differente condizione dell'azione rappresentata dalla legittimazione ad agire⁴⁴.

D'altro canto, trattandosi di azioni di condanna ad una prestazione, la pretesa non è affatto sovrapponibile all'azione medesima, dal momento che il mutamento della situazione giuridica non può raggiungersi attraverso il mero esercizio dell'azione, vale a dire attraverso il processo. Ciò che, di contro, normalmente accade nelle altre ipotesi in cui il legislatore attribuisce a «chiunque ne abbia interesse» o a «qualsiasi interessato» la legittimazione ad agire: si pensi agli artt. 27, 50, 58, 67, 117, 248, 265, 276, 1421 c.c.⁴⁵.

Appare quindi corretto interrogarsi se vi siano dei veri e propri *interessati*, di per sé stessi (vale a dire in proprio), alla prestazione che assurge a contenuto dell'onere; in altri termini se vi siano soggetti i quali, sebbene terzi rispetto al rapporto controverso, siano nondimeno titolari di un rapporto giuridicamente dipendente da quest'ultimo, per cui la sentenza pronunciata sul rapporto altrui possa spiegare un'efficacia nei loro confronti⁴⁶.

Nella consapevolezza che a muovere tale categoria di soggetti non deve essere un interesse avente necessariamente carattere patrimoniale, ben potendo collocarsi semplicemente nella dimensione morale⁴⁷, la tesi ormai prevalente in dottrina ed anche in giurisprudenza appare quella per cui occorre verificare in concreto, volta per volta, quali siano i veri interessati all'adempimento, ossia coloro ai quali, in proprio, sia riconducibile l'interesse che aveva di mira il testatore, apponendo il *modus* ad una data disposizione testamentaria (ovvero limitandosi a prevedere che lo stesso operasse nell'ambito della successione necessaria). Collocandocisi in questa prospettiva di indagine, quindi: (i) per l'adempimento

2015, n. 21925, in *Giur. it.*, 2016, 602 ss., con nota di M. PANTALEO, *Legitimatō ad causam e titolarità del rapporto*, nonché, sebbene in termini rovesciati, art. 81 c.p.c., a mente del quale «fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo, in nome proprio, un diritto altrui»). Su tale aspetto, nell'economia del presente lavoro, sia consentito rinviare, senza pretesa di esaustività, a C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Giappichelli, 2025, 42 ss. e la dottrina ivi richiamata alla nota 11.

⁴³ V. ancora una volta C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 39 ss.

⁴⁴ Mette in luce la polisemia del termine *interesse* L. COSTANZO, *Problemi dell'onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 315 ss. In generale, sulla erroneità di qualsivoglia impostazione che pretendesse di sovrapporre l'interesse di cui all'art. 648, comma 1 c.c. all'interesse ad agire, v. *ex multis*, pure M. PROTO, *Il modo*, cit., 1228 ss.; N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Artt. 633-648 c.c.*, cit., 477 ss.; M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 901 ss.

⁴⁵ Ipotesi nelle quali, pertanto, la pronuncia giudiziale che si invoca è costitutiva o di accertamento e non già di condanna.

⁴⁶ Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, in *Giur. it.*, 1976, I, 1968 ss., descrive così le ipotesi di legittimazione straordinaria, contrapponendole a quelle di legittimazione ordinaria, in cui il soggetto legittimato è titolare del rapporto controverso.

⁴⁷ In questo senso, v. sia gli Autori che propendono per la tesi "restrittiva" di cui nel testo (per cui v. *infra* nota 49), sia i fautori di una concezione ampia della categoria dei legittimati all'azione di adempimento, tale da ricomprendervi finanche i portatori di un interesse indiretto, riguardati alla stregua di meri esecutori della volontà testamentaria del *de cuius* (per cui v. *infra* nota 52).



dell'onere teso a soddisfare un interesse morale del testatore, la legittimazione spetterebbe ai parenti o ai prossimi congiunti, ai quali si trasferirebbero gli interessi più intimi del testatore medesimo, e non già agli eredi in quanto tali⁴⁸, ferma la possibilità che con essi concorra – ricorrendo un interesse pubblico – anche il soggetto pubblico preposto alla tutela di siffatto pubblico interesse; (ii) per l'adempimento del *modus* posto a vantaggio dell'onerato, andrebbe verificato se l'interesse non patrimoniale che ha mosso il testatore all'apposizione dell'onere sia idoneo a permanere dopo la sua morte, trasferendosi in capo ad altri soggetti. In caso di risposta negativa a tale quesito, l'inadempimento dell'onere rimarrebbe privo di conseguenze sul piano giuridico; (iii) infine, per l'adempimento dell'onere posto a tutela di una categoria di terzi, la legittimazione spetterebbe all'ente che, per destinazione istituzionale, rappresenta gli interessi di siffatta categoria, oltre che a ciascuno degli appartenenti ad essa⁴⁹. Anche in tale ultimo scenario, poi, è stata talvolta affermata la legittimazione all'azione di adempimento pure dei prossimi congiunti del defunto⁵⁰.

Senza altro recessivo appare l'ulteriore orientamento per cui, sulla scorta di una interpretazione decisamente estensiva del dato normativo, andrebbero ricompresi nella categoria dei legittimati ad agire per l'adempimento dell'onere finanche gli interessati indiretti, vale a dire coloro che trarrebbero dall'adempimento, anche solo di riflesso, un vantaggio. Ciò – anche qualora fosse chiaro che il testatore non abbia tenuto conto di un siffatto effetto vantaggioso – sul presupposto che costoro agirebbero nell'interesse altrui, dunque non già come titolari di un vero e proprio diritto di credito, bensì – mutuando l'impostazione propria del diritto tedesco⁵¹ – qualità di esecutori della volontà testamentaria del defunto⁵². Così

⁴⁸ Conclusione cui si perviene dall'esame di una serie di previsioni (artt. 246, 249, 267, 271, 272, 285, 286 c.c.) dalle quali appare possibile ricavare il principio per cui certi interessi, intimamente connessi alla persona del defunto, si trasferiscono, dopo la sua morte, non già agli eredi, bensì ai prossimi congiunti, divenendo interessi propri di questi ultimi. Cfr. M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 906.

⁴⁹ Condividono questa impostazione, escludendo categoricamente che per *qualsiasi interessato* debba intendersi chiunque ricavi un vantaggio, anche indiretto, dalla esecuzione del *modus*, giacché, «per la categoria dei c.d. interessati indiretti, non sarebbe configurabile alcun interesse giuridicamente tutelabile, per cui dovrebbe escludersi la loro legittimazione all'azione di adempimento», N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Artt. 633-648 c.c.*, cit., 482, richiamando U. CARNEVALLI, voce *Modo*, cit., 692; nonché ID., *Sub artt. 647-648*, cit., 614 s.; M. GARUTTI, *Il «modus» testamentario*, cit., 152 s.; L. COSTANZO, *Problemi dell'onere testamentario*, cit., 322 ss.; M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 907 ss. Di recente, in giurisprudenza, v. Cass., 12 febbraio 2019, n. 4105, in *Dejure*, la quale, nonostante il tenore ampio della formula, giusta la quale la legittimazione ad agire per l'adempimento dell'onere spetterebbe «a chiunque abbia un interesse materiale od anche non patrimoniale all'adempimento», finisce per riconoscere tale legittimazione alla persona fisica beneficiaria del *modus* e a quella che rappresenti l'ente o l'associazione che siano indicati come destinatari.

⁵⁰ In quanto «tenuti a garantire l'interesse morale che il testatore aveva considerato nel disporre l'onere» (così Cass., 22 marzo 2012, n. 4611, in *Onelegale*, la quale prosegue riconoscendo altresì la legittimazione di tale categoria di soggetti all'azione di risoluzione per inadempimento, ove gli stessi dimostrino altresì di essere latori di un interesse concreto alla risoluzione della disposizione modale (ad esempio in quanto eredi).

⁵¹ La disciplina dell'onere contenuta nel BGB offre, invero, più di un elemento nel senso indicato: non solo il § 2194 individua espressamente i soggetti legittimati a pretendere l'esecuzione dell'onere (vale a dire l'erede, il coerede e colui che trarrebbe diretto vantaggio dal venire meno del primo gravato dall'onere, oltre – qualora sussista un pubblico interesse – all'autorità competente), ma il § 1940 chiarisce espressamente che, con l'apposizione dell'onere, il *de cuius* fa, sì, sorgere una obbligazione ad una prestazione, in capo all'erede o al legatario, ma non attribuisce ad altri un diritto alla prestazione. Ciò che – come puntualmente osservato da M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 910 – esclude perentoriamente qualsiasi legame tra l'interesse tutelato dal testatore e la legittimazione all'azione per l'adempimento dell'onere.

⁵² Cfr. Cass., 30 settembre 1968, n. 3049, in *Foro it.*, 1969, I, 1969 ss., per cui la legittimazione all'azione di adempimento dell'onere spetterebbe a chiunque vanti un interesse – non necessariamente patrimoniale, ma – anche solo morale all'adempimento; Cass., 5 maggio 1949, n. 1134, in *Giur. it.*, 1949, I, 770. Per una interpretazione in senso estensivo della locuzione *qualsiasi interessato*, adoperata dall'art. 793 c.c. con riguardo alla donazione, v. Cass., 29 gennaio 2000, n.



argomentando, ad esempio, si riterrebbe legittimato ad agire per l'adempimento dell'onere avente ad oggetto la realizzazione di una statua in onore del defunto, lo scultore che avrebbe dovuto realizzarla, a prescindere dalla circostanza che quest'ultimo appaia – sulla scorta della interpretazione della disposizione testamentaria – beneficiario diretto dell'onere.

Sebbene – in ragione di quanto si è detto *supra* – siffatta impostazione non possa trovare spazio, nel nostro ordinamento, sulla base della mera applicazione dell'art. 648, comma 1 c.c. e delle regole che presidono il processo civile, nulla esclude che la legittimazione ad agire per l'adempimento spetti ad uno o più soggetti ai quali il testatore affidi espressamente l'incarico di esecutori testamentari o, più semplicemente, della volontà modale.

In questa evenienza, allora, si tratta di capire se la legittimazione di tali individui concorra con quella degli altri soggetti sopra individuati o se la fiducia riposta dal testatore nell'esecutore, escluda, in tutto o in parte, quella degli altri. Alla prima soluzione sembrano, di recente, aver aderito, il Tribunale e la Corte di Appello di Bologna, non accogliendo l'eccezione di difetto di legittimazione ad agire sollevata dal convenuto, nell'ambito del giudizio di primo grado, e dal medesimo riportata all'attenzione dell'organo giudicante, in sede di proposizione di appello incidentale⁵³. Se tale conclusione è supportata dalla considerazione che il rispetto della volontà del disponente non potrebbe spingersi sino a consentire a quest'ultimo di sostituirsi al legislatore nell'individuazione delle persone legittimate ad agire per ottenere il rispetto degli oneri a carico del beneficiario, pare a chi scrive, che vi siano una pluralità di elementi idonei a suggerire, quanto meno, una più attenta ponderazione della questione. Anzitutto, la previsione di cui all'art. 648, comma 1 c.c. non attribuisce alcuna prerogativa pretensiva a «chiunque», in genere, ma a «qualsiasi interessato»; di modo che «l'interessato» di cui alla disposizione deve comunque essere, come si è visto, un «soggetto distinguibile dalla generalità dei consociati; diversamente, il modo sarebbe un mero dovere, inidoneo a costituire un rapporto giuridico». Siffatto profilo «induce ad escludere, dalla cerchia dei legittimati ad agire per l'adempimento, i titolari di un interesse soltanto indiretto, dovendosi reputare legittimati esclusivamente coloro i quali [...] siano interessati in proprio alla prestazione»⁵⁴. Da ciò deriva che, nel caso in cui il *de cuius* si sia dato cura di individuare colui (persona fisica

1036, in *Corr. giur.*, 2000, 292 ss., la quale fa leva proprio sul fatto che, con l'esperimento dell'azione di adempimento, sarebbe «comunque la volontà del donante che viene ad essere protetta e si chiede di vederla realizzata». In dottrina v., tra gli altri, con varietà di declinazioni, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, 5ª ed. a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Giuffrè, 2023, 979; G. VINDIGNI, voce *Modo (dir. civ.)*, cit., 828; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., 191 s.

In senso critico, v. M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 909, per il quale «il concetto eccessivamente evanescente e fluido, accolto dalla dottrina dominante, deve condurre necessariamente a soluzioni nelle quali la figura giuridica dell'interessato assume contorni poco sicuri».

⁵³ Cfr. Trib. Bologna, 3 marzo 2020, n. 481, confermata da C.App. Bologna, 6 febbraio 2025, n. 247, entrambe inedite. La prima delle evocate pronunce, a ben vedere, si limita – dopo aver riconosciuto la designazione espressa, da parte (in quel caso) del donante, di un soggetto avente titolo a verificare l'adempimento degli oneri previsti nella disposizione attributiva – a concludere che «tale disposizione non è idonea a privare della legittimazione altre persone portatrici di un interesse», sul presupposto che «il doveroso rispetto della volontà della donante [...] non può implicare che quest'ultima abbia diritto a sostituirsi al legislatore nell'individuazione delle persone legittimate ad agire per ottenere il rispetto degli oneri a carico del beneficiario». Entrambe le evocate pronunce, poi, cadono – ad avviso di chi scrive – in ulteriore errore, ritenendo legittimato ad agire per l'adempimento un comitato costituito successivamente rispetto all'attribuzione cui era apposto l'onere, che col proprio atto costitutivo si è auto-attribuito il diritto di agire a tutela dell'onere medesimo. L'interesse sostanziale che dovrebbe essere leso e che dovrebbe essere alla base della costituzione del Comitato non può coincidere con la tutela giudiziale in sé e per sé considerata e, dunque, con l'interesse ad agire (precostituito “a tavolino”).

⁵⁴ Cfr. M. PROTO, *Sub art. 793 c.c.*, in G. BONILINI, *Delle donazioni*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Utet, 2014, 385, ma anche – con specifico riguardo all'onere testamentario – Id., *Il modo*, cit., 1231, per cui



o giuridica) che sia preposto a verificare l'adempimento dell'onere, anche assumendo, all'occorrenza, le opportune iniziative, il titolare di una posizione pretensiva immediatamente azionabile e pienamente tutelata in sede giurisdizionale (anche per il tramite dell'azione risarcitoria ex art. 1218 c.c.) non potrà che essere detto soggetto. Un'interpretazione, come quella fatta propria dalle evocate pronunce, che tenda ad ampliare il novero dei legittimati attivi, ricomprendendovi qualsiasi membro della collettività, condurrebbe ad un esito patentemente irragionevole, parificando la posizione di altri soggetti a quella di chi è stato, in forza della medesima clausola modale, investito di una posizione eminente e di una legittimazione di tipo esclusivo. Così facendo, per di più, la designazione, da parte del *de cuius*, di un soggetto deputato alla verifica dell'adempimento dell'onere, con l'attribuzione allo stesso dei descritti poteri, sarebbe del tutto *inutiliter data*, atteso che chiunque, sol perché membro della collettività, potrebbe, sostituendosi al medesimo, far valere, sulla scorta della norma in esame, le medesime prerogative: il che – oltre ad ingenerare il rischio di innumerevoli conflitti – contrasta con il precetto che – giusta l'art. 1367 c.c., ove ritenuto applicabile, ovvero comunque in forza del principio del *favor testamenti*, ricavabile dall'art. 634 c.c. – impone di interpretare le clausole nel senso in cui esse possono avere effetto e non, invece, nel senso in cui esse non ne hanno alcuno⁵⁵.

Se la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno sembra andare a braccetto con quella relativa all'azione di adempimento, valutazioni (almeno in parte) a sé devono essere fatte con riguardo alla differente azione volta ad ottenere la risoluzione della disposizione alla quale l'onere è apposto. Prescindendo dai presupposti (di cui si è detto *supra* § 2) necessari perché la risoluzione possa avere luogo, a mente del terzo comma dell'art. 677 c.c., come si è visto, la risoluzione comporta (non già il venir meno dell'obbligazione bensì) la sostituzione dell'onere con (i) gli eventuali sostituti, i coeredi aventi diritto all'accrescimento, ovvero gli eredi legittimi, nel caso in cui l'onere sia a carico di un erede testamentario, (ii) l'eventuale sostituto, il co-legatario avente diritto all'accrescimento, gli eredi testamentari o legittimi e, più in generale, gli onerati del legato, qualora l'onere sia apposto al legato, ai quali va, oltre alla titolarità dei beni formanti oggetto della disposizione risolta, l'obbligazione avente ad oggetto l'adempimento del modo. Senz'altro legittimati all'azione di risoluzione appaiono, pertanto, coloro che, per effetto dell'accoglimento dell'azione, subentrerebbero nei diritti e negli obblighi

«l'«interessato» deve essere un soggetto distinguibile dalla generalità dei consociati; diversamente, il modo sarebbe un mero dovere, inidoneo a costituire un rapporto giuridico».

⁵⁵ Nel senso della applicabilità, oltre a quelli soggettivi, del criterio dettato dall'art. 1367 c.c. o, più in generale, del principio di conservazione del testamento talvolta indicato con la più tradizionale formula del *favor testamenti*, v. *ex multis* G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 291 s. (il quale, propendendo per una interpretazione conservativa del testamento, sembra rifuggere l'idea della applicazione dell'art. 1367 c.c.; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, ne *Il Codice Civile Commentario fondato da P. Schlesinger*, Giuffrè, 2013, 317 s.; G. PETTI, *Clausole contraddittorie del contratto e del testamento tra conservazione e interpretazione di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 419 ss.; C. GRASSETTI, voce *Interpretazione dei negozi giuridici mortis causa* (diritto civile), in *Noviss. dig. it.*, VIII, Utet, 1962, 906 s.; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Jovene, 1952, 20 s.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè, 1947, 373 s. In giurisprudenza, con varietà di declinazioni, v. Cass., 8 luglio 2024, n. 18570, *Onelegale*; Cass., 28 luglio 2020, n. 16079, in *Corr. Giur.*, 2021, 1339 ss.; Cass., 14 ottobre 2013, n. 23278, in *Onelegale*; Cass., 21 febbraio 2007, n. 4022, in *Contr.*, 2008, 41 ss. Cass., 25 giugno 1997, n. 5664, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Successione ereditaria*, n. 65, ha propeo per l'interpretazione conservativa del testamento in quanto «ispira[ta] correttamente al principio del *favor testamenti* (art. 1367 cod. civ., del quale costituisce espressione l'art. 634 cod. civ.)», dove risulta evidente come il richiamo all'art. 1367 appaia ininfluente sulla *ratio decidendi*, decisivo essendo il riferimento al *favor testamenti* di cui è espressione l'art. 634 c.c. In tale ultimo senso – senza che muti la conclusione indicata nel testo – v. anche F. RUGGIERO, *Interpretazione delle disposizioni testamentarie: natura del criterio previsto del comma 2° dell'art. 58 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1973, II, 223 ss. Sulla interpretazione delle disposizioni modali, anche alla luce delle peculiarità che connotano la relativa esecuzione nel tempo, v. *infra* § 4.



dell'onerato inadempiente, i quali – solo per il tramite dell'azione di risoluzione (cfr. art. 100 c.p.c.) – sono messi in condizione di conseguire un risultato utile, vale dire un vantaggio sostanziale. Se una parte della dottrina limita a tali soggetti il novero dei legittimati ad agire per la risoluzione⁵⁶, altri Autori – valorizzando l'ambulatorietà dell'onere che, ai sensi dell'art. 677 c.c., rimane fermo, anche in caso di risoluzione della disposizione testamentaria, con la sola modifica del soggetto passivo, tenuto al relativo adempimento – allargano le maglie della legittimazione, ricomprendendovi anche il beneficiario dell'onere, il quale per effetto della risoluzione, se non trae un vantaggio tangibile ed immediato, almeno vede aumentare le possibilità di beneficiare dell'atto di liberalità del *de cuius* nei suoi riguardi⁵⁷.

4. Interpretazione della disposizione modale e gestione delle sopravvenienze

La durata potenzialmente indefinita dell'obbligazione che, con l'apposizione dell'onere ad opera del *de cuius*, sorge in capo all'onerato impone – fatta chiarezza sui soggetti legittimati a far valere l'inadempimento di quest'ultimo (a seconda dei casi, domandando l'adempimento ovvero la risoluzione) – di soffermarsi sul momento interpretativo della disposizione testamentaria. Ciò, beninteso, in una duplice prospettiva: accanto all'indagine intorno alla reale volontà del defunto, appare cruciale, specie con riguardo alla maggior parte degli oneri volti a perseguire una finalità culturale, confrontarsi con la possibilità e l'opportunità di una interpretazione evolutiva di siffatta volontà.

Sotto il primo punto di vista – nonostante la presenza, già nel Libro II del Codice civile, dedicato alle successioni a causa di morte, di disposizioni normative, che paiono assumere una veste interpretativa (si pensi, a titolo di esempio, all'art. 588 c.c., concernente la distinzione fra disposizioni a titolo universale e disposizioni a titolo particolare, o all'art. 625 c.c., riguardante l'erronea indicazione dell'erede o del legatario) –, il legislatore del 1942 non ha predisposto uno specifico sistema di norme regolanti l'interpretazione del testamento, diversamente da quanto ha previsto, invece, con riguardo al contratto.

Per colmare l'evocata lacuna, si riconosce, quindi, ormai pacificamente, la possibilità di fare ricorso, attraverso lo strumento dell'analogia⁵⁸, alle disposizioni compendiate negli artt. 1362 ss. c.c. e, più in particolare, tenuto conto delle peculiarità del testamento rispetto alla generalità dei negozi giuridici⁵⁹,

⁵⁶ Cfr. in tal senso G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 319 e, sembrerebbe, anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, cit., 402.

⁵⁷ Cfr. M. COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., 173; U. CARNEVALI, voce *Modo*, cit., 693; G. VINDIGNI, voce *Modo (dir. civ.)*, cit., 829 (il quale sembra estendere tale legittimazione anche ai titolari di interessi legittimi, tutelati indirettamente dalla legge, come ad esempio coeredi e legatari); M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., 916 ss. V. altresì, in giurisprudenza, Cass., 26 luglio 2005, n. 15599, in *Onelegale*.

⁵⁸ L'art. 1324 c.c., il quale dispone l'applicazione della disciplina generale del contratto, in quanto compatibile, agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. Con la conseguenza che deve escludersi qualsivoglia applicazione diretta al testamento, quale atto *mortis causa*, delle norme interpretative contrattuali.

⁵⁹ In tal guisa si esclude che con riguardo alla interpretazione del testamento possa assumere qualsivoglia rilevanza il principio di affidamento, in quanto incompatibile con la unipersonalità del negozio *mortis causa* (G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 803 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1993, 117 s.; A. CICU, *Il testamento*, 2ª ed., Giuffrè, 1942, 204 s.; Più di recente, v. anche T. BONAMINI, *Volontà del testatore e principi di interpretazione del testamento*, in *Fam. dir.*, 2014, 1081.) Di conseguenza, mirando essa alla tutela dell'altrui affidamento, si nega l'operatività, in materia testamentaria, pure norma di cui all'art. 1366 c.c., giacché essa, imponendo di interpretare il contratto secondo buona fede [v. per tutti F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1966 (ristampa 2002), 9ª ed., 234; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., 22; A. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo*



almeno alle norme di interpretazione soggettiva. A ben vedere, si afferma che l'interpretazione del testamento è caratterizzata, rispetto a quella del contratto e del negozio giuridico in generale, da una più attenta e penetrante ricerca della volontà del testatore, la quale deve essere individuata, alla stregua dell'art. 1362 c.c.⁶⁰, senza limitarsi al senso letterale delle espressioni o delle denominazioni dal medesimo impiegate, ma, piuttosto, avendo di mira l'accertamento della genuina, intima, effettiva *mens testantis*, «tenendo conto di elementi di carattere sia testuale che extratestuale», come «la cultura, la mentalità e l'ambiente di vita del testatore medesimo», così come le abitudini, la sensibilità, le vedute personali, la condizione sociale e la situazione familiare dello stesso⁶¹.

nell'interpretazione degli atti di ultima volontà, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, *Diritto privato*, Cedam, 1950, 708].

Appare, d'altra parte, sicura, l'esclusione della estensione, al negozio testamentario, dei criteri ermeneutici, racchiusi negli artt. 1368, comma 2, e 1370 c.c., che le relative norme si adeguano soltanto alla vicenda contrattuale (così, per tutti, L. BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, cit., 120 ss.; G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601 – 608*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1986, 43 ss.; cfr., inoltre, T. BONAMINI, *Volontà del testatore e principi di interpretazione del testamento*, cit., 1087 ss.).

⁶⁰ «In materia di interpretazione del contratto, sebbene i criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 e ss. c.c. siano governati da un principio di gerarchia interna in forza del quale i canoni strettamente interpretativi prevalgono su quelli interpretativi-integrativi, tanto da escluderne la concreta operatività quando l'applicazione dei primi risulti da sola sufficiente a rendere palese la comune intenzione delle parti stipulanti, la necessità di ricostruire quest'ultima senza limitarsi al senso letterale delle parole, ma avendo riguardo al comportamento complessivo dei contraenti comporta che il dato testuale del contratto, pur rivestendo un rilievo centrale, non sia necessariamente decisivo ai fini della ricostruzione dell'accordo, giacché il significato delle dichiarazioni negoziali non è un *prius*, ma l'esito di un processo interpretativo che non può arrestarsi al tenore letterale delle parole, ma deve considerare tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore». Cfr. Cass., 8 marzo 2017, n. 5791, richiamando Cass., 15 luglio 2016, n. 14432, entrambe in *Onelegale*, giusta la quale al predetto principio deve giungersi in quanto «il significato delle dichiarazioni negoziali non è un "*prius*", ma l'esito di un processo interpretativo che non può arrestarsi al tenore letterale delle parole, ma deve considerare tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore».

⁶¹ Cfr., di recente, Cass., 17 ottobre 2024, n. 26951, in *Not.*, 2025, 26; Cass., 3 giugno 2024, n. 15400, in *Onelegale*; Cass., 12 marzo 2019, n. 7025, in *Onelegale*; Cass., 7 maggio 2018, n. 10882, in *Riv. notar.*, 2019, II, 430 ss., con nota di G. MUSOLINO, *L'interpretazione del testamento fra norme generali sul negozio giuridico e criteri estrinseci alla scheda testamentaria*; Cass., 24 aprile 2018, n. 10075, in *Onelegale*; Cass., 28 luglio 2015, n. 15931, in *Onelegale*; Cass., 30 maggio 2014, n. 12242, in *Fam. dir.*, 2014, 1077 ss., con nota di T. BONAMINI, *Volontà del testatore e principi di interpretazione del testamento*; Trib. Rovigo, 23 ottobre 2019, in *Fam. dir.*, 2020, 465 ss., con nota di M. BOSELLI, *Sull'interpretazione di una disposizione testamentaria*. Di recente, sulla necessità di una penetrante ricerca della volontà effettiva del *de cuius* nell'attività di interpretazione del testamento, v. P. CRISCUOLI, *Parere pro veritate in materia di vincolo di destinazione perpetuo*, in *Riv. not.*, 2020, 605; G. VIDIRI, *La rilevanza del linguaggio scritto nell'interpretazione del testamento olografo*, in *Giust. civ.*, 2012, 653 ss.

Più in generale, sull'interpretazione del testamento, senza pretesa di esaustività, v. almeno G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., 813 ss.; G. BARALIS, *L'interpretazione del testamento*, in *Tratt. breve delle successioni e donazioni*, dir. da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, I, 2^a ed., Cedam, 2010, 989 ss.; M. IEVA, *La successione testamentaria*, in *Diritto civile*, dir. da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, II, *Successioni, donazioni, beni*, I, *Le successioni e le donazioni*, Giuffrè, 2009, 204 ss.; R. CARLEO, *L'interpretazione del testamento*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, 2009, 1475 ss.; G. MUSOLINO, *L'interpretazione del testamento fra regole generali e criteri peculiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 468 ss.; F. TREGGIARI, *Interpretazione del testamento e ricerca della volontà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 911 ss.; C. COPPOLA, *Disposizioni a favore dell'anima, disposizioni a favore dei poveri e ricostruzione della volontà testamentaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 377 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.* dir. da P. Rescigno, VI, *Successioni*, II, 2^a ed., Utet, 1997, 81 ss. e 146 ss.; G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601 – 608*, cit., 27 ss.; M. CASELLA, *voce Negozio giuridico (interpretazione)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, 1978, 16 ss.; E. PEREGO, *Interpretazione del testamento e norme sull'interpretazione dei contratti*, in *Foro pad.*, 1970, I, 547 ss.; C. GRASSETTI, *voce Interpretazione dei negozi giuridici mortis causa (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Utet, 1962, 907 ss.; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., *passim*.



Le peculiarità dell'onere oggetto della presente trattazione, vale a dire dell'onere apposto per la realizzazione di finalità *latu sensu* culturali – e veniamo alla seconda delle evocate questioni – sollecitano poi ulteriori problematiche interpretative ove si consideri la probabile perpetuità dell'obbligazione che incombe sull'onerato. Ciò che, oltre ad imporre di confrontarsi – e su questo si ritornerà tra breve – con la generale avversità del nostro ordinamento rispetto a limitazioni perpetue dell'autonomia privata, rende necessario tenere conto, in sede interpretativa, del momento in cui la volontà del testatore è stata espressa nonché di quello – assai spesso anche di molto successivo⁶² – in cui l'interprete è chiamato a confrontarsi con il dato testuale; ed, invero, trattandosi del teatro in cui, ancora una volta, l'adempimento della prestazione imposta all'onerato deve andare in scena, non può prescindere *in toto* dal mutato contesto, al quale, anzi, va prestata la massima attenzione. Esigenza ancora più avvertita ove si consideri che non di rado l'onerato è un ente pubblico o comunque preposto alla realizzazione e/o alla tutela di interessi pubblicistici, di guisa che ragioni legate all'efficientamento della gestione del patrimonio immobiliare di tali soggetti, piuttosto che disastri naturali – cui i tempi recenti ci hanno abituato – possono rendere impossibile, a distanza di anni o di decenni, una esecuzione “alla lettera” della volontà del testatore, pur ammettendosi un'esecuzione con essa comunque coerente, avuto riguardo, appunto, al mutato contesto. È dunque quanto mai avvertita l'opportunità – più banalmente anche in considerazione della diversa fama acquisita, nel tempo, dall'artista ovvero dalle opere e, più in generale, dai beni interessati dall'onere – di propendere e favorire una interpretazione evolutiva (della disposizione testamentaria).

Così, ad esempio, attraverso la ricostruzione – anche grazie all'escussione di testi – della volontà del *de cuius* appare possibile giungere alla conclusione che la ricollocazione – dopo decenni – delle opere d'arte di cui quest'ultimo ha disposto a favore di un ente pubblico, onerandolo di renderle accessibili al pubblico, in una sede differente da quella espressamente indicata nel testamento, non integri un inadempimento, da parte dell'onerato, delle obbligazioni poste a suo carico, non potendo quindi trovare accoglimento né l'azione di adempimento, né quella di risoluzione. Ciò, beninteso, sul presupposto che la mutata conformazione di una città, piuttosto che il differente impiego degli stabili in essa collocati rendono opportuno operare una ricostruzione evolutiva della volontà del testatore, idonea a valorizzarne – calandolo, appunto, nel mutato contesto – il più intimo fondamento⁶³.

E non si tratta certo di un caso isolato.

Non è, invero, dissimile lo scenario in cui un comune, ereditati alcuni immobili da un privato cittadino e data compiuta esecuzione – dopo l'apertura della successione nel 1937 – all'onere da quest'ultimo apposto, nel senso che una parte di un palazzo fosse destinata ad ospitare una galleria di arte moderna, nel 2008 (decorsi quindi oltre settantuno anni), ha deliberato (nell'ottica della razionalizzazione della gestione del patrimonio immobiliare comunale: il recupero delle somme necessarie per il restaurare altro Palazzo di proprietà del medesimo comune) l'alienazione del palazzo e la cessazione dell'attività museale al suo interno, fermo il trasferimento delle opere ivi contenute in altra sede, peraltro ubicata nel centro città, più grande e funzionale rispetto alla precedente. Anche in tale evenienza l'organo giudicante – chiamato a prendere posizione a fronte dell'azione formulata da una pluralità di soggetti, volta ad

⁶² Si pensi agli esempi evocati all'inizio del presente contributo ove il contenzioso è originato decenni (anche oltre cinquant'anni) dopo rispetto all'apertura della successione.

⁶³ Cfr. Trib. Bologna, 3 marzo 2020, n. 481, cit., confermata da C.App. Bologna, 6 febbraio 2025, n. 247, cit., le quali, sulla scorta di tale approccio, hanno escluso che il cambio di collocazione delle opere oggetto del lascito, nell'ottica di riunirle con altre del medesimo autore già nella disponibilità del beneficiario del lascito medesimo, in uno stabile di pregio, sito nel centro della città, integrasse un inadempimento della disposizione modale che individuava come sede un differente Palazzo.



ottenere la condanna del comune all'adempimento dell'onere – si è trovato a dover valorizzare la più intima volontà del defunto, in un contesto storico differente da quello in cui essa è stata manifestata⁶⁴.

D'altro canto, e in una prospettiva differente, non è implausibile – sebbene non si siano trovati precedenti in tal senso – che le opere oggetto della disposizione, alle quali si ricollega l'onere, perdano nel tempo valenza attrattiva, rendendo antieconomica la relativa esposizione. Si tratta di ipotesi senz'altro differente da quelle sin qui prese in considerazione, la quale, tuttavia, – specie qualora onerato sia un soggetto giuridico preposto alla tutela di interessi di carattere pubblicistico e/o comunque diffusi – solleva un analogo problema, sul piano interpretativo e, in particolare, su quello della esecuzione dell'onere in un contesto differente.

Si impone, pertanto, una attenta ponderazione delle plurime indicazioni fornite dal *de cuius* in sede di apposizione dell'onere al fine di comprendere la sua intima volontà, epurata il più possibile da elementi di dettaglio, frutto dello specifico contesto storico in cui essa si è formata. In via di massima semplificazione, occorrerebbe fornire una risposta al seguente interrogativo: se nel mutato contesto storico e sociale, il testatore, avrebbe ugualmente scelto – nel caso che ci occupa, nel superiore interesse di far conoscere nel mondo le opere di un determinato artista, consentendo ad una platea il più possibile vasta di avvicinarsi ad esse – di istituire erede o legatario (onerato) un determinato soggetto, ovvero l'impossibilità o l'inopportunità di eseguire l'onere esattamente come declinato dal *de cuius*, avrebbe fatto venire meno la volontà del disponente.

E già solo formulando un siffatto quesito ci si avvede che assai spesso, la condanna al pedissequo adempimento dell'obbligazione che dall'apposizione dell'onere origina, in eterno – a prescindere dall'avversità del nostro ordinamento per la creazione ed il mantenimento di vincoli perpetui – risponderebbe più ad un mero formalismo che alla volontà di assecondare le intenzioni del testatore. La pretesa poi di addivenire alla risoluzione della disposizione modale, in consimili casi e in disparte il problema della legittimazione ad agire, di cui si è detto, rischierebbe di assecondare un mero interesse di coloro che finirebbero per beneficiare della stessa in seconda battuta, piuttosto che quello del *de cuius*.

Fermo restando che esclusivamente in caso di onere impossibile che abbia rappresentato il solo motivo determinante della disposizione testamentaria, come si è visto, l'intera disposizione sarebbe travolta da nullità, con conseguente vantaggio per gli altri soggetti ai quali, in applicazione delle previsioni sulla successione legittima, spetterebbero i beni del *de cuius* prima oggetto della disposizione modale. A fronte dell'inadempimento dell'onere, invero, la risoluzione della disposizione testamentaria non esonererebbe i nuovi beneficiari dell'attribuzione dall'adempimento del medesimo onere, pena, il rischio di una nuova risoluzione.

5. Il problema delle obbligazioni perpetue e il divieto di alienazione

Il carattere potenzialmente perpetuo (al quale la suggerita impostazione del problema interpretativo cerca di adattarsi) delle obbligazioni che l'onere fa sorgere in capo all'erede o al legatario – specie laddove, con esso, il testatore miri al conseguimento di finalità *latu sensu* culturali – evoca un'ulteriore questione che vede divisi gli studiosi, sulla quale – seppur con le necessarie limitazioni legate

⁶⁴ Così Trib. Verona, 15 dicembre 2008, n. 11892, cit., ma v. anche tutti gli ulteriori casi ai quali si è fatto riferimento *supra* note 3 e 4.



all'economia del presente lavoro – appare opportuno indulgiare: quella dell'avversità del nostro ordinamento per vincoli di natura obbligatoria perpetui e l'applicabilità dell'art. 1379 c.c. anche al testamento.

Muovendo dalla seconda delle evocate problematiche, giusta l'art. 1379 c.c., come noto, ogni divieto di alienazione stabilito per contratto ha effetto esclusivamente tra le parti e, in ogni caso, è valido se contenuto entro convenienti limiti di tempo e rispondente ad un apprezzabile interesse di una delle parti.

Se v'è una tendenziale unanimità di vedute nel senso di ritenere tale divieto applicabile anche a pattuizioni che comportino incisive limitazioni al diritto di proprietà – tanto sul piano della facoltà di godimento quanto su quello della facoltà di disposizione – e, in ogni caso, a pattuizioni che, pur non coincidendo perfettamente con il modello del divieto di alienazione, conducano ad analogo risultato pratico⁶⁵, lo stesso non può dirsi con riguardo all'applicabilità della regola cristallizzata nell'art. 1379 c.c. – in ragione del rinvio operato dall'art. 1324 c.c. ovvero per analogia⁶⁶ – anche al testamento.

In termini generali, è ricorrente l'affermazione che i divieti testamentari di alienazione non operino diversamente da quelli contrattuali, essendo identico il campo di incidenza di ciascuno e rappresentando l'art. 1379 c.c. espressione di un principio generale del nostro ordinamento suscettibile di essere descritto nei seguenti termini: «il diritto di proprietà non tollera limitazioni o compressioni, sia nella facoltà di godimento sia in quella di disposizione, che non siano quelle espressamente previste dalla legge»⁶⁷.

Così, a séguito della modifica, per effetto della riforma del diritto di famiglia del 1975, dell'art. 692 c.c. – il quale, nella sua originaria formulazione, sanzionava con la nullità le previsioni volte ad imporre il divieto di alienare beni trasferiti per successione⁶⁸ – tanto la dottrina quanto la giurisprudenza maggioritarie, facendo applicazione dei principi generali dell'ordinamento dianzi evocati, tendono a riconoscere l'ammissibilità di divieti testamentari di alienare (al pari di ogni altra previsione volta a limitare le facoltà di godimento e di disposizione dei beni), bensì solo ove siffatte limitazioni siano contenute entro convenienti limiti di tempo e rispondano ad un apprezzabile interesse del testatore⁶⁹. Dunque, alle medesime condizioni fissate, per il contratto, dall'art. 1379 c.c.

⁶⁵ V. per tutte Cass., 11 aprile 1990, n. 3082, un *Riv. dir. comm.*, 1992, II, 485. In senso contrario, v. E. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Jovene, 1977, 48 ss.

⁶⁶ Sostengono l'applicabilità analogica delle norme sui contratti al testamento, M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Giappichelli, 1966, 177 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam, 1963, 462. Ritiene, invece, applicabili al testamento – per il medio dell'art. 1324 c.c. – solamente quelle previsioni dettate per il contratto che appaiano compatibili (vale a dire congrue in relazione alla struttura e alla funzione del testamento) C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, cit., 299 ss.

⁶⁷ Così G. PETRELLI, *Divieto testamentario di alienazione con vincolo di destinazione*, in *Riv. not.*, 2004, 1299. Nel senso della nullità, per violazione dell'art. 1379 c.c., dell'«attribuzione patrimoniale testamentaria di un bene con vincolo perpetuo di destinazione imposto dal disponente con clausola modale», dal momento che risulta eccessivamente compromesso il diritto di proprietà dell'onerato, i cui poteri dispositivi sul bene – destinato a circolare, a pena di inadempimento, con il medesimo vincolo – risultano sostanzialmente sterilizzati "sine die", v. Cass., 2 agosto 2023, n. 23616, in *Giur. it.*, 2024, 545 ss., con nota di R. CALVO, *Il vincolo testamentario e il dilemma intorno alla disciplina applicabile*; Cass., 20 giugno 2017, n. 15240, in *Onelegale*.

⁶⁸ Il quale sanciva espressamente la nullità di «ogni disposizione con quale il testatore proibisce all'erede di disporre per atto tra vivi o per atto di ultima volontà dei beni ereditari».

⁶⁹ Ferma restando, in ogni caso, l'efficacia meramente obbligatoria e non reale dello stesso. N. DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, ESI, 1995, 134 ss.; G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 409 ss., in part. 441 ss.; E. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., 51; P. RACCHIUSA, *Sulla nullità della sostituzione fedecommisaria*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, 1973, 578. In giurisprudenza v. Trib. Cagliari, 21 settembre 1998, in *Riv. giur. sarda*, 2000, 161, con nota di A. CHELO, *Brevi considerazioni sul divieto di alienazione imposto dal testatore*; Cass., 12 novembre 1981 n. 6005, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Successione ereditaria*, n. 91; Cass., 10 luglio 1979 n. 3969, in *Riv. not.*, 1979, 1235 (per cui il divieto testamentario di alienazione sarebbe invalido, in quanto



Si tratta, cionondimeno, di opinione non del tutto condivisibile, attese le peculiarità – in parte poste in luce anche *supra* – del testamento rispetto al contratto. In ambito contrattuale, la disposizione dell'art. 1379 c.c. valorizza l'autonomia delle parti nel pattuire il divieto di alienazione, a condizione che tale divieto sia – oltre che contenuto entro convenienti limiti di tempo – giustificato dall'interesse apprezzabile di uno dei contraenti. Fermo restando che deve trattarsi di divieto operante esclusivamente sul piano obbligatorio (dunque privo di effetti reali)⁷⁰. Il testamento, invece, è un negozio unilaterale e tipico, che ha già scontato in sede normativa il giudizio di meritevolezza: più che l'apprezzabilità dell'interesse⁷¹, viene, quindi, in considerazione la liceità di quest'ultimo, o, meglio, del motivo che ha animato il testatore nel prevedere il divieto di alienazione o di disposizione⁷².

L'esigenza di temporaneità è, invece, una caratteristica comune a tutti i rapporti obbligatori, alla quale, dunque, anche quelli imposti per testamento non sembrano potersi sottrarre, tenuto conto dell'atteggiamento sfavorevole del legislatore per il sorgere di obbligazioni – tanto positive quanto negative – destinate a tenere vincolato il debitore in perpetuo o anche solamente per un lasso temporale particolarmente lungo⁷³. La rilevazione della convenienza, dal canto suo, ancora una volta, non può prescindere dal preciso contesto di riferimento. Conclusione che ha vieppiù ragione di essere ove si consideri che, come si è già detto, onerato non è necessariamente l'erede o il legatario istituito per testamento, bensì anche colui che diviene erede in forza delle disposizioni in materia di successione legittima, ovvero per sostituzione o accrescimento. In tale scenario, non può escludersi a priori che, in forza del disposto dell'art. 586 c.c., l'adempimento dell'onere spetti allo Stato (il quale come noto, non risponde dei debiti ereditari e dei legati, oltre il valore dei beni acquistati).

Sulla scorta di tali rilievi, si è, allora, sostenuto che potrebbe aversi riguardo – facendo applicazione del meccanismo analogico – al limite quinquennale individuato dal terzo comma dell'art. 713 c.c. per l'obbligo di permanenza in comunione imposto dal testatore. E, invero, tanto col divieto di alienare quanto con l'obbligo di permanenza in comunione il testatore limita la libertà di disporre dell'erede⁷⁴.

perseguate finalità analoghe al fedecommesso). Più di recente dà per presupposta l'invalidità del vincolo che comporti il divieto di alienare per un tempo illimitato Cass., 12 giugno 2015, n. 12191, in *Onelegale*.

⁷⁰ Ciò che ha condotto ad escludere che il meccanismo della condizione (beninteso risolutiva) apposta alla disposizione testamentaria sia idonea a rispondere alla menzionata esigenza. Cfr. A. NATALE, *Il divieto di alienazione*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni* diretto da G. BONILINI, II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, 2009, 763 s.

⁷¹ Comunque rilevante, non lo si vuole certo negare, almeno con riguardo al contratto (anche se tipico), sul piano della c.d. causa in concreto.

⁷² Così A. NATALE, *Il divieto di alienazione*, cit., 765 ss.; G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 247; A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Jovene, 1972, IV, *passim*, in part. 622 ss.

⁷³ Cfr. M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (dir. priv.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Utet, 1965, 608 s.

Il principio della temporaneità dei rapporti obbligatori è ribadito in giurisprudenza, a partire da una fondamentale sentenza degli Ermellini: in essa si chiarisce magistralmente come contrasti «con la concezione del nostro sistema positivo un vincolo obbligatorio destinato a durare in eterno, senza che sia consentito al debitore, o ai suoi successori, la possibilità di liberarsene». Il principio, che si trae da una serie di norme positive (artt. 1573, 1607, 1629, 2097, 1865, 1569, 1725, comma 2, 1751, 1833, 2285 c.c., solo per menzionarne alcune), trae origine dall'esigenza di evitare «la disintegrazione all'infinito del contenuto economico del diritto di proprietà» (cfr. Cass., 20 aprile 1950, n. 1056, in *Foro it.*, 1950, I, 529). Nello stesso senso, v. anche Cass., 30 luglio 1984, n. 4530, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2014; App. Firenze, 19 giugno 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 102.

⁷⁴ In questo senso A. NATALE, *Il divieto di alienazione*, cit., 770 s., il quale muove dalla considerazione che, una volta ammesso il divieto ad alienare a prescindere da una valutazione dell'interesse del disponente, sarebbe contraddittorio pretendere di fondare su di esso la valutazione di congruità della durata del divieto ad alienare imposto per testamento. Senza considerare l'opportunità di ridurre quanto più possibile il ricorso all'equità quale strumento di integrazione, ad opera del giudice, del negozio di ultima volontà.



Si tratta, nondimeno, di un arco temporale decisamente limitato, specie ove i beni oggetto dell'attribuzione siano immobili o comunque altri beni di ingente valore e l'onere apposto alla disposizione testamentaria sia diretto a beneficio della collettività. In tale evenienza, appare, allora, interessante avere riguardo al parametro temporale (novant'anni) offerto dall'art. 2645-ter c.c.⁷⁵. Né sembra contraddittorio valorizzare l'interesse del testatore, sotteso all'apposizione dell'onere, per individuare il periodo di tempo entro il quale reputare legittimi i vincoli imposti all'onerato: l'esclusione di un vaglio circa l'apprezzabilità di tale interesse si giustifica proprio per l'importanza riconosciuta, *a priori*, dall'ordinamento, alla volontà del testatore. Importanza che – senza un ulteriore vaglio di meritevolezza – giustifica l'ammissibilità del divieto ad alienare. Di guisa che, proprio in considerazione della massima rilevanza al medesimo riconosciuta nella specifica materia in esame, non si potrà non tener conto di esso nella determinazione della ragionevole durata della compressione delle prerogative proprietarie che, per effetto della disposizione attributiva, fanno capo all'onerato.

⁷⁵ Così Cass., 2 agosto 2023, n. 23616, cit., la quale ha ritenuto valido, perché predeterminato nel tempo, il vincolo di attribuzione testamentaria della proprietà di un immobile in favore di un Comune, alla condizione di mantenimento per almeno sessanta anni della destinazione del complesso immobiliare ad uso di piscina e di palestra per la collettività.



MARINA FEDERICO*

**LE “DISUGUAGLIANZE MULTIPLE”. RIFLESSIONI SULLA NON DISCRIMINAZIONE
NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO******“MULTIPLE INEQUALITIES”. REFLECTIONS ON NON-DISCRIMINATION
IN EUROPEAN PRIVATE LAW**

ABSTRACT: Il presente contributo prende avvio dalla Direttiva europea 2023/970, sul divario salariale di genere e la trasparenza retributiva, per formulare alcune riflessioni relative all’incidenza del diritto antidiscriminatorio europeo sulle regole di diritto privato. Il saggio intende approfondire se la nuova disciplina europea possa considerarsi espressione di un punto di vista diverso nella considerazione del trattamento giuridico delle disuguaglianze, al di là del pur importante ambiente normativo in cui opera, in particolare con riferimento alla nozione di discriminazione intersezionale. Se ne indagano le implicazioni sulla costruzione della categoria del soggetto di diritto e sul piano del diritto dei contratti.

Abstract: This essay formulates some reflections on the impact of European anti-discrimination law on private law rules. Starting from the analysis of Directive EU/2023/970, it aims to examine whether the new European Directive represents a different approach to addressing inequalities, extending beyond gender pay gap, particularly with reference to intersectional discrimination. Therefore, the article explores its implications for the law of the person, especially with relation to the construction of the legal subject category, and contract law.

SOMMARIO: 1. Il gender pay gap e la Direttiva UE/2023/970 sulla parità salariale e la trasparenza retributiva. – 2. Gli obiettivi della Direttiva. La trasparenza come tecnica di tutela delle vulnerabilità. – 2.1. Segue. I rimedi contro la discriminazione retributiva ingiustificata. – 3. La parità di trattamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 4. Trasformazioni del diritto antidiscriminatorio europeo e incidenza sul sistema di diritto privato. – 4.1. Segue. Gli strumenti rimediali nel diritto antidiscriminatorio italiano. – 5. Prime riflessioni sull’impatto della Direttiva 2023 n. 970 sui rapporti tra privati. – 6. Un’altra novità della Direttiva: l’intersezionalità e le sue funzioni. – 6.1. Segue. Le discriminazioni intersezionali: la disciplina. – 6.2. La valorizzazione del canone intersezionale nella cultura giuridica europea. – 7. Le discriminazioni multiple nella giurisprudenza europea. – 8. Evoluzione e prospettive del principio di non discriminazione e di uguaglianza nel diritto privato europeo. – 9. L’esperienza degli Stati Uniti. – 10. La possibile applicazione del canone intersezionale nell’ambito delle nuove tecnologie e dell’IA.

1. Il gender pay gap e la Direttiva UE/2023/970 sulla parità salariale e la trasparenza retributiva

Il *gender pay gap*, ovvero il divario salariale di genere, è un problema significativo in tutta l’Unione europea, compresa l’Italia. Complice l’associazione, che ancora sussiste, tra donne, lavoro di cura e lavoro domestico, le stesse rimangono, nel nostro Paese, quasi interamente escluse da alcuni settori

* Ricercatrice – Università degli Studi di Napoli Parthenope.

** Contributo sottoposto a revisione.



lavorativi. Per quanto riguarda la parità di retribuzione in senso stretto la situazione italiana sembrerebbe, a un primo sguardo, meno grave di quella di altri Paesi europei. Ciò è dovuto, si dice, al sistema della contrattazione collettiva che, pur con le sue mancanze, comunque assicura un minimo di retribuzione a tutti i lavoratori appartenenti alla stessa categoria.

Ad un esame più approfondito, tuttavia, ci si rende conto che il problema è più complesso di quel che appare, e che tali dati non sono in grado di offrirci un quadro completo dell'effettiva condizione retributiva di uomini e donne, se non vengono contestualizzati e letti con adeguata attenzione.

Il sistema della contrattazione collettiva, infatti, garantisce un certo grado di parità, ma il datore di lavoro dispone poi di poteri unilaterali di modifica delle condizioni salariali pattuite. Tra l'altro, non raramente accade che gli uomini beneficino di progressioni di carriera o di aumenti stipendiali più facilmente delle donne, e percepiscano, quindi, una retribuzione superiore. Inoltre, spesso le donne vengono "sottoinquadrate" rispetto ai colleghi uomini. Vale a dire che, nonostante vengano loro affidate mansioni sostanzialmente simili ai colleghi di sesso maschile, queste sono assunte su posizioni ascrivibili a livelli inferiori del CCNL. Tutti questi fattori non emergono dai dati medi raccolti nelle analisi statistiche¹.

Assicurare la parità di trattamento e non discriminazione sul lavoro a livello retributivo è l'obiettivo della recente Direttiva europea 2023/970, sul divario salariale di genere e la trasparenza retributiva², ancora in attesa di attuazione in quasi tutti i Paesi dell'Unione³. La Direttiva è dedicata a rendere maggiormente *effettivo*⁴ il principio della parità di retribuzione tra uomini e donne "per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore" (art. 1)⁵, già affermato nella Direttiva 2006/54/CE, e si applica ai datori di lavoro del settore pubblico e privato⁶.

¹ Tali considerazioni sono espresse da V. FERRANTE, *Divario retributivo di genere: novità e conferme dalla direttiva (UE) 2023/970*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2024, p. 317.

² Direttiva (UE) 2023/970 del 10 maggio 2023 volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione. Per alcuni primi commenti alla Direttiva, si veda V. FERRANTE, *op. cit.*, p. 313 ss.; D. MEZZACAPO, *L'effettività della normativa antidiscriminatoria e la Direttiva 2023/970/UE in materia di trasparenza retributiva uomo/donna*, in *Lav. prev. oggi*, 2023, p. 332 ss.; L. CARLSON, *Enforcement and sanctions in the proposed EU directive on pay transparency*, 2022, p. 1 ss., disponibile su: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4293691; con attenzione alla prospettiva intersezionale, B. G. BELLO – L. MANCINI, *La discriminazione intersezionale nella Direttiva 2023/970/UE sulla parità retributiva uomo/donna*, in *Italian Equality Network*, 2023, p. 1 ss., disponibile su: <https://www.italianequalitynetwork.it/la-discriminazione-intersezionale-nella-direttiva-2023-970-ue-sulla-parita-retributiva-uomo-donna?action=genpdf&id=2376>; R. ZUCARO, *La discriminazione intersezionale. Questioni definitorie, probatorie e nuove prospettive aperte dalla Dir. 2023/970*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2025, p. 445 ss.; N. DUBE, *Taking Stock of the EU Pay Transparency Directive's Intersectional Approach*, in *European Equality Law Rev.*, 2024, p. 43 ss. Sul *gender pay gap*, in generale, tra i molti, S. MARINO, *Lavoro part time e discriminazione retributiva tra lavoratrici e lavoratori*, in *Eurojus*, 2025, p. 120 ss.; L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 39 ss.

³ Ad oggi, risulta già attuata solo in Belgio, secondo quanto riportato nel Sito EURlex, con legge 16 mai 2024, *Décret modifiant le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination*. Nell'ordinamento italiano, è stato previsto il suo recepimento all'art. 9 della l. 21 febbraio 2024, n. 15, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2022-2023.

⁴ Sul principio di effettività, il riferimento è, tra tutti, a M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1079 ss.; G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Ann.*, X, Milano, 2017, p. 381 ss.

⁵ La Direttiva chiarisce che per determinare la sussistenza di una discriminazione retributiva ci si possa riferire anche alle condizioni applicabili da diversi datori di lavoro a lavoratori che si trovano in una situazione analoga; il principio è stato affermato dalla CGUE, tra le varie, nella causa del 17 settembre 2002, C-320/00, *Lawrence e altri c. Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group e Mitie Secure Services Ltd*.

⁶ Sulla Direttiva del 2006 si rinvia a L. GUAGLIANONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, spec. p. 279 ss. La Direttiva è stata attuata



La Direttiva del 2006 sanciva il generale principio della parità di trattamento fra uomini e donne nel mercato del lavoro, con riferimento ai regimi professionali di sicurezza sociale, all'accesso al lavoro e alla formazione, e alle condizioni di lavoro, incluso il trattamento retributivo. La Direttiva del 2023, invece, si concentra esclusivamente sul trattamento retributivo, e prevede precisi e rigorosi obblighi di informazione prima e durante il rapporto di lavoro, sulla base di un vero e proprio principio di trasparenza. La stessa prevede anche un ricco e articolato apparato rimediabile di cui la lavoratrice che sia vittima di una discriminazione retributiva può avvalersi.

La Direttiva si colloca nel quadro della strategia europea per la parità di genere⁷ e del “pilastro europeo per i diritti sociali”, volto a istituire una serie di azioni mirate a combattere l'esclusione e promuovere la giustizia sociale, la parità di trattamento tra uomini e donne, la solidarietà intergenerazionale e i diritti dei minori⁸, e a realizzare il principio di non discriminazione.

Il legislatore europeo impone ai datori di lavoro obblighi informativi di ampia portata sulla retribuzione, proprio al fine di rendere effettive le misure rivolte ad eliminare il *gender pay gap*, secondo una strategia normativa che ricorda quella utilizzata nel diritto dei consumi. Più che chiedere all'apparato pubblico di intervenire, si dà spazio all'iniziativa privata, attraverso tecniche volte ad accrescere l'auto-determinazione informativa dei soggetti suscettibili di subire trattamenti sfavorevoli ingiustificati, in questo caso i lavoratori⁹. L'obiettivo è ridurre le asimmetrie di potere contrattuale tra datore di lavoro e lavoratrice, rendendo quest'ultima realmente capace di esercitare i propri diritti, incluso quello di esperire un ricorso giurisdizionale se vittima di un trattamento discriminatorio. Il mezzo scelto per perseguire tale risultato è la trasparenza.

Non si impedisce ai datori di lavoro di retribuire in maniera differente uomini e donne che svolgano lo stesso lavoro o un lavoro di “pari valore”, ma si richiede che tali differenze siano basate su criteri oggettivi, neutri dal punto di vista del genere e chiari, e soprattutto conoscibili. In altre parole, la legge incide sull'autonomia privata, ma solo e nella misura in cui ciò è necessario ad evitare possibili trattamenti discriminatori.

Poiché la disciplina della Dir. UE/2023/970 è destinata ad avere uno spazio di applicazione molto rilevante, bisogna riflettere su quale possa essere, al di là del pur importante ambiente in cui opera, il suo rilievo e la sua estensione normativa. Può considerarsi espressione di un punto di vista diverso nella considerazione del trattamento normativo delle disuguaglianze, al punto da estenderne la rilevanza anche al di là del pure importante settore considerato? Quali potrebbero essere, in particolare, le implicazioni sul piano del diritto dei contratti e di una tutela maggiormente attenta ai bisogni della persona, e i riflessi sulla stessa costruzione della categoria giuridica del soggetto di diritto¹⁰?

nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 5 del 2010, e ha modificato soprattutto il codice delle pari opportunità tra uomo e donna (d.lgs. n. 198 del 2006).

⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025* (COM/2020/152 final).

⁸ Si veda la Proposta di proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13129-2017-INIT/it>.

⁹ Sulle tecniche di tutela dei consumatori, tra i molti, S. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra “dottrina” della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2019, p. 651 ss.; R. CATERINA, *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2012, p. 73; ID, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 779 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in P. Perlingieri – E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi, II*, Napoli, 2004, p. 127 ss.

¹⁰ Sul soggetto di diritto e la persona la letteratura è sconfinata. In questa sede, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a C. CAMARDI, *Pluralismo e statuti giuridici delle persone*, in *Jus civile*, 2023, p. 64 ss.; M. R. MARELLA, *Antropologia del*



Per tentare di rispondere a tali suggestive sollecitazioni, si ritiene utile verificare come la nuova Direttiva incida su quello che viene comunemente chiamato il “diritto antidiscriminatorio europeo”¹¹, esaminandone le più significative novità: gli obblighi di trasparenza, i rimedi predisposti nel caso di trattamento salariale diseguale fondato sul genere, e l’introduzione del canone dell’intersezionalità, misure che si inseriscono nel disegno di un diritto europeo “delle vulnerabilità”¹², e che vanno accolte con favore, in quanto espressione dei valori personalistici che impongono agli ordinamenti nazionali di considerare una nozione più inclusiva, autentica e ricca dell’identità personale. La prima parte del saggio sarà dedicata al principio di trasparenza come tecnica di tutela avverso le discriminazioni retributive ingiustificate, e ai rimedi in presenza di tali discriminazioni; la seconda parte indagherà invece la portata del canone dell’intersezionalità nel diritto positivo.

2. Gli obiettivi della Direttiva. La trasparenza come tecnica di tutela delle vulnerabilità

La Direttiva UE/2023/970 è una direttiva “*enforcement*”: è volta, infatti, a rendere effettivo il principio di non discriminazione tra uomo e donna sul luogo di lavoro. A tal fine, essa attribuisce alle lavoratrici una specifica protezione, formalizzata in una serie di diritti cui corrispondono obblighi in capo al datore di lavoro, articolata per così dire su due fronti: quello della trasparenza delle condizioni retributive; e quello dei rimedi alla concreta e ingiustificata discriminazione retributiva.

La Direttiva garantisce il pieno accesso a tutte le informazioni concernenti i livelli retributivi, le modalità utilizzate per determinarli, e quant’altro concerna le progressioni di carriera e la posizione lavorativa dei dipendenti sotto il profilo del genere. Gli artt. da 5 a 9 individuano analiticamente tutti gli elementi che i datori devono rendere accessibili, e che i lavoratori hanno un preciso diritto di conoscere, al fine di verificare l’applicazione o la violazione delle regole sulla neutralità di genere e della non discriminazione¹³. Queste sono le norme che costituiscono espressione del principio della trasparenza retributiva, cui è dedicato un intero Capo (Capo II, *Trasparenza retributiva*).

soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2021, p. 71 ssS. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 2007, p. 365 ss.; G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 10359 ss.; G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 829 ss. Per una visione d’insieme sul principio personalistico vedi gli scritti oggi raccolti nei volumi di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020.

¹¹ Sul diritto europeo antidiscriminatorio, *ex multis*, si rinvia fin d’ora a M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit.

¹² Sul concetto di vulnerabilità nell’ambito giuridico ci si limita in questa sede a rinviare a G. CARAPEZZA FIGLIA, *Vulnerabilità digitale e post-modernità giuridica*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2025, p. 1 ss.; N. LIPARI, *Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela*, in *Ann. SISDiC*, 2018, p. 1 ss.; M. VIRGILIO, *La vulnerabilità nelle fonti normative italiana e dell’Unione Europea: definizioni e contesti*, in O. Giolo – B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018, passim; F. LUNA, *Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels*, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2009, p. 121 ss.; M. A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journ. of Law & Feminism*, 2008, p. 1 ss.; sul consumatore vulnerabile, si rinvia a R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, passim.; N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2010, p. 549 ss.; e allo studio della Commissione europea del 2016 sui consumatori vulnerabili (COM(2016) 320 final).

¹³ Tutte le informazioni vanno, sulla base dell’art. 8, fornite “in un formato accessibile alle persone con disabilità e che tenga conto delle loro particolari esigenze”.



Il diritto all'informazione è previsto si possa esercitare sia prima dell'assunzione, secondo l'art. 5, in fase di trattativa delle condizioni economiche e sostanziali del contratto di lavoro, sia dopo la conclusione del contratto, vale a dire in costanza del rapporto di lavoro.

Prima della conclusione del contratto, le informazioni da fornire ai candidati ad un impiego riguardano la retribuzione iniziale o la "relativa fascia da attribuire alla posizione in questione, sulla base di criteri oggettivi e neutri sotto il profilo del genere", e le eventuali disposizioni del contratto collettivo attinenti alla retribuzione applicabili al lavoratore, in modo da assicurare "una trattativa informata e trasparente".

L'art. 7 della Direttiva prevede poi un generale diritto di informazione dei lavoratori sul "livello retributivo individuale" e sui "livelli retributivi medi". In tal modo la lavoratrice che ritenga di essere discriminata può avere accesso, cosa altrimenti non scontata né semplice, ai dati retributivi dei colleghi.

È all'art. 9 che si trovano descritte in maniera dettagliata le informazioni che il datore di lavoro deve fornire, a contratto concluso, ai lavoratori, ai loro rappresentanti, alle autorità competenti e, su richiesta, all'ispettorato del lavoro e all'organismo sulla parità. Il datore di lavoro può rendere tali informazioni pubbliche e accessibili indicandole sul proprio sito web, o in altro modo. Anche in assenza di una specifica richiesta da parte dei lavoratori, le informazioni sui livelli retributivi devono essere loro comunicate periodicamente, secondo tempistiche che variano sulla base dell'organizzazione aziendale e del numero dei dipendenti.

Tra le informazioni da fornire, si trovano i criteri usati per determinare la retribuzione, i livelli retributivi e la progressione economica, che non devono essere discriminatori. È poi previsto il diritto dei lavoratori di richiedere specifiche e ulteriori informazioni sul livello retributivo individuale e su quelli medi, e sull'eventuale divario retributivo di genere (art. 9, par. 9). Le informazioni devono essere comunicate per iscritto, precise e complete, e il lavoratore ha il diritto di ricevere ulteriori eventuali "chiarimenti e dettagli ulteriori e ragionevoli riguardo i dati forniti, e una risposta motivata" (art. 7)¹⁴.

Particolarmente rilevante è la disposizione del paragrafo 10 dell'art. 9, che prescrive che, quando le differenze retributive di genere non siano motivate, i datori di lavoro "pongono rimedio alla situazione" in un tempo ragionevole. La disposizione sembra in un certo senso avvalorare quanto previsto poi all'art. 17, per cui, come si vedrà, in caso di violazione degli obblighi connessi al principio della parità di retribuzione può essere richiesto in giudizio un provvedimento "per adottare misure volte a garantire" che essi siano rispettati.

L'art. 7, al paragrafo quinto, prevede pure il divieto di adottare nei contratti di lavoro clausole che limitino la facoltà dei lavoratori di divulgare informazioni sulla loro retribuzione, ai fini dell'attuazione del principio della parità di retribuzione.

Le conseguenze della trasgressione di tale divieto sono rimesse agli Stati membri; pertanto, tali clausole potrebbero addirittura essere dichiarate nulle. Sembra quasi che il legislatore abbia inteso introdurre una sorta di qualificazione in termini di "abusività" di queste clausole contrattuali, al di fuori del diritto dei consumatori. Non solo si prevedono obblighi di informazione ben precisi in capo al datore di lavoro, ma anche il diritto dei lavoratori di disporre pienamente dei dati salariali che li riguardano, secondo una logica di *empowerment* del soggetto che, nel rapporto di lavoro, si presenta "vulnerabile".

Si pone poi il problema di stabilire quali siano le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo dei datori di lavoro di fornire le informazioni che la legge prevede siano rese accessibili fin dalla fase che precede il perfezionamento del contratto, per consentire ai lavoratori di concluderlo consapevolmente. Tali

¹⁴ Sugli obblighi informativi nella Direttiva, si rinvia nuovamente a V. FERRANTE, *op. cit.*, spec. p. 323 ss.



sanzioni non sono esplicitate nella Direttiva, ad eccezione di un riferimento agli articoli 18 e 23, di cui si dirà in seguito¹⁵. Ma il linguaggio normativo non lascia dubbi sulla possibilità per i lavoratori di azionare i rimedi processuali “generalisti”, che possono consentire di ottenere le informazioni coattivamente.

In particolare, con riferimento alla fase precontrattuale, può essere ipotizzata la possibilità di domandare che le informazioni siano fornite al lavoratore, attivando una sorta di “tutela reale”, richiedendo in giudizio l’adempimento degli obblighi previsti dalla legge, nello specifico all’art. 5 della Direttiva.

Si può poi pensare che la violazione dei doveri informativi precontrattuali sia idonea a integrare una fattispecie di responsabilità precontrattuale (di cui all’art. 1337 c.c.), in quanto condotta contraria a buona fede, dal momento che il lavoratore non avrebbe intrapreso le trattative qualora fosse stato a conoscenza dell’esistenza di eventuali condizioni retributive inique.

Inoltre, il par. 10 dell’art. 9 fornisce una sorta di tutela per così dire intermedia ai lavoratori, consentendogli, nel caso in cui emerga che le differenze retributive non siano motivate “sulla base di criteri oggettivi e neutri dal punto di vista del genere”, di ottenere che i datori di lavoro “pongano rimedio alla situazione” di ingiustificata disparità di trattamento retributivo, in un termine ragionevole e attraverso la collaborazione con i rappresentanti dei lavoratori, l’ispettorato del lavoro o gli organismi per la parità.

Diverse appaiono le somiglianze della disciplina sulla trasparenza salariale con gli obblighi informativi del diritto dei consumatori. Come nel diritto dei consumi, il legislatore, nella consapevolezza dell’asimmetria anche informativa tra datore di lavoro e lavoratore, predispone infatti un quadro normativo volto a garantire scelte libere e consapevoli ai soggetti in condizione di vulnerabilità. I lavoratori, in altri termini, devono essere nella posizione di poter scegliere di non lavorare con e per chi pone in essere condotte discriminatorie dal punto di vista salariale.

Sono numerosi infatti gli obblighi informativi che il diritto europeo predispone a favore dei consumatori, basti pensare alla Dir. 2011/83/UE, di recente riformata dalla Dir. 2019/2161/UE, nonché, rispetto ai contratti conclusi mediante mezzi elettronici, al Regolamento UE/2022/2065 (il c.d. *Digital Services Act*)¹⁶. D’altronde, il diritto del lavoro e il diritto dei consumi, pur conservando importanti differenze, sono le aree in cui il legislatore eurounitario è storicamente intervenuto per tutelare i soggetti in condizione di strutturale svantaggio nel contesto delle dinamiche di mercato.

Nei rapporti di consumo, le informazioni devono essere fornite in maniera chiara, intelligibile, semplice, in modo che il consumatore medio possa adeguatamente comprenderle, e possa esercitare i propri diritti. Lo stesso vale per le informazioni relative alla retribuzione nei rapporti di lavoro: i criteri per determinare la retribuzione devono essere “facilmente accessibili”; i lavoratori, inoltre, hanno la possibilità di richiedere “chiarimenti e dettagli ragionevoli”, artt. 7-8.

Tuttavia, l’espansione del principio della trasparenza delle condizioni contrattuali ai rapporti di lavoro non rappresenta una mera trasposizione delle modalità con le quali esso viene utilizzato nel diritto dei consumi, al di là della comune funzione della trasparenza come tecnica di conoscenza anticipata del contenuto del contratto ai fini di una consapevole valutazione della sua convenienza.

¹⁵ Il legislatore europeo prevede anche l’istituzione di “organismi di monitoraggio” (artt. 28-29), incaricati non solo di raccogliere dati sul *gender pay gap*, ma anche di attuare la Direttiva, da affiancare o da istituire in seno agli organismi per la parità, già presenti nella Direttiva n. 54 del 2006.

¹⁶ In tema, utile la consultazione di E. BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 962 ss. e di R. SENIGAGLIA, *Consumatore, vulnerabilità e principio di trasparenza tra razionalità e bias cognitivi*, in *NGCC*, 2024, spec. p. 1522 s. Sugli obblighi informativi nei contratti di consumo, v. G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice di consumo riformato*, in *NLCC*, 2014, p. 521 ss.



E infatti, il diritto di accesso dei lavoratori alle informazioni prima indicate è funzionale anche a un altro obiettivo, che non ricorre nel diritto dei consumi, e nemmeno negli altri settori normativi in cui si fa applicazione della trasparenza¹⁷. E l'obiettivo è quello della eventuale "correzione" dell'oggetto del contratto in termini di corrispettivo, vale a dire la retribuzione (irragionevolmente discriminatoria), effetto che non è automaticamente presente nel diritto dei consumi.

Nel diritto dei consumatori, infatti, la situazione è più complessa. Per un verso, l'informazione sul prezzo, elemento economico del contratto, ha la mera funzione di consentire al consumatore di scegliere tra le varie offerte. Si tratta quindi di una funzione "procompetitiva", che esclude un qualunque intervento correttivo a priori: come dimostrato dal disposto dell'art. 34, comma secondo, del codice del consumo, per cui: "la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile". La clausola sul prezzo, dunque, non è mai vessatoria in sé, ed è libera per definizione, purché sia chiara; trattandosi di pura espressione dell'autonomia negoziale del professionista in un contesto competitivo nel quale il rialzo o il ribasso dei prezzi appartiene alla libertà delle scelte strategiche dell'imprenditore.

Per altro verso, ciò non esclude che, allorquando la differenziazione dei prezzi non rientri nel contesto di politiche commerciali oggettive e ragionevolmente giustificabili (con riferimento a categorie o tipologie di clienti, canali o periodi di vendita, etc.), essa possa essere reputata ingiustificatamente discriminatoria, o perché lesiva della concorrenza nel mercato interno (si pensi alla discriminazione in base alla nazionalità), o perché lesiva dei diritti delle persone in punto di parità di trattamento¹⁸. In ogni caso però, i rimedi azionabili da parte dei consumatori vittime di prezzi discriminatori non sono analoghi a quelli accordati alle lavoratrici discriminate sul piano della retribuzione, come qui di seguito si vedrà.

La clausola sulla retribuzione nei rapporti di lavoro, viceversa, può essere foriera di discriminazioni lesive della dignità della persona, e per questo motivo non solo deve essere resa trasparente ma, se ingiustificata, ad essa il datore di lavoro deve "porre rimedio", come dispone il par. 10, art. 9, della Direttiva, e come meglio vedremo in seguito. Il rialzo o il ribasso del livello della retribuzione quanto al genere, pertanto, si atteggia come elemento non del tutto disponibile da parte del datore di lavoro, se non in presenza di ragioni obiettive e giustificabili, che devono essere esplicitate, e possono eventualmente essere discusse.

In questa materia, dunque, la trasparenza è a servizio della parità di trattamento, disvela la strategia dell'impresa, incentivando il datore di lavoro verso politiche non discriminatorie sul piano del genere, e dota le lavoratrici discriminate di rimedi effettivi in caso di persistenza ingiustificata del *gap* retributivo.

¹⁷ Ci si riferisce, ad esempio, alla disciplina della trasparenza amministrativa, nel diritto pubblico, o all'applicazione del principio di trasparenza ai contratti c.d. *B2B*, tra professionisti.

¹⁸ La discriminazione non è lecita quando si tratta di associare la diversità di prezzo al luogo di residenza del consumatore (secondo la Dir. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, Cons. 95), o quando essa avviene sulla base di tecniche di personalizzazione del prezzo automatizzate, senza che il consumatore ne sia stato informato (v. R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori*, in *Persona e mercato*, 2022, p. 374). Allo stesso modo, quando beni e servizi vengono offerti a vari soggetti ad un prezzo diverso, la condotta rientra nelle ipotesi vietate dal diritto antidiscriminatorio e in particolare dalla Dir. 2006/54/CE e dalla Dir. 2000/43/CE quando la differenza di prezzo è dovuta a uno dei fattori di rischio identificati in via normativa. Per esempio, è stata ritenuta illecita la condotta di un venditore che applicava un prezzo raddoppiato alle consumazioni di cittadini extracomunitari (Trib. Padova, ord. 19/05/2005, su cui v. D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 422 ss.).



2.1. *Segue. I rimedi contro la discriminazione retributiva ingiustificata*

Il secondo fronte sul quale la Direttiva interviene è quello dei rimedi contro la violazione del principio della non discriminazione che risulti dalla corresponsione di una retribuzione ingiustificatamente diversa in ragione del sesso (Capo III, *Mezzi di tutela e applicazione*). Qui la tutela interviene nella fase di esecuzione del contratto, comunque a contratto già concluso, e si articola lungo una serie di rimedi. È evidente la mano “visibile” del legislatore europeo¹⁹, che assicura la tutela della donna lavoratrice avverso le discriminazioni salariali senza limitarsi ad intervenire dal punto di vista risarcitorio. Il risarcimento del danno, anche quando “colorato” da una funzione di deterrenza nei confronti delle condotte illecite, non è sufficiente a garantire che il diritto a non essere discriminati sia effettivamente assicurato dalle imprese e dai datori di lavoro. Le norme europee, quindi, intervengono sull’autonomia privata e sull’assetto di diritto civile degli ordinamenti nazionali in maniera rilevante, prevedendo un ricco apparato di rimedi in forma specifica. Si tratta di un intervento incisivo, ma necessario.

I rimedi vengono in particolare enumerati agli artt. 16 e 17 della Direttiva. Essi includono il risarcimento del danno, un provvedimento che ponga fine alla violazione, e la possibilità di chiedere misure volte a garantire che i diritti o gli obblighi connessi al principio della parità di retribuzione siano effettivamente rispettati.

Vediamo nei dettagli.

Gli artt. 14 e 15 prevedono che tutti i lavoratori in caso di “mancata applicazione del principio di parità di retribuzione” abbiano diritto ad una tutela effettiva e “possano disporre di procedimenti giudiziari finalizzati all’applicazione dei diritti e degli obblighi connessi al principio della parità di retribuzione”. L’art. 15 attribuisce poi anche agli enti rappresentativi dei lavoratori il diritto di intraprendere procedimenti amministrativi e giurisdizionali, ai fini di ottenere il rispetto del “principio della parità di retribuzione”.

L’art. 16 prevede che possa essere riconosciuto il diritto al risarcimento dell’eventuale danno patito a seguito della violazione di un obbligo connesso al principio della parità di retribuzione. Non è rilevante, nell’azione di responsabilità, l’elemento soggettivo; per la sola violazione del principio di parità di retribuzione, la lavoratrice ha diritto a ottenere un risarcimento.

La Direttiva è particolarmente accurata nella definizione del danno risarcibile. Il legislatore consente esplicitamente la risarcibilità del danno immateriale (*rectius*, non patrimoniale), “il recupero integrale delle retribuzioni arretrate e dei relativi *bonus* o pagamenti in natura”, dell’eventuale lucro cessante (“opportunità perse”), e del danno da c.d. “discriminazione intersezionale”, sottolineando altresì che il risarcimento debba essere pieno, reale ed effettivo, dissuasivo e proporzionato²⁰.

Si individua, quindi, in presenza di una discriminazione, innanzitutto un possibile danno non patrimoniale, da ravvisare nel danno alla persona, che si concretizza nella “lesione di interessi non dotati di rilevanza economica”²¹, e che può manifestarsi nella violazione del diritto a non essere discriminati, che deriva dal principio di uguaglianza²². Sul tema del danno non patrimoniale da discriminazione si sono

¹⁹ H. W. MICKLITZ, *La mano “visibile” del diritto privato europeo in materia normativa – La trasformazione del diritto privato europeo dall’autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione*, in *Working papers – EUI Law*, 2010, p. 1 ss.

²⁰ Con riferimento al danno da discriminazione intersezionale si rinvia al §6.1, *infra*.

²¹ Tra tutte, il riferimento a Cass., Sez. Un., nn. 26972, 26973, 26974, 26975 del 2008 è d’obbligo; v. in merito, con particolare riguardo al nostro ambito, B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Torino, 2019, p. 223 ss.

²² V. il dibattito riportato in D. MAFFEIS, *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona*, in F. Caggia – G. Resta (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, p. 138 ss.



interrogate la dottrina e la giurisprudenza. Si discute se si tratti di un danno *in re ipsa*; e cioè se il lavoratore non debba provare di aver subito un danno conseguenza, poiché alla lesione dell'interesse protetto, quello a non essere discriminati, scatterebbe immediatamente la tutela risarcitoria, secondo un orientamento improntato alla massima effettività della normativa antidiscriminatoria²³.

Nonostante la giurisprudenza italiana affermi la non risarcibilità del danno *in re ipsa* alla persona anche in presenza di illeciti antidiscriminatori, in realtà, a ben guardare, il danno da discriminazione spesso, nei fatti, viene riconosciuto in maniera quasi automatica, una sorta di presunzione relativa in presenza di una condotta illecita²⁴.

E non potrebbe essere altrimenti, d'altra parte, considerato che la condotta discriminatoria genera la lesione di un interesse preminente, quello alla dignità umana; al contrario, e con uno sguardo più generale, “dovremmo ammettere che si può impunemente ledere, senza dover dare risarcimento, l'identità religiosa o razziale di una persona che, per un qualunque motivo di convenienza, non adduca una reazione di fastidio, a fronte di un'altra che invece, a seguito della medesima illecita condotta ne riesca a dare dimostrazione”²⁵.

Il danno patrimoniale si concretizza invece nell'eventuale trattamento economico differenziale non percepito (la perdita subita), ed eventualmente nel mancato conseguimento di altre opportunità (il lucro cessante).

Sempre per la violazione degli obblighi connessi al principio di parità di retribuzione, è consentito richiedere un provvedimento di tutela in forma specifica che “ponga fine alla violazione” (art. 17, par. 1, lett. a). Questo è il rimedio che sicuramente appare più idoneo, da un punto di vista individuale, a soddisfare le esigenze della lavoratrice, e, sotto un profilo collettivo, ad assicurare l'effettività del principio di trasparenza e della parità di trattamento. Un tale provvedimento può concretizzarsi nell'ordine, rivolto al datore di lavoro, di disporre un adeguamento salariale, nel caso concreto, e in generale di stabilire criteri remunerativi paritari ed equi. Si tratta quindi di un'ipotesi di conformazione del contratto, che viene adeguato a quanto stabilito dalla legge, con effetti rilevanti sull'autonomia privata, e per questo di non diffusa applicazione²⁶.

²³ A. VERCELLONE, *Oltre il danno-conseguenza: il danno da discriminazione come pena privata atipica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, p. 193; M. BIASI, *Brevi note sulla polifunzionalità del risarcimento del danno non patrimoniale da discriminazione*, in *NGCC*, 2025, p. 945 ss. Il tema sarà approfondito *infra*, §3, con riferimento all'interpretazione data dalla giurisprudenza europea.

²⁴ Si v. la recente sentenza Cass., 2025, n. 3488, in cui è stato riconosciuto il danno non patrimoniale subito dal dipendente di una fondazione, in seguito ad una sua ritardata assunzione dettata da motivi di carattere discriminatorio. La Corte ha affermato che “pur non sussistendo una risarcibilità del danno *in re ipsa*”, questo può essere provato “ricorrendo al ragionamento presuntivo, valorizzando la maggiore o minore gravità dell'atto discriminatorio e le ragioni che l'hanno determinato” ed anche che il “carattere anche dissuasivo di detto risarcimento” va riconosciuto “al fine di garantire l'effettività dei diritti riconosciuti dall'ordinamento eurounitario”; si veda poi anche Cass., 2021, n. 31071, per cui “l'atto discriminatorio è lesivo della dignità umana ed è intrinsecamente umiliante per il destinatario”; nonché Cass., 2020, n. 28646, che ha riconosciuto la sussistenza della legittimazione ad agire anche in via risarcitoria di un'associazione di categoria in presenza di affermazioni discriminatorie nei confronti di un gruppo da parte di un datore di lavoro, anche se questi non aveva in corso una procedura di assunzione, orientamento che riconosce il connotato deterrente del risarcimento del danno in presenza di una condotta “socialmente” dannosa come quella discriminatoria; sulla vicenda si è pronunciata anche la CGUE, nella causa C-507/18, *NH c. Rete Lenford*, 23 aprile 2020.

²⁵ C. CAMARDI, *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale. Verso una dogmatica europea*, in *NGCC*, 2023, p. 1144. Sull'argomento, si veda tra tutti G. ALPA, *Danno in re ipsa e tutela dei diritti fondamentali (Diritti della personalità e diritto di proprietà)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, p. 1 ss.

²⁶ Un rimedio analogo è stato previsto dal legislatore italiano all'art. 13, l. 431/1998, per quanto riguarda i contratti di locazione immobiliare ad uso abitativo non registrati, o stipulati in assenza di forma scritta, in violazione degli obblighi



L'art. 17 legittima il giudice anche a condannare il convenuto "ad adottare misure volte a garantire che i diritti o gli obblighi connessi al principio della parità di retribuzione siano applicati" (art. 17, par. 1, lett. b) e al pagamento di una "pena pecuniaria suscettibile di essere reiterata" al fine di assicurare l'esecuzione dei propri provvedimenti, attraverso una sorta di misura di coercizione indiretta²⁷.

La Direttiva si occupa anche dei profili più strettamente processuali. All'art. 18, par. 1, prevede l'inversione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro nei procedimenti intrapresi per accertare la presenza di discriminazioni retributive²⁸. La lavoratrice dovrà provare solo la presenza di un fattore di rischio (il genere), e di un effetto di disuguaglianza; il datore di lavoro dovrà, dal canto suo, dimostrare l'esistenza di una ragione giustificatrice del trattamento diseguale. Il par. 2 del medesimo articolo estende poi le regole sull'inversione dell'onere della prova anche al caso in cui il datore di lavoro citato in giudizio in un procedimento rivolto ad accertare la discriminatorietà della sua condotta non abbia adempiuto al principio di trasparenza retributiva e quindi agli obblighi informativi definiti dalla Direttiva.

In conclusione, la Direttiva accorda un catalogo rimediale completo di misure di reazione alla violazione contrattuale di un principio generale: quello della non discriminazione. Essa enuncia misure inibitorie, risarcitorie soddisfattive, e financo correttive del contenuto contrattuale fonte della lesione, e declina i rimedi in chiave individuale e collettiva.

3. La parità di trattamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

L'importanza della trasparenza, *leitmotiv* della Direttiva, era già stata affermata dalla Corte di Giustizia sin dai primi casi in cui si è trovata ad attuare il principio di parità di trattamento tra uomini e donne sul luogo di lavoro. Tra i primi, il caso C-318/86, *Commissione delle comunità europee contro la*

tributari, e per le clausole dei contratti di locazione che stabiliscono un importo del canone superiore a quello del contratto scritto e sottoposto a registrazione, o ai limiti fissati per legge. La mancata registrazione è infatti causa di nullità, sanabile tuttavia con la registrazione tardiva; il conduttore può anche richiedere la conformazione del contratto a quanto previsto dalla legge, nonché, nelle altre ipotesi, la riconduzione del canone a quanto disposto nel contratto registrato o in via normativa, ottenendo giudizialmente la restituzione delle somme indebitamente versate. In argomento, F. ADDIS, *La "riconduzione a condizioni conformi" del contratto non registrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 43 ss.

²⁷ Tuttavia, nell'ordinamento italiano, l'applicazione del 614 *bis* c.p.c. viene espressamente esclusa dai rapporti di lavoro, anche se sono stati sollevati dei dubbi di costituzionalità della norma con riferimento a questo profilo (v. S. MAZZAMUTO, *La coercizione indiretta dopo la riforma Cartabia*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 228 ss.).

²⁸ Sul punto, si veda anche quanto indicato al Considerando 52. Sull'onere della prova delle discriminazioni nel contesto lavorativo resta fondamentale CGUE, C-109/88, 17 ottobre 1989, sentenza *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark c. Danfoss*, su cui, tra i molti, J. SHAW, *The Burden of Proof and the Legality of Supplementary Payments in Equal Pay Cases*, in *Eur. Law Rev.*, 1990, pp. 260 ss.; M. BALLESTRERO, *La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, pp. 781 ss.. In particolare, con riferimento alla trasparenza retributiva, la Corte di Giustizia ha affermato il principio, poi codificato in via normativa, per cui "qualora un'impresa applichi un sistema di retribuzione caratterizzato da una mancanza totale di trasparenza, il datore di lavoro ha l'onere di provare che la sua prassi salariale non è discriminatoria, ove il lavoratore di sesso femminile dimostri, su un numero relativamente elevato di lavoratori, che la retribuzione media dei lavoratori di sesso femminile è inferiore a quella dei lavoratori di sesso maschile". Nel nostro ordinamento, le regole sull'onere della prova nel caso di discriminazioni retributive si trovano nel codice delle pari opportunità, che all'art. 40 prevede: "Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione".



repubblica francese, in cui si constata che, in assenza di trasparenza, non è possibile verificare la *compliance* dei datori di lavoro alle normative europee²⁹. È però nel caso *Danfoss* che la Corte chiarisce il legame tra trasparenza, effettività dei diritti dei lavoratori, accesso alla giustizia.

La federazione danese degli impiegati commerciali aveva convenuto in giudizio l'impresa *Danfoss*, rappresentata a sua volta dalla confederazione dei datori di lavoro danesi, sostenendo che questa adottasse delle prassi salariali discriminatorie. Il giudice danese chiedeva alla CGUE di pronunciarsi su chi ricadesse l'onere della prova della sussistenza di una discriminazione retributiva (se sul datore di lavoro, o sul lavoratore), e se il datore di lavoro fosse legittimato a retribuire in maniera diversa uomini e donne, sulla base di criteri "soggettivi" (come la flessibilità di un lavoratore); quali trattamenti economici fossero compresi nella retribuzione; e più in generale quale fosse l'ambito di applicazione della Direttiva sulla parità di genere (al tempo, la Dir. 75/117/CEE).

Nel rispondere alla prima questione, che a noi più interessa, la Corte ha rilevato che l'impresa non consentiva effettivamente alle lavoratrici di conoscere i criteri di aumento stipendiale adottati e che di conseguenza impediva anche di avere contezza di eventuali disparità retributive ingiustificate tra impiegati uomini e donne. La CGUE ha così sottolineato che, quando il datore di lavoro adotta "un sistema di retribuzione caratterizzato dalla mancanza totale di trasparenza", a lui spetta l'onere di provare la non discriminatorietà della propria prassi salariale.

Ancora, la CGUE ha rimarcato che in assenza di dati e informazioni sulla condizione salariale, le lavoratrici sono "private di qualsiasi mezzo efficace per far rispettare il principio della parità di retribuzione dinanzi al giudice nazionale" e che la trasparenza garantisce la reale efficacia delle disposizioni sulla parità di trattamento³⁰.

Il legame tra trasparenza ed effettività è stato ribadito in termini analoghi in *Barber*, qualche tempo dopo³¹. *Barber* aveva citato in giudizio il *Guardian*, suo datore di lavoro, accusandolo di discriminare i propri dipendenti sulla base del sesso per quanto riguardava le indennità di licenziamento. In particolare, lo schema pensionistico del *Guardian* attribuiva il diritto a ricevere la pensione immediata e l'indennità legata al licenziamento per motivi oggettivi agli uomini al compimento dei cinquantacinque anni, alle donne dei cinquanta.

La Corte di Giustizia, interpellata sulla legittimità di tale pratica ai sensi della Dir. 75/117/CEE, non solo ha affermato l'importante principio per cui le indennità concesse al lavoratore in occasione del licenziamento fanno parte della retribuzione, ma anche che per garantire l'applicazione del principio della parità di genere è essenziale la trasparenza, con riferimento a qualsiasi elemento retributivo.

Relativamente poi al problema del risarcimento del danno da discriminazione, già nel caso *Arjona Camacho*³² la Corte ha enunciato che la lavoratrice discriminata ha diritto al risarcimento integrale dei danni subiti e nulla osta alla possibilità, in sede nazionale, di corrispondere anche un risarcimento punitivo.

²⁹ CGUE, C-318/86, 30 giugno 1988, *Commissione delle comunità europee contro la repubblica francese*, sull'applicazione della Dir. 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla promozione e alla formazione professionale e le condizioni di lavoro, abrogata dalla Dir. 2006/54/CE.

³⁰ CGUE, *Danfoss*, cit.

³¹ La sussistenza di un principio di trasparenza è anche menzionata dall'Avvocato Generale Jacobs nelle sue conclusioni nel caso C-236/98, *Jämställdhetsombudsmannen v. Örebro läns landsting*, presentate il 16 dicembre 1999, con riferimento alle argomentazioni presentate dall'Ombudsman nel procedimento (v. par. 26).

³² CGUE, C-407/14, 17 dicembre 2015, *María Auxiliadora Arjona Camacho c. Securitas Seguridad España SA*.



La ricorrente aveva richiesto al giudice del lavoro di Cordoba l'annullamento del suo licenziamento, poiché discriminatorio, e il risarcimento del danno non patrimoniale subito. Il giudice aveva chiesto alla Corte di Lussemburgo se la Dir. 2006/54/CE imponesse la necessità di comminare al datore di lavoro un risarcimento non solo compensativo, ma anche punitivo, ai sensi dell'art. 18, in cui è previsto che il risarcimento del danno abbia un valore pienamente "dissuasivo", facendo notare che, nell'ordinamento spagnolo, i danni punitivi non sono ammessi.

La CGUE ha risposto negativamente, chiarendo che il risarcimento del danno da discriminazione va sempre garantito, ma non è necessario che esso assuma un carattere "sanzionatorio".

In questo senso dovrebbe essere interpretato pure l'art. 16 della Direttiva n. 970 del 2023, che consente, ma non impone, agli Stati europei di garantire risarcimenti punitivi alle lavoratrici in caso di discriminazione, coerentemente con la necessità di assicurare sanzioni efficaci e realmente dissuasive nel caso in cui il principio della parità retributiva non venga rispettato.

La tutela risarcitoria in questo scenario, specialmente di fronte a un danno non patrimoniale, ha però, a ben guardare, un'immanente funzione punitiva e di deterrenza, ferma restando la competenza degli ordinamenti nazionali per quanto riguarda la definizione dei criteri sulla quantificazione del danno. La funzione del rimedio antidiscriminatorio, si è detto, è anche quella di "incentivare la correzione giudiziale degli effetti del flusso discriminatorio" che si produce nella società quando gli atti discriminatori causano ingiustizie sistemiche³³. Nel caso *Arjona Camacho*, è stato evidenziato che tutta la normativa europea è permeata dalla necessità di assicurare sanzioni efficaci e dissuasive per ristorare il pregiudizio subito non solo dal soggetto discriminato, ma dal gruppo cui esso appartiene.

Di conseguenza, la difficoltà di quantificazione del risarcimento del danno in presenza di una lesione dell'"interesse a non essere discriminati" apre la strada a valutazioni in una certa misura equitative da parte del giudice, laddove il danno patrimoniale, specialmente nel caso delle discriminazioni retributive, è invece accertabile e risarcibile abbastanza facilmente, e che possono, quindi, contenere un connotato di deterrenza³⁴.

La Direttiva n. 970 del 2023 accoglie e riconosce nel diritto positivo quanto affermato negli orientamenti giurisprudenziali appena ripercorsi. Occorre adesso comprendere se i principi della trasparenza e della non discriminazione possano estendersi oltre il diritto del lavoro, alla parte vulnerabile nei rapporti negoziali. Va tenuto a mente che gli obblighi di trasparenza sono strumentali alla realizzazione dell'uguaglianza, e che il divieto di discriminazione rappresenta a sua volta un corollario di tale principio, che discende dalle esigenze di tutela della dignità umana. Sui concetti di uguaglianza e tutela della dignità si fonda il concetto di vulnerabilità, cui è già stato fatto riferimento e su cui torneremo, che trova sempre più spazio a livello europeo oltre il diritto del lavoro e dei consumi³⁵.

³³ P. FEMIA, voce *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir., I tematici. Contratto*, Milano, 2021, pp. 517 ss. cui si rinvia per le elaborate riflessioni intorno al "diritto fondamentale alla socializzazione negoziale" e al concetto di flusso contrattuale discriminatorio.

³⁴ Nel nostro ordinamento, è lo stesso art. 28 del d.lgs. 150/2011 (su cui ci si soffermerà *infra*, §4.1) ad indicare che "ai fini della liquidazione del danno, il giudice tiene conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento". Attribuendo rilevanza alla condotta dell'agente e alla sua particolare "riprovevolezza" la quantificazione del risarcimento del danno si colora di un contenuto sanzionatorio.

³⁵ V. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Vulnerabilità digitale*, cit., p. 1 ss.



4. Trasformazioni del diritto antidiscriminatorio europeo e incidenza sul sistema di diritto privato

Come si è visto, i tratti fondamentali della Direttiva UE/2023/970 appaiono essere: la previsione di obblighi legati alla trasparenza; l'adozione di una prospettiva marcatamente rimediale; l'enfasi attribuita all'effettività; e, come più avanti si avrà modo di approfondire, il riconoscimento di diritto positivo del canone intersezionale, che costituisce una vera e propria novità. Prende forma nel diritto antidiscriminatorio una particolare attenzione al soggetto vulnerabile, più attenta alle disuguaglianze presenti nella società, e alla "molteplicità di modelli personali trasversali" dell'età contemporanea³⁶.

La Direttiva rappresenta solo l'ultimo atto di una serie di provvedimenti legislativi emanati, a livello europeo, con il fine di realizzare la parità di trattamento e la non discriminazione nei rapporti pubblici e privati. Affinché le sue implicazioni sull'autonomia privata siano chiare, essa va dunque esaminata nel sistema del diritto antidiscriminatorio europeo.

Questo comprende, in particolare, la Dir. 2000/43/CE sulle discriminazioni relative a razza e origini etniche; la Dir. 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; la Dir. 2004/113/CE sulle discriminazioni legate al sesso nell'accesso ai beni e servizi e nella loro fornitura; la Dir. 2006/54/CE, sulle pari opportunità e la parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione ed impiego³⁷.

Gli interventi del legislatore europeo in materia di non discriminazione, frammentari, ma sempre più numerosi, sono caratterizzati dall'individuazione di alcuni fattori di rischio sulla base dei quali è vietata la discriminazione, in particolare, per ciò che a noi interessa, nel campo del diritto del lavoro e dell'accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio e il settore assicurativo³⁸. Questi interventi normativi erano rivolti, inizialmente, alla realizzazione di un mercato aperto e in libera concorrenza, cui tutti gli individui e le imprese potessero prender parte. Per realizzare appieno e compiutamente la *libertà*, che trova il suo luogo d'elezione nel diritto privato, e che è presupposto della libera iniziativa economica e della circolazione dei capitali e dei servizi, si è ritenuto necessario mettere tutti i soggetti in condizione di esercitarla, tenendo conto dei diversi punti di partenza³⁹.

Sarebbe riduttivo, tuttavia, leggere le norme antidiscriminatorie esclusivamente come azioni rivolte a garantire l'accesso libero al mercato, senza tener conto del vero e proprio capovolgimento attraversato dal diritto europeo e della nuova direzione assunta dal Trattato di Amsterdam a oggi⁴⁰, caratterizzata da un nuovo approccio nei confronti della persona, proiettato verso lo sviluppo della personalità individuale e della soggettività.

È coeva all'emanazione delle prime direttive antidiscriminatorie l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, che al Titolo III, dedicato all'uguaglianza, afferma il principio di uguaglianza formale (art. 20) e stabilisce il divieto di *qualsiasi forma* di discriminazione sulla base di alcuni fattori

³⁶ C. CAMARDI, *Pluralismo*, cit., p. 69.

³⁷ Per una ricognizione aggiornata, v. B. CHECCHINI, *op. cit.*, p. 55 ss.

³⁸ Si veda D. LA ROCCA, *Discriminazione nei contratti di scambio di beni e servizi*, in M. Barbera (a cura di), *op. cit.*, p. 292 ss.

³⁹ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1406 ss.

⁴⁰ D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008, p. 62 ss.



di rischio, “in particolare sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza ad una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, disabilità, età o orientamento sessuale” (art. 21); riconosce il diritto a preservare la propria diversità culturale, religiosa, linguistica (art. 22); garantisce la parità tra donne e uomini, anche nel settore dell’occupazione e del lavoro, e la possibilità di ricorrere ad azioni positive per assicurarla (art. 23); impegna l’Unione europea a promuovere l’inclusione sociale e la tutela dei minori, degli anziani e delle persone con disabilità (artt. 24, 25, 26).

Il principio di non discriminazione è sancito anche agli artt. 2, 3, 8 e 10 del Trattato sull’Unione Europea (TUE); all’art. 2 viene fatto riferimento alla non discriminazione e all’uguaglianza, e all’art. 3 si prevede che l’Unione “combatte l’esclusione sociale e le discriminazioni, e promuove [...] la parità tra uomini e donne”. Sono poi presenti numerosi riferimenti al principio di non discriminazione nel TFUE⁴¹.

Questo insieme di disposizioni normative costituisce il *corpus* del nuovo diritto antidiscriminatorio europeo, che si fonda sul principio di uguaglianza sostanziale. Ciò è evidente dal fatto che il divieto di discriminazione oltre ai fattori di rischio “classici” (etnia, genere), include quelli relativi alle “scelte individuali”, quali le convinzioni personali o la religione, e dall’introduzione di nozioni come quella di discriminazione indiretta e di molestie, che sono volte ad ottenere non più semplicemente la formale parità di trattamento tra uomini e donne, e tra individui di culture diverse, ma la tutela della dignità umana⁴². Il quadro è ulteriormente arricchito, negli ordinamenti *multilevel*, dalle norme antidiscriminatorie che, gradualmente, sono state emanate a livello nazionale, e dal ruolo dei principi costituzionali degli Stati membri⁴³.

La dottrina ha sottolineato come il diritto antidiscriminatorio europeo ha provocato e continua a provocare rilevanti cambiamenti nel diritto privato nazionale⁴⁴.

⁴¹ All’art. 10, in cui la non discriminazione è definita principio guida della definizione delle politiche e delle azioni dell’Unione europea; all’art. 18, che vieta la discriminazione basata sulla nazionalità; all’art. 19, che sancisce la competenza del Consiglio di prendere provvedimenti rivolti a combattere le discriminazioni; all’art. 45, con riferimento alla libertà di circolazione dei lavoratori; all’art. 153, che include, tra le competenze dell’Unione, le misure rivolte ad attuare la parità tra donne e uomini e garantire l’inclusione sociale; all’art. 157, con riferimento alla parità di retribuzione tra uomini e donne.

⁴² M. BARBERA, *Introduzione*, in ID, *op. cit.*, p. XXIII.

⁴³ Nella nostra Costituzione all’art. 3. Sul principio di uguaglianza la letteratura è vastissima; si rinvia, tra i molti, senza alcuna pretesa di completezza, a M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato. Italia*, Bruxelles, 2020; E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Questione giustizia*, 2020; ID, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 10547 ss.; F. GHERA, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 20 ss.; D. CARUSI, *Il principio di uguaglianza: rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli, 1998; B. CARAVITA, *Oltre l’eguaglianza formale. Un’analisi dell’art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984; L. PALADIN, voce *Eguaglianza (dir. cost.)*, Enc. dir., Milano, 1965, p. 519 ss.

⁴⁴ Su diritto antidiscriminatorio e diritto privato, si rinvia, tra i molti, a S. FREDMAN, *Discrimination Law*, 3 ed., Oxford, 2023; M. RENNER, *Non discrimination*, in S. GRUNDMANN – H. W. MICKLITZ – M. RENNER (a cura di), *New Private Law Theory. A Pluralist Approach*, Cambridge, 2021, p. 266 ss.; P. GALLO, voce *Parità di trattamento e principio di non discriminazione*, in *Digesto online*, Milano, 2022, p. 1 ss.; P. FEMIA, voce *Discriminazione*, cit., p. 499 ss.; B. CHECCHINI, *Discriminazione*, cit., p. 55 ss.; D. MAFFEIS, *La discriminazione contrattuale*, cit., spec. p. 138 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto*, cit., p. 1387 ss.; ID, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013; R. SACCO, voce *Parità di trattamento (nel diritto dei contratti)*, in *Dig. disc. priv., VII Agg.*, Torino, 2012, p. 738 ss.; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011; D. MAFFEIS, voce *Discriminazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2011, p. 490 ss.; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 207 ss.; B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, in *Aa. Vv., Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2006, p. 295 ss.; P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell’autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996; si rinvia anche alle considerazioni espresse in L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*,



Come è noto, nel nostro ordinamento la parità tra uomini e donne è dotata di rilevanza costituzionale, agli artt. 37 e 51 Cost., oltre ad essere espressione del principio di uguaglianza, riconosciuto all'art. 3.

Oltre alle leggi di attuazione delle Direttive europee⁴⁵, a livello nazionale, tra la normativa antidiscriminatoria applicabile nei rapporti tra privati, va ricordato il Testo Unico sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286)⁴⁶. Prestano attenzione alla parità di trattamento e al divieto di discriminazione anche alcune legislazioni speciali; per esempio, nella normativa sui contratti bancari, richiamata dalla l. 1986 n. 64, l'art. 8, ormai abrogato, vietava le discriminazioni territoriali nei confronti della clientela; nel codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117), agli artt. 21 e 35 è sancito il divieto di discriminazione nell'ammissione di nuovi associati, e nel funzionamento dei centri di servizio per il volontariato (art. 63); nella disciplina degli obblighi di contrarre si trovano riferimenti alla parità di trattamento, e altri casi ancora⁴⁷.

Fondamentale, nell'ambito del diritto del lavoro, dove la non discriminazione è principio affermato, è stato l'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori, che prevede la nullità di qualsiasi atto o patto volto a discriminare il lavoratore. Storicamente è stato, però, l'art. 28, che reprime la condotta antisindacale, a servire alle rappresentanze sindacali per tutelare i lavoratori da comportamenti discriminatori sistemici⁴⁸. Da ultimo, il c.d. codice delle pari opportunità tra uomo e donna (d.lgs. 2006 n. 198) ha acquisito fondamentale importanza con riferimento alla discriminazione di genere sul luogo di lavoro; tra l'altro, proprio l'art. 28 del codice delle pari opportunità vieta qualsiasi discriminazione retributiva, diretta o indiretta.

4.1. *Segue.* Gli strumenti rimediali nel diritto antidiscriminatorio italiano

La Corte di Giustizia ha, in varie occasioni, affermato la sussistenza di un principio generale di non discriminazione, operativo anche nei rapporti tra privati⁴⁹. La portata sempre più ampia della normativa antidiscriminatoria, con la sua estensione anche ai rapporti privatistici, ha indotto pertanto a chiedersi quali siano le conseguenze del comportamento discriminatorio e quali siano i rimedi di cui potersi avvalere in presenza di una condotta illecita in quanto discriminatoria.

Preliminare a questa domanda è quella sulla portata e l'estensione del divieto di discriminare "nell'accesso e nella fornitura ai beni e ai servizi", sancito dalle Dir. 2004/113/CE e 2000/43/CE, attuate nel nostro ordinamento con i d.lgs. 2007, n. 196 e 2003, n. 216. In particolare, ci si è domandati se tale divieto si applicasse solamente ai contratti conclusi mediante offerta al pubblico, o anche agli scambi individuali, riflettendo sull'efficacia diretta dei principi di rilievo costituzionale⁵⁰. Infatti, mentre la Direttiva

in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, pp. 3-5; G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970; P. RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nel diritto privato (a proposito d'un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1515 ss.

⁴⁵ In particolare, v. il d.lgs. 2003 n. 215, con cui è stata attuata la Direttiva "razza" (Dir. 2000/43/CE), il d.lgs. 2003 n. 216, di attuazione della Direttiva sulla parità di trattamento in materia di lavoro (Dir. 2000/78/CE), il d.lgs. 2007 n. 196, di attuazione della Direttiva "servizi" (Dir. 2004/113/CE); il d.lgs. n. 5 del 2010, che ha modificato il codice delle pari opportunità per attuare la Dir. 2006/54/CE. Per una disamina completa, si veda B. CHECCHINI, *op. cit.*, p. 97 ss.

⁴⁶ Su cui, *ex multis*, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2002, p. 112 ss.

⁴⁷ P. FEMIA, voce *Discriminazione*, *cit.*, spec. p. 510 ss.

⁴⁸ M. BARBERA, voce *Discriminazione e pari opportunità*, in *Enc. dir.*, Milano, 2014, p. 379 ss.

⁴⁹ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto*, *cit.*, p. 1392 ss.; p. 1393 ss.; D. LA ROCCA, *Eguaglianza*, *cit.*, p. 57 ss. Si v. in particolare CGUE, C-43/75, 8 aprile 1976, *Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*.

⁵⁰ In senso affermativo, *ex multis*, B. CHECCHINI, *op. cit.*, spec. p. 155 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto*, *cit.*, 1399 ss.; su diverse posizioni, D. MAFFEIS, *La discriminazione contrattuale*, *cit.*, spec. p. 137 ss.; E. NAVARRETTA, *Principio*, *cit.*, p. 555 ss.



2000/43/CE sulla parità di trattamento indipendentemente da razza e origine etnica non fa distinzioni tra le modalità con cui il contratto viene concluso, riferendosi, all'art. 3, lett. h), "all'accesso ai beni e ai servizi e alla loro fornitura", la Direttiva 2004/113/CE, sull'accesso ai beni e ai servizi, prevede, all'art. 3, par. 1, che la normativa antidiscriminatoria si applichi ai beni e servizi che sono "a disposizione del pubblico [...] al di fuori dell'area della vita privata e familiare e delle transazioni effettuate in questo ambito".

Il dibattito è complesso e articolato, e di certo non si può trattare in modo esaustivo in questa sede. Tuttavia, ci sembra che estendere la configurazione dell'illecito antidiscriminatorio nei contratti di fornitura e accesso ai beni e servizi al di là dell'offerta al pubblico, non significhi necessariamente e sempre imporre limiti inaccettabili all'autonomia privata e alla libertà contrattuale.

Piuttosto, sembra ragionevole ritenere che debba essere attribuita rilevanza, caso per caso, all'impatto che la discriminazione contrattuale potrebbe avere sull'assetto sociale e di mercato⁵¹. Si tratterebbe pertanto di richiedere una giustificazione della scelta negoziale soltanto quando questa sia produttiva di disuguaglianze irragionevoli, e sulla base degli interessi concorrenti e in gioco⁵². In altre parole, per il solo fatto che un contratto non sia concluso mediante offerta al pubblico non è possibile escluderne l'impatto sulle condizioni di un gruppo sociale discriminato. Questa conclusione, oltre a discendere direttamente dall'attribuzione di efficacia diretta al principio costituzionale di uguaglianza, è coerente con i più recenti orientamenti della Corte di Giustizia⁵³.

Qualora ammettessimo che la contrattazione c.d. individualizzata ricade nell'ambito di applicazione della normativa antidiscriminatoria, le parti, titolari di un vero e proprio diritto soggettivo a non subire discriminazioni, che discende dall'art. 3 Cost.⁵⁴, avrebbero a disposizione i rimedi previsti, nel nostro ordinamento, all'art. 28, d.lgs. 150 del 2011 (rubricato: "delle controversie in materia di discriminazione")⁵⁵.

Ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011, possono essere richiesti in presenza di una condotta discriminatoria, nelle forme del rito semplificato di cognizione: il risarcimento del danno, patrimoniale e non; l'ordine di cessazione del comportamento, della condotta, dell'atto discriminatorio pregiudizievole, anche mediante l'adozione di "ogni provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti"; nonché, eventualmente, la condanna del datore di lavoro all'adozione di un "piano di rimozione delle discriminazioni", a fini preventivi.

⁵¹ V. le riflessioni di P. FEMIA, *Discriminazione*, cit., spec. p. 510 ss., in cui l'A. riflette sull'estensione dell'ambito di rilevanza del divieto di discriminazione, indicando che in esso rientrano anche quegli atti "pre" negoziali (ad esempio, la dichiarazione di non voler contrarre, pur non essendo concretamente iniziate le trattative) che hanno, quindi, un effetto di esclusione di certi gruppi sociali dalle relazioni contrattuali. Tale interpretazione è, tra l'altro, coerente con l'interpretazione data dalla CGUE dell'ambito di applicazione del diritto europeo antidiscriminatorio in *NH c. Rete Lenford*, cit.

⁵² G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto*, cit., p. 1401 ss.; sulla "giustificazione della disuguaglianza", v. P. FEMIA, *Interessi*, cit., p. 505 ss.

⁵³ V. CGUE, *Defrenne*, cit.

⁵⁴ Questo è quanto è stato affermato anche dalla giurisprudenza di legittimità, a Sezioni Unite, per cui al divieto di non discriminazione corrisponde "una posizione di diritto soggettivo assoluto a presidio di un'area di libertà e potenzialità del soggetto possibile vittima delle discriminazioni, rispetto a qualsiasi tipo di violazione posta in essere sia da privati, sia dalla pubblica amministrazione" (Cass., Sez. Un., n. 24686 del 2023).

⁵⁵ D.lgs. 2011, n. 150, Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione. Nel caso in cui si ritenga invece che la contrattazione individualizzata non rientri nell'ambito di applicazione del diritto antidiscriminatorio, si potranno ritenere applicabili, anziché l'art. 28, quando congrui, i rimedi di diritto comune: la nullità, quando dalla discriminazione derivi un contratto a causa illecita; o il risarcimento del danno, nel caso in cui il recesso ingiustificato dalle trattative integri un comportamento contrario a buona fede.



Con riferimento specificamente alle discriminazioni di genere nei rapporti di lavoro, per espressa disposizione legislativa, non si applica l'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011, ma l'art. 38, del codice delle pari opportunità. L'art. 28, difatti, tassativamente richiama le ipotesi in cui si adopera il procedimento speciale in materia di discriminazioni. Questo menziona l'art. 55 *quinquies* del codice delle pari opportunità, che riguarda le discriminazioni per ragioni di sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura; ma non le altre disposizioni del codice delle pari opportunità, relative alle discriminazioni di genere nei rapporti di lavoro. Lo stesso codice, di contro, all'art. 38, prevede un procedimento speciale di fronte al giudice del lavoro per ottenere tutela giudiziaria nei confronti delle discriminazioni in ambito lavorativo.

Stando dunque all'art. 38, l'azione può essere proposta mediante ricorso, individuale o collettivo, di fronte al giudice del lavoro, e si può chiedere il risarcimento del danno “anche non patrimoniale”, e un decreto, immediatamente esecutivo, con cui si ordina al convenuto “la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti”⁵⁶.

Rimane poi controversa la possibilità di considerare invalide le clausole discriminatorie di un contratto, come di poter ricorrere alla tutela “reale” dell'art. 2932 c.c., in presenza di un rifiuto discriminatorio di contrarre⁵⁷.

A quest'ultimo quesito si risponde, in genere, negativamente. Non sembra infatti opportuno estendere gli obblighi di contrarre fino all'obbligo vero e proprio di fornire a un determinato utente un servizio, o un posto di lavoro, in assenza di un'esplicita previsione normativa. Si può, però, di fronte all'evidente natura discriminatoria del rifiuto di contrarre, esclusivamente quando si ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 28 d.lgs. 2011 n. 150, e dell'art. 38 del codice delle pari opportunità, richiedere al giudice un provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della violazione, e in particolare una sentenza costitutiva volta a realizzare gli effetti del contratto non concluso⁵⁸. Negli altri casi, il comportamento discriminatorio tenuto in fase di trattative potrebbe, se ne sussistono i presupposti, integrare una violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, legittimando eventualmente il risarcimento del danno, secondo le regole generali del 1337 c.c.⁵⁹.

Con riferimento all'incidenza delle discriminazioni sulla validità del contratto, si è ritenuto che sia possibile dichiararne la nullità, qualora si ravvisi la contrarietà della causa all'ordine pubblico. Si è anche ipotizzata la nullità parziale delle clausole contrattuali discriminatorie, in considerazione dell'interesse alla conservazione del contratto, nell'ottica della tutela della parte vulnerabile, come avviene con le nullità di protezione nei rapporti di consumo⁶⁰. È la stessa Direttiva 2004/113/CE, sulla parità di trattamento nell'accesso ai beni e ai servizi e nella loro fornitura, tra l'altro, che all'art. 13 prevede che gli ordinamenti nazionali possano prescrivere la nullità o la facoltà di ottenere una rinegoziazione delle clausole contrattuali discriminatorie.

Ed effettivamente, di fronte a un comportamento discriminatorio, la parte debole potrebbe avere interesse al mantenimento del contratto, ma a condizioni eque; sembra dunque condivisibile l'idea di ottenere la dichiarazione di nullità parziale, nell'interesse di quest'ultima, della clausola discriminatoria.

⁵⁶ Nel caso di licenziamento discriminatorio, questo è da ritenersi nullo, con diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro, secondo il d.lgs. n. 23 del 2015.

⁵⁷ In merito, D. LA ROCCA, *Eguaglianza*, cit., p. 196 ss.

⁵⁸ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto*, cit., pp. 1417 – 1418.

⁵⁹ B. CHECCHINI, *op. cit.*, p. 214.

⁶⁰ D. LA ROCCA, *Eguaglianza*, cit., p. 198 s.



Rimangono però aperte alcune questioni con riferimento alle modalità di integrazione della lacuna che si crea nel contratto in seguito alla dichiarazione di nullità della clausola, per rimuovere appieno gli effetti della discriminazione⁶¹.

L'integrazione del regolamento contrattuale potrebbe avvenire da parte del giudice, avvalendosi degli strumenti di cui all'art. 1374 c.c. ss., anche inserendo le clausole generalmente adottate dalla controparte "forte", come pure si è suggerito⁶²; un'altra opzione è quella di consentire la rettifica delle clausole contrattuali in termini non discriminatori, una sorta di risarcimento in forma specifica secondo l'art. 2058 c.c.; o anche, la possibilità di ordinare in via giudiziale alle parti di rivedere l'accordo contrattuale, cercando di salvaguardarne il più possibile l'autonomia.

A livello giurisprudenziale, con riferimento in particolare alla discriminazione retributiva, è stata confermata dalla Cassazione la nullità dell'atto discriminatorio⁶³. Allo stesso modo, la giurisprudenza di merito, quando ha affrontato la questione, ha dichiarato la nullità delle clausole del CCNL che ricollegavano un'indennità alla presenza fisica del lavoratore sul luogo di lavoro, in quanto discriminatorie. La questione della validità del contratto collettivo era nel caso di specie pregiudiziale al procedimento individuale in cui si richiedeva di rimuovere gli effetti della discriminazione e di riconoscere l'indennità non percepita ai lavoratori discriminati⁶⁴.

5. Prime riflessioni sull'impatto della Direttiva 2023 n. 970 sui rapporti tra privati

Oggi, la nozione di discriminazione adottata dal legislatore europeo è sempre più sfaccettata. Come anticipato, oltre la "semplice" discriminazione diretta, vale a dire il trattamento sfavorevole che un soggetto può subire rispetto a un altro in posizione analoga, viene presa in considerazione anche la discriminazione indiretta –che si verifica quando gli individui vengono messi, anche solo potenzialmente, in una situazione di particolare svantaggio, che può prescindere da un giudizio di comparazione-, e le molestie, comportamenti indesiderati "adottati per uno dei fattori di rischio", che hanno "lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo"⁶⁵, incluso l'eventuale trattamento sfavorevole subito da chi abbia rifiutato di sottostare a tali comportamenti⁶⁶.

⁶¹ Altro dubbio è se tale nullità possa essere rilevata in via officiosa, nell'interesse del lavoratore, da parte del giudice, come avviene dalla sentenza *Oceano* in poi (CGUE, C-240/98, 27 giugno del 2000, *Océano Grupo Editorial SA contro Roció Murciano Quintero*) per i contratti di consumo. La risposta sembra dover essere affermativa, sempre nell'ottica del perseguimento di una finalità protettiva nei confronti del lavoratore e di un'estensione della portata del divieto di discriminazione, in quanto espressione del principio di uguaglianza.

⁶² B. CHECCHINI, *op. cit.*, spec. p. 221.

⁶³ Cass. civ., 2023, n. 10328 (con riferimento, nel caso di specie, agli avvisi di selezione e alle graduatorie redatte da un'azienda per beneficiare di una progressione di carriera).

⁶⁴ Trib. Milano, n. 1617 del 2025. Tendenzialmente, in questi casi, in presenza di discriminazioni retributive, appare ormai affermato l'orientamento per cui si può ottenere la rimozione degli effetti discriminatori attraverso la corresponsione della specifica prestazione retributiva di cui la lavoratrice non ha goduto, in quanto titolare di "un diritto soggettivo assoluto a non subire discriminazioni" (v. Trib. Udine, n. 153 del 2020).

⁶⁵ Art. 2, par. 3, Dir. 2000/78/CE; da ultimo, la stessa definizione di molestia, come comportamento essenzialmente lesivo della dignità umana, si trova in Cass. n. 14836 del 2023.

⁶⁶ Per una critica delle distinzioni tra discriminazione diretta e indiretta e, a monte, del c.d. giudizio di comparazione, I. FANLO CORTÈS, in AA.VV., *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, Napoli, 2023, p. 69.



Il diritto antidiscriminatorio non guarda, quindi, al soggetto solo “in astratto”, ma in concreto, nelle sue condizioni e caratteristiche; in altre parole, nell’esperienza⁶⁷. Al tempo stesso, non si rivolge al soggetto “debole”, ma al soggetto “diverso”. Questa diversità è considerata una ricchezza, da tutelare e preservare. È poi un diritto che dedica grande attenzione ai rimedi, alle tutele e al profilo dell’effettività.

Questo è il contesto in cui si inserisce la Direttiva europea sulla trasparenza salariale, che traduce in via normativa la necessità di tutela dei soggetti deboli nei rapporti interprivati, l’importanza dell’accesso alla giustizia per garantire l’effettività dei diritti, e l’utilità della trasparenza a tal fine.

Alla luce di quanto osservato finora, è possibile svolgere alcune prime riflessioni sul possibile impatto della Direttiva europea n. 970 del 2023 sui rapporti tra privati, nel nostro ordinamento.

La Direttiva “sposta in avanti” la tutela antidiscriminatoria. In altre parole, i rimedi contro le condotte discriminatorie possono essere richiesti anche *prima* che la condotta discriminatoria si verifichi, e cioè anche quando il datore di lavoro “si limita” a non adempiere agli obblighi informativi previsti dalla legge. C’è un avanzamento della tutela al momento della *conoscenza*, che attesta l’importanza fondamentale attribuita al principio di trasparenza.

Di conoscenza vera e propria si tratta, e non di semplice conoscibilità: infatti, il datore di lavoro è tenuto, di *default*, a dare ai lavoratori informazioni ben precise sulla loro retribuzione e sui livelli di retribuzione medi.

In caso di violazione degli obblighi di trasparenza e in presenza di discriminazioni, si dispone di una tutela non solo risarcitoria, ma anche reale: il giudice può adottare provvedimenti che pongano fine alla violazione e contestualmente realizzino gli interessi dei soggetti lesi. Nella normativa di attuazione della Direttiva, dunque, di tali esigenze e punti fermi dovrà tenersi conto, in modo da assicurare alle lavoratrici vittime di discriminazioni retributive una tutela trasparente, effettiva e completa, fondamentale per raggiungere l’obiettivo della parità di genere. Affinché ciò possa realizzarsi, si è “compressa” l’autonomia privata, imponendo in capo alle parti obblighi informativi e prevedendo l’invalidità di clausole contrattuali che possano ostacolare il raggiungimento della piena conoscenza delle informazioni rilevanti, come quelle che limitano la facoltà dei lavoratori di diffondere le informazioni sulla loro retribuzione (di cui all’art. 7, par. 5, Dir. UE/2023/970, già ricordato).

Va pure considerata la significatività della Direttiva alla luce della crescente attenzione dedicata al concetto di “vulnerabilità” nel dibattito giuridico attuale. Secondo la dottrina che si è interrogata sul tema, una definizione di vulnerabilità, seppur problematica, potrebbe essere quella di una condizione di *dipendenza*, che si traduce in una fragilità, a causa della quale il rischio di subire danni risulta accentuato. La vulnerabilità assume rilevanza dal punto di vista giuridico come condizione che influenza l’autonomia e la libertà del soggetto, e in qualche modo ostacola la formazione piena della sua volontà negoziale⁶⁸.

La consapevolezza della condizione strutturale di vulnerabilità degli individui impone di superare la dimensione “mercantilistica” del diritto privato a favore della tutela della persona umana. Di conseguenza, la trasparenza e la necessità di configurare rimedi effettivi oltre quelli risarcitori andrebbero estese oltre la protezione del consumatore, o del lavoratore, in tutti i casi nei quali la presenza di discriminazioni sia riconducibile ad asimmetrie o a condizioni di vulnerabilità di carattere strutturale. In

⁶⁷ Per tutti, N. LIPARI, *Vivere il diritto. A colloquio con Gabriele Carapezza Figlia, Vincenzo Cuffaro e Francesco Macario*, Napoli, 2023, *passim*.

⁶⁸ Si rinvia alla nota 12 per i riferimenti bibliografici sul concetto di vulnerabilità. Si v. anche P. FEMIA, *Discriminazione*, cit., p. 525 ss. per alcune considerazioni sul rapporto tra discriminazione e vulnerabilità.



questo senso, la Direttiva rappresenta un'importante occasione per riflettere sugli effetti generali che la trasparenza e il divieto di discriminazioni possono avere sui rapporti interprivati, anche al di là del diritto del lavoro⁶⁹. Un principio di trasparenza, infatti, potrebbe, in futuro, ritenersi applicabile nelle aree cui si estende il divieto di discriminazioni nei confronti di soggetti che si trovano in condizione di vulnerabilità, perché senza trasparenza l'accesso ai rimedi e l'effettività faticano a trovare realizzazione.

6. Un'altra novità della Direttiva: l'intersezionalità e le sue funzioni

La Direttiva sottolinea come le disuguaglianze di genere, se affrontate in maniera settoriale, non possano essere effettivamente superate. Il legislatore, infatti, riconosce che ci sono alcune lavoratrici per cui, a causa di una varietà di fattori, può essere particolarmente difficile esercitare i propri diritti, e ricevere tutela in presenza di una discriminazione salariale.

Ed è proprio da questo punto di vista che la Direttiva presenta un'assoluta novità: il riconoscimento normativo delle *discriminazioni intersezionali* e delle loro implicazioni, soprattutto in termini rimediali. La Direttiva infatti prevede espressamente la necessità di interpretare il divieto di discriminazione nei rapporti di lavoro, in particolare per quanto riguarda la retribuzione, secondo un punto di vista intersezionale⁷⁰.

L'intersezionalità è stata messa a fuoco per la prima volta negli Stati Uniti da Kimberlé Crenshaw⁷¹, e indica un *punto di osservazione* che tenga conto, nell'individuare le forme sistematiche di subordinazione e le strutture di potere all'interno della società, dell'intreccio, dell'incontro e dello scontro, di qualità e qualifiche "identitarie"⁷².

Nonostante il chiaro riferimento alla identità, il punto fondamentale che ci suggerisce la teoria intersezionale è che soffermarsi soltanto ed esclusivamente sugli aspetti che i membri di un gruppo hanno in

⁶⁹ Sulla trasparenza nel diritto privato europeo *ex multis* B. PASA, voce *Forma informativa*, in *Dig. civ.*, Agg., Torino, 2010, spec. p. 657 ss.

⁷⁰ Il riferimento è agli artt. 3, 16, 23 e 29 della Direttiva. Sulle discriminazioni intersezionali nel diritto del lavoro A. GABRIELE, *Le discriminazioni multiple nell'intreccio delle fonti*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2021, p. 362 ss.; nella Direttiva, si rinvia a B. G. BELLO – L. MANCINI, *op. cit.*, p. 1 ss.; R. ZUCARO, *op. cit.*, p. 445 ss.; N. DUBE, *op. cit.*, p. 43 ss.

⁷¹ Il riferimento è a K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139 ss.; ID, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 1991, p. 1241 ss. La teoria dell'intersezionalità in ambito giuridico deve molto anche agli studi di altre autrici femministe, anche se non giuriste, tra cui bell hooks (pseudonimo di Gloria Jean Watkins, dalla stessa riportato in lettere minuscole), Claudia Jones, Frances M. Beal (autrice del pamphlet: *Double Jeopardy: To Be Black and Female*, disponibile online dal 2008 in *Meridians*, pubblicato da *Duke University Press*, p. 166 ss.), il Combahee River Collective, Selma James, Angela Davis, Enriqueta Longeaux y Vasquez, Cherríe Moraga. Per ulteriori riferimenti alle relazioni del pensiero femminista con l'intersezionalità negli Stati Uniti, si rinvia in particolare ad A. SRINIVASAN, *The Right to Sex*, Londra, 2021, spec. p. 17 ss.

⁷² K. CRENSHAW, *Demarginalizing*, cit., p. 1244 ss. Sull'intersezionalità, nella letteratura italiana e straniera, si rinvia fin d'ora a M. W. HESSELINK – L. K. L. TJOEN SOEI LEN, *European Private Law and Intersectionality: Three Strategies*, in *European Law Open*, 2025, p. 1 ss.; AA.VV., *Intersezionalità: genealogia*, cit.; D. KENNEDY, *Intersezionalità e Critical Race Theory: una genealogia dal punto di vista dei Critical Legal Studies*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, p. 9 ss.; G. MARINI, *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, p. 473 ss.; S. ATREY – P. DUNNE (a cura di), *Intersectionality and Human Rights Law*, Oxford, 2020; B. G. BELLO, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, 2020; P. HILL COLLINS, *Intersectionality as Critical Social Theory*, Durham, 2019. Alcune considerazioni su intersezionalità e identità sono presenti in V. PESCATORE, *Violenza di genere, identità femminile e ruolo del diritto (a proposito della traduzione italiana di un saggio di Duncan Kennedy)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2024, spec. p. 166 ss.



comune (il sesso, la razza, la disabilità), finisce per trascurare coloro che, in quel gruppo, hanno tratti *differenziati*, da cui anche deriva la loro oppressione⁷³.

L'esempio paradigmatico che venne per primo evidenziato dalla letteratura in tema fu quello delle *donne nere*, suscettibili di subire discriminazioni sia in quanto nere che in quanto donne. Quando un datore di lavoro, sistematicamente, si rifiuta di assumere donne nere, ma assume uomini neri e donne bianche, le norme sull'uguaglianza di genere e quelle volte a combattere le discriminazioni razziali, se rimangono cieche nei confronti degli individui a cavallo dei due indici di discriminazione, non sono sufficienti. Il gruppo discriminato, quello delle donne nere, si trova, infatti, senza adeguata protezione. La discriminazione non è, in questo caso, determinata dalla somma di due fattori, quello del genere e quello della razza; è provocata dalla loro unione, commistione e interazione⁷⁴.

Un esempio di discriminazione intersezionale facilmente comprensibile da qualsiasi cittadino europeo potrebbe essere il divieto di indossare il velo sul luogo di lavoro; in questo caso, il sesso e la religione sono fattori che, considerati insieme e inestricabilmente, contribuiscono alla definizione dell'identità di determinati soggetti, le donne musulmane⁷⁵.

È stato sottolineato come la teoria intersezionale possa essere uno strumento contro la preservazione delle strutture di potere e delle disuguaglianze presenti nella società. Alcune discriminazioni, infatti, non possono essere colte considerando solamente, in via isolata, certi aspetti delle identità dei soggetti: esse appaiono piuttosto evidenti dall'osservazione di come razzismo, patriarcato, classe, ovvero le *strutture di potere sociali*⁷⁶, incidono sulle condizioni di vita delle persone. Ritagliando la tutela antidiscriminatoria intorno ai contorni dei suoi tipici rappresentanti, il diritto si rende complice della marginalizzazione di alcuni gruppi (le *donne nere*, appunto), e dell'inasprimento delle dinamiche conflittuali tra gli stessi.

Alla luce dell'introduzione del canone dell'intersezionalità nella Direttiva n. 970 del 2023, che dal legislatore viene declinato in termini ben specifici, si intende svolgere una riflessione sull'opportunità, nel diritto privato europeo, di intervenire sulle disuguaglianze e sulle discriminazioni secondo una prospettiva intersezionale.

Il riconoscimento normativo delle discriminazioni intersezionali è, infatti, di particolare interesse per il civilista, per via delle implicazioni che è suscettibile di avere sulla concezione della soggettività e sul diritto dei contratti⁷⁷.

⁷³ G. MARINI, *Introduzione*, in AA.VV., *Intersezionalità*, cit., pp. 44, 48. L'autore precisa che l'intersezionalità non guarda alla decostruzione delle categorie identitarie (come invece le teorie *queer*), ma alle loro conseguenze.

⁷⁴ K. CRENSHAW, *Mapping the Margins*, cit., *passim*, in cui l'autrice prende in considerazione il caso *DeGraffenreid v. General Motors*, 413 F. Suppl., 142 (E.D. Mo. 1976), su cui v. *infra*, §9.

⁷⁵ La Corte di Giustizia si è pronunciata di recente sul tema, chiarendo che il divieto di indossare il velo sul luogo di lavoro non è discriminatorio se assume i connotati di un generale e indiscriminato divieto di indossare oggetti religiosi (CGUE, cause riunite C-804/16 e C-341/19, 15 luglio 2021). Il divieto di indossare oggetti religiosi e financo, espressamente, il velo, sul posto di lavoro, è stato oggetto di una serie di altre controversie che sono state sottoposte all'attenzione della Corte di Giustizia; tra le varie, CGUE, C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions NV*, 14 marzo 2017. Per una ricostruzione di tali decisioni e un commento critico, E. HOWARD, *Intersectional discrimination and EU law: time to revisit Parris*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, 2024, p. 305 ss.

⁷⁶ L'espressione è di I. FANLO CORTÈS, *op. cit.*, p. 54.

⁷⁷ Su intersezionalità e diritto europeo si rinvia fin d'ora a R. J. DILLMAN – K. C. MÜLLER, *A Short Note on Intersectionality and EU Law – The Concept, its Prospects and Potential Pitfalls*, in I. Burr-Haase – R. Dillmann – E. Heinemann – J. Mattissen (a cura di), *Results of the Cologne Summer School for European Legal Linguistics*, Colonia, 2023, p. 345 ss.

Non ci si occuperà, nel presente contributo, dell'intersezionalità con riferimento agli *status*; tuttavia, è un rapporto che potrebbe meritare attenzione. Sugli *status*, in generale, v. i fondamentali contributi di P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 209 ss.; ID, voce *Status. Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXIV,



6.1. Segue. Le discriminazioni intersezionali: la disciplina

La Direttiva UE/2023/970 menziona l'intersezionalità agli artt. 3, lett. e), 16, 23 e 29, e in diversi Considerando.

Al Considerando 25, la discriminazione intersezionale viene definita come quella che deriva da “un’intersezione di vari assi di discriminazione o disuguaglianza qualora il lavoratore appartenga a uno o più gruppi protetti contro la discriminazione fondata sul sesso, da un lato, e la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale, quali tutelati dalle Dir. 2000/43/CE e 2000/78/CE”. Rientrerebbero in tale definizione “le donne con disabilità, le donne di origine razziale ed etnica diversa, comprese le donne rom e le donne giovani o anziane”. Ove la discriminazione riguardasse tali “gruppi”, “dovrebbe essere possibile tenere conto di tale combinazione [...] consentendo agli organi giurisdizionali nazionali, agli organismi per la parità e alle altre autorità competenti di *tenere debitamente conto di qualsiasi situazione di svantaggio derivante da una discriminazione intersezionale* in particolare a fini sostanziali e procedurali, compreso riconoscere l’esistenza di una discriminazione [...] *valutare la proporzionalità e determinare, se del caso, il livello del risarcimento concesso o delle sanzioni imposte*”. Il concetto è ribadito anche al Considerando 50⁷⁸.

Al Considerando 32, inoltre, si osserva come la trasparenza consente di affrontare anche la discriminazione intersezionale, atteso che la mancanza di trasparenza retributiva “lascia spazio a pratiche discriminatorie basate su diversi motivi”.

La discriminazione intersezionale torna poi all’art. 3, dove viene definita più analiticamente con riferimento a quanto disposto nel Considerando 25, e soprattutto nelle disposizioni dedicate al risarcimento del danno (art. 16), alle sanzioni (art. 23), al monitoraggio e alla parità di trattamento (art. 29).

Alla luce di quanto già stabilito nel Considerando 25, l’art. 16 menziona il “danno da discriminazione intersezionale” attribuendogli quasi i caratteri di una nuova voce di danno, che si affianca al “danno immateriale” (*rectius*, non patrimoniale) e al danno patrimoniale (della cui composizione si è detto in precedenza). La disposizione normativa, nell’enunciare, in via generale, la funzione reintegrativa e compensativa del risarcimento del danno, prevede che la riparazione del pregiudizio subito debba essere “reale ed effettiva” e avvenire “secondo le modalità stabilite dallo Stato membro, in modo dissuasivo e proporzionato”. Al par. 3 dell’art. 16, precisato che “il risarcimento o la riparazione” del danno che consegue all’illecito discriminatorio “pongono il lavoratore che ha subito un danno nella posizione in cui la persona si sarebbe trovata se non fosse stata discriminata in base al sesso o se non si fosse verificata alcuna violazione dei diritti o degli obblighi connessi al principio della parità di retribuzione”, si aggiunge che, in sede di attuazione della Direttiva, gli Stati europei assicurano che nel risarcimento siano compresi “*i danni causati da altri fattori pertinenti che possono includere la discriminazione intersezionale*”. In questo senso, gli ordinamenti nazionali hanno un margine di discrezionalità rispetto alla rilevanza da attribuire alla discriminazione intersezionale nella quantificazione del danno da risarcire, secondo criteri anche più rigorosi rispetto alla discriminazione “monofattoriale”.

Roma, 1993, 1 ss.; P. STANZIONE, *Il soggetto. Capacità, legittimazione, status*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni, Milano, 2017.

⁷⁸ “Se del caso, il risarcimento può tener conto dei danni causati da una discriminazione retributiva fondata sul sesso che si interseca con altri motivi di discriminazione oggetto di protezione. Gli Stati membri non dovrebbero prestabilire un massimale per tale risarcimento” (Considerando 50, Dir. UE/2023/970).



La complessa formulazione dell'art. 16 e l'enfasi con la quale il legislatore organizza il modello risarcitorio in caso di discriminazioni retributive anche di natura intersezionale, rende non semplice la sistemazione di quest'ultima voce di danno, che già ai sensi del considerando 25 prima citato si ritiene necessario "riconoscere". Dal richiamo costante del canone della proporzionalità, e dalla chiara affermazione per cui il risarcimento deve ripristinare la posizione *quo ante* del danneggiato, non sembra possa essere riconosciuto al risarcimento invocato in chiave intersezionale la natura di un vero e proprio danno punitivo. Tale conclusione sarebbe, infatti, abbastanza singolare, non del tutto in linea con la discrezionalità riconosciuta ai legislatori nazionali e nemmeno con le logiche dei sistemi di *civil law*.

La funzione "dissuasiva" esplicitamente attribuita alla responsabilità civile nel caso di discriminazione anche intersezionale, in quanto pur sempre accompagnata dal limite della proporzionalità, non implica un rilievo autonomo della condotta illecita del datore, a prescindere dalla ricorrenza di un danno cagionato ad un interesse giuridico rilevante. Al contrario, il riconoscimento del canone dell'intersezionalità serve a far emergere discriminazioni che altrimenti resterebbero irrilevanti e non darebbero ingresso ad alcun risarcimento, con conseguente lesione –in generale– della dignità e dell'uguaglianza delle persone. L'obiettivo del legislatore è pertanto quello di ampliare le ipotesi delle discriminazioni ingiuste, e perciò risarcibili.

Per intendersi: un datore che discriminasse le donne di origine rom, ma non tutte le donne, o tutte le persone rom, non potrebbe giustificarsi ragionevolmente semplicemente adducendo il fatto di non discriminare tutte le donne, o tutti i rom, argomenti che occulterebbero ora il fattore etnico, ora il fattore di genere, perché questo risultato è proprio quello che la Direttiva vuole impedire. In assenza di altre valide giustificazioni, pertanto, il datore potrebbe essere chiamato a risarcire tutti i danni da discriminazione retributiva, patrimoniali e "immateriali" (la sottovalutazione del lavoro svolto, di cui parla il Considerando 50), riconducibili ad entrambi i fattori, quello di genere, quello etnico, o di età o religioso che sia, in una proporzione che "tenga conto" dell'intersezione e della combinazione di questi due o più fattori.

Questo è quanto sembra emergere dal combinato disposto dei Considerando e delle norme citati. Ma anche l'art. 23, d'altronde, nell'individuare le sanzioni applicabili ai datori di lavoro in presenza di una violazione della Direttiva, dispone al par. 3 che la discriminazione intersezionale può essere considerata un fattore *aggravante*, rimandando la scelta, in tal senso, agli ordinamenti nazionali. Mentre all'art. 29 la discriminazione intersezionale viene annoverata tra le situazioni su cui gli organismi di monitoraggio sono incaricati di raccogliere dati ai fini dell'implementazione del principio di trasparenza.

Va inoltre sottolineato che nella Dir. UE/2023/970, come anche nella Dir. UE/2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, che rappresenta ad oggi l'unico altro atto normativo europeo vincolante che esplicitamente, e più volte, menziona l'intersezionalità⁷⁹, il punto di partenza è comunque la discriminazione di genere. Pertanto, le discriminazioni intersezionali considerate dal legislatore europeo includono sempre il genere tra i fattori identitari, avvicinandosi a quello che viene definito il c.d. approccio "*sex plus*"⁸⁰.

L'approccio "*sex plus*" indica una modalità argomentativa per cui la multidimensionalità della discriminazione viene riconosciuta solo in presenza di un trattamento sfavorevole a causa del sesso *e* di un altro fattore, escludendo ingiustamente da questa prospettiva le discriminazioni multidimensionali non fondate

⁷⁹ Dir. UE/2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024, su cui i vari contributi raccolti in M. R. MARELLA (a cura di), *La violenza domestica e la responsabilità civile nel nuovo diritto di famiglia*, Pisa, 2025.

⁸⁰ S. FREDMAN, *Intersectional discrimination in EU gender equality law and non-discrimination law*, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, 2016, p. 67; S. ATREY, *Illuminating the CJEU's Blind Spot of Intersectional Discrimination in Parris v. Trinity College Dublin*, in *Industrial Law Journal*, 2018, p. 285.



sul sesso, come quelle derivanti dall'intreccio tra disabilità ed età, per esempio. E però, se la portata dell'intersezionalità nel diritto privato europeo fosse limitata solamente a tale approccio, si darebbe luogo ad un'irragionevole disparità di trattamento nei confronti di altre situazioni ugualmente meritevoli di tutela, oltre al fatto che si avrebbe un'applicazione piuttosto riduttiva della metodologia intersezionale.

L'intersezionalità non dovrebbe, a nostro avviso, essere considerata solo con riferimento alla trasparenza retributiva, né solo con riferimento alle intersezioni tra *genere* e altri fattori. Dovrebbe invece essere considerata quale espressione di un principio ormai diffuso a livello europeo, *oltre* il diritto del lavoro, e oltre le discriminazioni di genere.

Quanto affermato è giustificato anche dalla necessità di considerare unitariamente le varie direttive antidiscriminazione, che sono frutto di una comune politica europea⁸¹. Nell'interpretare l'una non si può prescindere dall'altra, per cui il dato positivo contenuto nella Direttiva UE/2023/970 non può essere ignorato negli altri ambiti in cui si applica il diritto antidiscriminatorio.

Un'interpretazione della normativa coerente con le esigenze di tutela della diversità, del pluralismo culturale, della giustizia sociale, imporrebbe di considerare l'intersezionalità fondamentalmente come una tecnica ermeneutica che può consentire di illuminare le forme di discriminazione che altrimenti rischierebbero di rimanere invisibili. Si tratta di qualcosa in più di un'aggravante suscettibile di incidere sul profilo quantitativo del diritto al risarcimento del danno nel caso di ingiustificate disparità di trattamento retributive.

Occorre aggiungere che la maggiore sensibilità verso le discriminazioni intersezionali e multiple era già emersa in numerosi documenti europei di *soft law*, non vincolanti, precedenti alla Direttiva, relativi alla lotta contro le discriminazioni razziali, alla tutela dei diritti dei soggetti LBGTQI+, e alla questione di genere⁸².

Tra questi, si ricordano la Comunicazione della Commissione europea sulla strategia per la parità di genere “Un'Unione dell'uguaglianza” del 5 marzo 2020, la Risoluzione del Parlamento europeo del 6 luglio 2022 sulla “Discriminazione intersezionale nell'UE: la situazione socioeconomica delle donne di origine africana, mediorientale, latinoamericana e asiatica”, e la Risoluzione del Parlamento europeo del 19 aprile 2023 sulla “Lotta alla discriminazione nell'Unione europea”, sulla proposta di una direttiva orizzontale antidiscriminazione⁸³.

⁸¹ B. CHECCHINI, *op. cit.*, p. 63.

⁸² Ci si riferisce alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025, COM(2020) 152 final; la Risoluzione del Parlamento europeo sulla Lotta alla discriminazione nell'UE: la tanto attesa direttiva orizzontale antidiscriminazione, 19 aprile 2023 (TA(2023)0111); la Risoluzione del Parlamento europeo su Giustizia razziale, non discriminazione e lotta al razzismo nell'UE, 10 novembre 2022 (TA(2022)0389); la Risoluzione del 6 luglio 2022 su Discriminazione intersezionale nell'UE: la situazione socioeconomica delle donne di origine africana, mediorientale, latinoamericana e asiatica (TA(2022)0289); la Risoluzione del 26 marzo 2019 sui diritti fondamentali delle persone di origine africana in Europa (TA(2019)0239), dove viene riconosciuto non solo che la razza spesso si interseca con altri fattori di discriminazione, ma anche di oppressione. Menzionano la discriminazione multipla le Risoluzioni del Parlamento europeo del 18 dicembre 2019 sulla discriminazione in pubblico e sull'incitamento all'odio nei confronti delle persone LGBTI, comprese le zone libere da LGBTI (TA (2019)0101); la Risoluzione del Parlamento europeo del 29 novembre 2018 sulla situazione delle donne con disabilità (TA(2018)0484); il Regolamento UE/2023/1322, in cui si auspica un utilizzo dell'intersezionalità come “principio trasversale” nella ricerca, con riferimento alle attività dell'Agenzia europea sulle droghe e la tossicodipendenza (EUDA); infine, le Dir. UE/2023/970, già più volte citata, e la Direttiva UE/2024/1385, pure menzionata, sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica.

⁸³ Inoltre, un punto di vista intersezionale si trova in alcuni trattati internazionali cui aderiscono i Paesi europei, come la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (*Convention on Elimination of all forms*



Queste fonti non dovrebbero essere lette in maniera isolata, perché sono parte di un quadro normativo unitario. Sono coerenti con l'evoluzione degli strumenti di tutela del soggetto e dei suoi diritti fondamentali, e attestano la formazione, insieme alle Direttive sulla trasparenza salariale e sulla violenza di genere, di un linguaggio giuridico comune di un diritto antidiscriminatorio maggiormente inclusivo.

Resta da vedere quali saranno gli effetti della Direttiva UE/2023/970 negli ordinamenti nazionali. Questi devono infatti attuarla entro giugno 2026. Sarà importante verificarne il recepimento, e vedere se effettivamente i legislatori nazionali saranno in grado di riprendere l'intersezionalità senza ridurla alle discriminazioni addizionali, e assistere ai primi giudizi in cui verranno dedotte le discriminazioni intersezionali⁸⁴.

6.2. La valorizzazione del canone intersezionale nella cultura giuridica europea

In verità, una parte della dottrina europea si era già cimentata nell'interrogativo di comprendere possibili spazi e funzione dell'intersezionalità nel diritto privato europeo, prima ancora che questo canone ottenesse un riconoscimento di diritto positivo, con approcci diversi e giungendo a risultati non del tutto coincidenti.

Secondo un primo punto di vista⁸⁵, l'intersezionalità è in buona sostanza un *metodo giuridico*, un'essenziale chiave di lettura critica, sempre in *progress*, delle istituzioni e delle norme, da concepirsi fondamentalmente come un punto di osservazione che disvela le disuguaglianze che il diritto e le strutture identitarie in esso riconosciute possono creare.

Un'altra dottrina⁸⁶, invece, ritiene che l'intersezionalità consenta di prendere piena consapevolezza dell'insufficienza di una visione puramente formalistica e frammentaria della persona, e induca a rendersi conto della necessità di adoperare in via diretta nei rapporti interprivati il principio di uguaglianza sostanziale.

Altri ancora⁸⁷ vedono l'intersezionalità come un importante canone, uno strumento necessario per la costruzione di un diritto contrattuale europeo più giusto, maggiormente attento alla debolezza e alla vulnerabilità della persona.

of Discrimination Against Women, c.d. CEDAW, in part. Racc. n. 28) o la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (*Convention on the Rights of the Persons with Disabilities*, c.d. CRPD). Pur non trattandosi di norme europee, certamente il panorama di diritto internazionale è da tenere in conto, nella misura in cui anche questo è destinato comunque ad avere effetto negli ordinamenti nazionali.

⁸⁴ P. FEMIA – M. MAUGERI, *Intersectionality and Law: Right or Method?*, in H. W. MICKLITZ – G. VETTORI (a cura di), *The future of the person*, Oxford, 2025, pp. 136-137.

⁸⁵ G. MARINI, *Intersezionalità: genealogia*, cit., p. 497 ss. Tale dottrina mette anche in guardia nei confronti del rischio di appiattare l'intersezionalità, una volta "esportata" nel contesto europeo, sul tema dominante del genere, trascurando la questione della razza. Tra i molti, l'intersezionalità è definita una metodologia anche da C. MACKINNON, *Intersectionality as Method: A Note*, in *Signs*, 2013, p. 1020 ss.

⁸⁶ Si vedano in questo senso le osservazioni di P. FEMIA – M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 144. I due autori mettono in chiaro alcune criticità presenti nel concetto di intersezionalità; in particolare, che essa possa "annichilire" le particolarità delle individuali, spersonalizzando il singolo, e riconducendolo solamente a parte di un gruppo. Gli Autori esprimono anche la perplessità per cui l'intersezionalità rischierebbe di provocare una frammentazione disorganica in ulteriori norme di dettaglio del diritto antidiscriminatorio.

⁸⁷ M. W. HESSELINK – L. K. L. TJON SOEI LEN, *op. cit.*, 2024, p. 12 ss.; L. K. L. TJON SOEI LEN, *Progress towards what? On the need for an intersectional paradigm shift in European private law*, in *European Law Open*, 2022, p. 363 ss. Più in



Secondo questo indirizzo è possibile, e desiderabile, incorporare l'intersezionalità nel diritto privato. Il riferimento è, ad esempio, all'*unfair exploitation*, prevista all'art. 7:207 del *Draft Common Frame of Reference*⁸⁸.

Tali Autori, sulla base di questa disposizione, ipotizzano l'invalidità di un contratto in cui un contraente tragga un vantaggio ingiusto da una situazione di debolezza della controparte, che deriva dall'oppressione strutturale che questa subisce a causa di fattori quali, tra gli altri, il sessismo, il razzismo e, in particolare, dalla loro intersezione. Da ciò deriverebbe anche la possibilità di dare alla parte lesa la possibilità di richiedere la riduzione a equità del contratto "squilibrato" a causa delle condizioni soggettive di uno dei contraenti, e la sua rinegoziazione, sotto la supervisione del giudice⁸⁹. Viene perciò prospettata la possibilità di modificare l'art. 7:207 del DCFR in questo senso, fino ad eliminare, nel caso di oppressioni strutturali, il requisito necessario della mala fede; nessuno, si osserva, può sostenere di ignorare che alcuni soggetti si trovino in una posizione di vantaggio "strutturale" rispetto ad altri. Questi studiosi si spingono fino ad immaginare una radicale ridefinizione del diritto dei contratti, al punto tale da portare alla sua "abolizione"⁹⁰.

L'intersezionalità è stata, infine, definita una *travelling theory*: "una teoria capace di viaggiare attraverso il tempo e lo spazio, valicando confini geografici e gettando un ponte interdisciplinare fra diversi saperi"⁹¹. Il nostro ordinamento, preparato dagli studi giuridici sul pluralismo⁹² e la persona, potrebbe diventare un terreno fertile per far germogliare il seme di questa "teoria che viaggia"⁹³.

generale, sui rapporti tra diritto privato europeo e giustizia sociale, si rinvia a M. W. HESSELINK, *Justifying Contract in Europe: Political Philosophies of European Contract Law*, Oxford, 2021, *passim*; H. W. MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law. Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge, 2018, p. 5 ss.; A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 75 ss.; U. MATTEI, *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, in *Eur. Law Journ.*, 2004, p. 653 ss.; e, tra tutti, H. COLLINS, *Il codice civile europeo. La via da seguire*, Napoli, 2013. Le differenze tra giustizia distributiva e paternalismo nel diritto privato sono messe in chiaro da R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 772 ss.

⁸⁸ Per cui: "A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage. Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accord with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed. A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it."

⁸⁹ M. W. HESSELINK – L. K. L. TJON SOEI LEN, *op. cit.*, p. 14. Alla riflessione degli autori giova aggiungere che, nel *Draft*, è presente un riferimento alle discriminazioni, al Principle n. VII, dove viene sancito che la libertà contrattuale può essere limitata qualora essa esiti in una "unacceptable discrimination", definita come un'offesa alla dignità umana, sulla base dei fattori di rischio indicati dal diritto nazionale ed europeo.

⁹⁰ M. W. HESSELINK – L. K. L. TJON SOEI LEN, *op. cit.*, p. 18 ss.

⁹¹ G. MARINI, *Intersezionalità: genealogia*, cit., p. 476.

⁹² Tra gli studi sul pluralismo si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, a G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, Firenze, 2024, *passim*; alla raccolta a cura di P. CAPPELLINI – G. CAZZETTA, *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei. Atti dell'incontro di studi Firenze 20-21 ottobre 2022*, Milano, 2023; S. GRUNDMANN – H. W. MICKLITZ – M. RENNER, *op. cit.*; C. CAMARDI, *La scienza del diritto civile nell'ottica del pluralismo. Note brevi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2022, p. 436 ss. e, tra tutti, al fondamentale P. RESCIGNO, *Ascesa e declino della società pluralista*, in *Quaderni di scienze sociali*, 1965, p. 333 ss. e ai saggi raccolti in ID, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966.

⁹³ G. MARINI, *Introduzione*, cit., p. 22.



7. Le discriminazioni multiple nella giurisprudenza europea

Da un punto di vista giurisprudenziale, generalmente, quando le corti europee si riferiscono alla discriminazione basata su *multiple grounds* prendono in considerazione le discriminazioni addizionali, e non propriamente quelle intersezionali⁹⁴. Non si può negare in effetti che in Europa sussistano diverse incertezze con riferimento all'applicazione del canone dell'intersezionalità⁹⁵. Probabilmente, la giurisprudenza europea non si è, finora, dimostrata particolarmente sensibile a questo tipo di discriminazioni anche perché l'intersezionalità arriva da noi qualche tempo dopo, e in un contesto (giuridico, sociale, politico, culturale) molto differente rispetto agli Stati Uniti, dove ha avuto origine. È però attraverso la giurisprudenza che, anche prima del riconoscimento normativo, nuovi interessi e nuove forme di vulnerabilità, in una società complessa, polifonica e plurale, si manifestano.

Una pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea particolarmente indicativa in questo senso è quella resa nel caso *David L. Parris v. Trinity College Dublin*⁹⁶.

In breve, la vicenda riguardava una pensione di reversibilità che David Parris, docente presso il Trinity College di Dublino, aveva richiesto per suo marito. La normativa nazionale irlandese, però, escludeva il pagamento della pensione di reversibilità nei confronti dei congiunti dei dipendenti anche di enti privati qualora il matrimonio o l'unione civile fossero stati contratti dopo i sessant'anni di età. Parris e il compagno avevano formalizzato la loro unione quando Parris aveva sessantatré anni (e si erano, successivamente, sposati). Di conseguenza, la pensione di reversibilità gli era stata negata.

Tuttavia, per Parris sarebbe stato giuridicamente impossibile contrarre unione civile o matrimonio prima dei sessant'anni di età e quindi accedere al trattamento previdenziale. Questo perché la normativa irlandese aveva solo in un momento successivo garantito la possibilità di unirsi civilmente o sposarsi tra persone dello stesso sesso, ovvero di ottenere un riconoscimento dell'unione civile o del matrimonio omosessuale celebrato all'estero. Dunque, la condizione stabilita dalla normativa nazionale per l'accesso al beneficio fiscale risultava indirettamente discriminatoria nei confronti delle persone omosessuali di una certa età. Il giudice del rinvio aveva allora chiesto alla Corte di Giustizia se la Direttiva 2000/78/CE, applicabile al caso di specie, dovesse interpretarsi in modo da impedire discriminazioni come quella in esame, risultanti dalla combinazione dell'orientamento sessuale e dell'età.

La Corte aveva risposto negativamente⁹⁷. La CGUE ha dichiarato che “non esiste alcuna nuova categoria di discriminazione che risulti dalla combinazione di alcuni [...] motivi, quali l'orientamento sessuale e l'età, e che possa essere constatata quando sia stata esclusa una discriminazione sulla base dei

⁹⁴ Questo stando al report di S. FREDMAN, *Intersectional discrimination*, cit., p. 8 ss. e al report, redatto dal Center for Intersectional Justice (CIJ), *Intersectional discrimination in Europe: relevance, challenges, and ways forward*, 2019, spec. p. 7 ss. La distinzione è piuttosto ambigua e sottile. Generalmente, tra le “discriminazioni multiple”, si distingue la discriminazione “addizionale”, quando gli individui subiscono un trattamento diseguale ingiustificato a causa della *somma* di più fattori di rischio, che però mantengono la loro individualità e rimangono ben distinti. Da questa fattispecie differisce la discriminazione intersezionale, dove i fattori di rischio si *integrano* tra loro, producendo una discriminazione particolare e diversa.

⁹⁵ Più aperta ad applicare l'intersezionalità nelle sue decisioni appare la giurisprudenza sovranazionale nel contesto latinoamericano; si vedano, a scopo esemplificativo, i casi, decisi dalla Corte interamericana dei diritti umani, *Gonzales LLUY et al. v. Ecuador*, 2015; *Manuela et al. v. El Salvador*, 2021; *Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, su cui L. PALUMBO, *Intersectionality and Vulnerability: Insights from the Fireworks Factory Decision of the Inter-American Court of Human Rights and the Mahlangu Decision of the Constitutional Court of South Africa*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2024, spec. p. 70 ss.

⁹⁶ CGUE, Caso C-443/15, *David L. Parris v Trinity College Dublin and Others*, 24 novembre 2016.

⁹⁷ Si veda anche l'ulteriore casistica richiamata in I. FANLO CORTÈS, *op. cit.*, p. 61 ss.



medesimi motivi, considerati in modo separato”, escludendo, così, un’interpretazione intersezionale della Dir. 2000/78/CE, sulla parità di trattamento in ambito lavorativo.

La decisione è stata oggetto di critiche e riflessioni⁹⁸. Particolarmente suggestivo pare il processo di *re-writing*, tecnica elaborata da alcune studiose per una possibile “riscrittura” in chiave intersezionale e femminista dei giudizi delle corti sovranazionali⁹⁹. Se oggi dovessimo *riscrivere* il caso *Parris*, considerando l’intersezionalità come canone interpretativo, l’esito sarebbe quello di reputare il regime previdenziale applicato dal *Trinity* illegittimo. In particolare, la condotta dell’università sarebbe una violazione degli artt. 2 e 6, par. 2, della Direttiva UE/2000/78.

Se, infatti, si interpreta l’art. 2 come norma che vieta le discriminazioni derivanti dall’intersezione (e non solo da “uno”) dei fattori enumerati all’art. 1 (religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali), la condotta del *Trinity* sicuramente integra una discriminazione a causa dell’orientamento sessuale e dell’età. Ciò avrebbe portato anche all’accertamento di una violazione dell’art. 6 della Direttiva, per cui “gli Stati membri possono prevedere che la fissazione per i regimi professionali di sicurezza sociale di un’età per poter accedere o aver titolo alle prestazioni pensionistiche o all’invalidità, compresa la fissazione per tali regimi di età diverse per lavoratori o gruppi o categorie di lavoratori e l’utilizzazione, nell’ambito di detti regimi, di criteri di età nei calcoli attuariali non costituisca una discriminazione fondata sull’età, purché ciò non dia luogo a discriminazioni fondate sul sesso”, interpretando estensivamente “sesso” come “orientamento sessuale”. Il regime previdenziale dell’università, infatti, è discriminatorio dal punto di vista dell’età e dell’orientamento sessuale, se considerati congiuntamente. Il campo di applicazione della Direttiva, secondo l’art. 3, include il settore privato, ed è così che anche un ente come il *Trinity* vi è ricompreso.

A livello sovranazionale, nemmeno la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) sembra avere particolare familiarità con il concetto di intersezionalità. Tra tutti, però, nel caso *B.S. c. Spagna* la Corte ha rilevato la necessità di interpretare il diritto antidiscriminatorio, se non esplicitamente in chiave intersezionale, tenendo in ogni caso in considerazione le discriminazioni multiple. Nella sentenza, la ricorrente era una donna migrante, nera, *sex worker*, che la CEDU ha ritenuto esser stata sistematicamente discriminata dalla polizia, che aveva compiuto nei suoi confronti atti intrinsecamente odiosi, e dotati financo di portata persecutoria, in cui l’odio di classe, razziale e il sessismo, apparivano inevitabilmente connessi. La ricorrente dunque chiedeva il risarcimento del danno sofferto in seguito alla condotta violenta e discriminatoria della polizia.

La Corte ha stabilito che l’art. 14 della CEDU, in combinato disposto con l’art. 3, che vieta i trattamenti inumani e degradanti, era stato violato dalla Spagna¹⁰⁰. Alla ricorrente è stata pertanto garantita dal giudice nazionale, in applicazione del principio definito dalla Corte EDU, una “*just compensation*”, in particolare il risarcimento del danno non patrimoniale subito a causa dei trattamenti discriminatori e degradanti cui era stata sottoposta da parte della polizia¹⁰¹.

⁹⁸ In prospettiva critica nei confronti della decisione della CGUE in *Parris*: S. ATREY, *Illuminating*, cit., p. 278 ss.; E. HOWARD, *op. cit.*, p. 292 ss.; M. MÖSCHEL, *If and When Age and Sexual Orientation Discrimination Intersect: Parris*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1835 ss.; D. SCHIEK, *On Uses, Mis-Uses and Non-Uses of Intersectionality before the Court of Justice*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, 2018, p. 82 ss.

⁹⁹ Sul *re-writing* delle decisioni giurisprudenziali come pratica femminista, E. BREMS (a cura di), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge, 2012; R.C. HUNTER – C. MCGLYNN – E. RACKLEY (a cura di), *Feminist Judgments: From Theory to Practice*, Oxford, 2010.

¹⁰⁰ Corte europea dei diritti umani (CEDU), caso *B.S. c. Spagna*, 24 luglio 2012.

¹⁰¹ Per la documentazione, resa disponibile sul sito della Corte EDU, delle misure di esecuzione della decisione della



Il caso risulta particolarmente intrigante, anche se la Corte non ha fatto riferimento all'intersezionalità (termine usato, invece, dal gruppo di ricerca GRECS dell'Università di Barcellona, intervenuto in giudizio), ma alla "particolare vulnerabilità" della ricorrente, che derivava dall'essere africana, donna, e una lavoratrice sessuale, di cui il giudice nazionale non aveva tenuto conto. Ciononostante, seppur non in forma espressa, credo si possa affermare che la Corte EDU abbia svolto un'interpretazione intersezionale dell'art. 14 della Carta¹⁰². Quest'ultimo, tra l'altro, si presta a una lettura intersezionale, trattandosi di una clausola aperta, in cui si vietano le discriminazioni a causa dei motivi ivi indicati, e di "qualsiasi altro fattore".

B.S. c. Spagna mette in evidenza anche un elemento essenziale: il legame tra vulnerabilità e intersezionalità, concetti differenti, ma in qualche modo connessi tra loro. L'identità composta da più fattori di svantaggio che si intersecano (classe, genere, condizioni di salute...), può esitare in una condizione soggettiva che viene percepita nel contesto sociale come di particolare vulnerabilità, con il rischio conseguente di subire un trattamento discriminatorio.

Certamente, una delle ragioni per cui le Corti osservano particolare cautela nell'applicazione del canone intersezionale potrebbe essere la tassatività degli indici di discriminazione, che possono essere interpretati in maniera estensiva, ma rimangono pur sempre quelli determinati dal legislatore. Potrebbe essere sostenuto che la discriminazione intersezionale costituisce un altro fattore di rischio, che in quanto tale non potrebbe essere considerato se non espressamente riconosciuto a livello legislativo. Tuttavia, una simile interpretazione non coglie nel segno: l'intersezionalità non è un fattore di rischio, ma un tipo di discriminazione, adesso riconosciuta anche dal diritto positivo¹⁰³.

8. Evoluzione e prospettive del principio di non discriminazione e di uguaglianza nel diritto privato europeo

Oggi, nell'ipotesi in cui si presentasse un caso che ricada nell'ambito di applicazione materiale della Direttiva UE/2023/970, i rimedi richiesti in presenza di una discriminazione intersezionale potrebbero essere il risarcimento del danno; l'applicazione di una sanzione di fronte gli organismi competenti; e, se consentito dal diritto nazionale, altro provvedimento idoneo a imporre la cessazione del trattamento discriminatorio o rimuoverne gli effetti. Se però interpretassimo il divieto di discriminazioni intersezionali come strettamente circoscritto all'ambito di applicazione della Direttiva, la maggior parte del diritto antidiscriminatorio europeo ne rimarrebbe fuori. La Direttiva, non potrebbe coprire, ad esempio, un caso come *Parris*, che non riguardava né la trasparenza retributiva, né le discriminazioni di genere.

Una prospettiva sistematica rende invece possibile concepire l'intersezionalità come estensione del principio generale di uguaglianza, da cui gemma anche il divieto di discriminazione della Carta di Nizza. Le radici per una interpretazione intersezionale si trovano in concetti giuridici e criteri che *già abbiamo*:

Corte, vedi: [https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:\[%220912594880257865%22\],%22sort%22:\[%22CoEValidationDate%20Descending%22\]}](https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:[%220912594880257865%22],%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22]}), 22 aprile 2022.

¹⁰² *B.S. c. Spagna*, cit., par. 62.

¹⁰³ Quello della tassatività o meno degli indici di discriminazione è in realtà un tema dibattuto soprattutto tra la dottrina laburistica. Ad oggi, secondo alcuni autori, l'impostazione della tipicità non appare più attuale, e sembra invece prevalere quella che sostiene la non esaustività degli indici di discriminazione, grazie al "preminente rilievo di garantire in ogni direzione il bene alla pari dignità sociale" (Così A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, p. 431).



l'uguaglianza formale e quella sostanziale, la necessità di assecondare e realizzare la libertà e l'autodeterminazione del singolo.

Peraltro, dal riconoscimento dell'intersezionalità nella Direttiva del 2023 n. 970 e nella Direttiva sulla violenza domestica, e nei numerosi documenti europei di *soft law* in precedenza ricordati, si può rinvenire un punto di partenza per la definizione di un divieto di discriminazioni intersezionali nel diritto europeo, che effettua una specificazione dei principi di uguaglianza e non discriminazione.

All'art. 3, lett. e), della Dir. UE/2023/970, troviamo la definizione di discriminazione intersezionale, di cui già si è detto, a fianco alla discriminazione diretta, indiretta, e alle molestie. Da un punto di vista operativo, l'intersezionalità è quindi oggi una vera e propria fattispecie normativa. Il riconoscimento di diritto positivo da un lato avvalorava la posizione di chi riteneva che l'intersezionalità dovesse essere adoperata come metodo nell'indagine giuridica, e nello stesso tempo induce a interrogarsi sulla possibilità che venga utilizzata anche al di là dell'ambito di applicazione del dettato normativo in cui è espressamente considerata.

Uno spunto su cui senz'altro riflettere è ancora allora quello dell'applicazione diretta dei principi (la *Drittwirkung*) nel contesto del diritto privato europeo¹⁰⁴, e in particolare dell'art. 21 della Carta, nonché, nel diritto privato nazionale, dell'art. 3 della Costituzione. L'applicazione diretta del principio di uguaglianza anche nei rapporti tra privati, oltre le norme settoriali, può servire a riconoscere la pluralità e la complessità delle identità e dei "vettori" di cui esse si compongono.

Ancor più a monte, è il valore della dignità umana, che definisce le situazioni giuridiche soggettive e che garantisce ai privati la tutela dei propri diritti fondamentali, in una posizione di preminenza rispetto all'iniziativa economica privata e più in generale nei rapporti tra individui, che deve guidare l'interprete¹⁰⁵, e che potrebbe consentire di estendere l'intersezionalità molto al di là dei casi espressamente previsti della legge.

Suggellare l'intersezionalità in via normativa consente in ogni caso di riconoscere nuove forme di vulnerabilità, oltre le categorie esistenti, e anche oltre quelle, fondate sull'economia di mercato, di consumatore e lavoratore. L'intersezionalità può essere utile al raggiungimento dell'obiettivo di un diritto antidiscriminatorio "post-categoriale", non fondato su fattori identitari e categorie che rischiano di divenire prescrittivi, ma "contro il razzismo, contro il sessismo, per tutti gli uomini, le donne e le persone intersessuali, che si trovano a essere svantaggiate da confini rigidi"¹⁰⁶.

9. L'esperienza degli Stati Uniti

Prima di formulare qualche ulteriore riflessione, è necessario che la nostra analisi tenga conto anche dell'esperienza statunitense. Il canone dell'intersezionalità ha avuto origine in un contesto storico di

¹⁰⁴ Sulla c.d. *Drittwirkung* la letteratura è potenzialmente sconfinata. Ai nostri fini, basti il rinvio a A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione Europea (principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 712 ss.; G. D'AMICO, *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti interprivati, con particolare riferimento ai rapporti contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 443 ss.; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, *passim*; P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018.

¹⁰⁵ Sulla dignità, tra tutti, V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018.

¹⁰⁶ B. G. BELLO, *Diritto e genere visti dal margine: spunti per un dibattito sull'approccio intersezionale al diritto antidiscriminatorio in Italia*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2015, p. 163.



discriminazioni razziali, lotte e attivismo *black* assolutamente tipico di quel panorama storico sociale¹⁰⁷, che quindi, in un'analisi che tocca il tema dell'intersezionalità, non può essere ignorato.

In Europa, le situazioni di marginalizzazione multidimensionale discendono soprattutto dal passato coloniale e si inseriscono in una società non altrettanto multiculturale rispetto a quella statunitense, seppur certamente capitalista e neoliberale. Anche per questo, nel dibattito giuridico, il problema della razza, fondamentale nella riflessione intersezionale, è a lungo rimasto in ombra¹⁰⁸.

La società europea, sebbene per molti aspetti simile a quella nordamericana, con cui condivide l'appartenenza a quella che viene chiamata *Western Legal Tradition*¹⁰⁹, presenta difatti delle caratteristiche che la distinguono fortemente da quest'ultima. Diversi movimenti "critici" si sono sviluppati a partire dalla seconda metà del novecento anche in Europa (il realismo giuridico stesso ha origine nell'Europa del nord), ma è comunque innegabile il minore ruolo della razza in essi.

Per l'elaborazione della nozione di intersezionalità in ambito giuridico, invece, non può sottacersi l'importanza del lavoro di scavo teorico compiuto da femministe statunitensi, come bell hooks, intorno al concetto di *margin*¹¹⁰. Nella sua *teoria sociale*, hooks ha il grande merito di aver *localizzato* le strutture di potere: al centro colloca il privilegio, e in periferia, cioè al margine, la condizione di chi si trova in una situazione di svantaggio. È raro che chi si trova in centro sia disposto a spostarsi verso il margine; così come chi si trova al margine *possa* (seppur voglia) raggiungere il centro. L'idea di margine è relativa: se una donna bianca e del sud Europa può trovarsi in una posizione di margine rispetto agli uomini bianchi della stessa località, e ancor di più rispetto agli uomini o alle donne bianche del nord Europa, si potrebbe trovare invece al centro rispetto a donne nere o soggetti *queer*, o anche a uomini neri che si trovano in regioni geografiche più a sud. La "posizione" (centro oppure margine) di un soggetto cambierà, inoltre, anche a seconda del contesto (i rapporti familiari; il lavoro; l'educazione). Hooks dimostra come il margine possa diventare luogo di resistenza; uno spazio in cui si sviluppano nuove prospettive, e si può ripensare lo *status quo*.

Un ruolo determinante nel definire il margine e il centro, e nell'agevolare o ostacolare il movimento degli individui dall'uno all'altro "luogo", può essere svolto dal diritto positivo. È questo uno dei significativi contributi dell'intersezionalità al dibattito giuridico: quello di riconoscere come le categorie e i concetti giuridici – o, più precisamente, il modo in cui questi vengono applicati nel *diritto vivente* – spingano verso il margine gruppi di soggetti.

Da qui parte l'analisi di Kimberlé Crenshaw, come si è ricordato, una delle massime esponenti della corrente della *critical race theory*¹¹¹. Uno dei numerosi pregi dell'elaborazione dell'Autrice è quello di

¹⁰⁷ Sul punto, le considerazioni di K. DAVIS, *Who owns intersectionality? Some reflections on feminist debates on how theories travel*, in *Eur. Journ. of Women's Studies*, 2020, p. 113 ss.; D. KENNEDY, *Intersezionalità*, cit., p. 9 ss. Si veda anche B. TOMLISON, *Colonizing intersectionality: replicating racial hierarchy in feminist academic arguments*, in *Journal for the Study of Race, Nation and Culture*, 2013, p. 254 ss.; G. MARINI, *Intersezionalità: un esercizio di realismo giuridico*, in Aa.Vv., *Liber amicorum per Paolo Zatti*, vol. II, Napoli, 2023, spec. p. 1240 ss.

¹⁰⁸ M. W. HESSELINK – L. K. L. TION SOEI LEN, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁹ Sulla c.d. tradizione giuridica occidentale la letteratura è sconfinata. Ci limitiamo, in questa sede, a far riferimento a H. J. BERMAN, *Law and Revolution – The Formation of the Western Legal Tradition*, Boston, 1983; in prospettiva critica, P. G. MONATERI, *Black Gaius: A Quest for the Multicultural Origins of the "Western Legal Tradition"*, in *UC Law Journal*, 2000, p. 481 ss.

¹¹⁰ I lavori di bell hooks sul tema sono numerosi. Tra tutti, B. HOOKS, *Feminist theory: from margin to center*, Boston, MA, 1984; ID, *Da che parte stiamo; la classe conta*, Napoli, 2022 e i saggi, tradotti in italiano, raccolti in B. HOOKS – M. NADOTTI, *Elogio del margine – scrivere al buio*, Napoli, 2020.

¹¹¹ Si veda K. CRENSHAW, *Unmasking Color Blindness in the Law. Lessons From The Formation of Critical Race Theory*,



introdurre il *luogo* e il *contesto* nel dibattito giuridico, e di dare un volto, un colore, al soggetto di diritto “disincarnato”¹¹². L’intersezionalità disvela come le categorie giuridiche comunemente applicate, tra cui la soggettività, “non tengano fede alla loro pretesa di universalità”¹¹³ e introduce istanze di giustizia distributiva all’interno del movimento delle *identity politics*¹¹⁴.

La critica che viene mossa da Crenshaw e da altri studiosi della *critical race theory* al realismo giuridico, ai *critical legal studies*, come anche al femminismo, definito radicale e “essenzialista”, di Catharine MacKinnon, è quella di sostenere una pretesa universalità delle categorie giuridiche e di *color blindness*; di non accogliere, quindi, completamente, il *pluralismo*¹¹⁵.

Nell’analizzare la posizione delle donne nere negli Stati Uniti, e nell’osservare come concentrarsi solamente sul genere o sulla razza come fattori di discriminazione inevitabilmente trascurasse le situazioni in cui le “due caratteristiche si intersecano”¹¹⁶, Crenshaw portava ad esempio proprio un caso giurisprudenziale, *DeGraffenreid v. General Motors*¹¹⁷.

Nel caso in questione, la corte distrettuale del Missouri respinse la domanda proposta da un gruppo di donne nere nei confronti della General Motors, con cui veniva addotta la natura discriminatoria della condotta della parte convenuta, che non solo aveva, fino a un certo momento, rifiutato di assumere donne nere, ma che anche, in periodo di crisi economica, aveva scelto di licenziare per prime le impiegate appartenenti a tale gruppo. I rimedi richiesti erano quelli caratteristici del Title VII del *Civil Rights Act*

in K. CRENSHAW – L. C. HARRIS – D. MARTINEZ HOSANG – G. LIPSITZ, *Seeing Race Again. Countering Colorblindness Across Disciplines*, Oakland, 2019, p. 52 ss.; G. MARINI, *Il colore nel diritto privato: costruire la soggettività nell’esperienza della Critical Race Theory*, in M. G. BERNARDINI – O. GIOLA (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, p. 51 ss.; A. HARRIS, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, in *Stanford Law Rev.*, 1990, p. 581 ss.; su cui, da ultimo, M. A. FRANKS, *I Am / I Am Not: On Angela Harris’ Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, in *California Law Rev.*, 2014, 1053 ss.

¹¹² Si rinvia alle considerazioni di M. R. MARELLA, *Antropologia*, cit., p. 71 ss.

¹¹³ G. MARINI, *Intersezionalità: genealogia*, cit., p. 500.

¹¹⁴ Su *identity politics* si rinvia a M. R. MARELLA, *Queer eye for the straight guy. Sulle possibilità di un’analisi giuridica queer*, in M. G. BERNARDINI – O. GIOLA (a cura di), *op. cit.*, p. 249 ss. Alle radici di tali movimenti “critici” si trova, come noto, il realismo giuridico americano. Emblematica la scelta di Karl Llewellyn, esponente del movimento, di iniziare lo storico manuale di introduzione al diritto, ancora oggi considerato un testo fondamentale nelle *law schools* americane, “The Bramble Bush”, con il poema omonimo di Edith Mirick cui affida una critica alla concezione del diritto come fenomeno incontaminato e puramente dogmatico. “*He thought that faith began / And ended with a spoken word; [...] And like the man of Our Town/ Who was so wondrous wise, / He jumped into a bramble bush / And scratched out both his eyes*”. I versi di Mirick possono essere riferiti alla cecità dell’approccio puramente positivista, che rischia di accecare il giurista quando si confronta con i fenomeni della realtà (K. LLEWELLYN, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, New York, 1951, p. 1). Sul realismo giuridico e sui *critical legal studies*, che ne metteranno in discussione alcuni profili, R. HALE, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, in *Political Science Quarterly*, 1923, p. 470 ss.; J. W. SINGER, *Legal Realism Now*, in *California Law Rev.*, 1988, p. 465 ss.; e D. KENNEDY, *The rise and fall of classical legal thought. Thirty years later*, Washington, ed. 2006; S. MOYN, *Reconstructing Critical Legal Studies*, in *Yale Law Journal*, 2023, p. 12 ss.; nella letteratura italiana, G. MARINI, *Critical legal studies vs. uso alternativo del diritto: ovvero il destino americano di Marx*, in G. AZZARITI – A. DI MARTINO – A. SOMMA (a cura di), *L’uso alternativo del diritto. Un confronto di prospettive critiche*, Napoli, 2024, p. 189.

¹¹⁵ La razza entra quindi nel discorso giuridico, in un momento storico, gli anni settanta e ottanta, in cui vengono finalmente attaccate le leggi sulla segregazione scolastica e in cui cresce la forza del femminismo *black*. È il periodo della storica sentenza della Corte Suprema, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954. Sul femminismo giuridico americano, K. T. BARTLETT, *Feminist Legal Methods*, in *Harvard Law Review*, 1990, p. 829 ss.; nella letteratura italiana, v. M. R. MARELLA, *Queer*, cit., p. 249 ss.

¹¹⁶ G. MARINI, *Intersezionalità: genealogia*, cit., p. 475.

¹¹⁷ Tra la casistica riportata in K. CRENSHAW, *Mapping the Margins*, cit., *passim*, i casi *DeGraffenreid v. General Motors*, cit.; *Moore v. Hughes Helicopter, Inc.*, 708 F.2d 475, 1983; *Paine v. Travenol Laboratories, Inc.*, 416 F. Supp. 248 (N.D. Miss. 1976).



(CRA), la legge federale che vieta le discriminazioni sulla base della razza, del genere, dell'etnia, della religione, del sesso, della cittadinanza, sul luogo di lavoro¹¹⁸. Le ricorrenti domandavano che l'intersezionalità fosse riconosciuta come canone interpretativo degli indici di discriminazione (genere e razza, nello specifico) ivi indicati. Il Title VII si applica infatti anche ai rapporti tra privati e, nell'interpretazione della Corte Suprema degli Stati Uniti, viene considerato uno *statutory tort*¹¹⁹.

Anche se nel caso *DeGraffenreid* le ricorrenti non ebbero successo, le corti statunitensi, rispetto a quelle europee, però, si sono dimostrate più pronte a leggere il diritto antidiscriminatorio in chiave intersezionale, complice sicuramente un'apparentemente più immediata urgenza ed evidenza della questione razziale. Dagli anni ottanta in poi, anche grazie al lavoro "sul campo" dell'attivismo, soprattutto femminista e *black*, la giurisprudenza ha iniziato ad affrontare sempre più spesso il problema delle discriminazioni intersezionali. Le controversie riguardano soprattutto l'applicazione del Title VII CRA; tra queste, la prima in cui è stata riconosciuta la intersezionalità delle discriminazioni è considerata *Jefferies v. Harris*¹²⁰.

E però, in questa decisione e in altre, è stato rimproverato ai giudici di adottare un approccio, più che intersezionale, "sex plus"¹²¹. Il riconoscimento, infatti, della dimensione intersezionale della discriminazione nelle corti statunitensi sembra, per lo più, fermarsi al "caso" delle donne nere.

A *Jefferies* si sono aggiunte altre decisioni¹²², tra le quali la più significativa sembra *Lam v. University of Hawaii*¹²³, in cui i giudici, nel considerare le discriminazioni subite da una donna asiatica, hanno riconosciuto come: "Where two bases for discrimination exist, they cannot be neatly reduced to distinct components. Rather than aiding the decisional process, the attempt to bisect a person's

¹¹⁸ In particolare, le ricorrenti richiedevano di far risalire alla data in cui avevano presentato le loro candidature al posto di lavoro che successivamente avevano ottenuto, il riconoscimento della retroattività dei benefici legati all'anzianità lavorativa, adducendo che in quel periodo General Motors illegittimamente non aveva assunto donne nere. Chiedevano altresì di ottenere tutela nei confronti del licenziamento discriminatorio successivamente subito.

¹¹⁹ Cfr. M. CHAMALLAS – S.F. SPERINO, *Torts and Civil Rights Law: Migration and Conflict: Symposium Introduction*, in *Faculty Articles and Other Publications*, 2014, p. 1021 ss. e S. F. SPERINO, *Title VII is not a tort*, in *New Private Law Blog*, 2015, p. 1 ss. La riforma stessa del Title VII, avvenuta negli anni sessanta, è stata frutto di lotte di esponenti e attivisti della CRT; sul punto, v. S. MAYERI, *Intersectionality and Title VII: A Brief (Pre-)History*, in *Boston University Law Rev.*, 2015, p. 714 ss.

¹²⁰ *Jefferies v. Harris Cnty. Community Action Ass'n*, 615 F.2d 1025, 1032 (5th Cir. 1980). La ricorrente, Jefferies, aveva agito in giudizio sulla base del Title VII CRA nei confronti del proprio datore di lavoro, adducendo di esser stata vittima di una discriminazione di genere e razziale. La corte osservò come gli indici di discriminazione enumerati nel Title VII andassero interpretati in maniera intersezionale, riconoscendo la discriminazione verso il gruppo specifico delle donne nere.

¹²¹ S. MAYERI, *op. cit.*, p. 729. Ad esempio, nel caso *Judge v Marsh*, 649 F. Supp. 770 (D.D.C. 1986) December 12, 1986, la US District Court of Columbia affermò la difficoltà di considerare l'intersezione di più di due fattori identitari, adducendo che i datori di lavoro, altrimenti, rischierebbero di essere "travolti da accuse di discriminazione".

¹²² Si rinvia a R. KAHN BEST – L. HAMILTON KRIEGER – L. B. EDELMAN – S. R. ELIASON, *Multiple Disadvantages: An Empirical Test of Intersectionality Theory in EEO Litigation*, in *Law & Society Rev.*, 2011, spec. p. 997 ss.; S. BECK, "We do not live single-issue lives": *Bostock v. Clayton County Mainstreaming Title VII Intersectional Discrimination Claims*, in *Minnesota Journal of Law and Inequality*, 2022, spec. p. 474 ss.; S. MAYERI, *op. cit.*, p. 714 ss. Un altro caso interessante è *Jefferies v. Thompson*, in cui la Federal District Court del Minnesota ha riconosciuto la "fusione inscindibile" tra genere e razza (si badi, però, che si trattava sempre di una discriminazione legata a questi due fattori). Anche la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), l'Agenzia governativa statunitense incaricata dell'enforcement del Title VII, sembra aver incentivato le corti ad abbracciare una prospettiva intersezionale (v. EEOC Decision No. 71-332, 2 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 1016 (1970), e le linee guida EEOC, contenute nell'EEOC Compliance Manual, Section 15: Race and Color Discrimination, 19/04/2006, n. 915.003, spec. p. 15).

¹²³ *Lam v. Univ. of Haw.*, 40 F.3d 1551, 1562 (9th Cir. 1994); *Lam v. Univ. of Haw.* 1998 (164 F.3d 1186). Anche questo caso era fondato sul Title VII, CRA.



*identity at the intersection of race and gender often distorts or ignores the particular nature of their experiences”*¹²⁴.

Ciononostante, è innegabile che la giurisprudenza maggioritaria non sia ancora particolarmente sensibile alle discriminazioni intersezionali¹²⁵. È importante sottolineare che nessuna norma del Title VII, né il Quattordicesimo Emendamento della Costituzione Statunitense (la *Equal Protection Clause*), menziona espressamente la prospettiva intersezionale. Certo, si tratta di un contesto di *common law*, in cui, quindi, la mancanza di un riconoscimento di diritto positivo ha un altro valore rispetto a quello che può avere nei sistemi europei di *civil law*. Da ultimo, la California ha riconosciuto normativamente un’impostazione intersezionale nel testo del *Senate Bill 1137*, in vigore da gennaio 2025¹²⁶, dove si dichiara di “riconoscere il concetto di intersezionalità” nel diritto californiano antidiscriminatorio.

Più precisamente, l’atto normativo riprende il testo della decisione in *Lam*, e l’intersezionalità viene definita, testualmente, come segue:

*“Intersectionality is an analytical framework that sets forth that different forms of inequality operate together, exacerbate each other, and can result in amplified forms of prejudice and harm. The framework and term “intersectionality,” coined and popularized by legal scholar Professor Kimberlé Williams Crenshaw, captures the unique, interlocking forms of discrimination and harassment experienced by individuals in the workplace and throughout society, particularly Black women, as compared to Black men and White women.”*¹²⁷

Nonostante rappresenti ancora un’eccezione, il riconoscimento normativo dell’intersezionalità trasmette sicuramente un messaggio forte e chiaro¹²⁸; offre maggiori tutele alle persone soggette a nuove e inedite forme di vulnerabilità, e dà visibilità a fenomeni che, altrimenti, rischiano di rimanere invisibili. Oggi, nel panorama nordamericano giurisprudenziale e dottrinale, in un periodo storico e politico in cui, tra l’altro, le diversità vengono guardate con diffidenza, l’intersezionalità può essere un prezioso strumento per la tutela della persona.

¹²⁴ “Quando sussistono due fattori di discriminazione, può non essere possibile distinguerli in maniera netta. Anziché facilitare il giudizio, il tentativo di suddividere l’identità di una persona all’intersezione tra razza e genere, spesso distorce, o ignora, la particolarità della sua esperienza”.

¹²⁵ Per esempio, in *Rogers v. American Airlines, Inc.*, 527 F. Supp. 229 (S.D.N.Y. 1981), la corte ha negato la natura di atto discriminatorio al divieto, imposto dal datore di lavoro ai suoi dipendenti, di mantenere l’acconciatura c.d. *cornrow*, dotata di un profondo significato culturale e identitario, contestato da una sua dipendente afroamericana come rivolto specialmente alle donne nere (v. S. BECK, *op. cit.*, p. 488 ss.).

¹²⁶ Stats. 2024, (SB 1137) Effective January 1, 2025. La legge modifica il Codice Civile della California (la *Section 51*, nota anche come *Unruh Civil Rights Act*); l’*Education Code* (le *Sections 200* e *210.2*, l’*Educational Equity Chapter*) e il *Government Code* (le *Sections 12920* e *12926*, il *California Fair Employment and Housing Act*).

¹²⁷ “L’intersezionalità è una prospettiva di analisi che chiarisce come le diverse forme di disuguaglianza agiscono congiuntamente, si amplificano a vicenda e possono dare luogo a forme accentuate di pregiudizio e danno. Il concetto e il termine “intersezionalità”, coniato e diffuso dalla Professoressa Kimberlé Williams Crenshaw, studiosa di diritto, racchiude le forme uniche ed interconnesse di discriminazione e di molestie subite dagli individui sul posto di lavoro e nella società in generale, in particolare dalle donne nere, in confronto agli uomini neri e alle donne bianche”.

¹²⁸ In cui, come è noto, sono stati adottati atti rivolti a, tra l’altro, “*Defending Women from Gender Ideology Extremism and Restoring Biological Truth*” (*Executive order* del Presidente degli Stati Uniti d’America, gennaio 2025, disponibile su: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/defending-women-from-gender-ideology-extremism-and-restoring-biological-truth-to-the-federal-government/>); e ad abolire i piani DEIA (*Diversity, Equity, Inclusion and Accessibility, Executive order* del Presidente degli Stati Uniti d’America, gennaio 2025, disponibile su: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/ending-radical-and-wasteful-government-dei-programs-and-preferencing/>).



10. La possibile applicazione del canone intersezionale nell'ambito delle nuove tecnologie e dell'IA

Vi sono vari altri luoghi normativi, oltre il diritto antidiscriminatorio in senso stretto, in cui il canone intersezionale può essere applicato. Uno è il c.d. “diritto delle nuove tecnologie”, con tale espressione intendendosi le regole rivolte a disciplinare l'uso dell'intelligenza artificiale e delle tecniche digitali.

La connaturata opacità dell'IA rende infatti estremamente complicato individuare la presenza di “distorsioni” decisionali, determinate da possibili discriminazioni insite nei dati raccolti dagli algoritmi o da malfunzionamenti del sistema¹²⁹. Si discorre di *bias embedded in AI* quando, ad esempio, i dati che l'intelligenza artificiale raccoglie non sono corretti o esatti, e l'IA rischia di riprodurre, perpetrare e amplificare, discriminazioni e disuguaglianze già presenti nella società. Al Considerando 31 della stessa Direttiva UE/2023/970, per esempio, viene osservato che i sistemi di valutazione professionale possono dar luogo a discriminazione retributiva basata sul genere; specie, vien da aggiungere, se automatizzati.

Non solo *datasets* viziati, ma anche incompleti possono portare ad effetti discriminatori. Si pensi ai casi di sovrarappresentazione (o sottorappresentazione) di alcune categorie all'interno di un *dataset*. Un altro problema è rappresentato dalla *proxy discrimination*, che si verifica quando l'algoritmo adopera dati apparentemente neutrali, correlati però a dati sensibili e personali, per giungere ad una decisione, con un risultato discriminatorio. Ad esempio, un algoritmo “allenato” su dati relativi alla commissione di reati in una zona geografica in cui risiedono soprattutto soggetti di una determinata etnia correlerà una certa origine etnica agli autori di certi reati, riproducendo e amplificando discriminazioni già esistenti, con il risultato di spingere ancor più verso i margini alcuni gruppi sociali¹³⁰.

Per la capacità degli algoritmi di aggregare in maniera inedita dati di vario e diverso tipo, e per via della loro opacità, le discriminazioni provocate dall'IA possono essere stratificate ovvero intersezionali. Ciò significa che un sistema di intelligenza artificiale può, nelle sue predizioni, discriminare gli individui su vari assi strutturali, senza che questi o i programmatori ne abbiano contezza.

Né il GDPR, né l'AI Act¹³¹, nonostante contengano delle previsioni volte a contrastare le discriminazioni algoritmiche, sembrano tener conto dell'intersezione tra le forme di vulnerabilità e

¹²⁹ Sulle discriminazioni algoritmiche, F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Boston, 2015, *passim*. Si consenta il rinvio alla casistica esaminata in European Parliamentary Research Service, S. DE LUCA – M. FEDERICO (a cura di), *Algorithmic discrimination under the AI Act and the GDPR*, in *Digital Issue in Focus – At a Glance*, 2024, disponibile su: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2025/769509/EPRS_ATA\(2025\)-769509_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2025/769509/EPRS_ATA(2025)-769509_EN.pdf) per alcuni esempi. Si veda anche la ricerca commissionata dall'European Data Protection Board (EDPB), a cura di K. SHRISHAK, *AI-Complex Algorithms and Effective Data Protection Supervision. Bias Evaluation*, 2025, disponibile su: https://www.edpb.europa.eu/system/files/2025-01/d1-ai-bias-evaluation_en.pdf.

¹³⁰ Una casistica in B. PARENZO, *La profilazione algoritmica nel prisma dell'autonomia privata*, Napoli, 2024, p. 197 ss.; sulle tecniche di *big data analytics*, invece, e i problemi che esse pure pongono in punto di tutela della persona, si vedano già le considerazioni di A. C. NAZZARO, *L'utilizzo dei big data e i problemi di tutela della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1244 ss.

¹³¹ Nella legge sull'intelligenza artificiale (Reg. UE/2024/1689, c.d. AI Act) si veda soprattutto l'art. 10 (*governance* e gestione dei dati), che consente di effettuare il trattamento di dati sensibili per individuare possibili discriminazioni nei sistemi di IA, e il suo rapporto con l'art. 9, GDPR, che generalmente vieta tale trattamento. Sull'art. 10 AI Act, M. VAN BEKKUM, *Using sensitive data to de-bias AI systems: Article 10(5) of the EU AI Act*, in *Computer Law and Security Review*, 2025, pp. 1 ss.; M. VAN BEKKUM – F. ZUIDERVEEN BORGESUIS, *Using sensitive data to prevent discrimination by artificial intelligence: Does the GDPR need a new exception?*, in *Computer Law and Security Review*, 2023, p. 1 ss. Nel Reg. UE/2016/679, GDPR, sono invece riferibili alla profilazione algoritmica e alla discriminazione gli artt. 5 (esattezza e aggiornamento dei dati), 22 (diritto degli interessati sottoposti ad una decisione interamente automatizzata a contestarla), 35 (valutazione d'impatto del trattamento per individuarne i rischi agli interessati). Sull'argomento delle discriminazioni algoritmiche, tra i molti, si rinvia a C. PERLINGIERI, *Intelligenza artificiale tra*



marginalizzazione nella loro struttura normativa. Il soggetto di diritto considerato nel GDPR, assume la forma opaca del c.d. “interessato”, niente di più lontano dalla persona in carne e ossa, a cui guarda la prospettiva intersezionale.

Non a caso, sulla necessità di ripensare il diritto delle nuove tecnologie in chiave femminista e anti-razzista si fondano gli studi, recentissimi, di un gruppo di giovani studiosi e studiose statunitensi, riconducibili alla c.d. “*feminist cyberlaw*”¹³², che si propongono di contrastare “narrative egemoniche”, nello sviluppo e nell’implementazione dei sistemi tecnologici. Proprio la *decisione algoritmica* è uno dei casi in cui il principio di non discriminazione e di uguaglianza dovrebbe essere interpretato in modo da rispondere anche alle discriminazioni intersezionali.

Il concetto di intersezionalità non è, infatti, certamente esente da critiche¹³³. Tra le varie, vi è quella per cui esso condurrebbe ad una *regressio ad infinitum*: potenzialmente, l’intersezione di qualsiasi fattore potrebbe definire sempre nuovi gruppi “oppressi” e discriminati, portando ad una espansione “incontrollata” del diritto antidiscriminatorio¹³⁴. Ma in realtà l’effetto temuto non sembra destinato davvero a verificarsi, poiché rimane comunque la necessità di positivizzare gli indici di discriminazione e anche quando vengano usate “clausole aperte” (come quella, ad esempio, di cui all’art. 14 CEDU) occorre rinviare al caso concreto; sarà l’organo giudiziario a verificare se effettivamente un determinato atto consiste in una discriminazione giuridicamente vietata, oppure no.

La proposta che abbiamo formulato è stata dunque quella di un’interpretazione dell’intersezionalità, oltre che come fattispecie, come indispensabile canone metodologico, che discende dal principio di uguaglianza, e che consente di offrire tutela alle vulnerabilità e riconoscerle, senza dover necessariamente predisporre ulteriori norme specifiche. Adottare un’impostazione intersezionale significa decifrare strutture di potere che marginalizzano sistematicamente alcuni gruppi e individui, e collocano altri in posizione dominante.

Per concludere in maniera “circolare”, tornando alla Direttiva UE/2023/970, da cui è partita la nostra analisi, quest’atto normativo, seppur con i suoi limiti, sembra suggellare una nuova fase nella tutela normativa del soggetto, più attenta ai profili del reale, preziosa per quanto riguarda il contrasto alle discriminazioni. Ci si sta forse muovendo verso un diritto europeo “delle vulnerabilità”, in cui la trasparenza, l’effettività, la considerazione del soggetto nelle sue complessità, nell’ottica della salvaguardia del principio di uguaglianza, acquistano sempre maggiore importanza nelle relazioni tra privati.

principi e regole, in *AI Law – International review of Artificial Intelligence law*, 2025, p. 46 ss.; A. G. GRASSO, *GDPR Feasibility and Algorithmic Non-Statutory Discrimination*, Napoli, 2023; S. WACHTER – B. MITTELSTADT – C. RUSSEL, *Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-discrimination Law and AI*, in *Computer Law & Security Rev.*, 2021, p. 1 ss.; S. LANNI, *Dataquake: intelligenza artificiale e discriminazione del consumatore*, in *Nuovo diritto civile*, 2020, p. 97 ss.

¹³² M. LETA JONES – A. LEVENDOWSKI (a cura di), *Feminist Cyberlaw*, Berkeley, 2024; v. anche J. T. THEILEN – A. BAUER – F. BIEKER – R. AMMICHT QUINN – M. HANSEN – G. GONZÁLEZ FUSTER, *Feminist data protection: an introduction*, in *Internet Policy Review*, 2021, p. 1 ss. Si vedano anche gli spunti presenti in G. SMORTO – L. PALUMBO (a cura di), *Gender and Digital Technologies: Between Violence, Discrimination and Agency*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2025, p. 1 ss.; S. CISTON, *Intersectional Artificial Intelligence Is Essential: Polyvocal, Multimodal, Experimental Methods to Save AI*, in *Citar volume*, 2019, p. 3 ss.; A. CALVI, *Exploring the Synergies Between Non-Discrimination and Data Protection: What Role for EU Data Protection Law to Address Intersectional Discrimination?*, in *Eur. Journ. of Law and Tech.*, 2023, p. 1 ss.

¹³³ Alcune critiche all’intersezionalità sono prese in esame in P. FEMIA – M. MAUGERI, *op. cit.*, *passim*; G. MARINI, *Intersezionalità: genealogia*, p. 491 ss.; M. MAY, “*Speaking into the void*”? *Intersectionality critiques and epistemic backlash*, in *Hypatia – Special issue: Interstices: Inheriting Women of Color Feminist Philosophy*, 2014, pp. 94 ss.

¹³⁴ È questa la famosa critica del “vaso di Pandora” delle discriminazioni che l’intersezionalità “scoperchierebbe”, avanzata già dalla U.S. District Court for the Eastern District of Missouri nel famoso caso *DeGraffenreid v. General Motors*, su cui v. *supra*, §9.



FRANCESCO CASTRONOVO*

IL PROBLEMA DELL'INERZIA NELL'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI CREDITO: SPUNTI SISTEMATICI DALLA PROSPETTIVA OPPOSTA *******THE PROBLEM OF INERTIA IN THE EXERCISE OF CREDIT RIGHTS: SYSTEMATIC INSIGHTS FROM THE OPPOSITE PERSPECTIVE**

ABSTRACT: L'articolo affronta il tema dell'inerzia del creditore nell'esercizio del diritto di credito, analizzando le incertezze giurisprudenziali della Corte di cassazione e la difficoltà di individuare una *ratio* sistematica coerente. Dopo aver escluso che l'inerzia possa integrare abuso del diritto o violazione della buona fede in capo al creditore, si propone un cambio di prospettiva, spostando l'attenzione sulla condotta del debitore e sui suoi obblighi di diligenza e cooperazione alla luce della struttura e dell'attuazione del rapporto obbligatorio.

Abstract: The paper addresses the problem of creditor inaction in the exercise of credit rights, highlighting the inconsistencies and lack of a coherent rationale in the case law of the Italian Supreme Court. After dismissing the notion that creditor inaction may amount to an abuse of rights or a breach of good faith, the paper advocates a shift in focus toward the debtor's conduct, emphasizing the duties of diligence and cooperation within the framework of the law of obligations and the performance of contractual duties.

SOMMARIO: 1. *L'inerzia del creditore nell'incerta giurisprudenza della Cassazione.* – 2. *Abuso del diritto e violazione della buona fede da parte del creditore?* – 3. *La buona fede del debitore.* – 4. *Rapporto obbligatorio, cooperazione e adempimento.* – 5. *Conclusioni.*

1. L'inerzia del creditore nell'incerta giurisprudenza della Cassazione

L'inerzia del creditore continua a rappresentare un terreno problematico tanto sul piano teorico quanto su quello applicativo, suscitando non poche incertezze nell'elaborazione giurisprudenziale. Anche in epoca recente, la Corte di cassazione ha mostrato un atteggiamento non sempre coerente, lasciando emergere un contrasto interpretativo che, pur riconducibile a una pronuncia apparentemente isolata, denota la persistenza di un'incertezza sistematica di fondo. Le argomentazioni svolte nelle sentenze non appaiono infatti del tutto appaganti, in quanto si risolvono sostanzialmente in richiami piuttosto generici a principi di carattere generale, quali la buona fede o il divieto di abuso del diritto. Ne consegue che, pur potendo risultare condivisibile l'esito concreto dei giudizi che formano l'orientamento

* Professore a contratto – Università degli Studi di Pavia.

** Contributo sottoposto a revisione.

*** Il presente contributo riprende, ampliandolo e integrandolo, l'intervento svolto in occasione del convegno *Il diritto vivente* tenutosi nel maggio 2025 presso l'Università di Pavia.



maggioritario e prevalente, esso difetta del sostegno di una *ratio* giuridica compiutamente elaborata, idonea a fondare un superamento stabile, sul piano sistematico, dell'attuale incertezza circa le ricadute giuridiche dell'inerzia del creditore. E ciò si nota ripercorrendo le ultime decisioni in materia.

Nel 2024¹ di fronte alla Corte di cassazione giunge una vicenda fattualmente piuttosto semplice: in primo e in secondo grado, in accoglimento delle domande della società locatrice, il Tribunale e la Corte d'appello avevano dichiarato risolto il contratto di locazione commerciale di un immobile per inadempimento del conduttore, e avevano condannato quest'ultimo al pagamento dei numerosi canoni scaduti.

Il conduttore aveva impugnato in Cassazione la sentenza d'appello, lamentando la violazione degli articoli 1175 e 1375 cod. civ. Secondo il ricorrente, la condotta della società locatrice, che aveva preteso in via cumulativa il pagamento di 52 canoni di locazione senza aver mai chiesto alcun pagamento in precedenza, avrebbe comportato la violazione dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, configurando perciò un abuso del diritto.

Il ricorso viene respinto: la Corte non ravvisa alcun abuso né la violazione del dovere di buona fede da parte del creditore.

Però, appena tre anni prima, nel 2021², la medesima Corte aveva risolto in senso opposto un caso del tutto analogo, statuendo che in un contratto di locazione di immobile a uso abitativo l'assoluta, protratta inerzia del locatore nell'escutere il conduttore per ottenere il pagamento dei canoni sino ad allora maturati, seguita dall'improvvisa richiesta di integrale pagamento, costituisce esercizio abusivo del diritto e violazione del canone di buona fede³.

Nella sentenza del 2024, tuttavia, non si trova una del tutto soddisfacente e articolata motivazione che giustifichi il superamento della decisione del 2021, così da far definitivamente qualificare quest'ultima come caso isolato e una deviazione momentanea da un orientamento per il resto coerente, consolidato e soprattutto sostenuto da adeguate motivazioni e ragionamenti.

Nella decisione del 2024 vi è infatti un primo accenno agli aspetti fattuali della vicenda, alla luce dei quali la Corte afferma laconicamente che «questa pronuncia [Cass. 14 giugno 2021, n. 16743, cit., richiamata dal ricorrente] non giova alle ragioni del ricorrente, sia perché riferita ad una fattispecie (locazione di immobili ad uso abitativo) diversa da quella di cui alla presente vicenda processuale (la quale riguarda una locazione di immobile ad uso commerciale); sia perché, nell'affermare il surricordato principio, questa Corte ha precisato che l'abuso del diritto postula che l'inerzia del titolare sia tale da ingenerare nella controparte il ragionevole ed apprezzabile affidamento nella remissione del debito *'per facta concludentia'*; circostanza che non può dirsi integrata nel caso di specie, poiché la persistente sussistenza, sino al febbraio 2021, di un pignoramento immobiliare che limitava la legittimazione ad agire della proprietaria, certamente non poteva ingenerare nel conduttore alcun affidamento sull'eventuale

¹ Cass. 26 aprile 2024, n. 11219, in *Foro it.* 2024, 7-8, I, 2084.

² Cass. 14 giugno 2021, n. 16743, in *Banca borsa*, 2023, II, 10. Per un confronto tra queste due sentenze e, in generale, per un commento alla giurisprudenza della Cassazione in punto di *Verwirkung*, cfr. ad es. S. MONTICELLI, *Verwirkung ultimo atto*, in *Accademia*, 2024, 551; F. LONGOBUCCO, *Estinzione del credito tra dottrina della Verwirkung e perdita del diritto come "pena privata"*, in *Persona e mercato*, 2024, 365.

³ Tanto che si può dire che questa sentenza mirava a «inscrivere nel sempre più ampio e convinto orientamento della Suprema Corte volto a valorizzare le clausole generali e, in particolare, la clausola di buona fede nell'esecuzione del contratto, al contempo confermando la conseguita cittadinanza, con la conseguente utilizzabilità sul piano argomentativo, del concetto di abuso del diritto (per molto tempo, com'è noto, avversato o visto comunque con sospetto da una consistente parte della civilistica)» (F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1171).



remissione del debito per canoni scaduti». Se la seconda parte del ragionamento è relativamente chiara (e approfondita in altri passaggi della sentenza), nella prima parte, invece, la Corte sembra alludere all'idea che le esigenze abitative – magari intese come inerenti a un diritto della persona – implicino un diverso trattamento rispetto alle esigenze commerciali, ma non vi è alcuna ulteriore spiegazione o approfondimento. Il ragionamento si risolve quindi nel suggerire una (presunta) differenza tra esigenze abitative e commerciali che giustificerebbe il discostarsi dalla sentenza del 2021, senza però indicare il perché di tale differenziazione.

Nel prosieguo poi, la sentenza del 2024 si concentra sull'illustrare le ragioni per le quali nel nostro ordinamento, al contrario di quanto affermato dalla sentenza del 2021, non possa trovare spazio la *Verwirkung*, sviluppando il ragionamento con riferimento alla prescrizione (cfr. in particolare par. 3.1).

Sentenze successive non hanno colmato queste lacune argomentative o comunque offerto ragionamenti più soddisfacenti che aiutassero finalmente a dare un inquadramento sistematico alle fattispecie di inerzia del creditore; anzi: pochi mesi dopo, la Cassazione ha rinviato alla Corte d'appello competente perché verificasse se il creditore che non aziona immediatamente una garanzia a prima richiesta a fronte dell'inadempimento del debitore, lasciando così accumulare le sanzioni per il ritardo, «abbia operato, in ottemperanza a quanto prescritto dagli artt. 1175 e 1375 cod. civ., in modo da salvaguardare il proprio diritto senza ledere il diritto dei garanti e se il ritardo nel richiedere l'adempimento, essendosi tradotto in un onere eccessivo a carico del garante, al quale sono state richieste somme a titolo di sanzioni nell'importo massimo, configuri un abuso del diritto»⁴.

Pure se si affronta il tema dal punto di vista prettamente processuale le incertezze rimangono: anche se l'esito è condivisibile, il ragionamento ancora una volta non pare sufficientemente motivato e solido. Infatti, l'ultima sentenza reperita in materia, pubblicata nel 2025⁵, nuovamente si concentra sul confutare e smentire la possibilità di trapiantare nel nostro sistema l'istituto della *Verwirkung*: la Corte nega il carattere abusivo del comportamento del soggetto esecutato che manchi di far valere tempestivamente una decisione a sé favorevole nell'ambito di una procedura esecutiva poiché, senza necessità di ricorrere a istituti stranieri, il codice di procedura civile già prevede autonome regole (gli artt. 88 e 96 cod. proc. civ.) per garantire la probità e la lealtà delle parti processuali e dei loro difensori, e se del caso sanzionare le condotte scorrette; inoltre, la facoltà di esercitare un potere processuale può venir meno in ragione del decorso del tempo solo quando una specifica norma sanziona con la decadenza l'inattività della parte. Come si vede, questa sentenza si concentra sulla prospettiva processualistica, ma la via di ragionamento è sempre la medesima: valutare se e a quali condizioni l'inerzia di un soggetto nell'esercitare un diritto possa portare all'estinzione del medesimo prima e a prescindere da prescrizione e decadenza.

Ma al di là degli esiti non univoci offerti dalla giurisprudenza, ciò che colpisce è che i ragionamenti condotti in queste sentenze – e possiamo dire, in generale, in tutto l'orientamento della Cassazione in materia⁶ – affrontano il problema da un unico punto di vista e prendono le mosse e si concentrano sempre sul medesimo elemento: se la condotta del creditore, essenzialmente riducibile alla sua inerzia, (a) sia sufficiente a ingenerare nel debitore la legittima convinzione e il giustificato affidamento che il suo debito sia stato rimesso o rinunciato, onde tale affidamento meriti protezione in ossequio alla buona

⁴ Cass. 29 ottobre 2024, n. 27904, in *Pactum*, 2, 2025, con nota di A. MONTANARI, *La pubblica amministrazione è tenuta all'escussione immediata della garanzia autonoma?*

⁵ Cass. 7 febbraio 2025, n. 3172, in *Giust. civ. Mass.* 2025.

⁶ Cfr. ad es. anche, di recente, Cass. 28 ottobre 2022, n. 31922.



fede⁷; (b) abbia come effetto l'estinzione del diritto anche prima dello spirare dei termini prescrizionali, comportando una «consumazione del diritto collegata all'inattività»⁸ sulla falsariga della *Verwirkung* tedesca che estingue il diritto per il ritardo sleale nell'esercitarlo⁹.

Apparentemente, quindi, la questione di diritto da risolvere per la giurisprudenza – nonché per i commentatori – è se la richiesta di pagamento integrale di un credito in un'unica soluzione sia legittima o costituisca condotta contraria a buona fede e/o di abuso del diritto quando sia seguita a una inerzia del creditore che possa avere indotto il debitore a ritenere il diritto del creditore rinunciato¹⁰.

2. Abuso del diritto e violazione della buona fede da parte del creditore?

Per prima cosa, se vogliamo seguire questa impostazione di analisi della condotta del creditore, risulta abbastanza evidente che si debba sgombrare il campo dall'abuso del diritto. A prescindere dalla considerazione generale che mettere insieme abuso del diritto e buona fede finisce con l'annegare indebitamente il primo nella seconda¹¹, se è vero che l'abuso del diritto è quella condotta attraverso la quale un soggetto esercita un diritto per uno scopo maliziosamente diverso da quello a esso proprio o per ottenere un risultato eccedente quello che gli spetterebbe, nel caso in esame non vi è una incoerenza «tra il risultato perseguito dal creditore e quello che egli aveva diritto di ottenere»¹²: esigere i canoni tutti insieme (o comunque la prestazione dovuta) non persegue uno scopo diverso da quello di conseguire il proprio diritto o un risultato sproporzionato a quanto dovuto dal debitore¹³. Va aggiunto, peraltro, che anche qualora nell'inerzia vi fosse un intento puramente malevolo del creditore, preordinato *ab origine* ed esclusivamente a danneggiare il debitore, quest'ultimo potrebbe facilmente disinnescare questo abuso semplicemente offrendo l'adempimento.

Rimane la questione se l'inerzia seguita da una richiesta di adempimento improvvisa possa qualificarsi come comportamento contrario alla buona fede, che impone alle parti del rapporto obbligatorio di

⁷ Quantomeno nel senso di impedire un sacrificio eccessivo a carico del debitore a fronte dell'improvvisa richiesta di pagare l'intero, cfr. A. RENDA, *La prescrizione tra tensioni evolutive e torsioni involutive*, in *Europa dir. priv.*, 2023, 83.

⁸ Cass. 26 aprile 2024, n. 11219, cit., par. 3.1.c.

⁹ Se il riferimento che si trova in queste sentenze è al sistema tedesco, non va però dimenticato che la *Verwirkung* è istituto che ha travalicato questi confini e lo si rinviene anche, ad es. nel sistema spagnolo, ove si trova la dottrina del *retraso desleal* (cfr. sul punto ad es. D. MATERA, *Inerzia, circostanze ulteriori e affidamento. Il retraso desleal (o Verwirkung) nella giurisprudenza spagnola*, in *Pactum*, 2023, 175; F. LONGOBUCCO, *Estinzione*, cit., 372 e ss.), nonché in quello brasiliano (cfr. S. MONTICELLI, *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, Giappichelli, 2024, 13).

In generale, sulla *Verwirkung* in diritto italiano, si può fare riferimento a S. PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, Mucchi, 2020; G. MAGRI, *La Verwirkung nel diritto privato italiano*, Giappichelli, 2025.

¹⁰ «Adottato dunque un approccio metodologico senza dubbio più aperto rispetto al passato, la Cassazione ha inteso scartare la via (dell'accertamento) della rinuncia tacita, ritenendo rilevanti, invece, unicamente le modalità di esercizio del diritto (del creditore, relativo ai canoni maturati per molti anni e mai richiesti), ossia il suo "esercizio repentino", che si rivelerebbe scorretto nelle circostanze date, in quanto contrario all'affidamento creatosi nella controparte» (F. MACARIO, *Fattispecie*, cit., 1174).

¹¹ In questo senso, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, 108 ss.; sull'abuso come ipotesi di contaminazione tra buona fede ed equità cfr. A. NICOLUSSI, *Limiti del pacta sunt servanda, buona fede 'equitativa' e dimensione sociale del contratto con riferimento all'esercizio del diritto di recesso*, in *Jus*, 2021, 384 e, in particolare, 399, ove, da questa prospettiva, si critica l'esito di Cass. 14 giugno 2021, n. 16743, cit.

¹² A. ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 81.

¹³ In questo senso, cfr. A. NICOLUSSI, *Limiti*, cit., 394: «Né invocare la figura dell'abuso del diritto con riferimento al diritto di recesso appare plausibile, perché l'esercizio del diritto di recesso non può, in quanto tale, costituire abuso; mentre ragionando nei termini dell'abuso si dovrebbe giungere alla conclusione paradossale che il recesso senza preavviso configuri sempre un abuso».



prenderci cura anche dell'interesse della controparte nella misura in cui ciò non comporti un sacrificio eccessivo. Occorre valutare cioè se l'affidamento circa il non dover adempiere ingenerato dalla lunga inerzia del creditore meriti tutela ai sensi della buona fede sì da bloccare la richiesta tardiva (ma non prescritta) del creditore.

Questi i termini della questione¹⁴ e il problema giuridico da risolvere come impostati dalla giurisprudenza¹⁵, rispetto ai quali, tuttavia, anche il ricorso alla buona fede non sembra produttivo.

Dal punto di vista metodologico, infatti, il riferimento a principi quali il divieto di abuso del diritto e la buona fede per valutare la condotta del creditore non è in grado di condurre a una valutazione univoca: tali principi «possono obbligare taluno a subire gli effetti di una situazione univoca. Ma non possono rendere univoco ciò che non lo è, ciò che per sua natura – come il silenzio – è dubbio o privo di significato»¹⁶. In sintesi, buona fede e divieto di abuso non aiutano a qualificare un comportamento che è di per sé neutro, come l'inerzia¹⁷.

Più in generale, la condotta del creditore sembra difficile da qualificare quando sia caratterizzata dall'assenza di elementi fattuali positivi, come tali in grado di manifestare un significato o, come in un tempo passato si sarebbe detto, una volontà; né sembra esservi un principio giuridico che possa venire in soccorso¹⁸. In altri termini, una condotta di per sé neutra come l'inerzia del creditore¹⁹ non consente

¹⁴ In aggiunta, possiamo osservare brevemente che se l'impostazione ora accennata è corretta, ne risulta smentita quella della Cassazione nella parte in cui sembra concepire l'abuso del diritto come un altro modo di affermare la violazione della buona fede contrattuale, con una chiara sovrapposizione dei due profili. Questa idea, che circola anche in dottrina, è da respingersi quando si rileva che «l'abuso del diritto, se è tale, non ha bisogno della buona fede ... reciprocamente la buona fede ha un ambito ... suo proprio, all'interno del quale l'abuso del diritto non è in grado di aggiungere nulla. Invero ... l'abuso del diritto è categoria dell'atto, mentre la buona fede è categoria del rapporto, il primo riferendosi a un vizio del potere, la seconda a una fonte di integrazione del rapporto» (C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., 108 ss.).

¹⁵ Questi i termini della questione per le sentenze del 2021 e del 2024. Cfr. Cass. 26 aprile 2024, n. 11219, cit., massima e par. 3.1.c.: «il semplice ritardo di una parte nell'esercizio delle proprie prerogative può dar luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto soltanto se, non rispondendo ad alcun interesse del suo titolare, si traduce in un danno per la controparte».

Per quel che riguarda Cass. 14 giugno 2021, n. 16743, cit., cfr. paragrafi 22 («Il ritardo – rispetto ai tempi prestabiliti nel regolamento negoziale – di una parte nell'esercizio di un diritto (nel caso di specie, diritto di agire per far valere l'inadempimento della controparte di un'obbligazione periodica di pagamento) può dar luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto soltanto se, non rispondendo esso ad alcun circostanziato interesse del suo titolare, correlato ai termini e alle finalità del contratto, si traduca in un danno per la sola controparte»); 28 («L'esercizio repentino del diritto installatosi in una circostanziata situazione di maturato affidamento della sua intervenuta abdicazione, correlata a un assetto di interessi pregresso, ha integrato un abuso del diritto»); 29 («Dove il comportamento inerte [del creditore] non è ascrivibile a rinuncia, come nel caso concreto è risultato, ma a un – ben protratto – prodromo di un esercizio abusivo del diritto, il decorso di un tale spiccato periodo di tempo di oggettiva apparenza remittente non può non assumere valore ai fini dell'estinzione/consumazione del diritto per il periodo de quo, trattandosi di diritto a esecuzione continuata e periodica. Pertanto, indipendentemente dall'indagine sulla volontà di rinunciare al diritto o dal decorso del termine di prescrizione del medesimo, il repentino esercizio del diritto, dopo una situazione di durevole inerzia non altrimenti giustificata, può costituire esso stesso una violazione del principio di affidamento circa la oggettiva abdicazione») e 31.

¹⁶ R: SACCO, *I costituenti del contratto*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Utet, 1993, I, 92.

¹⁷ Cass. 14 giugno 2021, n. 16743, cit., invece, non sembra avvedersi di questo elemento: cfr. par. 30.

¹⁸ In materia contrattuale, la dottrina tradizionale ha sempre negato che il silenzio possa considerarsi espressivo di una quale che sia volontà: cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1952, 146 e ss.

¹⁹ Che l'inerzia, per il nostro ordinamento, sia condotta neutra, emerge del resto chiaramente dalla disciplina della prescrizione stessa; cfr. S. PATTI, *Tempo*, cit., 28: «dalla disciplina della prescrizione, facendo riferimento in particolare alla norma sulla interruzione di cui all'art. 2943 c.c., così come intesa nel diritto vivente, emerge che per determinare l'estinzione del diritto è sufficiente il suo mancato esercizio per il tempo determinato dalla legge (art. 2934 c.c.), non occorrendo quindi alcuna



di giungere a un giudizio univoco sulla medesima, e la buona fede non è strumento che possa aiutare a questo scopo. Ciò è ancor più vero, nel caso di specie, se si tiene in considerazione il principio per il quale «le rinunzie non si presumono»²⁰, in applicazione del quale risulta privo di fondamento far derivare una rinuncia al diritto di credito da una semplice inerzia del creditore²¹.

Conviene dunque volgerci in altra direzione per cercare una soluzione più lineare e certa; questa può essere trovata se si guarda a un elemento che sembra sia rimasto sullo sfondo se non del tutto assente nella sentenza del 2024, così come nella sentenza del 2021.

Invero, ogni volta che ci si occupa di questa fattispecie, c'è un grande assente, un elemento che non viene considerato: molto semplicemente, la condotta del debitore.

Infatti, i giudici – e pressoché tutti i commentatori – si sono concentrati esclusivamente sul valutare se il comportamento del creditore fosse contrario o meno a buona fede e se vi fosse violazione del divieto di abuso del diritto; sembra che ci si possa chiedere invece se quella che appare come una questione di esercizio del diritto da parte del creditore dopo una lunga inerzia non possa più facilmente trovare soluzione analizzando la condotta del debitore dal punto di vista del suo ruolo nel rapporto obbligatorio. Questo scambio di prospettiva ci consente anzitutto di inquadrare meglio anche la condotta del creditore.

3. La buona fede del debitore

Se osserviamo dalla prospettiva del debitore, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, in quanto è immanente al rapporto obbligatorio e all'esecuzione del medesimo, grava ovviamente su entrambe le parti. Anche il debitore ha un esplicito obbligo di correttezza²², chiaramente indicato dall'art. 1175 cod. civ., che fornisce «al giudice un criterio di valutazione dell'attività esplicata dalle parti ai fini della concreta realizzazione del contenuto delle rispettive posizioni (di diritto e di obbligo)»²³; obbligo che è confermato «dal testo dell'art 1375 cod. civ., per il quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (in questo senso, la buona fede è anche norma sull'adempimento)»²⁴, tanto che, i due termini, correttezza e buona fede, «sono oramai intesi alla stregua di un'endiadi»²⁵ che sovrintende ai doveri di

qualificazione o caratteristica dell'inerzia. In altri termini, la legge prende in considerazione unicamente il fatto oggettivo del mancato esercizio durato per il tempo previsto, non attribuendo alcuna rilevanza al significato che altri soggetti eventualmente conferiscano a questo fatto».

Cass. 14 giugno 2021, n. 16743, cit., invece, non sembra di questo avviso: cfr. par. 34: «è sostenibile che un credito nascente da un rapporto ad esecuzione continuata, mai preteso sin dall'origine del rapporto negoziale, anche se formalmente menzionato nelle scritture contabili di una società a responsabilità limitata per più esercizi, in assenza di altri indici di segno contrario, possa ugualmente costituire un fattore di generazione di un affidamento di oggettiva rinuncia del credito sino ad allora maturato nei confronti del socio».

²⁰ A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Cedam, 2021, 108 ss.

²¹ Cfr. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 108 e ss.: «quanto al requisito formale, la legge non prescrive alcun particolare formalismo per la remissione, nemmeno *ad probationem*. Tuttavia la giurisprudenza, nonostante il principio per cui le rinunzie non si presumono, ammette anche ipotesi di remissione tacita, ossia mediante comportamento concludente. Lo spazio però è decisamente limitato, perché oltre all'esclusione della presunzione si deve considerare quanto prevede l'art. 2726 cod. civ., il cui effetto è in generale di escludere anche la prova testimoniale».

²² Cfr. ad es. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 45; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato Ciccumessineo*, Giuffrè, 1974, tomo I, 2, che osserva come esercizio del diritto e adempimento dell'obbligazione risultano subordinati «ad un unico generalissimo criterio di valutazione, qual è quello che, nel codice vigente, è indicato dall'art. 1175».

²³ U. NATOLI, *L'attuazione*, cit., 4.

²⁴ A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 45.

²⁵ A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 46. Cfr. anche U. NATOLI, *L'attuazione*, cit., 7, che osserva come «negli artt. 1175 e 1375 si esprime, sia pure con termini diversi, un medesimo principio generale ... deve, infatti, affermarsi che le due disposizioni



entrambe le parti, e perciò del debitore, il quale è quindi, in definitiva, precisamente tenuto ad assicurare l'utilità della sua controparte, nella misura in cui ciò non comporti per lui un significativo sacrificio²⁶.

Specularmente, invece, l'attuazione del rapporto obbligatorio non è certo impedita o compromessa se il creditore omette di chiedere l'adempimento²⁷, né sul creditore grava alcun onere, fatte salve prescrizione e decadenza come oneri di esercitare il diritto di credito entro un certo tempo²⁸, pena l'estinzione del medesimo.

Alla luce di queste considerazioni, il debitore inerte che non si preoccupa di adempiere non sembra davvero osservare la buona fede, poiché, oltre a risultare inadempiente sacrifica l'interesse del creditore che costituisce la causa dell'obbligazione (art. 1174 cod. civ.)²⁹: se dunque, a fronte dell'inattività del creditore, il debitore è rimasto a sua volta completamente inerte, senza curarsi, almeno a quanto risulta dai casi oggetto della nostra attenzione in questa sede, non solo di prendere contatti col creditore per offrirgli la sua prestazione, ma nemmeno di accertare le intenzioni di quest'ultimo (probabilmente speranzoso che il silenzio potesse infine tradursi nell'estinzione del suo debito) non altrimenti che inadempimento può chiamarsi tutto questo.

Anche a voler proseguire nell'analisi dalla prospettiva della buona fede, è evidentemente interesse del debitore avveduto, che agisce secondo correttezza e buona fede, chiarire la situazione, anche solo per evitare il rischio di dover pagare in un'unica soluzione una somma che negli anni inevitabilmente diventa sempre più consistente, e quindi sempre più gravosa. Se questo non accade, ciò significa che è piuttosto il debitore che sta cercando, più o meno consapevolmente, di approfittare della situazione di inerzia, che si traduce in incertezza tendenzialmente a suo vantaggio³⁰.

In sintesi, quindi, tra l'inerzia del creditore e quella del debitore, poiché il *vinculum iuris* si identifica anzitutto con il *debitum* di quest'ultimo, sembra che, anche a voler ragionare solo in termini di buona fede, sia quella del secondo a emergere anzitutto come rilevante in violazione di tale dovere, e dunque non certo meritevole di tutela.

4. Rapporto obbligatorio, cooperazione e adempimento

Ma dalle considerazioni che precedono emerge anche che individuare la condotta conforme a buona fede può risultare esercizio dagli esiti difficilmente univoci e in grado di fornire risposte

hanno contenuto sostanzialmente identico, facendo entrambe riferimento ad uno stesso criterio oggettivo di valutazione».

²⁶ Cfr. Cass. 18 luglio 1989, n. 3362, alla quale aderisce L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in Scritti, I, Milano, 2011, 110. Cfr. anche A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 48: «Su ciascuna delle parti grava, anzitutto, un obbligo di assicurare l'utilità dell'altra nella misura in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio proprio carico».

²⁷ L'attuazione del rapporto obbligatorio non è certo «compromessa per la mancanza, a parte creditoris, della richiesta di adempimento, giacché l'offerta del debitore potrebbe verificarsi anche indipendentemente da essa» (U. NATOLI, L. BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, 1975, 5); cfr. G. GRISI, *Brevi note sull'esazione della prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2023, 801.

²⁸ «Sembra quasi superfluo rimarcare che non vi sia (non solo un obbligo, ma neanche) un onere legale di esercitare il credito entro un certo tempo, fuori dai casi di prescrizione decadenza e che un corrispondente onere pattizio possa derivare solo da una decadenza convenzionale» (A. RENDA, *La prescrizione*, cit., 83).

²⁹ «L'interesse del creditore è la leva dell'obbligazione, in quanto ne costituisce insieme la causa efficiente e la causa finale» (C. CASTRONOVO, *Il diritto italiano delle obbligazioni dal codice civile del 1942 ad oggi. Profili di un'evoluzione*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 606 s.).

³⁰ «Nel rapporto obbligatorio la situazione di vantaggio fa capo al creditore e l'inerzia di questo non può tradursi nell'interesse giuridicamente rilevante del debitore a non adempiere, prima che il credito sia prescritto» (A. RENDA, *La prescrizione*, cit., 83).



sufficientemente nette. Proviamo allora a concentrarci sull'attuazione del rapporto obbligatorio e sull'adempimento.

Nel caso tipico del mancato pagamento dei canoni di locazione, ci troviamo di fronte a un'obbligazione di versare una somma di denaro con un termine fissato a scadenza mensile. Ebbene, in assenza di diversa determinazione pattizia o derivante dagli usi o desumibile dalla natura della prestazione, il combinato disposto degli articoli 1182, co. terzo e 1219, co. secondo, numero 3 stabilisce che il debitore-conduttore è tenuto ad adempiere al domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza e che, se non lo fa, è addirittura automaticamente costituito in mora³¹. In generale quindi si può affermare che, quantomeno nell'ipotesi dell'art. 1219, n. 3, il sistema impone un obbligo di adempiere anche indipendentemente dalla richiesta del creditore³².

Da ciò si deduce, ancora una volta, che il creditore può addirittura esimersi dal sollecitare la prestazione, poiché l'onere di offrire l'adempimento grava invece sul debitore che, peraltro, nel caso del pagamento di una somma di danaro, può oramai eseguire la prestazione senza alcuna reale necessità di cooperazione da parte del creditore, potendo adempiere semplicemente effettuando un bonifico bancario; è questo infatti di uno di quei casi in cui «il rapporto obbligatorio può essere attuato senza la cooperazione del creditore, che non risulta necessaria per l'esecuzione della prestazione»³³. Né, del resto, un eventuale obbligo di cooperazione del creditore – che nel caso di specie, come visto, non si rinviene – sarebbe idoneo a sgravare il debitore dei propri obblighi, poiché si tratta di un obbligo evidentemente accessorio che non consente in nessun caso una «inversione dei ruoli, che vedrebbe il creditore assumere la posizione di parte obbligata»³⁴.

In altre parole, il creditore può certamente prendere l'iniziativa di chiedere il pagamento, ma non è tenuto a farlo, e dunque da una sua eventuale inerzia (non caratterizzata da ulteriori elementi che la possano qualificare come rinuncia o remissione³⁵) non possono discendere conseguenze per lui pregiudizievoli; né un obbligo in tal senso ed eventuali conseguenze pregiudizievoli ipoteticamente derivanti dalla violazione di quest'ultimo possono ipotizzarsi in applicazione dell'articolo 1227 cod. civ., che si «regola le conseguenze di un'eventuale comportamento colposo del creditore», ma «non riguarda la fase dell'adempimento; presuppone anzi, già verificato l'inadempimento e tende a precisare la misura del

³¹ Sulla rilevanza del luogo dell'adempimento da questa prospettiva, nonché sulle conseguenze del ritardo, cfr. N. RIZZO, *Inadempimento e danno da ritardo tra diritto comune e diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, in particolare 828 ss.

³² Cfr. U. NATOLI, *L'attuazione*, cit., 48; cfr. anche G. GRISI, *Ancora sull'esazione della prestazione*, in *Jus Civile*, 2024, 222.

³³ M. DELLA CASA, *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 2019, vol. VI, 1.

³⁴ M. DELLA CASA, *Cooperazione: tra obbligazione e contratto*, in *Accademia*, 2023, 968: «la cooperazione permane accessoria alla prestazione dovuta dal debitore, sicché non costituisce oggetto di un'obbligazione; ne consegue che la sua mancanza non giustifica l'applicazione dei rimedi che reagiscono all'inadempimento. L'accessorietà della cooperazione alla prestazione dovuta dal debitore è coerente con l'area tematica nella quale sono collocati la mora del creditore e i procedimenti di liberazione coattiva del debitore: il diritto delle obbligazioni. Su questo terreno, le posizioni occupate dal debitore e dal creditore non sono intercambiabili, ma fisse. L'intera disciplina del titolo I, infatti, si fonda sul presupposto di un rapporto unilateralmente orientato, che vede il debitore obbligato ad eseguire una prestazione nei confronti del creditore. In questa prospettiva non è concepibile un'inversione dei ruoli, che vedrebbe il creditore assumere la posizione di parte obbligata».

Nello stesso senso, cfr. anche G. GRISI, *Ancora sull'esazione*, cit., 226: «Invero, la mera inerzia di chi, pur dovendolo fare, non si reca nel domicilio del debitore, non può – a mio parere – ritenersi sufficiente [per la messa in mora del creditore]. Deve materializzarsi l'impedimento all'adempimento e abbisogna, al fine, che sussistano elementi congiunturali atti a rivelarne al di là di ogni ragionevole dubbio l'esistenza».

³⁵ Sulla differenza tra remissione del debito e rinuncia al credito cfr. ad es. F. MACIOCE, *Rinuncia*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 931.



risarcimento, escludendo quella parte di danno che non può ricollegarsi all'inadempimento e, quindi, al fatto del debitore, ma dipende, invece dal fatto dello stesso creditore»³⁶.

Al contrario, è indubitabile che vi sia un preciso obbligo del debitore di offrire l'adempimento³⁷. L'inerzia del debitore si conferma così vieppiù immeritevole di tutela, risultando un protratto sottrarsi al proprio ruolo nell'attuazione del rapporto obbligatorio.

Queste conclusioni trovano conferma da ulteriori considerazioni sull'adempimento.

E invero, se la buona fede è dovere che grava su entrambe le parti, c'è un obbligo che grava esclusivamente sul debitore, ed è la diligenza³⁸. Ebbene, a fronte di un creditore che rimane inerte (e che, come visto, non ha un dovere di iniziativa per dare attuazione al proprio diritto), nell'obbligo di diligenza del debitore rientra senza dubbio il farsi parte attiva (*rectius*, parte diligente) per provare ad adempiere puntualmente o quantomeno accertarsi della reale volontà del creditore di rinunciare al proprio credito. La condotta inerte del debitore è quindi una violazione dell'obbligo di diligenza che grava su di lui nell'esecuzione della sua prestazione, cioè pagare; e questa violazione è ancor più evidente quando si pensa che la diligenza è obbligo da rispettarsi pure *prima* dello specifico momento di esecuzione della prestazione³⁹, nell'ottica di assicurare l'esatto adempimento⁴⁰. Per altro verso e più in generale, poi, quest'obbligo di diligenza nella specificità dell'adempimento è ben più concreto e precisamente definibile nel suo contenuto rispetto al generale obbligo di buona fede.

Altrettanto non può dirsi dell'inerzia del creditore, che invece, per riferirci ai casi dai quali abbiamo preso le mosse, ha pienamente adempiuto al suo obbligo con il mettere a disposizione l'immobile, e la cui inerzia rispetto al pagamento, come detto *supra*, non costituisce violazione di obbligo alcuno.

Da quanto precede si può trarre una conclusione generale di teoria del rapporto obbligatorio: che l'inerzia del debitore e quella del creditore non hanno la medesima rilevanza giuridica⁴¹ né possono

³⁶ U. NATOLI, *L'attuazione*, cit., 56. Nello stesso senso cfr. N. RIZZO, *La causalità civile*, Giappichelli, 2022, 59: «tanto la prima quanto la seconda regola di cui all'art. 1227 hanno ... in comune il presupposto che, in entrambe le ipotesi la condizione (positiva o negativa) concorre non semplicemente con una colpa del debitore, bensì con l'inadempimento del debitore, già manifestatosi».

³⁷ Cfr. G. GRISI, *Brevi note*, cit., 812 e ss.

Alla luce di questo ragionamento, non risulta condivisibile l'esito di Cass. 29 ottobre 2024, n. 27904, cit.; infatti, premesso che l'utilizzo della categoria dell'abuso risulta fuori luogo come visto *supra* (si tratterebbe, a tutto voler concedere, di una violazione di un ipotetico obbligo di protezione), non vi è, come appena visto, un dovere del creditore di pretendere l'adempimento né tantomeno di chiederlo *immediatamente*; al contrario, è posta sul debitore l'iniziativa di offrirlo. Debitore che, peraltro, come visto *supra*, può in ogni momento evitare l'accumularsi delle sanzioni semplicemente offrendo la prestazione.

³⁸ Cfr. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 45: «è palese che la direttiva di correttezza si rivolga sia al debitore, sia al creditore, al contrario di quanto avviene ... con la clausola della diligenza, la quale si indirizza esclusivamente alla persona del debitore».

³⁹ «In effetti la funzione della diligenza si manifesta non solo nell'esecuzione della prestazione, ma pure in un momento precedente, in termini di conservazione della possibilità di adempiere. Nella logica del buon padre di famiglia, infatti, il debitore già prima della scadenza del termine deve prepararsi per essere in grado di adempiere al meglio» (A. ALBANESE, *La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 376).

⁴⁰ «In particolare vengono in considerazione gli obblighi integrativi strumentali, che nella struttura complessa del rapporto obbligatorio accedono all'obbligazione principale e sono preordinati ad assicurarne l'esatto adempimento. Questi hanno un contenuto distinto rispetto alla prestazione, ma, diversamente dagli obblighi di protezione imposti dalla buona fede, non hanno uno scopo autonomo, dato che, al pari dell'obbligazione principale, sono funzionali a soddisfare l'interesse del creditore alla prestazione» (A. ALBANESE, *La tutela*, cit., 375 ss.).

⁴¹ Questa affermazione non contrasta con l'idea di reciprocità, che secondo la dottrina moderna caratterizza il rapporto obbligatorio e che trova nell'art. 1175 cod. civ. la regola ideale. Tale norma infatti «disegna la cornice costituita dagli obblighi



essere considerate giuridicamente sullo stesso piano: l'inerzia del debitore, come visto, è anzitutto inadempimento, mentre lo stesso non può dirsi con riferimento al creditore, il quale non può essere considerato un contro-obbligato rispetto al debitore⁴². E dunque né formalmente né sostanzialmente la natura relazionale del rapporto obbligatorio⁴³ può significare un rapporto a posizioni equivalenti che consenta di porle sullo stesso piano, anche perché, a ben vedere, da questa prospettiva l'inerzia del debitore che continua non è altro che conferma dell'inadempimento⁴⁴.

Tanto è vero che il semplice ritardo, oltre a costituire inadempimento, ai sensi dell'articolo 1218, comporta un obbligo risarcitorio a carico del debitore anche in assenza di qualunque atto di costituzione in mora. Ciò significa definitivamente non solo che il ritardo è inadempimento⁴⁵, ma che il creditore è specificamente tutelato contro questa eventualità dalla disciplina dell'inadempimento che, mettendo in evidenza un ulteriore squilibrio del rapporto in favore del creditore, aggiunge all'obbligo originario di prestazione il risarcimento del danno, cosicché il debitore per liberarsi dovrà, oltre che adempiere, risarcire il creditore⁴⁶.

Peraltro, che l'inerzia del creditore non sia equiparabile a quella del debitore è stato bene messo in luce quando si è rilevato come mora del debitore e mora del creditore non siano sullo stesso piano, in quanto la prima «segnerebbe, a tutto ammettere, la violazione di un obbligo marginale ed accessorio del creditore, l'altra, invece, metterebbe in evidenza l'inadempimento, da parte del debitore, dell'obbligazione principale»⁴⁷.

Le due inerzie, se così può dirsi, non sono quindi né sullo stesso piano, né, tantomeno, equiparabili quanto a conseguenze. Ritornando perciò a ragionare nella chiave della buona fede, ove mai l'inerzia del creditore potesse essere tacciata di mala fede, a fortiori lo si dovrebbe dire dell'inerzia del debitore.

5. Conclusioni

Né, in conclusione, pare vi possa essere spazio per ritenere che il chiedere il pagamento in un'unica soluzione si sostanzi in una qualche violazione dei diritti del debitore⁴⁸, magari costituendo una

di correttezza che si impongono al creditore nella stessa misura che al debitore ... in anticipo rispetto alla disciplina dell'adempimento come *condotta tipicamente espressiva del vincolo del debitore*» (C. CASTRONOVO, *Il diritto*, cit., 604).

⁴² «A differenza del comportamento del creditore, che, in quanto espressione dell'esercizio di un diritto soggettivo, è essenzialmente libero o facoltativo, quello del debitore, come espressione dell'adempimento di un obbligo, è, invece, per sua natura tipicamente necessitato o dovuto. Il debitore non è dunque arbitro di decidere se mettere in essere o meno quell'attività che corrisponde al contenuto della sua obbligazione – cioè di effettuare oppur no la prestazione prevista –; egli *deve* procedervi, giacché, in caso contrario, si troverebbe ... automaticamente in quella situazione di illegittimità ... che si suole denominare inadempimento» (U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, tomo II, Milano, 1984, 2).

⁴³ Cfr. C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 55.

⁴⁴ Come è ovvio, infatti, «la mancata esecuzione della prestazione, ancora possibile al momento della scadenza, comporta immediatamente una situazione di ritardo che costituisce di per sé inadempimento, come testualmente si legge nell'art. 1218 cod. civ.» (A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 157).

⁴⁵ Cfr. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 160.

⁴⁶ Cfr. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 157: «ora, l'art. 1218 cod. civ., al fine di tutelare l'interesse creditorio leso, prevede un obbligo risarcitorio a carico del debitore che adempie tardivamente, anche in assenza di qualunque atto costitutivo in mora. Infatti, l'originario rapporto obbligatorio è mutato, tant'è che il debitore non può estinguere il vincolo solo eseguendo l'originaria prestazione, ove questa sia ancora possibile e utile, ma dovrà aggiungere a tale adempimento tardivo, il versamento di una somma di denaro mediante la quale risarcire il creditore del danno patito».

⁴⁷ U. NATOLI, *L'attuazione*, cit., 48.

⁴⁸ Sulla soluzione adottata da Cass. 17 giugno 2021, n. 16743, cit., cfr., in senso critico, A: NICOLUSSI, *Limiti*, cit., 399.



violazione del canone generale di solidarietà integrativo della prestazione contrattualmente dovuta, ovvero del dovere negativo di *neminem laedere*, cui fa effettivamente riferimento la sentenza del 2021, che impegnano ciascuna delle parti a preservare l'interesse dell'altra nei limiti del proprio apprezzabile sacrificio.

Per prima cosa, si può sempre ipotizzare che il creditore conceda al debitore un pagamento a rate⁴⁹, ma questa, per quanto molto ragionevole, può al più essere una soluzione pratica, sicuramente da approvare, ma rimessa alla volontà pattizia non essendo, per le ragioni sviluppate in precedenza, fondata su un interesse del debitore che possa dirsi giuridicamente meritevole di tutela.

Infatti, la perdita della possibilità di adempiere a rate è dovuta all'inerzia colpevole del debitore cui, come abbiamo visto, non corrisponde alcun dovere del creditore di "stimolare" i pagamenti periodici del debitore. È certamente vero che dover pagare in un'unica soluzione una somma invece che a rate può risultare più gravoso, ma vanno tenuti presenti due fondamentali elementi.

Il primo è del tutto ovvio: negli anni in cui non ha onorato i suoi debiti, il debitore ha avuto disponibilità di somme delle quali altrimenti non avrebbe avuto la disponibilità se avesse regolarmente adempiuto ai suoi obblighi⁵⁰; il debitore si è dunque avvantaggiato economicamente della propria inerzia.

Inoltre, sino a che il credito non è prescritto, il debitore deve sempre mantenersi nella condizione di adempiere⁵¹; e ciò non solo in ossequio al dovere di buona fede che abbiamo citato all'inizio, che gli impone di preservare l'interesse del creditore⁵², ma anche e soprattutto in applicazione dell'obbligo di diligenza, che gli impone di essere sempre pronto a fornire la prestazione oggetto dell'obbligazione: non può infatti dubitarsi che «la negligenza del debitore nel conservare la possibilità di adempiere, oltre a mettere a repentaglio il futuro conseguimento della prestazione, costituisca lesione attuale di un interesse giuridicamente protetto»⁵³.

Alla luce di questi due elementi, non si vede alcun reale fondamento giuridico all'obiezione del debitore per la quale sarebbe troppo gravoso pagare in un'unica soluzione un debito che egli ha volontariamente accumulato nel corso degli anni, traendone vantaggio: si tratta di un'occorrenza meramente fattuale (della quale si può soltanto dire: *imputet sibi*) cui corrisponde un'obiezione puramente empirica, non giuridica.

Infine – è il caso di porsi anche questo problema per completezza – risulta parimenti difficile ipotizzare la tutela di un debitore che si trovi in situazione di grave difficoltà a causa di imprevedibili circostanze sopravvenute. Questa ipotetica tutela, che in qualche modo riecheggia la categoria

⁴⁹ Cfr. A. RENDA, *La prescrizione*, cit., 83.

⁵⁰ «Alla detenzione o al mancato pagamento di una somma corrisponde un arricchimento del patrimonio valutabile in misura del presumibile costo che il soggetto che ha goduto di tale disponibilità avrebbe dovuto sopportare per acquisire la medesima disponibilità» (B. INZITARI, *Interessi. Legali, corrispettivi, moratori, usurari, anatocistici*, Giappichelli, 2017, 3).

⁵¹ Ciò è piuttosto ovvio ed è comunque confermato ancora una volta dalla disciplina della prescrizione: «Il debitore, dopo un determinato periodo di tempo, durante il quale il creditore non ha esercitato il suo diritto, deve essere libero di disporre del denaro, senza restare in una situazione di incertezza ed eventualmente senza dovere conservare i mezzi di prova dell'avvenuto pagamento» (S. PATTI, *Tempo*, cit., 20). *A contrario*, risulta evidente che finché il termine della prescrizione non è scaduto, il debitore deve essere sempre in grado di adempiere.

⁵² «Il debitore che risparmia l'immediato pagamento conserva (si direbbe secondo un criterio universale di correttezza) l'obbligo di preservare l'interesse del creditore alla prestazione, curando la provvista e l'integrità del patrimonio responsabile» (M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1184). Cfr. anche A. RENDA, *La prescrizione*, cit., 83: «In pari tempo, è bene sottolineare che la riscossione del credito non possa come tale essere intesa quale fonte di un danno per il debitore, se non si è disposti a intendere per danno il dover pagare i canoni insoluti, la provvista per far fronte ai quali è onere di qualsiasi debitore diligente accantonare via via, peraltro a prescindere dalla circostanza che il creditore ne faccia richiesta».

⁵³ A. ALBANESE, *La tutela*, cit., 377.



dell'inesigibilità, mancherebbe qui di un interesse del debitore «cui l'ordinamento assegni una posizione di preminenza nella cosiddetta gerarchia dei valori»⁵⁴, e difficilmente potrebbe trovare spazio, in ragione del fatto che le circostanze sopravvenute si innesterebbero su una situazione di inadempimento del debitore già consumatosi. In altre parole, le circostanze sopravvenute, anche se gravi, non appaiono idonee a giustificare *ex post* un inadempimento che preesiste alle medesime, nella forma di canoni scaduti che già si sono accumulati.

In conclusione, nel tentativo di individuare una *ratio* solida e, soprattutto, coerente sul piano sistematico per affrontare la questione dell'inerzia del creditore, risponde meglio alla natura e alla funzione del rapporto obbligatorio seguire un percorso alternativo rispetto a quello delineato dalla giurisprudenza di legittimità. In tale prospettiva, più che concentrare l'attenzione sulla condotta del creditore, risulta opportuno muovere dall'analisi del comportamento del debitore, la cui inerzia — prima ancora che essere valutata alla luce del canone di buona fede, che rappresenta parametro di giudizio tipicamente riferibile alla condotta del creditore — deve essere considerata in relazione al dovere di prestazione e, dunque, all'obbligo di corretta attuazione del rapporto obbligatorio ai fini dell'adempimento.

Assunta questa angolazione, emerge con evidenza come sia la condotta inerte del debitore a tradursi in una violazione di quell'obbligo immanente di cooperazione che permea l'intera dinamica dell'obbligazione, ma che anzitutto grava sul debitore nei termini di quel dovere di diligenza che l'art. 1176 c.c. riferisce soltanto a lui.

⁵⁴ A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 35.



CHRISTOPH PERATHONER*

THE INDEPENDENT GUARANTEE CONTRACT IN INTERNATIONAL LEGAL PRACTICE**

**IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA INDIPENDENTE NELLA PRATICA
GIURIDICA INTERNAZIONALE**

Abstract: The present paper analyses the independent guarantee contract. Starting from Germany – where the relevant discussion already began in the 19th century and which is therefore to be regarded as the modern origin of this type of contract – the development of the institute in Italy in the 20th century, driven by international legal relations, will be discussed. Finally, the paper will focus on independent guarantees in international legal transactions, taking a private international law viewpoint and critically reviewing uniform rules in the field, such as the UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit, the Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758), the International Standby Practices (ISP98), and the Draft Common Frame of Reference.

ABSTRACT: Il presente contributo analizza il contratto autonomo di garanzia. Partendo dalla Germania – dove il dibattito sul rispettivo negozio ebbe inizio già nel XIX secolo e che deve pertanto essere considerata l'origine moderna di questa tipologia contrattuale – verrà esaminato lo sviluppo dell'istituto in Italia nel XX secolo. Infine, l'articolo si concentrerà sulle garanzie autonome nelle transazioni giuridiche internazionali, adottando una prospettiva pratica di diritto internazionale privato e procedendo a una revisione critica delle regole uniformi in materia, quali la UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit, le Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758), le International Standby Practices (ISP98) e il Draft Common Frame of Reference.

SUMMARY: 1. *Introduction: the unstoppable internationalisation of law.* – 2. *The independent guarantee contract as a product of modern legal practice.* – 3. *The independent guarantee contract under German law.* – 4. *The independent guarantee contract under Italian law.* – 5. *The growing influence of the common law.* – 6. *The independent guarantee contract in international legal relations and in international legal practice.* – 6.1. *Private international law.* – 6.2. *Uniform rules.* – 6.3. *The Draft Common Frame of Reference.* – 7. *Results.*

1. Introduction: the unstoppable internationalisation of law

The modern world is characterised by an unprecedented internationalisation, which has – since the early 1990s – increasingly been described by the term *globalisation*.¹ This is expressed not only in the

* Lecturer – Free University of Bozen.

** Contributo sottoposto a revisione. Christoph Perathoner is Lecturer (*docente a contratto*) at the Free University of Bozen; e-mail: Christoph.Perathoner@unibz.it. The present article is based on and contains ideas already developed in Christoph Perathoner, 'Der selbständige Garantievertrag in der internationalen Rechtspraxis' in Simon Laimer, Christoph Kronthaler, Bernhard A. Koch (eds), *Europäische und internationale Dimensionen des Privatrechts. Festschrift für Andreas Schwartz* (Jan Sramek Verlag 2021) 339–354.

¹ Jonathan Michie, *Advanced introduction to globalisation* (Edward Elgar 2017), 2ff.



global interdependence and mutual dependence of states and international organisations, but also in the fact that individuals are acting transnationally more frequently than ever before in history. They do this in all areas of life, which leads to an increasing cross-border exchange of people, goods, capital and ideas.²

Globalisation reveals the worldwide legal pluralism and brings the diversity of the various legal systems to light,³ which are continuously and increasingly cross-fertilising each other. The growing complexity of international legal relations that follow, will, over time, seemingly lead to global harmonisation and ultimately to the standardisation of the law, driven – among other things – by the pragmatic requirements of the economic and financial world.⁴

However, the need to understand foreign legal systems and the practice of comparative law are by no means an exclusive product of globalisation; rather, they have roots that go back a long way, even if the last few decades have given comparative law and the study of foreign legal systems a new significance. The reciprocal influence of foreign legal systems is particularly evident in commercial and business law. In the following, the *independent guarantee contract* will be analysed as an example of this.

Starting from Germany – where the relevant discussion already began in the 19th century and which is therefore to be regarded as the (modern) origin of this type of contract – the development of the institute in Italy in the 20th century, driven by international legal relations, will also be discussed. Finally, its significance in international legal transactions will be clarified and critically analysed. The structure of the article should therefore not be understood as a thematic delimitation. Rather, the individual sections build on each other.

2. The independent guarantee contract as a product of modern legal practice

In the last century, driven by international trade practice, a number of previously unknown contractual models have emerged in legal transactions, through which new international contractual relationships could be established. From a consumer perspective, product liabilities of producers or guarantees of conformity, to reimburse the price paid or to replace, to repair or service goods if they do not meet specific requirements are to be distinguished from situations in which a third party agrees to guarantee a payment or performance by the debtor of an underlying legal relationship, at times regardless of any fault for the non-performance of the principal debtor.⁵ While in business-to-consumer (B2C) scenarios, the European Union provides for a number of rules for the former type of guarantee,⁶ the latter have so far not been

² Eva-Maria Knoll, Andre Gingrich, Fernand Kreff, ‘Globalisation’ in Eva-Maria Knoll, Andre Gingrich, Fernand Kreff (eds), *Lexikon der Globalisierung* (transcript 2011) 126.

³ Jaakko Husa, *Advanced Introduction to Law and Globalisation* (Edward Elgar 2018) 31ff; Andreas Fischer-Lescano and Lars Viellechner, ‘Globaler Rechtspluralismus’ (2010) APuZ 20, 20ff; Ralf Michaels, ‘Welche Globalisierung für das Recht? Which law for globalisation?’ (2005) RabelsZ 525, 543f.

⁴ On the economic approach driving legal unification Jürgen Basedow, *Uniform law: legal responses to globalisation* (Mohr Siebeck 2024) 52ff.

⁵ The manufacturer’s guarantee promise in a purchase contract does consequently not constitute an independent guarantee contract but only secures the buyer certain legally established rights for the promised period (such as those mentioned above).

⁶ See, eg, Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance [2011] OJ L304/64; Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability



regulated on the Union level. Securing a legal transaction with appropriate guarantees has, however, always been a natural requirement of economic relationships and is now a necessity in terms of corporate strategy, not only in non-consumer contracts. Guarantees must meet the needs of modern commerce and, in addition to the rapid, unconditional processing of legal transactions, must in particular ensure stability and legal certainty. Transactions without guarantees that can be capitalised promptly and provide efficient cover, entail a higher entrepreneurial risk of not achieving the goals set. This can also be felt by consumers.

International guarantees are believed to have a positive influence on the dynamics of the modern market economy,⁷ especially the movement of capital seems to benefit from this.⁸

In the last two centuries, starting in Germany and subsequently, above all, via the United Kingdom with its strong international economic activities, a special guarantee model has been established in cross-border legal transactions,⁹ which is characterised by the independence or autonomy of the guarantee promise vis-à-vis the secured principal debt and thus differs from the common, accessory guarantees (such as the surety).¹⁰ Under the Draft Common Frame of Reference (DCFR), an independent guarantee is, for example, defined as

*“an obligation by a security provider¹¹ which is assumed in favour of a creditor for the purposes of security and which is expressly or impliedly declared not to depend upon another person’s obligation owed to the creditor”.*¹²

As a form of guarantee that is not (expressly) regulated by law in Germany, Italy, and a number of other jurisdictions,¹³ it does in these legal systems dogmatically constitute an expression of private autonomy.¹⁴ The institution of the independent guarantee contract, is, nevertheless, generally characterised by two aspects: (a) the guarantor’s obligation to pay on-first-demand, according to which payment by the guarantor must generally be made on the basis of a simple declaration of non-performance or after checking the formal correctness of one or more contractually stipulated documents;¹⁵ (b) the guarantor’s

for defective products [1999] OJ L141/20; Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products [1985] OJ L210/29.

⁷ With further references Federico Cappai, ‘Le garanzie autonome nel commercio internazionale’ (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 26.

⁸ Cass Civ, Sez Un 18.02.2010, 3947, *Foro it* 2010, I, 2799.

⁹ On guarantees with a foreign element in Austria: Andreas Schwartz, ‘Kreditsicherung bei Grenzüberschreitung’ in Peter Apathy, Gert Iro, Helmut Koziol (eds), *Österreichisches Bankvertragsrecht VIII.1* (Verlag Österreich 2012) para 6/20ff.

¹⁰ Sang Man Kim, *Payment Methods and Finance for International Law* (Springer 2020) 137ff (Independent Guarantee (Demand Guarantee)); Federico Cappai, ‘Le garanzie autonome nel commercio internazionale’ (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 22ff; Giovanni Stella, ‘Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees’ (2015) *Resp civ prev* 370, 370ff.

¹¹ Defined as “the person who assumes the obligations towards the creditor for the purposes of security”, see Article IV.G.-1:101 (c) of the Draft Common Frame of Reference (DCFR).

¹² Article IV.G.-1:101 (b) DCFR.

¹³ Eg Austria. See Ulrich Drobnig, ‘Guarantee, Independent (ch 2: Sources)’ (*Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, 2012) <https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Guarantee,_Independent> accessed 2 January 2026. According to Mathias Habersack in *MüKoBGB* (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 para 18 probably also due to the variety of different manifestations. An attempt to regulate dependent and independent guarantees on the EU scale is made by “Part IV.G. Personal security” in the Draft Common Frame of Reference (DCFR) from 2009, see Jan Schürnbrand, ‘Das Recht der Personalsicherheiten im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens’ (2009) *WM* 873, 873ff.

¹⁴ Andrea Montanari, ‘Garanzia autonoma e autonomia privata’ (2017) *Banca, borsa, tit cred* 347, 347ff.

¹⁵ Roeland IVF Bertrams, *Bank guarantees in international trade* (4th edn, Wolters Kluwer 2013) 46ff. Instructive Franco Bonelli, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale* (Giuffrè 1991).



waiver of defences regarding the validity, legality, or legal effectiveness of the guaranteed obligation.¹⁶ Due to the lack of accessoriness generally known from guarantee forms such as the surety, the special feature of the institute lies precisely in the contractual independence of the guarantee contract: the guarantee is in these types of cases to be separated from the collateralised obligation.¹⁷ An expression of this is the fact that the independent guarantee contract functions more like an *indemnity* and not – like the surety – a *fulfilment* of the original obligation. According to the German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*, BGH), it is characterised by the fact that

*“the guarantor must pay immediately and can only assert objections to the material justification of the secured claims after payment. All disputes of a factual and legal nature are shifted to the recovery process, provided the creditor does not obviously or demonstrably abuse his formal legal position.”*¹⁸

The independent guarantee contract can thus go beyond the purpose of sureties and cover risks that are due to language barriers, the lack of knowledge of foreign substantive or procedural law, or the disproportionately long duration of foreign legal proceedings – all risks both potentially relevant in business-to-business (B2B) and, to a lesser extent, also business-to-consumer (B2C) relations.¹⁹

Particularly relevant is the fact that the guarantor waives any defences; at the same time, the special nature of having to perform the guarantee on-first-demand exempts the beneficiary from proving non-performance.²⁰ The guarantor does therefore guarantee the indemnification of the guarantee holder in the event of non-performance irrespective of fault.²¹ This satisfies an important economic interest of business relationships and has the decisive advantage over other guarantees that it does not result in the immobilisation of capital.²² Problems can, however, arise in this regard, once consumers are involved.²³

Despite the lack of statutory regulation – a further indication that this form of guarantee constitutes an atypical contract –, it can undoubtedly be assumed that an “independent guarantee” fulfils an interest worthy of protection²⁴ and a typical social function²⁵ of legal transactions, simply due to the international spread and general recognition of this form of guarantee in many legal systems. The so-called

¹⁶ Ulrich Drobnig, ‘Guarantee, Independent (ch 3: Implementation)’ (*Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, 2012) <https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Guarantee,_Independent> accessed 2 January 2026; Antonio Cetra, ‘Contratto autonomo di garanzia’ (*Enciclopedia Giuridica Treccani Online*, 2019) <https://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-autonomo-di-garanzia_%28Diritto-on-line%29/> (accessed 2 January 2026); Vittorio Cappuccilli and Diego Corapi, ‘Garanzie bancarie’, in *Enciclopedia Giuridica Treccani* (UTET 1988) 6. On this *infra* XXX.

¹⁷ For Austria, for example, Andreas Schwartze and Simon Laimer, ‘Schuldbeitritt und Kreditauftrag’ in Peter Apathy, Gert Iro, Helmut Koziol (eds), *Österreichisches Bankvertragsrecht* VIII.1 (Verlag Österreich 2012) para 3/13 and 3/22.

¹⁸ BGH 10.09.2002, XI ZR 305/01 = NJW 2002, 3627.

¹⁹ Antonio Cetra, ‘Contratto autonomo di garanzia’ (*Enciclopedia Giuridica Treccani Online*, 2019) <https://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-autonomo-di-garanzia_%28Diritto-on-line%29/> (accessed 2 January 2026).

²⁰ Federico Cappai, ‘Le garanzie autonome nel commercio internazionale’ (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 23f.

²¹ Mathias Habersack in MüKoBGB (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 para 18. See Article IV.G.-1:101 (b) DCFR: “... an obligation by a security provider which is assumed in favour of a creditor for the purposes of security and which is expressly or impliedly declared not to depend upon another person’s obligation owed to the creditor.”.

²² Giovanni Stella, ‘Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees’ (2015) *Resp civ prev* 370, 370ff.

²³ On this *infra*.

²⁴ See for example Article 1322(1) Codice civile and Cass Civ Sez Un, 01.10.1987, n. 7341, *Foro it* 1988, I, 103.

²⁵ Federico Cappai, ‘Le garanzie autonome nel commercio internazionale’ (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 26 speaks of a *funzione socialmente tipica*.



independent or *simple*²⁶ guarantee contract (which also goes by other names, eg in Austria “*genuine guarantee contract*” [*echter Garantievertrag*],²⁷ in Italy “*autonomous guarantee contract*” [*contratto autonomo di garanzia*]²⁸), especially if on-first-demand, has in fact become an integral part of international legal transactions. It is mainly used as a guarantee in supply, construction, and work/service contracts.²⁹ Guarantees are mainly (but not exclusively) provided by banking institutions (eg with stand-by letters of credit) or insurance companies.³⁰

Although the independent guarantee agreement creates a unilateral obligation,³¹ a tripartite relationship is created,³² which consists of (a) a value relationship – between the original/principal debtor and the creditor of the main contract; (b) a cover relationship – between the debtor and (generally a bank functioning as) the guarantor;³³ and (c) a guarantee relationship – between the guarantor (eg bank) and the creditor as beneficiary.³⁴

3. The independent guarantee contract under German law

The modern doctrine of the contract of guarantee – in contrast to the surety³⁵ – is based on the legal doctrines developed in Germany in the second half of the 19th century and is due in particular to the legal philosopher *Rudolf Stammler* (1856–1938).³⁶ As early as 1886, *Stammler* wrote in the *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), a prominent German legal journal, that guarantee contracts were frequently and widely used³⁷ and saw them as being characterised by their legal independence.³⁸

Despite its apparently German origin (at least from a doctrinal point of view), the independent guarantee contract has not yet been established as a legal institution in the German legal system. The contract

²⁶ Jens-Thomas Füller, ‘D.IV: Garantie auf erstes Anfordern’ in Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost, Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch* II (4th edn 2020) para 346.

²⁷ Carl Stölzle, ‘Der Garantievertrag’ (1978) AnwBl 103, 103; OGH (Austrian Supreme Court) 1 Ob 84/20i, in *ecolex* 2021, 206.

²⁸ Ital: *Contratto autonomo di garanzia*.

²⁹ See *infra*.

³⁰ Stephen A. Jones, *Trade and Receivables Finance* (Springer 2018) 295ff (Demand Bank Guarantees); Federico Cappai, ‘Le garanzie autonome nel commercio internazionale’ (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 23 and 25.

³¹ Mathias Habersack in *MüKoBGB* (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 para 18.

³² A four-sided relationship can arise if the bank as guarantor secures its position with another guarantee, usually a foreign bank, see Chapter V; on counter-guarantees see Roeland IVF Bertrams, *Bank guarantees in international trade* (4th edn, Wolters Kluwer 2013) 168ff; Luciano Pontiroli, ‘Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta’ in Ugo Draetta and Cesare Vaccà (eds), *Le garanzie contrattuali. Contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale* (EGEA 1994) 27; Mathias Habersack in *MüKoBGB* (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 para 38.

³³ The bank as guarantor can demand repayment and compensation from the debtor after the guarantee has been provided; this can be done, for example, by debiting the amount from an account held by the debtor with the bank, see Giovanni Stella, ‘Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees’ (2015) *Resp civ prev* 370, 370ff.

³⁴ Fulvio Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia* (Giappichelli 1995) 124ff; Giovanni Stella, ‘Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees’ (2015) *Resp civ prev* 370, 370ff.

³⁵ Carlo d’Orta, *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze del mercato ed esercizio del diritto* (Giappichelli 2018) 18f.

³⁶ *Rudolf Stammler*, ‘Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung’ (1886) *AcP* 1, 1ff. Carlo d’Orta, *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze del mercato ed esercizio del diritto* (Giappichelli 2018) 20ff. provides an overview of the original Roman forms of the contract of guarantee. For details on this and further developments, see again in particular *Rudolf Stammler*, ‘Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung’ (1886) *AcP* 1, 52ff.

³⁷ *Rudolf Stammler*, ‘Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung’ (1886) *AcP* 1, 1ff.

³⁸ *Rudolf Stammler*, ‘Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung’ (1886) *AcP* 1, 5.



is therefore also in Germany based on the freedom of contract pursuant to § 241(1) and § 311(1) of the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB).³⁹

The German impulse was soon taken up in Anglo-Saxon legal systems and implemented in a large number of so-called “bonds”, which differ in terms of the performance to be guaranteed.⁴⁰ Through so-called “bid bonds” (also known as “tender bonds” or “tender guarantees”) – found in the event of call for tenders –, the issuing guarantor assumes liability for the contractor’s (bidder’s) ability to fulfil the tender conditions at all times.⁴¹ *Performance bonds* (also known as “performance guarantees” or “supply guarantees”) cover the risk of non-performance or improper performance of work/service contracts or supply contracts in favour of the contracting company. “Repayment bonds” (also known as “advanced payment bonds” or “down-payment guarantees”) serve as a guarantee for the reimbursement of advance price payments already made to the counterparty in the event of the cancellation of the main contract. “Maintenance bonds” guarantee the proper functioning of long-term contracts for work and services or supply contracts in the first few years.⁴²

It is obvious from the examples just listed that guarantees on-first-demand are mainly used in banking and international trade transactions. However, these also show the variety of existing forms of the guarantee,⁴³ which might explain why the historical legislator in Germany refrained from a statutory regulation.⁴⁴

However, a guarantee on-first-demand⁴⁵ should not be equated across the board with an independent guarantee agreement,⁴⁶ because also a surety can be provided with a clause that obliges it to perform on-first-demand. However, this does not mean that the surety loses its legal quality as an accessory loan collateral. The accessoriness is only postponed in the sense that the guarantor can initiate legal proceedings after they have fulfilled the payment obligation in order to check whether the creditor had the right to utilise the guarantee.⁴⁷ Whereas in the case of an *independent* guarantee contract, the guarantor must guarantee the beneficiary that a certain actual outcome will occur or that the risk of a certain future loss will not materialise, the BGH describes a guarantee *on-first-demand* as “more than just security”, as the creditor has the opportunity “to obtain liquid funds even if the security event has not occurred”.⁴⁸

It is not surprising that the BGH attempts to protect inexperienced persons in the case of guarantees on-first-demand (due to the particularly strong position of the beneficiary and the associated risk of

³⁹ Susanne Heinemeyer in MüKoBGB (9th edn, C.H.Beck 2022) Vor § 414 para 23.

⁴⁰ Matti S. Kurkela, *Letters of credit and bank guarantees under international trade law* (2nd edn, OUP 2008) 9f; Carlo d’Orta, *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze del mercato ed esercizio del diritto* (Giappichelli 2018) 19.

⁴¹ Mathias Habersack in MüKoBGB (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 para 44.

⁴² For the different types of guarantee, see Roeland IVF Bertrams, *Bank guarantees in international trade* (4th edn, Wolters Kluwer 2013) 35ff; Carlo d’Orta, *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze del mercato ed esercizio del diritto* (Giappichelli 2018) 19f; Federico Cappai, ‘Le garanzie autonome nel commercio internazionale’ (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 23.

⁴³ Mathias Habersack in MüKoBGB (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 para 26ff. refers to other forms of guarantee, such as the guarantee of characteristics or quality, also from a practical point of view.

⁴⁴ Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich II (1888) 658; Mathias Habersack in MüKoBGB (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 para 18.

⁴⁵ Under the URDG 758 (Uniform Rules for Demand Guarantees) known as a “demand guarantee”.

⁴⁶ BGH 10.9.2002, XI ZR 305/01 = NJW 2002, 3627. For Austria: Andreas Schwartz, ‘Die Bürgschaft’ in Peter Apathy, Gert Iro, Helmut Koziol (eds), *Österreichisches Bankvertragsrecht VIII.1* (Verlag Österreich 2012) para 2/14.

⁴⁷ Gerd Nobbe, Eva-Maria Derstadt, ‘§ 70. Bürgschaft’ in Jürgen Ellenberger, Hermann-Josef Bunte (eds), *Bankrechtshandbuch II* (6th edn, C.H.Beck 2022) paras 551ff.

⁴⁸ BGH 10 September 2002, XI ZR 305/01 = NJW 2002, 3627; see also BGHZ 150, 299 = NJW 2002, 2388.



abuse), for example by interpreting a guarantee assumed on-first-demand as a simple guarantee.⁴⁹ This can become relevant in B2C relations, either when the underlying debtor or the independent guarantor might not act in a professional capacity. The BGH also protects those persons who are surprised by guarantees on-first-demand within the meaning of § 305c (1) BGB (surprising clauses in general terms and conditions), in particular if there is no reason for them in the usual business area in question or if they are unusual.⁵⁰ This particularly intends to protect consumers.

Such protection mechanisms might play a secondary role, particularly in international trade practice, due to the prevalence of professional guarantors. The discussion on the (non-)applicability of the test of reasonableness under § 307 BGB in commercial and international transactions also shows that guarantees on-first-demand correspond to the customs and practices applicable in commercial transactions (cf § 310(1) and (2) BGB).⁵¹ This conclusion might, however, not apply in B2C relations, ie once consumers or non-professionals are involved. It is likely that in these scenarios, the latter might be unreasonably disadvantaged when entering guarantees on-first-demand. The control of standard terms (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*, AGB) in B2C contexts is under German law designed as a strongly protective system that combines rules on incorporation, interpretation, and substantive fairness. According to §§ 305–305c BGB, standard terms generally only become part of the contract and thus relevant for the legal relationship of the parties, if the trader has given clear notice and the consumer had an actual opportunity to become aware of them;⁵² clauses that are unusual or objectively surprising do not become part of the contract, with all ambiguities being interpreted against the drafter.⁵³ Beyond incorporation, the core of the regime lies in the general fairness clause of § 307 BGB, which invalidates any provision that, contrary to good faith, places the consumer at an unreasonable disadvantage.⁵⁴ This assessment focuses both on content and on transparency, requiring that the consumer be able to understand the economic and legal consequences of the clause. The general clause is complemented by two catalogues of typical unfair terms: the “grey list” of § 308 BGB, which establishes a rebuttable presumption of invalidity for certain clauses unless the trader can justify them in the individual case, and the “black list” of § 309 BGB, which renders specified clauses automatically void without any balancing, such as extensive exclusions of liability for personal injury or gross negligence. Renouncing to generally bring any exceptions or claims can thus be incompatible with Germany’s consumer protection laws.⁵⁵

⁴⁹ BGH 12.03.1992, IX ZR 141/91 = NJW 1992, 1446; BGH 02.04.1998, IX ZR 79/97 = NJW 1998, 2280; BGH 10.9.2002, XI ZR 305 / 01 = NJW 2002, 3627.

⁵⁰ BGH 10.9.2002, XI ZR 305/01 = NJW 2002, 3627; see also on unreasonable disadvantage according to § 307(1) BGB, Jens-Thomas Füller, ‘D.IV: Garantie auf erstes Anfordern’ in Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost, Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch* II (4th edn 2020) para 352f. On this point from an Austrian perspective Andreas Schwartze, ‘Die Bürgschaft’ in Peter Apathy, Gert Iro, Helmut Koziol (eds), *Österreichisches Bankvertragsrecht* VIII.1 (Verlag Österreich 2012) para 2/14.

⁵¹ Cf Jens-Thomas Füller, ‘D.IV: Garantie auf erstes Anfordern’ in Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost, Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch* II (4th edn 2020) para 353.

⁵² § 305(2) BGB.

⁵³ § 305c(1) and (2) BGB.

⁵⁴ § 307(1) BGB.

⁵⁵ This is in line with a broader European trend. Several jurisdictions started to declare certain forms of guarantees invalid in order to protect weaker parties (especially consumers) from the disproportionate influence and market power of banks. Comparatively, see Aurelia Colombi Ciacchi and Stephen Weatherill, *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships* (OUP 2010).



An additional protection for weaker parties was derived from German case law. It had eg become a practice for banks to conclude guarantee agreements with family members for consumer loans and business loans with medium-sized companies. In many cases, their income and financial circumstances remained unchecked. The German Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) held, that in these cases, individuals with low or no income could not validly serve as guarantors for the debts of their family members.⁵⁶ This principle could be extended to other scenarios. Some even argued that the principle could apply when the guarantee itself was governed by foreign law, as a kind of public policy exception.⁵⁷

In any case, proof of the realisation of the contractual risk is contrary to the beneficiary's interest in security, which is aimed at rapid settlement. In addition to the rapid and problem-free settlement, the independent guarantee on-first-demand

*“also fulfils the purpose of reversing the litigation situation and shifting legal or factual disputes, the answer to which is not self-evident, to a possible recovery process between the guarantor and the beneficiary after payment has been made”.*⁵⁸

This clearly emphasises the abstraction from the underlying transaction and the characteristic as a non-accessory means of security.⁵⁹ According to the established case law of the German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*, BGB), in contrast to a surety, the creditor is guaranteed receipt of the payment in any case and also in the event that the principal debtor's obligation does not exist or subsequently ceases to exist.⁶⁰ As a guarantee on-first-demand is only linked to formalised payment conditions and excludes substantive law arguments, objections and defences arising from the value relationship and the cover relationship, as well as an analogous application of the provisions on surety law can be ruled out.⁶¹ Nevertheless, the guarantor is only liable on a subsidiary basis when the contractually agreed risk materialises.⁶² There can therefore be no question of an abstract liability.⁶³

4. The independent guarantee contract under Italian law

The German legal doctrines on the independent guarantee contract can also be found in Italy, at least

⁵⁶ BVerfG 19.10.1993, BVerfGE 89, 214.

⁵⁷ Matthias Lehmann, 'Guarantees' in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar 2017) 864. The Federal Court of Justice emphasized that such an exception would only rarely become relevant, eg when the guarantor would be reduced to subsistence level for an extended period due to the obligation, see BGH, 24.02.1999 – IX ZB 2/98, BGHZ 395, 150.

⁵⁸ BGHZ 90, 287 (294) = NJW 1984, 2030; see Jens-Thomas Füller, 'D.IV: Garantie auf erstes Anfordern' in Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost, Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch II* (4th edn 2020) para 347 on the further advantage of the acceleration effect in insolvency proceedings.

⁵⁹ For the associated non-automatic transfer upon assignment, see Mathias Habersack in MüKoBGB (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 para 23f; for the relevant controversial discussion in Italy, see Andrea Montanari, 'Garanzia autonoma e autonomia privata' (2017) Banca, borsa, tit cred 347, 347ff.

⁶⁰ See also BGH 13.06.1996, IX ZR 172 / 95 = NJW 1996, 2569 (2570); BGH 28.10.1954, IV ZR 122 / 54 = WM 1955, 265.

⁶¹ Mathias Habersack in MüKoBGB (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 paras 21, 22.

⁶² Jens-Thomas Füller, 'D.IV: Garantie auf erstes Anfordern' in Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost, Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch II* (4th edn 2020) 348f; Mathias Habersack in MüKoBGB (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 paras 25.

⁶³ Mathias Habersack in MüKoBGB (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 para 20.



in their basic features: despite its undisputed relevance and prevalence, this type of contract is not regulated by law there either and is to be qualified as a *contratto innominato* or *contratto atipico* (atypical contract).⁶⁴ It therefore falls into the category of contracts that can be concluded by the parties within the meaning of freedom of contract pursuant to Article 1322(2) of the Civil Code (CC), provided that they are aimed at the realisation of interests worthy of protection under the legal system. It is a personal guarantee that is not accessory to the secured obligation, which means that the relevant provisions of the Italian Civil Code regarding suretyship cannot be applied.⁶⁵ The introduction of the independent guarantee contract in Italy is due to the practice of international business and legal transactions and owes its development and recognition to legal writings⁶⁶ and case law,⁶⁷ which have been dealing with the legal institution since the 1970s in particular.

The now unanimous doctrine and case law,⁶⁸ which recognises independent guarantee contracts as atypical legal transactions, was preceded by an ongoing discussion about the admissibility of the guarantor's waiver of the assertion of defences. While some assumed that the institution was null and void, especially as the payment by the guarantor to the beneficiary lacked *a causa contractus* or a legal basis within the meaning of Article 1325 CC, others argued that it was a *subspecies* of surety. It was not until the 1970s that the idea of the atypical, independent guarantee finally gained acceptance.⁶⁹ Today, it is unequivocal that the rules on surety (*fideiussione*; Arts 1936ff Civil Code) cannot apply to autonomous guarantees by way of analogy.⁷⁰

Some scholars do, however, only consider the necessary *causa* (for an autonomous guarantee) to exist if the purpose of the guarantee was stated; another part of legal scholars, on the other hand, only assumes admissibility if the guarantee promise is preceded by a suitable objective environment in which the guarantee can be realised in accordance with its purpose from the outset.⁷¹

⁶⁴ The attempt to incorporate the legal institution into the legal system through the draft law (*disegno di legge*) 2284 in 2010 failed; see Andrea Montanari, 'Garanzia autonoma e autonomia privata' (2017) Banca, borsa, tit cred 347, 347ff, who, however, refers to various special laws that provide for guarantees that are particularly close to the independent guarantee; see in particular Article 75 Decreto legislativo 163/2006 in relation to work/service contracts or Articles 38 and 38-bis Decreto del Presidente della Repubblica 633/1972 in relation to VAT paid in excess; see also Article 2464(4) and (6) CC in relation to deposits with a limited liability company.

⁶⁵ See Article 1941 CC, according to which the object of the surety corresponds to the obligation guaranteed; Article 1939 CC, according to which the surety is valid only if and to the extent that it is the secured obligation; Article 1945 CC, which grants the guarantor the right to raise all defences to which the debtor himself is entitled; see Antonio Cetra, 'Contratto autonomo di garanzia' (*Enciclopedia Giuridica Treccani Online*, 2019) <https://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-autonomo-di-garanzia_%28Diritto-on-line%29/> (accessed 2 January 2026).

⁶⁶ The first in-depth analyses go back to *Giuseppe Benedetto Portale*, see in particular Giuseppe Benedetto Portale, 'Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia' (1985) Banca, borsa, tit cred 169, 169ff; Giuseppe Benedetto Portale, 'Le garanzie bancarie internazionali (Questioni)' (1988) Banca, borsa, tit cred 1, 1ff; an overview of autonomous guarantee contracts in Italian and international practice can be found in Ugo Draetta and Cesare Vaccà (eds), *Le garanzie contrattuali. Contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale* (EGEA 1994).

⁶⁷ The first important judgement of the united sections of the Italian Court of Cassation is Cass Civ Sez Un, 01.10.1987, n. 7341, Foro it 1988, I, 103.

⁶⁸ See in particular Cass Civ Sez Un, 01.10.1987, n. 7341, Foro it 1988, I, 103; Cass Civ Sez Un, 18.02.2010, n. 3947, Foro it. 2010, I, 2799; Cass Civ Sez III, 20/03/2014, n. 6517, Diritto & Giustizia 2014, 21.

⁶⁹ Cass Civ Sez Un, 18 February 2010, n. 3947. Lately, Cass Civ Sez I, 4 December 2024, n. 31105.

⁷⁰ Cass Civ Sez Un, 18 February 2010, n. 3947. Lately, Cass Civ Sez I, 4 December 2024, n. 31105.

⁷¹ See in detail Federico Cappai, 'Le garanzie autonome nel commercio internazionale' (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 32ff.



In this context, reference should also be made to the discussion on the so-called *causa suffisante/sufficiente*, which gives the *causa* a certain flexibility in the case of unilaterally binding legal transactions, in particular by taking into account the interests of the guarantor (to compensate for the guarantee provided) on the one hand and the secured party (to maintain the economic relationship) on the other.⁷² In the field of autonomous guarantees, courts and commentators have thus justified the existence of a valid *causa* by identifying either the guarantor's interest in participating in the underlying transaction or, more frequently, the typical social function of strengthening credit and facilitating the circulation of wealth, thus construing the guarantee as functionally linked to the financed economic operation. The Italian Supreme Court has repeatedly emphasized that the *causa* of the autonomous guarantee lies in the assumption of a risk in exchange for remuneration or other economic utility and in its market-recognized function of ensuring prompt payment, rather than in the debtor's obligation itself, thereby legitimizing its structural autonomy while avoiding an invalidity for lack of cause.⁷³ Legal writings have accordingly described the guarantee's *causa* as a "typical social cause" emerging from commercial practice and standardized forms, where the reference to the underlying contract operates not as an element of accessory dependence but as a parameter for interpreting the economic purpose of the unilateral undertaking.⁷⁴ In this perspective, the sufficiency of cause in unilateral promises and autonomous guarantees is secured not by formal reciprocity but by the recognizability of a socially and economically appreciable function embedded in the overall operation.

The fact that the independent guarantee contract was at times regarded as *a subspecies* of sureties in the past was also reflected in the controversial opinions on the transfer by assignment of the secured claim. However, those in favour of transfer on assignment follow the accessoriness of the surety and therefore do not take sufficient account of the autonomy of this form of guarantee. In principle, therefore, an automatic transfer on assignment cannot be assumed.⁷⁵

The Italian case law does now, however, also assume that the clauses "on-first-demand" and "without objections" generally indicates the independence of the guarantee in the event of doubts about the qualification of a guarantee.⁷⁶

As for the exceptions that can be brought against the party requiring payment, the guarantor can in any case still raise the "*exceptio doli*"-defence against the beneficiary if the request for immediate payment appears to be clearly abusive or fraudulent.⁷⁷

⁷² Cass Civ Sez Un, 18 February 2010, n. 3947, Foro it. 2010, I, 2799; Cass Civ Sez Un, 12 December 2007, n. 26064.

⁷³ Luigi Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. Vol I. Lineamenti generali* (Giuffrè 1954) 82ff; Federico Cappai, 'Le garanzie autonome nel commercio internazionale' (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 36.

⁷⁴ See in general: Cesare Massimo Bianca, *Diritto civile III* (3rd edn, Giuffrè 2019) 409ff; Francesco Galgano, *Il negozio giuridico (Trattato di diritto civile e commerciale, Cicu/Messineo)* (Giuffrè 2002) 99ff; Giovanni Battista Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* (Giuffrè 1966).

⁷⁵ See Andrea Montanari, 'Garanzia autonoma e autonomia privata' (2017) Banca, borsa, tit cred 347, 347ff; for Germany Mathias Habersack in *MüKoBGB* (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 para 23f.

⁷⁶ Cass Civ Sez Un, 18 February 2010, n. 3947, Foro it. 2010, I, 2799; Cass Civ Sez VI, 15.12.2014, n. 26327, Urb app 2015, 164; in German law Jens-Thomas Füller, 'D.IV: Garantie auf erstes Anfordern' in Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost, Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch II* (4th edn 2020) para 348; the fact that the Uniform Rules for Demand Guarantees (Article 2) – see below at note 110 – also seems to assume this can be seen from the contribution by Giovanni Stella, 'Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees' (2015) *Resp civ prev* 370, 370ff.

⁷⁷ Cass Civ Sez Un, 18 February 2010, n. 3947, Foro it. 2010, I, 2799.



When a non-professional acts as guarantor (*garante non professionista*), consumer protection may apply through the Codice del Consumo (Legislative Decree no. 206/2005). This requires that the guarantor qualifies as a *consumer*, i.e., a natural person acting for purposes outside his or her trade, business, craft, or profession, and the counterparty is a *professional*.⁷⁸ The consumer status can attach to the guarantor independently from the principal debtor's status, focusing on the guarantor's own subjective position and the functional link between the guarantee and the guarantor's personal sphere rather than the commercial nature of the underlying obligation.⁷⁹ Consequently, clauses such as *first demand*, *without exceptions*, broad waivers of defenses, jurisdiction clauses, or disproportionate penalty-like provisions might subject to unfair terms scrutiny under Arts 33–36 Codice del Consumo, with the effect of nullity of the unfair clause only (*nullità di protezione*) and its non-binding character for the consumer, while the remainder of the guarantee survives if it can stand without the clause.⁸⁰

5. The growing influence of the common law

Particularly influential in this field are common law systems. This is especially due to relevance of English-speaking jurisdictions in financial matters, such as the capital markets of London or New York. Under the common law terminology, autonomous guarantees describe on-demand (or “first demand”) bonds that are treated as an independent undertaking by the issuing bank or as surety to pay the beneficiary upon a conforming demand, separate the underlying (often times construction or supply) contract. This is reflected by the autonomy principle: the bank's obligation is documentary and independent, so disputes about performance, delay, or defects under the primary contract do not normally affect the beneficiary's right to call the bond.⁸¹ The principal judicially recognised limit is the fraud exception: payment may be refused (or restrained) where there is clear evidence that the beneficiary's demand is fraudulent in the sense of knowingly making a dishonest claim.⁸² Common law courts set a very high evidential threshold for this exception and are reluctant to interfere with the commercial utility of on-demand instruments.⁸³ Consequently, applications for injunctions restraining a call or payment succeed only in exceptional cases, typically where fraud is ‘clearly established’ or where the demand is plainly abusive and unconscionable on strong evidence.⁸⁴ The policy rationale is to preserve the reliability and liquidity of demand guarantees in international trade and construction markets: beneficiaries must be able to rely on prompt payment, while applicants face a stringent burden to justify court intervention.

⁷⁸ See Art 3(1)(a) and (c) Legislative Decree no. 206/2005.

⁷⁹ Cass Civ Sez III, 30 May 2025, n. 14537.

⁸⁰ Cass Civ Sez III, 30 May 2025, n. 14537.

⁸¹ *Edward Owen Engineering Ltd v Barclays Bank International Ltd* [1978] QB 159 (CA).

⁸² *Edward Owen Engineering Ltd v Barclays Bank International Ltd* [1978] QB 159 (CA).

⁸³ *Simon Carves Ltd v Ensus UK Ltd* [2011] EWHC 657 (TCC); *Czarnikow-Rionda v Standard Bank* [1999] 2 Lloyd's Rep. 187.

⁸⁴ *Simon Carves Ltd v Ensus UK Ltd* [2011] EWHC 657 (TCC); *Czarnikow-Rionda v Standard Bank* [1999] 2 Lloyd's Rep. 187; *Cargill International v Bangladesh Sugar and Food Industries Corporation* [1996] 2 Lloyd's Rep. 524.



6. The independent guarantee contract in international legal relations and in international legal practice

6.1. Private international law

a) Non-consumer contracts

Now that the problem areas of the independent guarantee have briefly been highlighted at national level, it seems necessary – due to the relevance in international legal and commercial transactions mentioned above – to consider them from an international perspective.

From a private international law viewpoint, cross-border contractual obligations are in the European Union governed by the Rome I Regulation.⁸⁵ Under the latter, parties are (within certain limits and provided that it is not a consumer relationship⁸⁶) free to choose the law they want to govern their contract.⁸⁷ Should no choice of law have been made, however, they are referred to the law of the State in which the party effecting the “*characteristic performance of the contract*” has their habitual residence.⁸⁸ In the case of an independent guarantee, the characteristic performance is generally considered to be provided by the guarantor (and thus eg points to the law of the seat of the guaranteeing bank).⁸⁹ Said law is, however, not to be applied should it be evident that the case is more closely related to another jurisdiction, in which case the law of the latter State is to govern the legal relationship between the parties.⁹⁰

b) Consumer contracts

Special protective measures were set in place to guarantee the interests of consumers in cross-border cases.⁹¹ They have to be assessed both when it comes to the guaranteed relationship and the relationship between guarantor and guaranteed party.⁹² In B2C relations, ie when a consumer⁹³ is involved (eg as a party of the guaranteed relationship or even as the guarantor), the Rome I Regulation refers parties to

⁸⁵ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [2008] OJ L 177/6.

⁸⁶ Article 6 Rome I. See Matthias Lehmann, ‘Guarantees’ in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar 2017) 863 and CJEU C-45/96 *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG v Edgar Dietzinger* [1998] ECR I-1199.

⁸⁷ Article 3 Rome I. On this, Matthias Lehmann, ‘Guarantees’ in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar 2017) 862.

⁸⁸ Article 4(2) Rome I Regulation.

⁸⁹ Matthias Lehmann, ‘Guarantees’ in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar 2017) 862f; Christian von Bar and Peter Mankowski, *Internationales Privatrecht II* (2nd edn, C.H.Beck 2019) § 1 Rn. 313. Also, Andreas Köhler in BeckOGK (C.H.Beck 01.12.2024) Art 4 Rom I-VO Rn. 520ff.

⁹⁰ Article 4(3) Rome I Regulation.

⁹¹ Article 6 Rome I Regulation.

⁹² As these two separate contracts have to be assessed separately from a private international law perspective.

⁹³ By Art 6(1) Rome I defined as a natural person who concludes a contract for a purpose that can be considered outside their trade or profession. On the consumer definition, see Christoph Perathoner, ‘Payment For Online Transactions Through Third-Party-Providers – Problems of International Jurisdiction’ (2025) 14 EuCML 59, 60 f. The contract has to fall within the activity of the professional as well.



the law of the Member State in which the consumer has established their habitual residence. This, however, requires that the professional (eg a bank) pursues their activities in said State or directs them to it.⁹⁴ A choice of law still remains possible but cannot deprive the consumer “*of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable*”.⁹⁵

These rules protect consumer-guarantors in cross-border settings. Nevertheless, the CJEU, had also held that “a contract of guarantee concluded by a natural person who is not acting in the course of his trade or profession” would not be safeguarded by the EU’s rules on consumer protection “where it guarantees repayment of a debt contracted by another person who, for his part, is acting within the course of his trade or profession.”⁹⁶ Consequently, a natural person guaranteeing an underlying debt that was contracted by a non-consumer, would not be able to rely on the EU’s rules on consumer protection. The decision seems however limited in scope to the rules on the protection against contracts negotiated away from business premises.⁹⁷

The protective measures for consumers do then also not apply in the cases listed in Article 6(4). The potentially applicable exclusions of Article 6(4)(a)⁹⁸ and (d)⁹⁹ will, however, generally not apply. As for litera (a) (service contract more closely connected to another Member State), the guarantees in question might generally to be supplied at the consumers’ habitual residence, excluding the application of Article 6(4)(a). The provision might, however, be applicable, if the consumer acts as a guarantor for a contract, more closely connected to another Member State. Potential relevance might then, at first sight, also be attributed to litera (d) (contracts concerning financial instruments). It is, however, generally considered, that a guarantee contract cannot be qualified as a financial instrument as such. The latter term is defined by Annex I of Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU (recast) and does not list guarantee contracts.¹⁰⁰

c) Formal requirements

The form of the contract should follow the *lex loci actus*.¹⁰¹ This follows from Article 11 of the Rome I Regulation. Should the contracting parties be in the same State when entering the contract, the

⁹⁴ See Article 6(1) Rome I. On the term ‘to direct’, see CJEU Case C–144/09 Pammer; Alpenhof [2010] ECLI:EU:C:2010:740. On this aspect, also Zhen Chen, ‘Internet, consumer contracts and private international law: what constitutes targeting activity test?’ (2021) 32 Information & Communications Technology Law 23, 23 ff.

⁹⁵ See Article 6(2) of the Rome I Regulation.

⁹⁶ CJEU C–45/96 *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG v Edgar Dietzinger* [1998] ECR I–1199.

⁹⁷ As CJEU C–45/96 *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG v Edgar Dietzinger* [1998] ECR I–1199 concerned Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises [1985] OJ L372/31.

⁹⁸ ‘[A] contract for the supply of services where the services are to be supplied to the consumer exclusively in a country other than that in which he has his habitual residence’.

⁹⁹ ‘[R]ights and obligations which constitute a financial instrument and rights and obligations constituting the terms and conditions governing the issuance or offer to the public and public take-over bids of transferable securities, and the subscription and redemption of units in collective investment undertakings in so far as these activities do not constitute provision of a financial service’.

¹⁰⁰ See Recital 30 Rome I and *Dieter Martiny* in MüKoBGB (9th edn, C.H.Beck 2025) Article 4 Rome I para 168.

¹⁰¹ Matthias Lehmann, ‘Guarantees’ in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar 2017) 863.



latter is considered to be formally, should it satisfy the formal requirements of the State whose law is applicable to the contract.¹⁰² The *lex causae* does consequently also determine the formal validity of the contract. This does generally also apply, should the parties not be in the same place when concluding the contract. However, in this case, the contract can still be considered to be formally valid, should it meet the requirements set out by one of the States in which the parties were either present, or had their habitual residence.¹⁰³ An exception to this rule are consumer contracts. Following the *favor consumatoris*, the form of these types of contract is subject to the rules of the habitual residence of the consumer.¹⁰⁴

6.2. Uniform rules

As for international, uniform rules, different considerations apply. While they do exist, they generally only concern the B2B sector. No specific uniform rules have so far been introduced protecting consumers involved in guarantee relationships. The focus of this subchapter will thus be on the existing uniform rules in business relationships.

A first attempt to regulate independent guarantee contracts was made with the United Nations' Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit (New York, 1995).¹⁰⁵ The Convention, however, only entered into force in a handful of states¹⁰⁶ and is therefore from a European perspective only relevant if the law of one of the contracting states is applicable under conflict of law rules of a Member State.¹⁰⁷ More relevant in practice are certain 'soft law' guidelines.¹⁰⁸ Due to the lack of national standardisations in the matter,¹⁰⁹ the private autonomy of the parties plays a major role in this field. Parties can, consequently, draw on some international sources to complete a contract. In particular, reference must be made to the *Uniform Rules for Demand Guarantees* (URDG)¹¹⁰ of the International Chamber of Commerce in Paris (ICC)¹¹¹, which take into account the independent guarantee contract

¹⁰² Article 11(1) Rome I.

¹⁰³ Article 11(2) Rome I.

¹⁰⁴ Article 11(4) Rome I.

¹⁰⁵ See <https://uncitral.un.org/en/texts/payments/conventions/independent_guarantees> accessed 2 January 2026. See on this also below.

¹⁰⁶ Belarus, Ecuador, El Salvador, Gabon, Kuwait, Liberia, Panama, Tunisia. See <https://uncitral.un.org/en/texts/payments/conventions/independent_guarantees/status> accessed 2 January 2026.

¹⁰⁷ Cf Andreas Köhler in BeckOGK (C.H.Beck 01.12.2024) Art 4 Rom I-VO Rn. 520ff.

¹⁰⁸ On the "soft law aspect" see below.

¹⁰⁹ One exception is France, where there has been a statutory provision in Article 2321 of the Civil Code since 2006: "*La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie.*" In English: "An autonomous guarantee is an undertaking by which the guarantor undertakes, in consideration of an obligation entered into by a third party, to pay a sum either on-first-demand or in accordance with agreed terms. The guarantor is not liable in the event of manifest abuse or fraud on the part of the beneficiary or collusion on the part of the beneficiary with the principal. The guarantor may not raise any exception relating to the obligation guaranteed. Unless otherwise agreed, this security does not follow the guaranteed obligation."

Another exception is Austria in its § 880a ABGB from 1915.

¹¹⁰ See <<https://www.cipic-bragadin.com/wp-content/uploads/2015/09/ICC-URDG-758.pdf>> accessed 2 January 2026.

¹¹¹ French: *Chambre de commerce internationale*.



in Articles 5ff.¹¹² Although independent guarantee contracts are generally subject to national substantive contract law and the international sources referred to do not constitute a sufficient independent legal basis,¹¹³ recourse to the rules contained in the URDG offers a wide range of private autonomous structuring options.¹¹⁴ According to Article 1 URDG, an explicit reference in the contract is, however, necessary in any case.

The *Uniform Rules for Demand Guarantees* were first published in 1992 by the International Chamber of Commerce in Paris (URDG 458) and replaced in 2010 by the revised and amended URDG 758.¹¹⁵ They can be understood as a synthesis of the standards that have developed in international trade practice; in other words, they are elaborated contractual clauses that should (continue to) be applied in international trade practice,¹¹⁶ but as “soft law”¹¹⁷ they have to be incorporated into the guarantee contract expressly (Art 1 (a) URDG). While the URDG are becoming increasingly established in international legal transactions and thus also in Italy due to internal legal gaps,¹¹⁸ their popularity in Germany is limited in view of the content control pursuant to § 307 et seq. of the German Civil Code (BGB), because the UDRG are seen as general terms and conditions.¹¹⁹

Overall, referencing the URDG has become particularly popular in construction contracts. This is especially due to certain bond practices of the Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (FIDIC). FIDIC is an international federation of consulting engineers best known for publishing widely used standard forms of construction contracts (such as the Red, Yellow, and Silver Books).¹²⁰ In FIDIC-based projects, construction and performance bond practice typically involves contractors providing on-demand or conditional guarantees – usually issued by banks or insurers – in favour of the employer to secure performance, advance payments, or warranty obligations.¹²¹ These bonds function as risk-allocation tools: if the contractor defaults or fails to meet contractual milestones, the employer can call the bond to obtain

¹¹² Federico Cappai, ‘Le garanzie autonome nel commercio internazionale’ (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 29; Christopher R. Seppala, ‘The ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (“URDG”) in Practice: A Decade of Experience’ (2001) available online under <<https://fidic.org/sites/default/files/3%20The%20ICC%20Uniform%20Rules%20for%20Demand%20Guarantees.pdf>> (accessed 2 January 2026).

¹¹³ Federico Cappai, ‘Le garanzie autonome nel commercio internazionale’ (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 30.

¹¹⁴ Andrea Montanari, ‘Garanzia autonoma e autonomia privata’ (2017) *Banca, borsa, tit cred* 347, 347ff.

¹¹⁵ George Affaki, Roy Goode, *Guide to ICC uniform rules for demand guarantees URDG 758* (International Chamber of Commerce 2011); Giovanni Stella, ‘Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees’ (2015) *Resp civ prev* 370, 370ff; Jens-Thomas Füller, ‘D.IV: Garantie auf erstes Anfordern’ in Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost, Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch II* (4th edn 2020) para 354. See also Roeland IVF Bertrams, *Bank guarantees in international trade* (4th edn, Wolters Kluwer 2013) 28ff; Roy Goode, Herbert Kronke, Ewan McKendrick, *Transnational commercial law. Text, cases and materials* (2nd edn, OUP 2015) 324ff.

¹¹⁶ Giovanni Stella, ‘Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees’ (2015) *Resp civ prev* 370, 370ff.

¹¹⁷ Similar to UCP 600 for documentary credits, see Andreas Schwartz, ‘Austria’ in Agatha Brandao de Oliveira, Lauro Gama, Geneviève Saumier (eds), *Soft Law in International Trade Finance* (Brill Nijhoff 2024) 161f.

¹¹⁸ Giovanni Stella, ‘Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees’ (2015) *Resp civ prev* 370, 370ff.

¹¹⁹ Jens-Thomas Füller, ‘D.IV: Garantie auf erstes Anfordern’ in Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost, Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch II* (4th edn 2020) para 354; Abbas Samhat, ‘J. Bankgarantie’ in *MüKoHGB VI.1* (5th edn, C.H.Beck 2024) para 10.

¹²⁰ See <<https://fidic.org/bookshop>> (accessed 2 January 2026).

¹²¹ See already Peter S. O’Driscoll, ‘Performance Bonds, Bankers’ Guarantees, and the Mareva Injunction’ (1985) 7 *Northwestern Journal of International Law & Business* 380 ff.

Christopher R. Seppala, ‘The ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (“URDG”) in Practice: A Decade of Experience’, available online under <<https://fidic.org/sites/default/files/3%20The%20ICC%20Uniform%20Rules%20for%20Demand%20Guarantees.pdf>> (accessed 2 January 2026).



prompt payment up to the guaranteed amount, independent of underlying disputes in many jurisdictions.¹²² Because FIDIC contracts are used globally in infrastructure and large-scale engineering works, bond wording often aligns with international guarantee standards, especially as URDG practice, and is negotiated to balance employer security with safeguards against abusive or premature calls.

Certain aspects of the URDG can, however, also be problematic outside of construction contracts. Article 5 URDG, for example, emblematically states – in accordance with the legal theory developed – the independence of the guarantee:

“A guarantee is by its nature independent of the underlying relationship and the application, and the guarantor is in no way concerned with or bound by such relationship. A reference in the guarantee to the underlying relationship for the purpose of identifying it does not change the independent nature of the guarantee. The undertaking of a guarantor to pay under the guarantee is not subject to claims or defences arising from any relationship other than a relationship between the guarantor and the beneficiary.”

If the guarantor is a bank, it is often the case in international legal practice that the bank secures its position once again with a guarantee (usually from a foreign bank). The second bank assumes the guarantee in place of the first, while the first bank guarantees to reimburse the second bank for the guarantee payment (reinsurance).¹²³ In addition to the original value relationship, which – as indicated – usually relates to a work/service or a delivery, in this case, there are two mandate relationships as a cover relationship and two (independent) guarantee relationships.¹²⁴ The relevance of such an *counter-guarantee*¹²⁵ is also evident from the URDG, which repeatedly takes this into account.

The fact that the guarantor is exposed to the risk of not being able to recover the amount paid if the debtor turns out to be destitute is particularly problematic in international commercial transactions. The debtor can normally only oppose the guarantor’s recovery of the sum if the guarantor provided the guarantee in a case in which he should not have done so according to the underlying contract.¹²⁶

The guarantor also generally waives any defences in the course of performance. The exception (not expressly mentioned in the URDG 758) is – in accordance with the unanimous doctrine and, in particular, internal national principles – the so-called *exceptio doli* (defence of fraudulent intent),¹²⁷ which allows the guarantor to waive performance if the beneficiary’s claim is obviously unfounded. This is intended to counteract abuse of rights.¹²⁸ In particular, in the four-sided relationships mentioned, Italian

¹²² Further reading: Götz-Sebastian Hök, ‘Risk allocation in the FIDIC Conditions of Contract (1999) for Construction (Red Book) and the FIDIC Conditions of Contract (1999) for EPC/Turnkey Projects (Silver Book) from the perspective of a German lawyer?’, available online under < <https://fidic.org/sites/default/files/4%20Risk%20allocation%20in%20the%20FIDIC%20Conditions%20of%20Contract.pdf> > (accessed 2 January 2026).

¹²³ Antonio Cetra, ‘Contratto autonomo di garanzia’ (*Enciclopedia Giuridica Treccani Online*, 2019) <https://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-autonomo-di-garanzia_%28Diritto-on-line%29/> (accessed 2 January 2026); Mathias Habersack in MüKoBGB (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 para 38.

¹²⁴ Federico Cappai, ‘Le garanzie autonome nel commercio internazionale’ (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 25ff.

¹²⁵ See above note 32.

¹²⁶ Federico Cappai, ‘Le garanzie autonome nel commercio internazionale’ (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 37ff.

¹²⁷ On the subject in general, see Claudia Schubert in MüKoBGB (9th edn, C.H.Beck 2022) § 242 paras 224f; Giovanni Meruzzi, *L’Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale* (Cedam 2005) especially 46ff and Aldo Angelo Dolmetta, ‘Exceptio doli generalis’ (1998) *Banca, borsa, tit cred* 147, 152ff. Several examples can be found in Alessandro Daccò, ‘Garanzie “astratte”. Appalti internazionali ed exceptio doli generalis’ (1996) *Giur it* 59, 59ff.

¹²⁸ Mathias Habersack in MüKoBGB (8th edn, C.H.Beck 2020) Vor § 765 para 36f. On the concept of fraud Roeland IVF Bertrams, *Bank guarantees in international trade* (4th edn, Wolters Kluwer 2013) 353ff.



case law assumes that performance can only be refused by the counter-guarantor (second bank) if the first guarantor bank itself – at least negligently – participated in the abuse.¹²⁹

While it is surprising that the URDG does not contain a relevant provision on the defence of abuse¹³⁰ (which is thus left to the internal rules of the jurisdiction in question¹³¹), it should be noted that Article 15 URDG nevertheless provides, to a certain extent preventively, for a so-called *supporting statement* by which the claim for performance of the guarantee must be justified. However, this is not a necessary proof of non-fulfilment¹³² or of the damage that has occurred, which seems incompatible with the autonomous nature of the guarantee contract, but rather a simple additional declaration.¹³³ The actual relevance of the *supporting statement* therefore remains questionable; nevertheless, a precise specification of the necessary procedure in the contract seems useful in order to maximise its efficiency. Otherwise, the parties may (explicitly) exclude the duty to present such a document (Art 15(c) UDRG), even by declaring with an individual clause that the guarantee has to be paid “on-first-demand”.¹³⁴

It should also be criticised that the URDG primarily take into account the non-performance of the debtor as a reason for providing the guarantee, without also including the atypical risks of international trade in a more flexible manner.¹³⁵ In fact, the guarantee contract also aims to indemnify the beneficiary against atypical risks in international trade. These are mainly to be assigned to the so-called *factum principis*, for example in the area of currency policy.¹³⁶

In any case, an examination of the scope of the defence of misuse seems necessary, as an overly broad application of such arguments would in particular call into question the independence of the guarantee.¹³⁷ The fact that the defence of abuse could also be explicitly regulated by law is shown by Article 2321(2) of the French Civil Code introduced in 2006:

“*Le garant n’est pas tenu en cas d’abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d’ordre*” [English translation: “The guarantor is not liable in the event of obvious abuse or fraud on the part of the beneficiary or collusion on the part of the beneficiary with the principal debtor”].¹³⁸

¹²⁹ Tribunale Genova, 12 November 2001, *Giur it* 2002, 745; Federico Cappai, ‘Le garanzie autonome nel commercio internazionale’ (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 41.

¹³⁰ Abbas Samhat, ‘J. Bankgarantie’ in *MüKoHGB VI.1* (5th edn, C.H.Beck 2024) para 11. But see Art IV.G.-3:105 (1) DCFR: “A security provider is not obliged to comply with a demand for performance if it is proved by present evidence that the demand is manifestly abusive or fraudulent.”

¹³¹ Giovanni Stella, ‘Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees’ (2015) *Resp civ prev* 370, 370ff.

¹³² Although it should be “indicating in what respect the applicant is in breach of its obligation under the underlying relationship” (Art 15 (a) UDRG).

¹³³ Giovanni Stella, ‘Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees’ (2015) *Resp civ prev* 370, 370ff.

¹³⁴ Friedrich Graf von Westphalen, ‘Ausgewählte Fragen zu den „Uniform Rules for Demand Guarantees 758“ der ICC unter der Lupe des AGB-Rechts’ (2022) *BB* 579, 579ff (in particular at note 83).

¹³⁵ Giovanni Stella, ‘Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees’ (2015) *Resp civ prev* 370, 370ff.

¹³⁶ Federico Cappai, ‘Le garanzie autonome nel commercio internazionale’ (2016) *Il Nuovo Diritto delle Società* 22, 24.

¹³⁷ Giovanni Stella, ‘Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees’ (2015) *Resp civ prev* 370, 370ff.

¹³⁸ Interestingly, French law draws a conceptual and functional line between *cautionnement* and the *garantie autonome* by making accessoriness vs. autonomy the decisive criterion. Concerning *cautionnement* (suretyship), the surety remains an accessory security: the surety’s obligation is legally dependent on the principal debt. As for the *garantie autonome* of Art 2321(2), it is defined as an independent undertaking to pay, not accessory to the principal debt. The guarantor’s obligation is abstract and self-standing. See Laurent Aynés, Pierre Crocq, and Augustin Aynés, *Droit des sûretés* (17 edn, LDGJ 2024) 41ff and 235ff.



As mentioned above, reference should also be made to the *United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit* of 11 December 1995 (in force since 1 January 2000). This covers only international guarantees, when two of the involved parties are situated in different states (Art 4 (1)), if the guarantor’s place of business is in one of the few contracting states¹³⁹ “or if the rules of private international law lead to the application of the law of a contracting state” (Art 1 (1) (b)).¹⁴⁰ This provides for relevant *exceptions* in the event of abuse in Article 19.

The so-called *ISP98 (International Standby Practices, 1998)*, on the other hand, are a set of standardized practices originally developed in the United States and later published as ICC Publication No. 590 to govern standby letters of credit.¹⁴¹ It reflects generally accepted banking practice on issues such as compliant demand language, presentation and examination procedures, bank obligations, and mechanics specific to standbys. ISP98 is typically selected when the instrument is, in substance and intention, a standby letter of credit – especially in US-centric or traditional SBLC (standby letters of credit) markets – because it aligns with standby-specific terminology and operational routines. By contrast, URDG 758, is tailored for independent demand guarantees, with clear mechanics for demand, examination, and payment under guarantee structures and wide acceptance in construction, public procurement, and civil-law markets. Practitioners generally choose URDG 758 when the parties want a demand guarantee form rather than a standby letter-of-credit-framework, or where beneficiaries, governing law, or banking networks expect guarantee conventions to apply. The choice of ISP98 versus URDG 758 therefore depends on the nature of the instrument (standby letter of credit versus demand guarantee), market practice, beneficiary preference, and jurisdictional comfort with each set of rules.

6.3. The Draft Common Frame of Reference

Rules on independent guarantees can also be found in the Draft Common Frame of Reference (DCFR). This proposal contains certain principles, definitions, and model rules of European private law.¹⁴² Independent guarantees are under the DCFR defined as

*“an obligation by a security provider which is assumed in favour of a creditor for the purposes of security and which is expressly or impliedly declared not to depend upon another person’s obligation owed to the creditor”*¹⁴³.

The basis for the security can be either a contract or any other juridical act.¹⁴⁴ Standby letters of credit, normally issued by banks, are consequently covered and would give the rules practical relevance in B2B relations. Details are laid down in nine separate provisions and summarised below.

¹³⁹ See <https://uncitral.un.org/en/texts/payments/conventions/independent_guarantees/status> (accessed 2 January 2026). However, this does not include Germany, Italy or Austria or any other European or economically relevant state.

¹⁴⁰ Jens-Thomas Füller, ‘D.IV: Garantie auf erstes Anfordern’ in Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost, Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch II* (4th edn 2020) para 354.

¹⁴¹ See <<https://digitallibrary.un.org/record/413945?v=pdf>> (accessed 2 January 2026).

¹⁴² See in this particular area: Jan Schürnbrand, ‘Das Recht der Personalsicherheiten im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens’ (2009) WM 873, 873ff.

¹⁴³ Article IV.G.-1:101 (b) DCFR.

¹⁴⁴ Article IV.G.-3:103 (1) DCFR.



In general, a security provider – ie the person who assumes the obligations towards the creditor for the purposes of security (eg a bank or insurance company)¹⁴⁵ – would under the DCFR be obliged to promptly inform the debtor¹⁴⁶ upon receiving a demand for performance.¹⁴⁷ In doing so, the provider should indicate whether he believes that he is obligated to perform.¹⁴⁸ Similar informational duties apply 1) once the guarantee has been performed after being demanded by a creditor;¹⁴⁹ or 2) when the performance was refused.¹⁵⁰ Should the security provider not have complied with these obligations, their rights “*are reduced by the extent necessary to prevent loss to the debtor as a result of such failure*”.¹⁵¹

The provider would generally only have to perform when a written demand strictly complied with the terms of the respective contract.¹⁵² To ensure compliance, any demand must be accompanied by a written declaration of the creditor confirming that the required conditions were met.¹⁵³ Should this not have been the case or should the demand itself have been fraudulent, the security provider would be entitled to reclaim the amounts paid.¹⁵⁴ This right follows the rules on unjust enrichment.

When performing the guarantee,¹⁵⁵ security providers would be allowed to raise any defense they have against the creditor unless agreed otherwise.¹⁵⁶ The performance could, generally also, be refused if a demand was manifestly abusive or fraudulent. In this case, the provider would not be required to perform, and the debtor could block the performance or the demand itself.¹⁵⁷

7. Results

The independent guarantee contract is a type of contract that has arisen from a specific commercial requirement in a particular legal system and has been so successful on an international level due to its practical benefits that it has been adopted by other legal systems and, if not by the legislator itself, then at least by practice, supported by legal writings and case law.

The benefit of the independent guarantee contract for international relations is that it covers a number of risks that a surety cannot cover. While the latter aims to guarantee the fulfilment of the contract, the independent guarantee contract can go beyond this purpose and cover risks that are due to language barriers, lack of knowledge of foreign substantive or procedural law or the disproportionately long duration of foreign legal proceedings, for example.¹⁵⁸ This is also the reason why this type of guarantee is

¹⁴⁵ Article IV.G.-1:101 (c) DCFR.

¹⁴⁶ *Ie “the person who owes the secured obligation, if any, to the creditor, and, in provisions relating to purported obligations, includes an apparent debtor”*, see Article IV.G.-1:101 (d) DCFR.

¹⁴⁷ Article IV.G.-3:102 (1)(a) DCFR.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Article IV.G.-3:102 (1)(b) DCFR.

¹⁵⁰ Article IV.G.-3:102 (1)(c) DCFR.

¹⁵¹ Article IV.G.-3:102 (2) DCFR.

¹⁵² Article IV.G.-3:103 (1) DCFR.

¹⁵³ Article IV.G.-3:104 DCFR.

¹⁵⁴ Article IV.G.-3:106 DCFR.

¹⁵⁵ The DCFR further provides a timeframe for the performance: seven days from having received the demand. See Article IV.G.-3:103 (3) DCFR. Other time limits are established under Article IV.G.-3:107 DCFR.

¹⁵⁶ Article IV.G.-3:103 (2) DCFR.

¹⁵⁷ Article IV.G.-3:105 DCFR.

¹⁵⁸ Thomas Fischer, ‘§ 104. Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften’ in Jürgen Ellenberger, Hermann-Josef Bunte (eds), *Bankrechtshandbuch II* (6th edn, C.H.Beck 2022) para 11; Antonio Cetra, ‘Contratto autonomo di garanzia’ (*Enciclopedia*



usually issued by professional, qualified and solid economic actors, such as banks.¹⁵⁹ Not always, however. At times, eg in banking law, parties can rely on similar guarantees entered into by non-professionals as well.

It is, however, mostly banks and insurance companies that act as guarantors. The increasingly globally networked banks stand to lose their good international reputation if they fail to fulfil an obligation arising from an independent guarantee agreement. It is precisely this circumstance that makes banks particularly qualified and reliable guarantors. For their part, however, banks also have the advantage of not having to carry out in-depth checks, documentary research or legal reviews with this type of contract, which can often be complicated, time-consuming and, above all, costly in international trade and when different legal systems are involved.

As a result, it can be concluded that the independent guarantee contract, also due to the lack of statutory regulation,¹⁶⁰ represents a special expression of private autonomy. However, this is also associated with problems, particularly with regard to the defence of abuse. Although the comment made by the German BGB legislator in 1900, according to which the guarantee contract “[*eludes*] general regulation also because of the diversity of contracts which have a guarantee as their purpose and content”,¹⁶¹ still seems relevant, further relevant legislative debate should take place, particularly at an international and European level, especially as decades of national and international legal and business practice have proven that this type of contract is useful and efficient, corresponds to an interest deemed worthy of protection by the legal system and fulfils a typical socio-economic function. An attempt to regulate these kinds of guarantees has already been made by Draft Common Frame of Reference, dating, however, back to 2009.¹⁶² The DCFR rules could, nevertheless, provide a starting point. Especially also, where relevant, in consumer matters. The scope of the DCFR would allow to extend the provisions to B2C relations as well.

However, the suggestion of introducing some uniform rules is not intended to postulate a strict and comprehensive standardisation, but rather to emphasise that cornerstones could maximise the efficiency of the legal institution. Despite the problems alluded to in this article (eg in matters concerning the abuse of the guarantee), it is indeed remarkable how private autonomy in commercial and legal transactions has produced a necessary and efficient independent guarantee that is very popular and widespread.

Giuridica Treccani Online, 2019) <https://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-autonomo-di-garanzia_%28Diritto-online%29/> (accessed 2 January 2026).

¹⁵⁹ Giorgio Meo, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche* (Giuffrè 1991) 132ff.

¹⁶⁰ CARLO D'ORTA, *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze del mercato ed esercizio del diritto* (Giappichelli 2018) 23.

¹⁶¹ Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich II (1888) 658.

¹⁶² See “Part IV.G. Personal security” of the DCFR. Also, Jan Schürmbrand, ‘Das Recht der Personalsicherheiten im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens’ (2009) WM 873, 873ff.



GIURISPRUDENZA ITALIANA



CASS., ORD. 25 LUGLIO 2025, N. 21427

L'individuazione della norma che regola il criterio di imputazione della responsabilità applicabile alla fattispecie concreta non implica una qualificazione della domanda, traducendosi nella semplice selezione della disciplina giuridica a cui i fatti accertati sono soggetti, con la conseguenza che, nell'esercizio di detto potere, il giudice non incontra il limite del giudicato sostanziale eventualmente formatosi sugli elementi costitutivi della fattispecie e può invocare una diversa regola di responsabilità rispetto a quella applicata nel grado precedente, anche se non vi è stata tempestiva impugnazione della corrispondente statuizione..(..)...e tanto almeno purché non sia leso, per l'imputazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, il diritto di difesa delle parti.

I danni cagionati dalla fauna selvatica sono risarcibili dalla P.A. a norma dell'art. 2052 c.c., giacché, da un lato, il criterio di imputazione della responsabilità previsto da tale disposizione si fonda non sul dovere di custodia, ma sulla proprietà o, comunque, sull'utilizzazione dell'animale e, dall'altro, le specie selvatiche protette ai sensi della legge 11 febbraio 1992, n. 157 rientrano nel patrimonio indisponibile dello Stato e sono affidate alla cura e alla gestione di soggetti pubblici in favore della tutela generale dell'ambiente e dell'ecosistema; nella relativa azione risarcitoria la legittimazione passiva spetta in via esclusiva alla Regione, in quanto titolare della competenza normativa in materia di patrimonio faunistico, nonché delle funzioni amministrative di programmazione, di coordinamento e di controllo delle attività di tutela e gestione della fauna selvatica, anche se eventualmente svolte da altri enti.

In tema di responsabilità per danni derivanti dall'urto tra un autoveicolo ed un animale, la presunzione di responsabilità a carico del conducente (ex art. 2054 c.c.), concorre con la presunzione di colpa a carico del proprietario dell'animale, ma non prevale su questa, sicché, se uno dei soggetti interessati supera la presunzione posta a suo carico, la responsabilità grava sull'altro; se, invece, entrambi vincono la presunzione di colpa, ciascuno va esente da responsabilità; se nessuno dei due raggiunge la prova liberatoria, la responsabilità grava su ognuno in pari misura..(..)..e tanto in forza di argomentazioni per il cui superamento non vengono somministrati idonei elementi da alcuna delle parti.



NICOLA ENRICHENS*

INCIDENTI CAUSATI DA FAUNA SELVATICA E RISARCIMENTO DEL DANNO**

WILDLIFE ACCIDENTS AND COMPENSATION FOR DAMAGES

ABSTRACT: La nota all'ordinanza della Corte di Cassazione, 25 luglio 2025, n. 21427, si pone l'obiettivo di segnalare alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità civile degli enti per danno cagionato dalla fauna selvatica, con particolare riferimento alla normativa di cui alla responsabilità da fatto illecito. L'ordinanza è significativa, perché sembra imputare esclusivamente alle Regioni l'obbligo di risarcire il danno, anche a titolo di responsabilità oggettiva, sia pure alla presenza di determinate condizioni "scriminanti", quali il concorso di colpa e le presunzioni.

Abstract: The note intends to highlight some recent case – law (Cass. Civ., 25 luglio 2025, n. 21427 ord.) regarding entities liability in damage caused by wildlife, with particular reference to the legislation governing civil law and damages compensation. The ordinance is strong - based, because it appears to get on the obligation to pay for damages exclusively in head of the Regions, even in case of objective liability.

SOMMARIO: 1. L'ordinanza della Corte di Cassazione. – 2. Sulla fauna selvatica quale parte del patrimonio indisponibile dello Stato. e sulla legittimazione passiva (oggi) in capo alle Regioni. – 3. Sui limiti del giudicato sostanziale e sui presupposti dell'art. 2043 c.c. in relazione all'art. 2052 c.c. – 4. Sul caso fortuito. – 5. Sull'art. 2054 c.c. e sul concorso di colpa. – 6. Conclusioni.

1. L'ordinanza della Corte di Cassazione

Il Giudice di Pace di Macerata aveva accolto, in applicazione dell'art. 2043 c.c., il ricorso presentato da un conducente di un'automobile nei confronti della Regione Marche, avente ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno subito in conseguenza di un sinistro stradale «causato dall'improvviso attraversamento della carreggiata da parte di un capriolo». Sul luogo dell'incidente era intervenuta una pattuglia dei carabinieri, che aveva provveduto a redigere un verbale di sopralluogo, attestando «la presenza del capriolo esanime, nonché danni compatibili con l'urto e tracce ematiche e di peli sulla carrozzeria del veicolo, oltre all'assenza di reti di contenimento, dissuasori ottici e apposita segnaletica di pericolo». Ritenendo sussistente la responsabilità della Regione, il Giudice di Pace di Macerata aveva condannato l'ente pubblico a risarcire il danneggiato.

La Regione Marche ha impugnato la sentenza del Giudice di Pace «deducendo l'erroneità della statuizione resa dal Giudice di Pace sotto il profilo della carenza di legittimazione passiva, dell'assenza di colpa ex art. 2043 c.c. e della carenza di prova in ordine alla responsabilità dell'ente».

* Avvocato.

** Contributo sottoposto a revisione.



Il Tribunale di Macerata, competente a decidere in secondo grado ex art. 341 c.p.c., ha accolto l'impugnazione della Regione, così riformando la sentenza di primo grado. La lite è giunta sino alla Corte di Cassazione, che ha accolto il primo motivo di censura formulato dal danneggiato («poiché il Tribunale avrebbe erroneamente sussunto la fattispecie nell'ambito dell'art. 2043 c.c., anziché in quello dell'art. 2052 c.c., che disciplina la responsabilità per danni cagionati da animali»), cassando in parte con rinvio la pronuncia del Tribunale di Macerata.

La sentenza della Corte si compone di tre principi di diritto – riportati nelle massime in epigrafe –, che verranno commentati nei paragrafi che seguono.

2. Sulla fauna selvatica quale parte del patrimonio indisponibile dello Stato. e sulla legittimazione passiva (oggi) in capo alle Regioni

La fauna selvatica è notoriamente parte del patrimonio indisponibile dello Stato; tuttavia la norma che la qualifica come tale non è solo l'art. 826 c.c., che, in senso ampio, ricomprende nel patrimonio indisponibile i beni che non hanno una specifica destinazione pubblica, come gli animali. Più precisamente, la norma che riconduce gli animali nel patrimonio indisponibile dello Stato è l'art. 1, l. 11 febbraio 1992, n. 157, che dispone che «la fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato ed è tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale».

Data tale qualificazione, sulla base del principio di sussidiarietà e sulla base della ripartizione di competenze di cui all'art. 117 Cost., la Corte di Cassazione, nell'ordinanza in commento, ha individuato la Regione quale ente pubblico responsabile e proprietario della custodia degli animali selvatici, in applicazione dell'art. 2052 c.c..

In questo senso, l'ordinanza ha affermato che «la legittimazione passiva spetta in via esclusiva alla Regione, in quanto titolare della competenza normativa in materia di patrimonio faunistico, nonché delle funzioni amministrative di programmazione, di coordinamento e di controllo delle attività di tutela e gestione della fauna selvatica, anche se eventualmente svolte da altri enti».

In tema di legittimazione passiva della Regione e in tema di applicabilità della disposizione di cui all'art. 2052 c.c., la Giurisprudenza ha fornito, negli anni, orientamenti differenti.

In passato, la responsabilità ex art. 2052 c.c. era, invece, ripartita tra Regioni e Province ed enti capillari: ad esempio, nell'anno 2010, la Corte di Cassazione si era curata di statuire che «la responsabilità extracontrattuale per i danni provocati da animali selvatici alla circolazione dei veicoli deve essere imputata all'ente, sia esso Regione, Provincia, Ente Parco, Federazione o Associazione, ecc., a cui siano stati concretamente affidati, nel singolo caso, anche in attuazione della legge n. 157 del 1992, i poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata, sia che i poteri di gestione derivino dalla legge, sia che trovino la fonte in una delega o concessione di altro ente. (...). In quest'ultimo caso, l'ente delegato o concessionario potrà considerarsi responsabile, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., per i suddetti danni a condizione che gli sia stata conferita, in quanto gestore, autonomia decisionale e operativa sufficiente a consentirgli di svolgere l'attività in modo da poter efficientemente amministrare i rischi di danni a terzi, inerenti all'esercizio dell'attività stessa, e da poter adottare le misure normalmente idonee a prevenire, evitare o limitare tali danni ¹».

¹ Cas. Civ., Sez. III, 8 gennaio 2010, n. 80, CED, Cassazione, 2010.



Ancora, nell'anno 2015, la Corte di Cassazione aveva statuito che «in materia di responsabilità civile (...) i poteri di protezione e gestione della fauna selvatica attribuiti alle Province toscane rendono le stesse responsabili dei danni cagionati da animali selvatici, atteso che l'esercizio di tali poteri è indirizzato sia alla tutela del complessivo equilibrio dell'ecosistema sia alla sicurezza dei soggetti potenzialmente esposti ai danni derivanti dagli imprevedibili comportamenti della fauna²».

Di diverso avviso sembra essere la pronuncia in commento, per lo meno nella parte in cui ha lasciato intendere che la Regione è proprietaria della fauna selvatica, e ciò anche se la gestione le attività di coordinamento e controllo della fauna selvatica sono «eventualmente svolte da altri enti».

Probabilmente, *medio tempore*, è intervenuta la l. 7 aprile 2014 n. 56 (legge Del Rio), che ha modificato l'assetto istituzionale e l'ambito operativo delle Province: infatti, pur non avendole completamente abolite, le ha trasformate in enti di area vasta di secondo livello, con funzioni ridimensionate, anche sul versante patrimoniale, ragion per cui la Corte di Cassazione sembra oggi più orientata a riconoscere un'unica fonte di responsabilità, ex art. 2052 c.c., che è quella regionale.

3. Sui limiti del giudicato sostanziale e sui presupposti dell'art. 2043 c.c. in relazione all'art. 2052 c.c.

L'ordinanza ha affermato che «l'individuazione della norma che regola il criterio di imputazione della responsabilità applicabile alla fattispecie concreta non implica una qualificazione della domanda, traducendosi nella semplice selezione della disciplina giuridica a cui i fatti accertati sono soggetti, con la conseguenza che, nell'esercizio di detto potere, il giudice non incontra il limite del giudicato sostanziale eventualmente formatosi sugli elementi costitutivi della fattispecie e può invocare una diversa regola di responsabilità rispetto a quella applicata nel grado precedente».

In questa ricostruzione, si inserisce una più ampia articolazione relativa alla dicotomia tra *thema decidendum* e al *thema probandum*³.

Il *thema decidendum* si riferisce alle questioni o alle domande che il giudice deve decidere per risolvere la controversia, mentre il *thema probandum* indica gli elementi, ovvero i fatti che devono essere provati tramite le prove, necessari per accertare la verità e fondare la decisione su tali questioni. In sintesi, il primo riguarda l'oggetto della decisione del giudice, il secondo gli elementi da dimostrare. In proposito, l'ordinanza in commento è significativa, in quanto ha affermato il principio secondo cui «il giudice non incontra il limite del giudicato sostanziale eventualmente formatosi sugli elementi costitutivi della fattispecie e può invocare una diversa regola di responsabilità rispetto a quella applicata nel grado precedente, anche se non vi è stata tempestiva impugnazione della corrispondente statuizione».

Per tale motivo, in contrasto solo apparente con la pronuncia di primo grado, la Corte di Cassazione ha ritenuto, in ogni caso, configurabile la responsabilità della Regione in forza dell'art. 2052 c.c. e ciò anche se la pronuncia di Appello aveva ad oggetto la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 2043 c.c. Pertinente è, dunque, il rapporto giuridico che intercorre tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 2052 c.c.; in particolare, mentre l'art. 2043 c.c. ha una portata generale, l'illecito civile disciplina varie ipotesi tipiche di responsabilità civile dolosa o colposa, tra cui rientra sicuramente la fattispecie di cui all'art. 2052 c.c.,

² Cass. Civ., Sez. III, 10 novembre 2015, n. 22886, CED Cassazione, 2015.

³ G. MARGHERITA, La fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, in *Cammino diritto*, 11 aprile 2025, 1, 21.



rubricato “danno cagionato da animali”. Tale assunto trova fondamento anche nella dottrina⁴, perché la norma di cui all’art. 2043 c.c. rappresenta il nucleo della responsabilità per fatto illecito. Infatti, la responsabilità per fatto illecito trova la sua fonte normativa nell’art. 1173 c.c., che, tra le obbligazioni, annovera «il contratto, il fatto illecito e ogni altro atto o fatto idoneo a produrle⁵».

Pertanto, appurato che tra l’art. 2043 c.c. e l’art. 2052 c.c. vi è un rapporto di genere a specie, occorre, poi, argomentare in tema di caso fortuito quale “scriminante” che la Regione può invocare e, soprattutto, provare, per non incorrere in responsabilità ex art. 2052 c.c..

In dottrina, l’art. 2052 c.c. è stato accostato all’istituto della responsabilità oggettiva, in cui il danno è posto, per così dire «altrimenti a carico del responsabile⁶». In tal senso, la fonte della responsabilità oggettiva sembra discendere, almeno in parte, dall’art. 40 c.p., che individua nei custodi una posizione di garanzia in caso di danno cagionato a terzi in conseguenza di un reato, analogamente a quanto avviene per la configurazione della responsabilità del datore di lavoro in caso di infortunio⁷. Anche per tale motivo, trattandosi di fattispecie configurabili a livello di diritto penale, sussistono ampi margini di critica nei confronti dell’applicabilità, nel diritto civile, di un istituto che pone una responsabilità a carico del danneggiante, esente dai requisiti soggettivi del danno.

È dunque opportuno precisare che la responsabilità oggettiva, dovrebbe essere considerata, in sede civile, come un istituto residuale, perché presuppone che l’accertamento del danno esuli, del tutto, dalla colpa o dal dolo. In questa logica, anche l’ordinanza in commento apre ad un interrogativo, che è quello della conciliazione tra l’art. 2043 c.c. che, comunque, prevede sempre l’elemento soggettivo ai fini della qualificazione del danno, e l’art. 2052 c.c., che individua una fonte di responsabilità civile ancorata alla sussistenza del solo nesso di causalità tra danno ed evento.

4. Sul caso fortuito

Le considerazioni in merito alla prova del caso fortuito compongono un elemento centrale dell’ordinanza in commento, in quanto è evidente che la Regione può essere esonerata dalla responsabilità per danno da animali in custodia, *rectius*, in proprietà, solo qualora provi che l’evento è avvenuto in forza del caso fortuito.

Gli apporti dottrinali in materia di caso fortuito sono certamente noti e numerosi⁸, tuttavia è utile una definizione per rappresentare gli elementi più significativi dell’istituto.

Il caso fortuito è un avvenimento esterno, imprevedibile e inevitabile, che si inserisce nell’azione del soggetto e ne interrompe il nesso di causa-effetto, escludendo la sua responsabilità per danni. Si distingue dalla forza maggiore per essere un evento che, pur non essendo una forza inarrestabile, è comunque eccezionale e non imputabile all’agente. A livello di codice civile e, per quanto qui di pertinenza, rileva

⁴ F.D. BUSNELLI, *L’ingiustizia del danno*, in Rass. For., 2006, 2, 905, e P. GALLO, *La responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 415 ss..

⁵ Si tratta della gestione di affari, dell’arricchimento ingiustificato e delle promesse unilaterali, cfr. P.ZATTI, V. COLUSSI, A. FUSARO, *Lineamenti di diritto privato*, Cedam, Padova, 2022, pp. 313 ss..

⁶ D. PETRINI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano, 2020, 425 ss, G. FIORELLA, *Sul peso storico della responsabilità oggettiva nell’interpretazione dell’elemento psicologico del reato*, in Archivio pen., 2024, 3, 1 – 26.

⁷ L. MINNELLA, *Infortuni sul lavoro e confini della posizione di garanzia*, nota a Cass. Pen., Sez. IV, 23 novembre 2012, n. 49821, Lo., Fra., in Dir. Pen. Cont., 2013, 1.

⁸ G.E. NAPOLI, *Caso fortuito e responsabilità per custodia*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 1 – 152.



l'art. 2051 c.c., che dispone che «ciascuno è responsabile delle cose che ha in custodia, salvo che non provi il caso fortuito». La giurisprudenza di merito ha recentemente stabilito che «in conformità al dettato dell'art. 2052 c.c., l'ente pubblico è responsabile per i danni causati da animali selvatici appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato, senza necessità di dimostrare la custodia degli animali. La prova liberatoria consiste esclusivamente nel dimostrare il caso fortuito, ossia un fattore esterno intervenuto nella causazione del danno, caratterizzato da imprevedibilità, inevitabilità e assoluta eccezionalità⁹».

In precedenza, la Corte di Cassazione aveva chiarito che «spetta, invece, alla Regione fornire la prova liberatoria del caso fortuito, dimostrando che il comportamento dell'animale si è posto del tutto al di fuori della propria sfera di controllo, come causa del danno autonoma, eccezionale, imprevedibile o, comunque, non evitabile neanche mediante l'adozione delle più adeguate e diligenti misure – concretamente esigibili in relazione alla situazione di fatto e compatibili con la funzione di protezione dell'ambiente e dell'ecosistema – di gestione e controllo del patrimonio faunistico e di cautela per i terzi¹⁰».

Dunque, il caso fortuito è un elemento imprevedibile e incerto, che interrompe il nesso di causalità tra danno ed evento ed esonera dalla responsabilità civile il presunto danneggiante. Con riferimento alla fattispecie oggetto del presente commento, il caso fortuito avrebbe potuto essere rappresentato anche dal manto stradale particolarmente accidentato a causa di un evento atmosferico di forte intensità, ma non da una condotta colposa del conducente, perché, in tal caso, si configurerebbe l'ipotesi del concorso colposo e della responsabilità di cui all'art. 2054 c.c..

5. Sull'art. 2054 c.c. e sul concorso di colpa

La presunzione di *colpa de quo* in relazione all'art. 2054 c.c., di cui si occupa l'ordinanza in commento, è inserita nell'ambito di una norma che riguarda il danno (automobilistico) tra circolazione di veicoli; ciò apre a una prima argomentazione critica, almeno apparente, in quanto, nel caso di specie, il sinistro era stato causato dall'attraversamento di un animale selvatico.

Ciononostante, riportando le parole dell'ordinanza, «l'assenza di qualsiasi colpa del danneggiato va da questi allegata e provata solo quando sia anche conducente di veicolo, ove questi voglia vincere la diversa presunzione prevista dall'art. 2054 c.c.» e, pertanto, «il danneggiato dovrà allegare che il danno è stato causato dall'animale (appartenente ad una specie protetta rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato) e dimostrare: a) la dinamica del sinistro; b) il nesso causale tra la condotta dell'animale e l'evento dannoso subito; c) l'appartenenza dell'animale stesso ad una delle specie oggetto della tutela di cui alla l. 157/1992 e/o comunque che si tratti di animale selvatico rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato ...(...)... In tale prospettiva, il Giudice d'appello era tenuto a verificare se l'attore avesse assolto l'onere di asseverazione del fatto dannoso, della riconducibilità dello stesso all'animale selvatico e della sussistenza del nesso causale, e solo successivamente avrebbe potuto (e dovuto) accertare se la parte convenuta (la Regione) avesse fornito la prova liberatoria, costituita esclusivamente dal caso fortuito, unico elemento idoneo ad escludere la responsabilità ai sensi dell'art. 2052 c.c., per poi verificare se, qualora coincidessero le qualità di danneggiato e conducente, quest'ultimo avesse provato di essere esente da colpa nella condotta di guida». Tale assunto si è posto in continuità con

⁹ Trib. Ascoli Piceno, 13 maggio 2025, n. 242, massima redazionale, 2025, ONE PA.

¹⁰ Cass. Civ., Sez. III, 06 luglio 2020, nr. 13848, Ord., CED Cassazione, 2020.



una precedente pronuncia della Corte di Cassazione che ha sancito che «In materia di danni derivanti da incidenti stradali che abbiano coinvolto veicoli e animali selvatici, a norma dell'art. 2052 c.c. grava sul danneggiato l'allegazione e la dimostrazione che il pregiudizio lamentato sia stato causato dall'animale selvatico (cioè appartenente ad una delle specie oggetto della tutela di cui alla l. 157/1992 o, comunque, rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato), la dinamica del sinistro, il nesso causale tra l'agire dell'animale e l'evento dannoso subito nonché – ai sensi dell'art. 2054, comma 1, c.c. – di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno, ovvero di avere adottato ogni opportuna cautela nella propria condotta di guida¹¹».

Pertanto, la Corte di Cassazione ha fornito argomentazioni concrete anche in merito all'istituto concorso di colpa e della presunzione di pari responsabilità¹², al nesso di causalità e all'onere della prova, che costituiscono i presupposti sostanziali che hanno portato la Corte di Cassazione a ritenere corretta l'interpretazione normativa fornita dal Giudice di prime cure, soprattutto nella parte in cui ha affermato che «In tema di responsabilità per danni derivanti dall'urto tra un autoveicolo ed un animale, la presunzione di responsabilità a carico del conducente (ex art. 2054 c.c.), concorre con la presunzione di colpa a carico del proprietario dell'animale, ma non prevale su questa, sicché, se uno dei soggetti interessati supera la presunzione posta a suo carico, la responsabilità grava sull'altro; se, invece, entrambi vincono la presunzione di colpa, ciascuno va esente da responsabilità; se nessuno dei due raggiunge la prova liberatoria, la responsabilità grava su ognuno in pari misura..(..)e tanto in forza di argomentazioni per il cui superamento non vengono somministrati idonei elementi da alcuna delle parti¹³». La norma sulle presunzioni di colpa, dunque, è applicabile anche alla fattispecie di cui all'art. 2052 c.c. sia perché è operativo, nel diritto civile, il principio dell'analogia¹⁴, sia perché il primo comma dell'art. 2056 c.c., consente al giudice, nella valutazione del danno e anche in fase di liquidazione, di tenere conto anche di un (eventuale) concorso colposo, configurabile anche alla luce del primo comma dell'art. 1227 c.c., che disciplina il concorso di colpa nella disciplina generale delle obbligazioni.

6. Conclusioni

L'ordinanza, nel fornire elementi di studio significativi in materia di illecito civile, con particolare riferimento agli articoli 2043 e 2052 c.c., ha affrontato anche il tema del concorso colposo di cui all'art. 2054 c.c., in relazione al riparto dell'onere della prova e in relazione al caso fortuito. Significativo, poi, è il fatto che, dalla lettura dell'ordinanza, il risarcimento del danno sembra essere stato chiesto, almeno in primo grado, sulla base dell'art. 2043 c.c.; tuttavia la Corte, in applicazione del principio dell'analogia, ha ritenuto configurabile, in capo alla Regione, una responsabilità ex art. 2052 c.c., quale fattispecie

¹¹ Cass. Civ., Sez. III, ord. 06 luglio 2020, nr. 13848, CED Cassazione, 2020.

¹² V.M. SANTOS, *Il concorso di presunzioni degli artt. 2052 e 2054 c.c. nei danni causati da animali selvatici*, nota a Trib. Terni, 12 settembre 2023, il Foro Padano, 2024, 4, 389.

¹³ La sentenza ha ripreso un precedente, in cui la Corte di Cassazione si era curata di chiarire che «nella fattispecie dei sinistri stradali causati da fauna selvatica, sussistono congiuntamente la presunzione di responsabilità a carico del conducente del veicolo, ai sensi dell'art. 2054 c.c., e quella a carico del proprietario dell'animale, ai sensi dell'art. 2052 c.c. qualora nessuno delle parti vinca la presunzione di colpa, la responsabilità sarà attribuita ad entrambe in misura paritaria», così Cass. Civ., Sez. III, 16 luglio 2024, nr. 19616, ord., massima redazionale, 2024, ONE PA.

¹⁴ Cass. Civ., Sez. I, 14 marzo 2025, n. 6850, ord., in *La nuova Proc. Civ.*, 1, 2025.



tipica dell'illecito civile¹⁵. Un problema si pone, però, in merito alla tipologia di responsabilità addebitabile alla Regione, in quanto mentre l'art. 2043 c.c., ai fini della prova del danno, oltre all'elemento oggettivo costituito dal nesso di causalità, impone un accertamento del requisito anche psicologico e, nella fattispecie, della colpa, l'art. 2052 c.c. sembra individuare una fattispecie di responsabilità oggettiva, in cui è sufficiente il mero nesso di causalità tra condotta ed evento ai fini della sussistenza di un danno. Non a caso, una recente giurisprudenza di merito, ha segnalato che «la responsabilità per i danni provocati da animali, ai sensi dell'art. 2052 del codice civile, è configurabile in capo al proprietario o utilizzatore sulla base del solo nesso di causalità tra l'azione dell'animale e l'evento dannoso, salvo prova del caso fortuito da parte del responsabile. Il danno è quindi imputabile indipendentemente dalla violazione di obblighi di custodia o vigilanza da parte del proprietario¹⁶». Anche per questo motivo, forse, la Corte di Cassazione, ritenendo applicabile anche l'art. 2054 c.c., ha voluto porre un freno all'istituto della responsabilità oggettiva, obbligando il danneggiato, comunque, a fornire un altro elemento per la sussistenza della prova, in particolar modo in riferimento al requisito soggettivo del danno. Infine, l'ordinanza dirime alcune questioni in merito alla qualificazione della domanda e in merito alla responsabilità dell'ente pubblico in caso di danno cagionato da animali selvatici, con particolare riferimento all'individuazione della Regione quale unico Ente pubblico legittimato passivo, così chiarendo una questione storicamente controversa. Solo in via conclusiva, si segnala che, in forza della rivalsa ex art. 2043 c.c., le Aziende sanitarie sono legittimate a richiedere i costi di cura, ricovero e riabilitazione erogati alle vittime di un fatto illecito¹⁷. In tal senso, la sentenza sembra dunque suggerire, alle Aziende Sanitarie, in caso di incidenti cagionati da fauna selvatica, di poter agire, nei confronti della Regione, per il risarcimento del danno a titolo di responsabilità extra contrattuale.

¹⁵ L'art. 2052 del Codice Civile disciplina la responsabilità oggettiva per i danni causati da animali, facendo ricadere la responsabilità sul proprietario o su chi ne ha l'uso, indipendentemente dalla sua colpa.

¹⁶ Trib. Torino, Sez. IV, 15 gennaio 2025, n. 222, massima redazionale 2025, ONE PA.

¹⁷ In tal senso, N. Enrichens, *Natura e fondamento dell'azione di rivalsa sanitaria*, in *Sanità Pubblica e Privata*, f. 4/2023.

