JUS CIVILE

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



2-2023

marzo aprile

G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

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

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

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

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

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

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

JUS CIVILE



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Lo sfondo romanistico della *Teoria generale del negozio giuridico* [*]
di *Luigi Pellecchi* 265

Soggettività giuridica implicita e associazione non riconosciuta [*]
di *Angelo Barba* 292

In suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat: la resistibile reviviscenza di un'antica massima[*]
di *Mauro Tescaro* 319

Impresa digitale e tutela della privacy tra diritto europeo e nazionale [*]
di *Sergio Locoratolo* 352

Servitù coattive e applicabilità dell'art. 1333 cod. civ. [*]
di *Maria Teresa Nurra* 362

Il pegno avente a oggetto un credito futuro [*]
di *Andrea Natale* 380

La diffida ad adempiere tra pluralità degli statuti risolutori e fattispecie implicita di risoluzione immediata del contratto [*]
di *Antonello Iuliani* 402

Nullità del contratto e sopravvivenza di clausole «autosufficienti»[*]
di *Maria Samantha Esposito* 417

[*] Contributo sottoposto a revisione.

JUS CIVILE



pag.

Sviluppo sostenibile, *greenwashing* e tutela del consumatore [*]
di *Monica Pucci* 439

L'ausilio dell'intelligenza artificiale, nella gestione del patrimonio digitale [*]
di *Francesco Mastroberardino* 452

Sulla rinuncia all'eredità da parte del chiamato nel possesso di beni ereditari e la necessità di inventario [*]
di *Valentina Viti* 468

L'accettazione beneficiata del minore: profili problematici [*]
di *Luca Mandrioli* 483

Robotica medica, *human enhancement* e tutela dei fragili [*]
di *Eugenio Fazio* 513

Giurisprudenza europea

La responsabilità del c.d. *produttore apparente*. Appunti a margine di CGUE 7.7.2022, C-264/21 [*]
di *Giacomo Buset* 521

Giurisprudenza italiana

Possesso *ad usucapionem* ed espropriazione [*]
di *Fabrizio Ponzù Donato* 545

[*] Contributo sottoposto a revisione.



LUIGI PELLECCHI

Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano – Università degli Studi di Pavia

LO SFONDO ROMANISTICO DELLA *TEORIA GENERALE DEL NEGOZIO GIURIDICO*[*]

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Prologo: frammenti di una rappresentazione d'autore. – 3. Verso la* TGNG*: la "primissima" edizione della dottrina del negozio. – 4.* Segue. *Una immersione nella dogmatica in tre esempi. – 5. Presenze del* Corso *del '28 nella* TGNG*: l'ordito generale. – 6.* Segue. *Dall'ordito alla riscrittura. – 7.* TGNG *e forme della presenza esplicita del diritto romano: il precedente. – 8.* Segue. *Brocardi e principi. – 9.* TGNG *e critica testuale delle fonti romane. – 10. Epilogo.*

1. – Parlare di uno "sfondo romanistico" della *Teoria generale del negozio giuridico* (d'ora in avanti *TGNG*) implica che il diritto romano possa rappresentarsi come un che di marginale e distaccato, rispetto al centro dell'opera. Dal punto di vista di un ricorso diretto alle sue fonti, ciò è senz'altro esatto. Lo dimostra in modo plastico l'«*Indice dei testi legislativi citati*» della monografia di Betti. Nella prima edizione dell'opera, apparsa nel 1943, l'indice annovera undici passi del Digesto e uno delle Istituzioni di Giustiniano [1]. Nove anni dopo, con la seconda edizione, i passi del manuale imperiale salgono a quattro, quelli del Digesto a novantadue, e si aggiungono tre brani del Codice e quattro delle Istituzioni di Gaio [2]. Questo incremento non deve tuttavia trarre in inganno. Quantitativamente, perché quelli romani non raggiungono la decima parte delle citazioni «di legge» complessive [3]. Qualitativamente, perché il loro impiego, come si vedrà nella seconda parte del saggio (§§ 7-9), non si risolve mai in un reale confronto con il testo antico, la cui presenza resta perciò di superficie.

Se si guarda al complesso delle fonti normative, intorno a cui lo studioso camerte intesse l'analisi del negozio, non c'è dunque dubbio che la *TGNG* si presenta come un'opera di diritto moderno, perfettamente in linea sia con l'oggetto complessivo di quel *Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli*, di cui essa era parte, sia con quella produzione civilistica dell'Autore

[*] Il saggio approfondisce l'intervento presentato con lo stesso titolo il 26 aprile 2022, all'incontro di studio dedicato alla *Teoria generale del negozio giuridico*, organizzato dai colleghi civilisti del Corso di Dottorato in Diritto Privato, Diritto romano e Cultura giuridica europea dell'Università di Pavia, all'interno del ciclo *Un percorso di rilettura dei classici del diritto civile e commerciale*. Ringrazio in particolare Nicola Rizzo per l'occasione di tornare con uno sguardo più maturo su un *classico* anche della mia personale formazione.

[1] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*[1], in *Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti*, diretto da F. VASSALLI, XV/II, Utet, 1943, 402.

[2] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*[2], in *Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti*, diretto da F. VASSALLI, XV/II, Utet, 1952, 629 s.

[3] Nella seconda edizione dell'opera, salvo errori, gli articoli citati di provvedimenti normativi moderni (anche di area francese e germanica) sono 945; 104 i testi romani; 3 le fonti canonistiche.



che alla vigilia del '43 risultava già piuttosto cospicua [4]. Tuttavia, è superfluo aggiungere che all'epoca Betti vantava una produzione ancora più cospicua di diritto romano [5]. Ed è notorio – per la celebre querelle metodologica che lo ebbe a protagonista [6] – che nello studio di questa materia egli spiccava per un impiego della dogmatica civilistica che andava ben oltre il tradizionale ricorso alle categorie della Pandettistica [7]. È dunque la strettissima compenetrazione dei due campi di ricerca dell'Autore, il civile e il romano, ereditati da una lunga tradizione di studi come «due facce di un fenomeno unitario» [8], a fare da sfondo alla prima parte del saggio (§§ 2-6) e alla domanda che ne costituisce il filo conduttore, vale a dire se lo "sfondo romanistico" della *TGNG* non vada cercato al di là dell'esplicito richiamo alle fonti giuridiche antiche. Beninteso, non si tratta di una domanda nuova. Se però la si affronta attraverso un esame diretto dell'opera, ci sembra che essa possa comunque riservare delle sorprese.

2. – Al di là del ricorso esplicito alle fonti giuridiche antiche, quanto dunque deriva alla *TGNG* dall'esserne stato il suo autore anzitutto un romanista? Per meglio inquadrare il punto, prenderemo le mosse da due considerazioni retrospettive che lo studioso affidò alle proprie *Notazioni autobiografiche* [9].

> «Lasciata la casa paterna nell'aprile del '39, aveva trasferito con la mamma casa e libri a Roma. E qui, mentre continuava un lavoro affidatogli dal Vassalli e iniziato fin dall'estate del '36 sulla teoria generale del negozio giuridico in diritto civile, fu nell'ottobre del '39 chiamato dal ministro Grandi a partecipare alla elaborazione del quarto libro del Codice civile».
>
> «All'università di Milano riprese nel '38-'39 l'insegnamento delle *Istituzioni* e, insieme, assunse come titolare quello delle *Pandette*, per essere nel frattempo venuto meno il compianto maestro e collega Carlo Longo. In quello e nei successivi quattro anni svolse con esegesi approfondita la intera teoria del negozio giuridico (nel '40-'41: interpretazione, agere in fraudem, invalidità e inefficacia; nel '41-'42: negozio condizionale; nel '42-'43: interposizione di persona e rappresentanza): i cinque corsi si proponeva di raccogliere in volume per il trattato diretto da Albertario (ripubblicando in 2ª edizione la teoria del negozio in diritto romano)».

La prima *Notazione* – ben nota [10] – colloca l'avvio della stesura della *TGNG* nell'estate del '36. La seconda sposta il focus due anni più tardi. Rientrato a Milano, dopo un anno d'insegnamento in Germania [11], Betti

---

[4] Riportandosi all'elenco approntata in G. Crifò, *Indice degli scritti scientifici di Emilio Betti*, in *Studi in onore di E. Betti*, I, Giuffrè, 1962, XIII-XXIV, nel periodo 1912-1943 attengono al diritto civile (e commerciale) tre corsi universitari (nn. 34, 71, 83) e una trentina di saggi (nn. 45, 48-50, 53, 54, 59, 60, 61, 64, 70, 72, 76, 79, 87, 89, 90, 92, 93, 94, 96, 97, 103, 107, 110, 121, 130, 135, 137, 145).

[5] Per lo stesso periodo ed elenco indicati alla nt. precedente, attengono al diritto romano venti corsi universitari (nn. 23, 30, 32, 33, 36, 41, 47, 65, 84, 88, 91, 101, 109, 116, 120, 125, 133, 138, 140, 142) e una cinquantina di saggi (nn. 1-22, 24, 26-29, 31, 43, 52, 55, 57, 73, 78, 86, 95, 99, 102, 105, 106, 108, 113, 118, 123, 124, 126, 129, 143).

[6] Le relative prese di posizione sono elencate in G. Crifò, *Emilio Betti* (1967) ora in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna. Saggi di Pietro de Francisci ed Emilio Betti. Appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi*[2], New Press, 1997, 172 nt. 10. Al di là dei brevi cenni fatti *infra*, in corrispondenza delle ntt. 22-23, per i contributi dei contraddittori diretti (Pietro de Francisci e Biondo Biondi), nonché di diversi altri studiosi che in vario modo intervennero nel dibattito, vd. l'ampia rassegna approntata da L. Gagliardi, *Il diritto romano alla Statale di Milano: 1924-1968*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, II, Giuffrè, 2018, 526 s. nt. 125.

[7] Vd. per tutti M. Talamanca, *Diritto romano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, 1982, 716-721. Indicazioni bibl. ulteriori in M. Brutti, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni del diritto civile*, Giappichelli, 2013, 67 s. nt. 110.

[8] Così sempre M. Talamanca, *Diritto romano*, cit., 481.

[9] E. Betti, *Notazioni autobiografiche*, rist. a cura di E. Mura, Cedam, 2014, 36 e 39.



approfitta del passaggio alla cattedra di Diritto romano per svolgere cinque corsi esegetici dedicati ad altrettanti aspetti della dottrina del negozio giuridico [12]. Ciò che davvero rileva ai nostri fini è il progetto sotteso alla scelta dei temi dei corsi. Da un lato, Betti si proponeva di raccoglierne i risultati in un volume autonomo, che avrebbe dovuto pubblicarsi come parte di un *Trattato di diritto romano* il cui piano si andava in effetti annunciando proprio in quegli anni [13]. Dall'altro lato, una volta realizzato, il volume auspicato si sarebbe presentato come una «teoria del negozio in diritto romano», «in seconda edizione».

È noto che dei quattrodici volumi in cui avrebbe dovuto articolarsi il *Trattato Albertario*, solo quello di Biondo Biondi, su *Successione testamentaria e donazioni*, vide effettivamente la luce [14]. Il progetto di Betti restò dunque incompiuto. Ciò però nulla toglie al duplice dato che le sue *Notazioni* proiettano sulla storia interna, per chiamarla così, della *TGNG*: innanzitutto, che tra il 1939 e il 1943 l'Autore attese alla stesura dell'opera lavorando in parallelo a un suo corrispondente per il diritto romano; in secondo luogo, che all'avvio del cantiere civilistico una (prima) versione romanistica della teoria del negozio egli considerava di averla comunque già stesa.

A proposito di questo precedente romanistico, e facendo giustamente osservare la poca attenzione attirata da questa ascendenza della *TGNG*, Giuseppe Benedetti ha riportato il nocciolo dell'opera alla disamina di circa duecentotrenta pagine, che lo studioso camerte pubblicò nel 1935, per il volume *Diritto romano. Parte generale* [15]. In realtà, bisogna tornare indietro ancora di qualche anno, perché il volume in questione altro non è che la «veste tipografica» [16] di un precedente *Corso di Istituzioni di diritto romano. Parte generale*, il cui primo tomo era apparso in edizione litografata nel 1928 [17]. È ben vero che la pubblicazione tipografica fu l'occasione per una «naturale rielaborazione» dell'opera, come ebbe a esprimersi un suo recensore [18]. Nel caso dell'esposizione dedicata al negozio giuridico, la rielaborazione si tradusse però in una versione compendiata della dottrina presentata nel '28, che di pagine superava le trecentocinquanta [19]. Sicché coglie senz'altro nel segno Massimo Brutti quando rivendica al *Corso* del '28 «la base e la sostanza» di quella che sarebbe poi diventata la *TGNG* [20].

---

[10] Cfr. *e.g.* G. Chiodi, *Emilio Betti in difesa dell'oralità. Incontri e scontri sulla riforma del codice di procedura civile*, in *Emilio Betti e il processo civile*, Roma Tre Press, 2022, 22.

[11] Dettagli in E. Mura, *Emilio Betti, oltre lo specchio della memoria*, in *Notazioni autobiografiche*, cit., XLI-XLIII.

[12] Ai contenuti dei tre corsi sintetizzati nella *Notazione* per il triennio '40-'41, '41-'42 e '42-'43, vanno aggiunti i due titoli dei corsi del biennio precedente, vale a dire *Concetto e vizi del negozio giuridico* ('39-'40), *Atti illeciti influenti sulla determinazione causale: dolo e violenza* ('40-'41): cfr. G. Crifò, *Indice*, cit., nn. 120 e 125. Sul passaggio di Betti alla cattedra milanese di Diritto romano, dettagli in L. Gagliardi, *Il Diritto romano*, cit., 533.

[13] Cfr. le notizie riportate in *SDHI*, 1938, 605 s., in *Riv. St. dir. it.*, 1941, 444 s., e in *ZSS.*, 1942, 464 s. Stando al piano presentato del *Trattato Albertario*, la dottrina del negozio avrebbe dovuto rientrare nel volume introduttivo – concepito in 500 pagine – come sezione precipua della «Parte generale: il soggetto del diritto – L'oggetto del diritto – L'acquisto e la perdita dei diritti». Sulla diversa collocazione della *TGNG* nel piano del *Trattato Vassalli* vd. *infra* nt. 62.

[14] Il volume apparve in prima edizione nel 1943 e venne riedito nel 1952 «come opera a sé», non avendo «la nobile iniziativa dell'Albertario potuto avere seguito» (B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*[2], Giuffrè, 1952, III). Sulle ragioni del fallimento del progetto, vd. M. Talamanca, *Diritto romano*, cit., 721-723.

[15] E. Betti, *Diritto romano*. I. *Parte Generale*, Cedam, 1935, 169-405. Il riferimento si può leggere da ult. in G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Giappichelli, 2014, 90: «La *TGNG* è già (curiosamente, per chi non conosce il quadro), sia pure in nuce, (…) nel volume del *Diritto romano*». Nello stesso senso vd. peraltro già N. Irti, *Itinerari del negozio*, in *E. Betti e la scienza giuridica del Novecento*, Giuffrè, 1978, 399 s.

[16] Così E. Betti, *Diritto romano*, cit., VII.

[17] E. Betti, *Corso di Istituzioni di diritto romano*. I. *Parte Generale (escluso il processo)*, Cedam, 1928.

[18] G. Grosso, *Rec. a* E. Betti, *Diritto romano.* I. *Parte generale* (1936) ora in *Scritti storico giuridici*, IV, Giappichelli, 2001, 29.

[19] E. Betti, *Corso*, cit., 232-595.

[20] M. Brutti, *Vittorio Scialoja*, cit., 117 nt. 73; in termini analoghi vd. poi E. Stolfi, *Emilio Betti maestro di casistica*, in *Dal-*



3. – Prima di vedere più da vicino in che misura questa «base» e questa «sostanza» si ritrovino nella *TGNG*, conviene soffermare la nostra attenzione su alcuni caratteri fondamentali della dottrina bettiana del negozio, per come già appariva delineata nel *Corso* del '28. In tal modo sarà anche più facile intendere come essa si inserì nel dibattito scientifico del tempo.

È noto che nella stesura del *Corso di Istituzioni di diritto romano* Betti vedeva la «riprova» di come quella elaborazione dogmatica del diritto romano, della quale egli sarebbe tornato a difendere a più riprese «legittimità» e «opportunità», potesse fattivamente tradursi anche in un insegnamento istituzionale [21]. Perciò non sorprende che alla «riprova» in questione si estendessero le critiche di chi non condivideva l'indirizzo metodologico propugnato dall'Autore, dal lato dello studio storico del diritto romano. Se è scontato che il riferimento sia a Pietro De Francisci, meno noto è che proprio l'amplissima sezione dedicata nel *Corso* al negozio giuridico avesse attirato l'attenzione del contraddittore di Betti. Vale anzi la pena di riprodurne per intero il giudizio, che illustra icasticamente il carattere di fondo di questa parte della dottrina del giurista camerte:

> «Devo confessare che questo *Corso*, almeno per quanto riguarda la sezione III, appare piuttosto come un'interessante e in molti punti originale esposizione di teoria generale del diritto privato (nella quale il diritto romano entra molte volte soltanto per esemplificazione), che non come una ricostruzione del *sistema dottrinale romano*. Le caratteristiche tipiche di questo si trovano in codesto libro sommerse nella dogmatica moderna; sì che l'opera costituisce proprio la più bella dimostrazione dell'inopportunità del metodo propugnato dal Betti» [22].

Letto in una certa ottica, quello di De Francisci si può prendere come un giudizio ancipite. Rispetto all'oggetto del contendere, rappresentato dalla ricostruzione storica del diritto romano, una esposizione dove il *proprium* dell'esperienza antica finiva per essere sommerso e oscurato dal massiccio ricorso alla dogmatica moderna riceve un giudizio evidentemente negativo [23]. Al tempo stesso, proprio dal lato del ricorso alla dogmatica moderna, c'è però il riconoscimento che quello di Betti si presentava «come un'interessante e in molti punti originale esposizione di teoria generale del diritto privato». A un lettore del tempo, le pagine del *Corso* dovevano dunque apparire piuttosto inusuali non soltanto nell'approccio al diritto romano, ma anche dal lato più generale dell'impiego delle categorie di riferimento del diritto civile. Dal che viene spontaneo chiedersi – iniziando a proiettare il discorso verso l'approdo per così dire civilistico della teoria del negozio – che cosa già all'epoca rendesse tanto originale l'analisi di Betti.

Nel 1992, introducendo una meritoria ristampa della *TGNG*, Giovanni Battista Ferri segnalava due fondamentali novità (della versione civilistica) dell'opera. Da un lato, la vocazione tassonomica, che si esprime

---

l'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968), Roma Ter Press, 2020, 155 nt. 75; G. ALPA, *Alle origini della codificazione*: *i lavori e il progetto di un Codice italo– francese delle obbligazioni*, in *Il contributo della Sapienza alle codificazioni*, Jovene, 2022, 25.

[21] Vd. specialmente E. BETTI, *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano* (1931) ora in *Diritto, metodo, ermeneutica. Scritti scelti*, Giuffrè, 1991, 146: «Dunque, così la questione della *legittimità* come quella della *opportunità* di una elaborazione dogmatica del diritto romano secondo i criteri ora delineati vanno risolte in senso affermativo. M'incombeva (…) l'onere di dare una riprova di tale conclusione, mostrando col fatto quale costrutto possa ritrarsi dalla dogmatica non solo nella ricostruzione di singoli istituti (…), ma in generale nello stesso svolgimento del corso di istituzioni. Per l'appunto questo ho cercato di fare. Del corso è pubblicata oggi la Parte generale».

[22] P. DE FRANCISCI, *Questioni di metodo* (1929) ora in *Questioni di metodo*, cit., 104, nt. 16.

[23] Da questo stesso punto di vista, una certa circospezione traspare anche dal giudizio di G. LONGO, *Rec. a* E. BETTI, *Corso di Istituzioni di diritto romano*. I. *Parte generale (escluso il processo)*, in *BIDR,* 1931, fasc. IV-VI, 52 nt. 2: «Anche ammettendo, col Betti, la possibilità di un *ripensamento*, con l'abito dogmatico odierno, dei principi classici, questa forma troppo valica i caratteri e lo spirito della logica liberamente pratica dei giuristi classici».



nel «tentativo di ricostruire, in un quadro coerente e organico, tutti gli aspetti e i risvolti più specifici della (…) concreta disciplina del negozio giuridico»[24]. Dall'altro lato, e soprattutto, la visione a monte di questo suo oggetto. Collegandolo in senso forte all'autonomia privata, intesa, con le parole di Betti, «quale attività e potestà di autoregolamentazione dei propri interessi e rapporti», l'opera valorizza infatti il momento sociale e oggettivo del negozio giuridico, piuttosto che quello individuale e volontaristico di matrice ottocentesca[25], facendo dipanare da questa rappresentazione tutta una serie di riconfigurazioni di singoli capitoli della teoria del negozio: dalla rilevanza dei motivi alla simulazione, dall'errore agli elementi accidentali, fino soprattutto all'interpretazione negoziale[26].

Ebbene se è lungo questi due piani – della vocazione sistematica e della concezione precettiva del negozio – che si misura la novità della *TGNG*, non c'è nessuna difficoltà a riconoscerne i prodromi già nel *Corso* del '28. Quanto alla concezione precettiva, era in realtà già lo stesso Ferri a rimarcare la continuità tra le pagine delle due opere[27], in una linea che soprattutto Massimo Brutti ha ripreso e approfondito in tempi più recenti[28]. Quanto poi la (nuova) visione di fondo del negozio si coniugasse a una vocazione sistematica particolarmente accentuata si può facilmente recuperare, sia pure per *exempla*, attraverso un rapido confronto con la manualistica del tempo. In tal modo riuscirà anche più facile prendere le misure del giudizio di De Francisci e dell'attenzione che la dottrina bettiana del negozio subito incontrò da parte anche dei cultori del diritto positivo.

4. – Nel 1935, al momento di dargli quella veste tipografica di cui si è detto[29], Betti corredò il *Corso* di una bibliografia molto ampia, del tutto inusuale per gli standard dei manuali romanistici dell'epoca, anche per il suo aprirsi a quegli studi di diritto moderno da cui l'Autore traeva le categorie postpandettistiche utili alla ricostruzione storica dell'esperienza giuridica antica[30]. Apposte in apertura dei cinque capitoli che scandiscono la teoria del negozio giuridico, le note bettiane segnalano una decina appena di opere in lingua italiana, apparse prima del '28[31]. Va detto che il totale comprende sia vari studi su aspetti specifici[32] sia opere di taglio prevalentemente esegetico[33]. Il termine utile di paragone, rappresentato da esposizioni di carattere al tempo stesso generale e sistematico, viene così a consistere da un lato nel corso sui *Negozi giuridici* di Vittorio Scialoja[34], peraltro non scevro a sua volta di numerosi e ampi passaggi esegetici[35], e dall'altro lato dal-

[24] G.B. Ferri, *Introduzione a* E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa corretta della II ed., E.S.I., 1994, IX.

[25] G.B. Ferri, *Introduzione*, cit., X.

[26] Traggo il bilancio da G. Mirabelli, *Negozio giuridico (teoria)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, 1978, 9-13.

[27] G.B. Ferri, *Introduzione*, cit., X.

[28] M. Brutti, *Vittorio Scialoja*, cit., 117-124.

[29] *Supra* in corrispondenza della nt. 16.

[30] Cfr. G. Grosso, *Rec. a* E. Betti, *Diritto romano*, cit., 34 s.

[31] Cfr. E. Betti, *Diritto romano*, cit., 197 nt. 1, ove la bibliografia apposta in apertura del cap. XII – *Concetto del negozio giuridico*. Salvo *addenda* specifici, è a questa stessa bibl. che fanno fondamentalmente riferimento anche le note d'apertura dei capitoli successivi, dedicati ai singoli aspetti della teoria del negozio: cfr. pp. 246 nt. 1, 321 nt. 1, 345 nt. 1, 378 nt. 1.

[32] Quali erano i due saggi di O. Rannelletti, *Il silenzio nei negozi giuridici*; Capacità e volontà *nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, entrambi in *Riv. it. sc. giur.*, 1892, 3 ss. e 1894, 82 ss., nonché i saggi di G. Segrè, *Studi sul concetto del negozio giuridico secondo il diritto romano e secondo il nuovo diritto germanico*, anch'essi in *Riv. it. Sc. giur.*, 1899, 161 ss., 1900, 1 ss.

[33] Quale era quello di C. Fadda, *Corso di diritto romano. Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Alvano, 1909.

[34] V. Scialoja, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1892-93, raccolte dai dottori Mapei e Giannini*[3], Soc. editrice del Foro it., 1933. Per una recente lettura della parte più propriamente teorica del *Corso* di Scialoja e sui suoi debiti verso la tradizione pandettistica, vd. di recente M. Brutti, *Vittorio Scialoja*, cit., 65-79.

[35] Cfr. *e.g.* V. Scialoja, *Negozi giuridici*, cit., 95-133, 184-201, 210-215, 283-306.



le sezioni dedicate al negozio giuridico in sei manuali: quelli (in ordine cronologico) di Nicola De Crescenzio [36], Contardo Ferrini [37], Giovanni Pacchioni [38], Nicola Coviello [39] e Vincenzo Arangio Ruiz [40].

La differenza più banale, ma al tempo stesso macroscopica dei libri messi a confronto è rappresentata dalla estensione che la dottrina del negozio vi prende. Neppure trenta pagine per Arangio Ruiz; una sessantina per De Crescenzio, una ottantina per Ferrini e Pacchioni. Tenendo conto della diversa resa di stampa (lito-e tipografica), solo nelle circa centotrenta pagine di Coviello si trova una disamina manualistica latamente avvicinabile all'estensione della dottrina del negozio nel *Corso* di Betti, la quale, a sua volta, è prossima alle dimensioni di un corso monografico come quello di Scialoja [41].

Se dall'astratto del numero di pagine si scende poi al concreto dipanarsi della trattazione, si constata facilmente perché l'organicità del discorso bettiano si presentasse un po' come un *unicum* nel panorama della manualistica italiana. Tre esempi basteranno.

Il primo si riferisce all'invalidità del negozio. De Crescenzio e Arangio Ruiz non vanno oltre la dicotomia tradizionale tra nullità e annullabilità [42]. Con Scialoja prima, e Ferrini e Pacchioni poi, il discorso si estende invece alle novità del dibattito dottrinario. Ma si tratta di un confronto che resta tutto sommato limitato, ridotto com'è a una questione terminologica (circa l'opportunità di parlare di 'inesistenza' anziché di 'nullità') e alla configurazione di una classe intermedia tra le due fondamentali (rappresentata dalla c.d. nullità relativa) [43].

Di tutt'altra portata sistematica è il discorso di Betti, che svela una ben maggiore articolazione addirittura in premessa. L'Autore lo fa infatti partire da una diairesi a monte della stessa invalidità, della quale viene poi seguito lo svolgimento per gradi. In primo luogo, invalidità e inefficacia in senso stretto vengono individuate come specie del genere inefficacia (in senso ampio). In secondo luogo, l'inefficacia (in senso stretto) viene scomposta nelle quattro classi che l'articolerebbero: quando un fatto esterno, collegato all'operatività del negozio, venga a mancare (se positivo) oppure a integrarsi (se negativo) e, ancora, quando il negozio leda il diritto di un terzo o della stessa parte, e sia perciò impugnabile. In terzo luogo, vengono criticamente discusse due specie ulteriori, ascritte erroneamente (secondo Betti) alla inefficacia in senso stretto [44]. Solo a questo punto il discorso passa alla (*species* parallela della) invalidità e si reimmette – almeno in un primo momento – nei binari tradizionali di un'analisi delle sue due sottoclassi moderne e della loro riconducibilità all'esperienza giuridica antica [45].

---

[36] N. De Crescenzio, *Sistema del diritto civile romano*[2], I, Jovene, 1869, 118-155.

[37] C. Ferrini, *Manuale di Pandette*[3], Soc, editr. libr., 1908, 141-220

[38] G. Pacchioni, *Corso di diritto romano*[2], II, Utet, 1920, 204-289.

[39] N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*[3], Soc, editr. libr., 1924, 309-451.

[40] V. Arangio, Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*[2], Jovene, 1927, 70-96. Sui primi tre manuali indicati cenni in E. Stolfi, *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'Ottocento alla prima guerra mondiale*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Giappichelli, 2016, 11 nt. 46, 31 nt. 120, 32 nt. 127, 41 nt. 168. Sul *Manuale* di Ferrini vd. poi in part. A. Mantello, *Contardo Ferrini e la Pandettistica*, in *Contardo Ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo*, Cisalpino, 2003, 187 s., 192-196.

[41] Considerando che gli ultimi due capitoli del *Corso* di Scialoja (*Gli atti illeciti*; *Del tempo in rapporto al sorgere e all'estinguersi dei diritti*) esulano dalla teoria del negozio in senso stretto, la quale, come nel *Corso* di Betti, si estende per ca. 350 pagine.

[42] N. De Crescenzio, *Sistema*, cit., 245; V. Arangio, Ruiz, *Istituzioni*, cit., 88.

[43] C. Ferrini, *Manuale*, cit., 201 s. e 294 nt. 2; G. Pacchioni, *Corso*, cit., 275 s.

[44] Cfr. E. Betti, *Corso*, cit., 496-501; la discussione critica concerne le ipotesi della integrazione, o della mancata integrazione di una condizione risolutiva, o sospensiva, e l'ipotesi di una revoca del negozio ad opera della stessa parte.

[45] Sovrapponibile alle disamine tradizionali è soprattutto il § 66 – *Forme di invalidità del negozio giuridico*, che ha come punto fondamentale di raccordare nullità e annullabilità alla dialettica romana dell'invalidità *iure civili* o raggiunta sul piano del diritto onorario: cfr. E. Betti, *Corso*, cit., 501-510. Con il § 67 – *Fasi dell'invalidità*, il ricorso alla dogmatica moderna torna peraltro subito a



Un aggiornamento ancora più radicale, rispetto agli standard pandettistici della manualistica coeva, riceve la classificazione dei negozi giuridici. Nei quattro manuali romanistici presi a riferimento, si oscilla dalle tre alle cinque distinzioni, "canoniche" si avrebbe la tentazione di chiosare: negozi unilaterali o bilaterali, a titolo oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, formali o meno, astratti o causali [46]. Con Betti le specie invece si moltiplicano, grazie a una serie di partizioni che si irradiano dai tre elementi costitutivi del negozio, di cui diremo meglio nel prossimo §. Lo schema che segue recupera la nervatura del discorso dell'Autore, e credo ne evidenzi da sé la caratura concettualistica.

a) quanto all'atto (*forma*/*manifestazione*)	1) secondo la presenza o meno di una dichiarazione	→	**I.** nn. che si manifestano con una dichiarazione o si realizzano con un mero comportamento
	2) secondo il mezzo della manifestazione	→	**II.** nn. a manifestaz. espressa o tacita
	3) secondo il modo della manifestazione	→	**III.** nn. formali o informali
	4) secondo il processo formativo	→	**IV.** nn. semplici o complessi **V.** nn. unilaterali o bilaterali
b) quanto alla regola (*contenuto precettivo*)	5) secondo la portata soggettiva del precetto	→	**VI.** nn. che instaurano un rapporto giuridico o una posizione giuridica
c) quanto allo scopo (*causa*)	6) secondo il grado di dipendenza della regola	→	**VII.** nn. autonomi o interdipendenti
	7) secondo il carattere della causa	→	**VIII.** nn. a titolo gratuito o a titolo oneroso **IX.** nn. *inter vivos* o *mortis causa*
	8) secondo la rilevanza della causa	→	**X.** nn. astratti o causali

Una cura ancora maggiore risulta profusa dall'Autore per distinguere il c.d. errore vizio dall'errore ostativo, insieme alle relative sottoclassi. È il nostro ultimo esempio. Nella manualistica indicata da Betti come riferimento, la distinzione tra le due specie di errore, laddove non manchi del tutto, come in De Crescenzo e in Arangio Ruiz [47], si riduce a una differenza di principio, che non tocca il cuore successivo del discorso, condotto unitariamente sulla base della tradizionale tripartizione tra *error in persona*, *corpore* e *substantia* [48]. Viceversa, nel *Corso* di Betti, la differenza concettuale si traduce innanzitutto nell'adozione di quel piano sistematico che per vari decenni sarebbe poi divenuto canonico: l'errore ostativo esposto come causa (e tra i casi) di discrepanza tra il voluto e il rappresentato [49]; l'errore vizio come causa (e tra i casi) di una volontà

---

infittirsi, aggiungendo alla figura tradizionale della *convalescenza* del negozio (cfr. V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., 241-245; C. FERRINI, *Manuale*, cit., 204-207) le figure ulteriori della *invalidazione* e della *conversione* (un accenno alla quale ultima si trova peraltro in G. PACCHIONI, *Corso*, cit., 279 s.), a loro volta suddivise in sottoclassi e distinte da figure più o meno affini: cfr. E. BETTI, *Corso*, cit., 510-519.

[46] Per la penta-partizione indicata, vd. esplicitamente G. PACCHIONI, *Corso*, cit., 206 s., ed implicitamente C. FERRINI, *Manuale*, cit., 162-166. Quadripartizione (con omissione della distinzione tra negozi a titolo oneroso e gratuito) in V. ARANGIO, RUIZ, *Istituzioni,* cit. 71-74. Tripartizione (con omissione della distinzione tra negozi formali o meno e astratti o causali) in N. De CRESCENZIO, *Sistema*, cit., 216. Solo in V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., 77-87, si trova l'opposizione ulteriore tra negozi di stretto diritto e negozi di buona fede.

[47] N. DE CRESCENZIO, *Sistema*, cit., 121-125; V. ARANGIO, RUIZ, *Istituzioni*, cit., 91-93. Il giudizio va peraltro esteso, nella sostanza, a V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., 249-283 (in part. pp. 258-260).

[48] C. FERRINI, *Manuale*, cit., 208-214; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., 228-233. Nella sostanza, la rappresentazione è tributaria della distinzione, cara a Savigny, tra errore proprio e improprio, da cui si sarebbe sviluppata solo in seconda battuta quella tra errore vizio ed errore ostativo: cfr. in gen. E. CORTESE, *Errore (diritto intermedio*), in *Enc. dir.*, XV, Giuffrè, 1966, 245 s.

[49] E. BETTI, *Corso*, cit., 405.



formatasi in modo anormale [50]. Ancora più significativo dello scrupolo ad aggiornare le categorie di riferimento è però il modo in cui l'Autore svolge poi concretamente il discorso. Rispetto all'errore ostativo – al quale ci limiteremo [51] – la dogmatica tradizionale è messa alle corde attraverso due separate partizioni, l'una inedita e l'altra che invece rimodella la partizione basata sul trinomio *persona* / *corpus* / *substantia*, di cui si è appena detto.

Inedita è la suddivisione che perimetra la fenomenologia delle "cause" dell'errore, da Betti distinte a seconda che lo sbaglio dipenda (*a*) da un fatto esterno al dichiarante oppure (*b*) da un fatto interno, e in questo secondo caso con la distinzione ulteriore che il dichiarante sia incorso in errore (*b*1) per distrazione, (*b*2) per inerzia oppure (*b*3) per un equivoco di altra natura [52]. Ampiamente rimodellata è invece la partizione relativa all'"oggetto" dell'errore. Su quest'altro piano, infatti, è solo a grandi linee che Betti si conforma alla tripartizione tradizionale, sia perché nello schema dell'Autore l'*error in substantia* finisce sotto il cappello delle varie sottospecie dell'*error in corpore* [53] (e la relativa casella sostituita da una specie inedita), sia perché le specie di primo livello risultano, appunto, ulteriormente articolate. In particolare, (*a*) l'errore sulla identità della persona è distinto a seconda che si versi (*a*1) in un caso di dichiarazione recettizia rivolta alla persona sbagliata oppure (*a*2) di dichiarazione non recettizia in cui s'indichi la persona sbagliata. In secondo luogo (*b*) l'errore sulla idoneità dell'oggetto è distinto a seconda che si concretizzi (*b*1) in una indicazione materiale errata, oppure (b*2*) in una errata designazione intellettuale oppure ancora (*b*3) in una discrepanza tra indicazione materiale e designazione intellettuale. Infine (*c*) l'errore sulla identità della dichiarazione nel suo complesso viene esemplificato (*c*1) col caso della trasmissione di un documento sbagliato, che perciò contiene una *diversa* dichiarazione, oppure (*c*2) col caso di una dichiarazione riportata dal *nuntius* in modo non conforme al vero.

Tirando le somme, il modo in cui il *Corso* di Betti struttura i temi dell'errore ostativo, dell'invalidità e della classificazione dei negozi giuridici non esemplifica soltanto la distanza che corre tra l'opera e la manualistica precedente e coeva di diritto romano. Al tempo stesso, esso rende ragione del perché De Francisci ne percepisse i capitoli dedicati al negozio giuridico come una esperienza immersiva nella dogmatica moderna. In effetti, tra gli *auctores* indicati nella nota bibliografica del '35, il più vicino al *Corso* di Betti risulta proprio il *Manuale di diritto civile* di Nicola Coviello. E ciò non tanto per il dato materiale del notevole spazio che già in quest'opera occupava la dottrina generale del negozio [54], quanto perché dietro a tanta estensione si percepisce l'aspirazione che sarà poi la stessa di Betti, vale a dire di offrire al lettore «una solida e armonica struttura della teoria generale del diritto» [55]. Non è dunque un caso – a voler estendere il confronto sugli esempi precedenti a un'opera che proprio per la vocazione sistematica si era fatta apprezzare in Italia come «un esempio per molte parti nuovo ed eccellente» [56] – non è dunque un caso – si diceva – che anche nel

[50] E. Betti, *Corso*, cit., 452. Sul più tardo ripensamento civilistico della distinzione, vd. in gen. C. Rossello, *Errore nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VII, Utet, 1991, 511 s.

[51] Nel caso dell'errore vizio, lo sforzo di E. Betti, *Corso*, cit., 458 ss., è volto innanzitutto a mostrare come la partizione fondamentale che esso richiederebbe – vale a dire tra errore determinatosi circa un presupposto essenziale del negozio ed errore circa una qualità essenziale della cosa o della persona cui il negozio si riferisce – possa sovrapporsi solo in misura superficiale alle partizioni dell'errore ostativo.

[52] E. Betti, *Corso*, cit., 409-410.

[53] Sul pt. vd. in part. E. Betti, *Corso*, cit., 414-418.

[54] *Supra* in corrispondenza della nt. 41.

[55] F. Carnelutti, *Nicola Coviello*, in *Riv. del dir. comm.*, 1913, 730.

[56] F. Carnelutti, *loc. cit.* Sulla vocazione sistematica del *Manuale di diritto civile italiano*, e sulla novità che proprio da questo punto di vista esso rappresentò per la cultura giuridica italiana del tempo, vd. M. Nardozza, *Manualistica e cultura del Codice civile in Italia tra Otto e Novecento*, Aracne, 2012, 166-172.



Manuale di Coviello le analisi di nullità e annullabilità fossero precedute da quella dell'inefficacia, che la disamina dell'errore ostativo fosse separata da un esame dell'errore vizio attento a distinguere l'uno e l'altro errore anche quanto all'oggetto, e che la classificazione dei negozi giuridici vi risultasse altrettanto ricca di quella di Betti (anche se differentemente articolata) [57].

Tornando all'originalità del *Corso* del '28, è dunque vero che esso si caratterizzava per il ricorso insistito e soverchiante alle categorie con cui la scienza giuridica del tempo andava aggiornando la dogmatica ereditata dalla Pandettistica. Che fosse legittimo o anche solo opportuno proiettare queste categorie in chiave storica sul diritto romano poteva essere oggetto di discussione. Ma non c'è dubbio che proprio per questa sua caratteristica, oltre che per la diversa visione di fondo dell'autonomia privata che l'animava, la dottrina bettiana del negozio non poteva non essere l'occasione di una interlocuzione con gli stessi cultori del diritto positivo, come in effetti preconizzò subito un recensore del *Corso* [58]. E così, se all'indomani della sua pubblicazione, dal lato del processo, un giovanissimo Virginio Andrioli poteva riferirvisi come a un «poderoso sforzo (…) volto a costruire il negozio su di una base normativa e a discreparlo dai residui volontaristici» [59], qualche anno più tardi un amministrativista come Roberto Lucifredi poteva trovare «suggestiva» la definizione del negozio in cui Betti aveva compendiato questa sua visione normativistica [60]. Non per nulla, la definizione in questione era stata adottata nel frattempo anche da un (ormai) civilista come Filippo Vassali, che la riproponeva tal quale in un corso sui negozi giuridici, anch'esso sensibile alle istanze anti-individualiste [61].

Alla luce di tutto ciò, quando proprio Vassalli, all'indomani della chiamata alla cattedra romana di Diritto civile, si mise a stendere il piano del *Trattato di diritto civile italiano*, decidendo che a coronarlo dovesse essere una *Teoria generale del negozio giuridico* [62], non stupisce che per la realizzazione dell'opera si fosse ri-

---

[57] Cfr. N. COVIELLO, *Manuale*, cit., 319-322 (classificazioni dei negozi giuridici), 329-332 (inefficacia), 378-386 (errore ostativo *vs.* errore vizio). Non sarà un caso che nella nota bibliografica molto più scarna, che Betti aveva approntato l'anno prima, come appendice alla voce dedicata al negozio per l'Enciclopedia italiana, l'unico manuale italiano citato, oltre al suo stesso *Corso* del '28, sia per l'appunto quello di Nicola Coviello (cfr. E. BETTI, *Negozio giuridico*, in *Enc. Italiana di scienze, lettere ed arti*, XXIV, Istituto Enciclopedia Italiana, 1934, 509). A proposito della nota bibliografica in questione, G. ALPA, *Alle origini della codificazione*, cit., 25 nt. 55 (*i.f.*) fa ora notare come Scialoja sia «l'ultimo citato tra i civilisti», pur dovendosi a lui la diffusione della figura del negozio presso i giuristi italiani. Non seguirei tuttavia l'Autore nel vedere la cosa come un riflesso della polemica apertasi tra Betti e Scialoja alla viglia della codificazione: la rassegna bibliografica di Betti è ordinata cronologicamente, e il fatto che il *Corso* di Scialoja occupi nella nota una posizione tanto avanzata dipende semplicemente dal fatto che Betti lo citi secondo la (terza) ristampa del 1933, curata da Salvatore Riccobono.

[58] F CARNELUTTI, *Rec. a* E. BETTI, *Corso di Istituzioni di diritto romano*. I. *Parte generale (escluso il processo)*, in *Riv. dir proc. civ*. 1929, 380: «Il corso (…) spiega il diritto romano con gli strumenti più perfezionati della tecnica moderna; anzi, direi, impiega il diritto romano a perfezionare sempre di più quegli strumenti. (…) Io non so ciò che del metodo diranno i cultori del diritto romano; (…) certo i cultori del diritto in generale e perciò, anche, della teoria generale (…) hanno ragione di compiacersene».

[59] V. ANDRIOLI, *Rec.* a G. Morelli, *La sentenza internazionale*, in *Lo Stato*, 1931, 760.

[60] B. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Giuffrè, 1939, 15 e nt. 5. Sulla valenza ideologica della definizione bettiana, vd. M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja*, cit., 118-124, in part. p. 121. Della novità e importanza della definizione è anche indice il fatto che sulla sua contrapposizione alla definizione classica del negozio, incentrata sulla formula della "dichiarazione di volontà", Betti abbia poi costruito uno dei paragrafi più programmatici dell'intera *TGNG*, quello dedicato alla *Critica del dogma della volontà*: vd. *infra* in corrispondenza della nt. 113.

[61] F. VASSALLI, *Sommario delle lezioni della Teoria dei negozi giuridici a cura del dott. Aldo Bozzi*, Soc. ed. del Foro it., 1934, 12. Il *Corso* del '28 è indicato anche nella nota bibliografica iniziale (p. 5). Per una recente lettura delle aperture che le *Lezioni* di Vassalli lasciano intravedere rispetto alla tradizionale visione volontaristica del negozio giuridico, vd. G. CHIODI, *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, in *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, Roma Tre Press, 2020, 220-225. Va aggiunto che Vassalli dava, implicitamente, un giudizio tutt'altro che negativo del *Corso* di Betti anche dal punto di vista della ricostruzione storica del diritto romano; cfr. F. VASSALLI, *Storia e dogma. Ricordandosi nell'Università di Pavia il prof. Luigi Moriani* (1934) ora in *Studi giuridici*, II, Giuffrè, 1960, 454-457.

[62] Il verbo si giustifica per la singolare posizione assegnata alla *TGNG* nel piano complessivo dell'opera, dove essa compone



volto proprio all'Autore del *Corso* del '28. Per dirla con uno dei protagonista di punta della cultura giuridica dell'epoca, «avendo il Vassalli compreso nel disegno del *Trattato di diritto civile italiano* una monografia del negozio giuridico, non so a quale altro giurista italiano meglio che al Betti l'avrebbe potuta affidare» [63].

5 – Nel 1928, una teoria del negozio giuridico elaborata in via di principio per un corso di diritto romano, ma ricorrendo a una impalcatura concettuale tanto densa da permettere al diritto romano di affacciarvisi «molte volte soltanto per esemplificazione», come sosteneva De Francisci [64]. Nel 1935, una silloge di questa stessa teoria, in edizione finalmente tipografica [65]. Nel mezzo, una decina di saggi su aspetti specifici della disciplina del negozio, che spaziano dal diritto romano, a quello civile e commerciale, al diritto processuale [66]. Il tutto coronato dalla voce *ad hoc* per l'Enciclopedia Italiana [67]. Ricapitolando, è questo il complesso di una produzione che nella seconda metà degli anni 'Trenta permette di guardare a Betti come a uno studioso capace d'interpretare meglio di altri un tema tradizionalmente di competenza dei romanisti – civilisti, il cui studio nel frattempo era tuttavia venuto estendendosi «ai pubblicisti di tutti i rami» [68].

Ma la fonte da cui tutta questa produzione si dipana, cioè appunto la dottrina del negozio affidata al *Corso* del '28, in che misura ha poi concretamente influenzato la stesura della *TGNG*? Arrivati infine alla domanda lasciata in sospeso al principio del § 3, è d'obbligo premettere che solo un esame delle due opere che fosse al tempo stesso analitico e completo permetterebbe per davvero di rispondere. Dato che nelle prossime pagine non si riuscirà a proporre più di qualche esempio, va da sé che le conclusioni che trarremo non si possono generalizzare. Al netto di questo *caveat*, va detto però che l'immagine che questi esempi rimandano del *Corso* del '28 è quella di un'opera che ha offerto alla *TGNG* innanzitutto l'ordito generale, e in secondo luogo il testo stesso a partire dal quale riscriverne singole parti.

Per quanto riguarda l'ordito generale dei temi, il lettore troverà in Appendice una tabella che ne mette a confronto lo snodarsi nel *Corso* e nella *TGNG* (quest'ultima in seconda edizione). Dalla tabella emerge chia-

---

(come tomo II) il volume di chiusura del Trattato, insieme a *L'esecuzione forzata* di Salvatore Satta (tomo I). Per rendersi conto della singolarità della collocazione, rispetto a quella che del negozio giuridico era (e sarebbe rimasta) la *sedes* tradizionale, basta considerare come G. PUGLIESE, *'Res corporales', 'res incorporales' e il problema del diritto soggettivo* (1951) ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Jovene, 1985, 232, riassumeva il piano («dei volumi pubblicati o di prossima pubblicazione») del *Trattato Vassalli*, normalizzandone, se così si può dire, la collocazione della teoria del negozio: «Persone fisiche, Persone giuridiche, Filiazione, Teoria generale del Negozio giuridico, Matrimonio e Rapporti patrimoniali fra coniugi, Usufrutto uso e abitazione, Servitù prediali, Enfiteusi, Comunione, Condominio, Compravendita, Comodato, Contratto di lavoro, Privilegi, Esecuzione forzata». Sulla collocazione "canonica" del negozio nella cd. 'parte generale' del diritto privato, vd. per tutti R. SACCO (con la collaborazione di P. CISIANO), *La parte generale del diritto civile.* 1. *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Utet, 2005, 8 s., 273 ss.

[63] F. CARNELUTTI, *Rec.* a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, 278.

[64] *Supra* in corrispondenza della nt. 22.

[65] *Supra* in corrispondenza della nt. 15.

[66] Vedine le indicazioni in G. CRIFÒ, *Indice*, cit., nn. 81, 90, 94-97, 102, 106, 108 e 110. Paralleli alla stesura della *TGNG* (1936-43), sono i saggi di cui ai nn. 124, 126, 143, 145, oltre ai corsi di diritto romano si cui si è detto *supra* alla nt. 12. Si collocano invece tra la prima e la seconda edizione della *TGNG* gli studi di cui ai nn. 148, 155, 161, 164, 171, 174, 177, 179, 193.

[67] E. BETTI, *Negozio giuridico*, cit., 505-509.

[68] Sono parole sempre di F. CARNELUTTI, *op.* e *loc. citt.*, per giustificare la bontà della scelta di attribuire il tema a Betti: «Il negozio giuridico rientra, per tradizione, nella competenza de' civilisti; ma a questi nella storia della sua elaborazione scientifica non se ne possono attribuire i meriti maggiori; se in principio l'iniziativa è stata in mano ai cultori del diritto romano, da tempo è passata ai pubblicisti di tutti i rami, dall'amministrativo, al processuale, e perfino al diritto penale. Solo pertanto un uomo, come il Betti, di formidabile cultura e, d'altra parte, di vastissima apertura mentale, avrebbe potuto, secondo l'indole del trattato, immettere nella monografia i risultati di un lavoro che si è spinto così lontano».



rissimo che il percorso tracciato nel '28 è rimasto sostanzialmente invariato. Una volta messa in campo la sua personale concezione dell'autonomia privata [69], Betti imposta uno svolgimento in due tempi, tutto teso a superare il c.d. dogma della volontà [70]. La prima parte ruota intorno all'inedito trinomio degli elementi costitutivi del negozio – *atto* / *contenuto* / *causa* – esaminati su una pluralità di piani, interni ed esterni [71]. A seguire – ma badando a disarticolarli in vario modo dalla visione volontaristica a cui li riduceva la tradizione pandettistica – i temi classici dei vizi, dell'invalidità, della condizione (insieme a termine e *modus*) e della rappresentanza [72].

Nello stendere la *Teoria* del '43 e poi del '52, non c'è dubbio che la sistematica dell'Autore sia andata di molto infittendosi e raffinandosi, con partizioni che cedono il posto ad altre, evidentemente avvertite come più adeguate. Ma al livello dell'articolazione di primo livello dei temi – quale si esprime nella divisione in capitoli della *TGNG* – si tratta di innovazioni circoscritte, che possono così riassumersi: per un verso, un numero davvero limitato di tagli e inserti; per l'altro un ripensamento del modo di esporre la prima parte della teoria, dedicata all'analisi degli elementi costitutivi del negozio.

Quanto a tagli e inserti – proprio perché limitatissimi – il discorso è presto detto. Comprensibilmente, dal piano della *TGNG* scompaiono le tre (!) unità che nel piano del *Corso* erano deputate a cogliere aspetti tanto specifici quanto esclusivi dell'esperienza romana, incentrati ora sulla contrapposizione tra diritto classico e giustinianeo (su cui dovremo tornare) ora sulla dialettica *ius civile – ius honorarium* [73]. Come unico nuovo capitolo il piano della *TGNG* prevede invece quello sulla *Interpretazione del negozio giuridico*, preludio di quella vena ermeneutica che di lì in poi Betti avrebbe iniziato a esplorare con sempre maggior intensità [74].

Quanto ai ripensamenti, essi riguardano, come si accennava, l'analisi dedicata agli elementi costitutivi del negozio, alla quale nella *TGNG* si procede disarticolando e riaccorpando in forma diversa lo schema originale. Nel *Corso*, il tema è svolto infatti secondo uno schema che prevede che il trinomio *atto* / *contenuto* / *causa* venga sceverato prima nel suo aspetto oggettivo, poi in quello soggettivo e infine sul piano degli interventi del diritto nella disciplina di ciascuno dei tre elementi [75]. Nella *TGNG* questa scansione, così rigida e insistita, viene abbandonata a beneficio di una trattazione più fluida (anche perché espansa). Come prima cosa,

---

[69] *TGNG*, cap. I = *Corso*, cap. XII, §§ 49-50.

[70] Cfr. quanto della esposizione affidata al *Corso* del '28 ebbe a scrivere lo stesso E. BETTI, *Educazione giuridica odierna*, cit.,147 nt. 6: «Che poi la parte da me dedicata ai principi generali del *negozio giuridico* (…) sia riuscita un po' sproporzionata, si spiega, in una prima stesura, perché per me si trattava di (…) di reagire alla vecchia concezione *volontaristica* del negozio e di delinearne una concezione nuova, diretta a metterne in rilievo il *contenuto normativo* (di autonomia privata) finora perduto di vista».

[71] *TGNG*, cap. II, III e IV = *Corso*, cap. XII, §§ 51, 52 e 53, con gli spostamenti, le modifiche e le integrazioni di cui si dirà subito oltre a testo.

[72] *TGNG*, cap. VII-X = *Corso*, cap. XIII-XVI. Alla prima parte del sistema appartengono anche le *Classificazioni dei negozi giuridici* (*TGNG*, cap. V = *Corso*, cap. XII, § 55) e la *Interpretazione del negozio giuridico* (come si dirà subito, nella sola *TGNG*, cap. VI).

[73] L'antitesi classico / giustinianeo porta a introdurre nel piano del *Corso* due paragrafi specifici, volti a precisare per l'una o per l'altra epoca un certo aspetto del discorso, affrontato nelle pagine precedenti in una prospettiva più generale. Essi sono il § 54 – *Definizione specifica del negozio secondo il diritto romano classico*, e il § 64 – *Cenno sul trattamento dei vizi nel negozio nella dogmatica bizantina e nella pandettistica moderna*. Sull'antitesi diritto civile / pretorio è impostato invece il § 76 – *Applicazione della rappresentanza nel ius civile e nel diritto pretorio*.

[74] Sulla genesi di questo particolare filone (anche esistenziale) della ricerca di Betti, vd. da ult. M. BRUTTI, *La "dissoluzione dell'Europa". Ideologia e ricerca teorica in Betti (1943-1955)*, in *Dall'esegesi giuridica*, cit., 57 ss.

[75] La *partitio* è fissata in E. BETTI, *Corso*, cit., 299 s.: «La fattispecie del negozio consta di tre elementi: a) atto, b) regola (contenuto dell'atto), c) scopo (causa). Lasciamo da parte, per il momento, gli effetti giuridici che tale fattispecie produce. I detti elementi possono essere considerati, ciascuno, sotto tre profili diversi, e cioè: anzitutto, I) nella loro entità oggettiva; indi II) nei loro momenti soggettivi; infine III) sotto l'aspetto politico-legislativo, ossia dal punto di vista dell'ordinamento giuridico». Ai tre profili indicati sono dedicati, rispettivamente, i §§ 51-53.



l'analisi di *atto* e *contenuto* viene concentrata in un capitolo autonomo (*Struttura del negozio giuridico*: cap. II), distinto da quello dedicato alla *causa* (cap. III: *Funzione del negozio giuridico*) [76]. In secondo luogo, la dicotomia del '28 tra «entità oggettiva» e «momento soggettivo» dei tre elementi del negozio viene assorbita all'interno dei rispettivi capitoli, riducendola così a una polarità di secondo livello [77].

Quanto infine al terzo piano dell'analisi – quello eteronomo, rappresentato dagli interventi politico-legislativi sulla disciplina del negozio – l'articolazione originaria intorno al trinomio *atto* / *contenuto* / *causa* subisce una contrazione ancora maggiore. La *TGNG* elimina infatti l'analisi corrispondente dell'*atto*, obiettivamente di significato marginale per il diritto vigente [78], e anticipa quella del terzo membro al (nuovo) capitolo dedicato autonomamente alla *causa* [79]. Ciò che rimane è dunque il tema degli interventi del diritto sul *contenuto* del negozio, che nella *TGNG* si espande a formare la prima parte di un nuovo capitolo autonomo. Nel titolo scelto – *Presupposti* (*ed effetti*) *del negozio giuridico* – continua comunque a specchiarsi la sezione parallela del *Corso* [80], a riprova del fatto che le modifiche apportate non intaccano la sostanza della corrispondenza. Del resto, i paragrafi inediti che la *TGNG* aggiunge in questo stesso capitolo, relativamente agli *effetti* del negozio giuridico, avevano anch'essi nel *Corso* il loro corrispondente sistematico, ancorché presentato in quella sede in forma semplicemente di rinvio [81]. Sicché si può dire che il relativo svolgimento si presenti come lo sviluppo di una parte che nel 1928 era comunque già stata configurata in astratto.

6. – L'eredità del *Corso* del '28 non è però di natura soltanto sistematica. Come si avvertiva, se dal piano dell'ordito generale dei temi, si scende a quello del loro concreto svolgimento, ci si accorge che nello stendere la *TGNG* Betti ha tenuto più volte come base del discorso la dottrina esposta a suo tempo, aggiornandola in vario modo e in varia misura alle mutate necessità e alla nuova destinazione dell'opera.

Un esempio particolarmente significativo di questa riscrittura [82] s'incontra alla fine del terzo capitolo dell'opera, allorché l'Autore, per completare l'esposizione della *Funzione del negozio giuridico*, affronta il problema dei negozi astratti, dirottandone l'esame dalla *sedes* originaria del '28 [83]. Nella veste definitiva, assunta con l'edizione del '52, il tema è svolto secondo una sequenza sostanzialmente tripartita. In primo luogo, ci si chiede in che cosa si distinguano dogmaticamente i negozi astratti da quelli causali. Quindi, in che

[76] La *partitio* del nuovo schema di presentazione degli elementi costitutivi la fattispecie del negozio giuridico è fissata in E. Betti, *Teoria*[2], cit., 51: «Nell'analisi degli elementi di cui consta (…) il negozio dà luogo a tre distinte domande: a) come è (forma); b) che cosa è (contenuto); c) perché è (causa). Le prime due domande concernono la struttura (che è forma e contenuto); la terza, la funzione». Come è detto a testo, alla *Struttura del negozio giuridico* è dedicato il secondo capitolo della *TGNG*; alla *Funzione* il terzo.

[77] Vd. in part. nel cap. II della *TGNG* il § 19 – *Elemento soggettivo quanto a forma e contenuto del negozio giuridico* e nel cap. III il § 21 – *Rilevanza della causa specie nel suo riflesso soggettivo*.

[78] Atteso che gli interventi del diritto rispetto all'*atto* si riducono ai requisiti di forma, «predeterminando tassativamente quei tipi di atti il cui compimento è idoneo a provocare la sanzione del diritto» (E. Betti, *Corso*, cit., 337).

[79] Cfr. *TGNG*, cap. III, § 22 = *Corso*, cap. XII, § 53 lett. C.

[80] Cfr. E. Betti, *Corso*, cit., 338: «Rispetto alla regola, l'intervento dell'ordine giuridico consiste specialmente nel determinare i presupposti del suo valore normativo».

[81] Cfr. E. Betti, *Corso*, cit., 349: «L'intervento del diritto nella disciplina del negozio giuridico concerne, oltre che la fattispecie, anche e soprattutto la configurazione degli effetti giuridici che vi si debbono ricollegare. Sennonché questo ampio argomento non può essere ancora svolto: lo sarà più oltre».

[82] Altri esempi – però meno nitidi, e perciò più complicati da presentare – del riuso di parti scritte per il cap. XII del *Corso*, si possono trovare al § 49 = *TGNG* cap. I, §§ 1-2; al § 50 = *TGNG* cap. I, § 4; al § 51 = *TGNG* cap. III, §§ 20-21; al § 53 = *TGNG* cap. II, § 16.

[83] Dove la distinzione tra negozi astratti e causali costituiva la classe conclusiva del § 55 – *Classificazioni dei negozi giuridici*: vd. *supra* § 4.



misura un negozio astratto possa comunque far registrare una rilevanza (diretta) della causa. Infine, in che misura negozi che escludano la (diretta) rilevanza della causa possano trovare spazio nel diritto positivo [84]. Le pagine elaborate da Betti per l'edizione del '28 tornano utili per comporre la prima parte del discorso. Ne riproduco di seguito il testo, così come appare nell'edizione del '52, marcandone le scansioni interne con indicazioni progressive, che ne agevoleranno il commento. La sequenza di lettere corsive (*a*, *b*, *c* …) indica le porzioni di testo riprese senza modifiche sostanziali dal *Corso*. La sequenza in numeri latini (I, II, III …) indica le porzioni aggiunte con la *TGNG*.

«[I] Secondo il carattere della funzione economico sociale che ne informa il contenuto, si possono distinguere negozi a titolo oneroso o gratuito e negozi *inter vivos* o *mortis causa*. Ma di questa distinzione si tratterà nel cap. V al § 39. Qui preme invece trattare di altra distinzione che si ispira al criterio della rilevanza, diretta o indiretta, della causa. [*a*] Sotto questo profilo i negozi si distinguono in causali e astratti secondo che la funzione economico sociale (causa) cui essi si informano sia, o meno, palesata e riconoscibile, dalla loro struttura per modo da caratterizzarne il tipo, e quindi spieghi un'influenza diretta o solo indiretta nel determinarne il trattamento e gli effetti. [II] Può darsi infatti che l'ordine giuridico, anche qui in riconoscimento di qualche pratica o esigenza del traffico, che porti a far prevalere la certezza dei rapporti giuridici sul bisogno della loro intrinseca giustificazione, consenta alle parti di tacere l'interesse tipico che di volta in volta determina per loro l'atto di autonomia privata, e renda idoneo non di meno a produrre gli effetti giuridici il negozio dal cui contesto sia eliminata la menzione della causa. Ed ecco che allora, accanto ai negozi nella cui struttura la causa si rivela come elemento ineliminabile caratterizzandone il tipo (negozi causali), altri ne sorgono, la cui struttura, consistente sempre in forme tassativamente prefisse, non corrisponde in modo univoco ad una funzione economica o sociale costante, né rispecchia lo specifico interesse individuale al cui soddisfacimento il negozio può in concreto servire. Ne consegue che – taciuto il concreto intento pratico – a provocare gli effetti giuridici del negozio è indifferente codesto intento ed è sufficiente la forma: sicché lo scopo pratico cui il negozio in concreto si indirizza, diviene qui un'entità a sé stante, artificialmente distinta e stralciata dal suo contenuto, e di conseguenza anche la determinazione causale del volere assume minor rilievo.

[*b*] Nei negozi causali – quali ad es. la compravendita, la locazione, la società, il mutuo, il comodato – la causa è siffattamente incorporata col negozio stesso da non sembrarne discernibile per via di analisi. Pure, il suo stretto compenetrarsi con gli elementi essenziali, il suo identificarsi con la loro sintesi, significa soltanto che qui la presenza della causa è così certa che basta avere constatata l'esistenza di tutti questi elementi, per essere normalmente sicuri che esiste anche la causa. Ove questa manchi o sia deficiente (per es. illecita), ciò vuol dire che il negozio stesso o è, dal punto di vista del diritto, un'apparenza intimamente inconsistente, [III] o è fatto servire ad uno scopo contrastante con la sua tipica destinazione (es. 2265), e pertanto non idoneo a generare gli effetti propri del tipo che assume di riprodurre.

[*c*] Per contro, nei negozi astratti la struttura tipica non corrisponde ad una funzione economica o sociale costante, ed è muta circa lo specifico interesse individuale al cui soddisfacimento il negozio serve in concreto [IV] (interesse che d'altronde, per la piena efficacia del negozio, deve essere idoneo secondo la valutazione del diritto, a mente dell'art. 1322 capv.). [*d*] Ne consegue la rilevata indifferenza della causa e la sufficienza della forma. il che spiega perché ogni negozio astratto sia ancora oggi (come crediamo) necessariamente, formale mentre non ogni negozio formale e perciò stesso astratto. [V] La causa viene qui, per l'appunto, stralciata dal contenuto tipico del negozio e la determinazione di volontà, ad essa rivolta, non assume il rilievo che prende invece nel negozio causale. L'obbligazione assunta o l'attribuzione fatta è svincolata, almeno *prima facie*, dalla ragione tipica che deve giustificarla.

[84] Le tre sezioni corrispondono a E. BETTI, *Teoria*[2], cit., 200-203, 203-207, 207-211.



Concependo la volontà finale delle parti siccome rivolta alla causa, che è la sintesi degli elementi essenziali del negozio, anziché a questi elementi per sé considerati, si è in grado di comprendere la minore importanza che essa assume nei negozi astratti (il che tuttavia basta a dimostrare l'errore del qualificarli come negozi "acausali": qualifica non meno assurda dell'altra di "atipici", data ai negozi innominati). Minore importanza sia nel senso che, rispetto a tali negozi, non è possibile quella divergenza della determinazione causale che configurano la simulazione relativa e la utilizzazione a scopo indiretto, sia nel senso che nei negozi astratti i vizi specifici della determinazione causale hanno solo rilievo indiretto fra le parti contraenti.

La questione del carattere causale o astratto del negozio si pone in termini che non vengono sempre rettamente appresi. La questione non è se nel concreto negozio le parti possano semplicemente richiamarsi alla causa (…) La questione è un'altra: è di vedere se le parti possano eliminare, stralciare la menzione della causa dal contesto del negozio: se questo, cioè, possa tacere l'interesse tipico e possa ciò non di meno restare idoneo a produrre gli effetti giuridici propri del tipo cui appartiene. Quando a produrre tali effetti sia indifferente la causa è sufficiente la forma, il negozio ha appunto carattere astratto; quando no, causale.

[*e*] Certamente nella pratica della vita anche un negozio astratto non compare mai isolato, ma si inquadra sempre in una concreta situazione di fatto. Esso non si compie mai senza uno scopo pratico determinato, che ne costituisce parte integrante e di cui le parti possono – se il diritto non lo vieti – far menzione nel negozio che concludono in concreto, in modo da farlo ridiventare causale. Sarebbe un errore credere che qui la causa venga assorbita e sostituita dalla forma del negozio. Non si concepisce ad esempio un negozio cambiario [= *Corso*: una *stipulatio*] che non abbia uno scopo pratico, quale quello di garantire l'adempimento di un rapporto fondamentale, di soddisfarlo., di novarlo, di far credito, di donare ecc. Ogni negozio giuridico è, di sua natura, indirizzato a uno scopo raffrontabile con taluna delle tipiche funzioni della privata autonomia e controllabile alla loro stregua.

Ma la rilevata indifferenza della causa nel negozio astratto, non significa che il diritto non se ne interessi punto e non ne tenga proprio nessun conto. Ne tiene conto anche qui, ma non nello stesso modo che nei negozi causali. [VI] Il principio generale degli articoli 1322 capv. e 1325 n. 2, aventi riguardo alla figura normale dei negozi obbligatori, che è quella di negozi causali, non trova piena e incondizionata applicazione ai negozi astratti, ma vi trova bene un'applicazione attenuata, corrispondente al senso della sua *ratio iuris*. Rispetto al negozio astratto la mancanza o la deficienza di causa non esclude che il negozio possa avere alcun effetto, ma fa sì che, fra le parti, il negozio non possa avere un effetto definitivo e irrevocabile. [*f*] Mentre i negozi causali, quando in concreto difettino di causa, non sono neppure atti a spiegare gli effetti giuridici lor propri, i negozi astratti al contrario sono dapprima perfettamente efficaci anche se in concreto siano indirizzati ad uno scopo pratico che non rientri nelle categorie di interessi meritevoli di tutela giuridica. (…) Sennonché in questo caso, a favore della parte interessata al rilievo di tale mancanza, sorge il potere di paralizzare o rimuovere gli effetti giuridici già prodottisi in virtù della semplice osservanza della forma. La mancanza o la deficienza della causa può essere fatta valere sia in via di difesa contro l'azione basata sul negozio, sia in via di ripetizione, ad acquisto avvenuto.

La differenza, dunque, fra negozi astratti e negozi causali manifesta la sua precipua importanza in questo: che la causa del negozio ha, nei negozi causali, una rilevanza *diretta*; nei negozi astratti una rilevanza soltanto *indiretta* rispetto agli effetti giuridici del negozio» [85].

Il rincorrersi nel testo riprodotto di lettere corsive e numeri romani cerca di dare immediata evidenza al fatto che il discorso ha per base la stessa dottrina esposta in occasione del *Corso* del '28, dottrina che Betti riprende pressoché alla lettera. Certamente, l'Autore le intramezza inserti di continuo, talora anche piuttosto corposi. Ma se si presta attenzione alla strategia discorsiva, anche gli inserti di maggior estensione si confermano pur sempre ancillari alla scrittura principale.

[85] E. BETTI, *Teoria*[2], cit., 200-203.



Entrando nel merito, l'inserto d'esordio (n. I) ha natura di raccordo sistematico e serve, nello specifico, a giustificare lo spostamento della *sedes materiae* rispetto a quella originaria del *Corso*, di cui già si è detto [86]. L'inserto successivo (n. II) serve invece a offrire un migliore inquadramento della sostanza dogmatica in cui Betti vede la differenza tra i negozi astratti e quelli causali. Alla stringata formula, di cui nel *Corso* l'Autore si era servito per distinguere le due classi dal punto di vista sia della struttura sia degli effetti (lett. *a*), si aggiunge ora una considerazione di tipo ordinamentale, relativa cioè alle ragioni politiche di ammettere negozi che producano i loro effetti per il solo fatto di adibire determinate forme, indipendentemente dallo scopo pratico perseguito in concreto dalle parti.

Quando torna a riprendere la parola dal *Corso* (lett. *b-c-d*), Betti prima le intercala un doppio rinvio a norme del Codice (nn. III-IV), e poi la interrompe momentaneamente con ben più lunghi rilievi di carattere dottrinario, volti a confutare configurazioni dogmatiche non condivise (n. V) [87]. L'esposizione può quindi riprendere con la dottrina originaria (lett. *e-f*), al netto dell'inserimento di un ultimo *addendum* (n. VI) che ne prepara l'epilogo. Già nel '28 Betti aveva infatti concluso che ciò che distingue i negozi astratti da quelli causali, sul piano degli effetti, non è tanto il fatto che nei primi la causa sia assente, quanto che vi trovi una rilevanza soltanto indiretta. Proprio a questo elemento – egli premette ora nella *TGNG* – deve uniformarsi la lettura di quelle norme del Codice che indicano la causa come requisito del contratto (art. 1325 n. 2) o che subordinano al perseguimento di interessi meritevoli di tutela la possibilità di trascendere i tipi legali (art. 1322 cod. proc. civ.): quando le si applichi ai negozi astratti, si deve insomma intendere che le norme in questione richiedano una necessità della causa solo di secondo grado.

Già a questo punto di una lettura che si sarebbe tentati di definire stratigrafica, un primo bilancio delle pagine della *TGNG*, che si sono riprodotte, è a portata di mano. Esso indica che nel passare alla versione civilistica della teoria del negozio, da un lato il Codice (negli *addenda* III, IV e VI) e dall'altro lato la dottrina moderna antagonista (nell'*addendum* V) sono diventati il complemento tanto esplicito quanto contingente di una concettualizzazione che Betti aveva applicato nel '28 agli istituti romani, o per dirla da un altro punto di vista – più vicino al giudizio di De Francisci [88] – facendo degli istituti romani l'occasione «per collocare fuori dal tempo le categorie fondamentali del discorso giuridico» [89].

Da questo stesso punto di vista, non meno significativi degli *addenda* risultano peraltro i tagli, realizzati tra il '43 e il '52. Nella versione originaria della dottrina, tra le sezioni contrassegnate dalle lett. *d-e* stava l'elenco dei negozi astratti romani e la spiegazione di come essi fossero venuti configurandosi come tali solo nel tempo, da causali che erano all'origine [90]. All'interno della sezione contrassegnata dalla lett. *e*, il posto che sarebbe stato preso poi dalla cambiale era originariamente assegnato alla *stipulatio*. All'interno della sezione contrassegnata dalla lett. *f*, compariva l'indicazione tecnico-processuale dei due rimedi (*exceptio* e *condictio*) di cui i giuristi romani si servivano per permettere alla causa di trovare un rilievo indiretto [91].

All'esito di questo doppio piano di tagli e inserti, le somme si tirano dunque con relativa facilità. Nel passaggio alla *TGNG* non c'è dubbio che l'antico abbia ceduto il posto a una contemporaneità capace di espri-

[86] *Supra* nt. 83.

[87] In particolare, Betti contesta da un lato l'opportunità di qualificare i negozi astratti come "acausali" (*Teoria*^{2}, cit., 201), dall'altro l'idea che la qualificazione di astratto o causale vada fatta non «di fronte al tipo del negozio», bensì guardando al negozio in concreto concluso dalle parti. L'identità dei contraddittori non è specificata. Per il primo profilo, vd. per es. S. PUGLIATTI, *Diritto civile: metodo, teoria, pratica* (1951) ora in *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, 2011, 184.

[88] *Supra* in corrispondenza della nt. 22.

[89] M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja*, cit., 118.

[90] Cfr. E. BETTI, *Corso*, cit., 375 s.

[91] Cfr. E. BETTI, *Corso*, cit., 377.



mersi in varie dimensioni: dalla moderna pratica commerciale, con la cambiale, al diritto positivo, con il Codice, fino a configurazioni dogmatiche che nel *Corso* del '28 non sarebbe stato possibile od opportuno criticare. Ma d'altro canto rimane il fatto che questa sostituzione è stata realizzata all'interno di una base teorica già perfettamente delineata in rapporto al diritto romano e per il resto lasciata immutata.

7. – Per chi si occupi della presenza del diritto romano nella *TGNG*, l'analisi dedicata ai negozi astratti si rivela utile non solo come esempio di riscrittura del *Corso di Istituzioni* del '28. Essa costituisce anche il ponte ideale per lasciare questa presenza soltanto implicita del diritto romano, frutto del peculiare modo in cui Betti studiava e insegnava la materia, e venire al riscorso esplicito alle fonti giuridiche antiche. Si è già avvertito che da un punto di vista meramente quantitativo si tratta di un impiego senz'altro contenuto [92]. Nondimeno, è interessante verificare con quali finalità e sulla base di quali premesse teoriche i passi del *Corpus Iuris* e delle Istituzioni di Gaio concorrano al disegno della *TGNG*.

Per rispondere a queste domande, cercheremo come prima cosa di inventariare le diverse forme d'impiego dei testi romani da parte di Betti. E se partiremo dal paragrafo della *TGNG* dedicato alla differenza tra negozi astratti e causali, è perché esso concorre con due diverse classi di esempi all'inventario che ci proponiamo.

Come si accennava più sopra, una volta fissato il punto dogmatico che nei negozi astratti non si ha una preterizione completa della causa, bensì una sua rilevanza soltanto indiretta, la *TGNG* avverte che questa differenza, così netta in via di principio, non deve essere assolutizzata. «Il grado di rigore e di intensità dell'astrazione» – spiega Betti – può risultare maggiore o minore sulla base di «considerazioni di opportunità politico-legislativa, che variano dall'uno all'altro diritto positivo e possono anche variare dall'uno all'altro negozio» [93].

Per esemplificare l'assunto con riguardo al diritto positivo italiano, l'Autore rinvia ai limiti che la c.d. astrazione delegatoria incontra nel Codice civile. Il rinvio è all'art. 1271, comma 2, e dunque alla norma che permette al delegato di opporre al delegatario l'inefficacia del rapporto di provvista (tra il delegato stesso e il delegante), quando risulti contemporaneamente nullo pure il rapporto di provvista (tra delegante e delegatario). In nota Betti segnala che la disposizione del Codice trova il proprio «precedente storico» in un intervento di Salvio Giuliano, tràdito attraverso due diversi luoghi del Digesto [94]. Chi li recuperasse e ne massimasse il contenuto, constaterebbe in effetti che il giurista era stato chiamato a pronunciarsi sulla validità, con terminologia moderna, di una delegazione del credito in relazione alla quale tanto il delegante quanto il delegato erano risultati, a posteriori, debitori soltanto apparenti (l'uno del delegante, l'altro del delegatario): la soluzione offerta è che il delegato – promittente possa paralizzare l'azione del delegatario – stipulante con una *exceptio doli* o addirittura (aggiunge Ulpiano nella scia di Giuliano) costringerlo a rimettergli la *stipulatio* [95].

Nella *TGNG* l'esegesi del passo non viene ulteriormente approfondita, e anche da parte nostra si eviterà di

[92] Cfr. *supra* § 1.

[93] E. Betti, *Teoria*[2], cit., 204.

[94] E. Betti, *Teoria*[2], cit., 204 nt. 12.

[95] Iul. 60 *dig.* D. 39.5.2.4: *Si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summovebo et amplius incerti agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem*. Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.7.1: *Idem Iulianus ait, si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summoveri debere, et amplius agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem.*



sottilizzare su questioni che pure verrebbe spontaneo porsi [96]. Il punto fondamentale è che una prima modalità d'impiego del diritto romano si risolve in un richiamo estemporaneo al precedente antico di una determinata norma positiva. Altri casi dello stesso genere si possono incontrare in materia d'interpretazione, allorché Betti segnala le ascendenze per es. dell'art. 1362, come dell'art. 1370 [97].

Tornando però subito alla questione delle eventuali gradazioni dell'astrattezza, il lettore constata che nella *TGNG*, una volta affrontato il problema dal punto di vista della inesistenza della causa, il focus si sposta sul problema della illiceità. Come regolarsi quando l'astrattezza divenga un mezzo per eludere norme imperative o di ordine pubblico? «In simili situazioni» – risponde Betti – «il negozio, quantunque astratto, può ben essere trattato siccome invalido con riguardo al rapporto causale sottostante» [98]. Rispetto a questo secondo aspetto del problema, norme puntuali del Codice non sono disponibili, e così la soluzione viene direttamente riportata alla casistica del diritto romano. Di nuovo, chi recuperasse l'intervento richiamato – a prima vista sempre di Giuliano – constaterebbe che il giurista era stato interrogato sul valore di una stipulazione novativa volta a trasferire a titolo di donazione il credito di un coniuge all'altro, e si era pronunciato per la nullità della *stipulatio*, dando in questo modo diretto rilievo all'elusione che diversamente si sarebbe consumata del divieto di donazioni fra coniugi [99].

Betti neppure in questo caso scende ulteriormente nei dettagli. E noi pure ci limiteremo a registrare quest'altra forma d'impiego esplicito del diritto romano, consistente nel rintracciare nel Digesto soluzioni modello per fattispecie non regolate direttamente dal Codice. Lo stesso avviene – giusto per fare un paio di altri esempi – per corroborare l'idea che le disposizioni testamentarie richiedano un'interpretazione individuale, piuttosto che tipica e che la revoca del testamento non possa esprimersi in una «mera intenzione non tradottasi in atto» [100].

8. – Nei casi considerati nel precedente paragrafo, non c'è dubbio che il diritto romano concorra direttamente con le sue soluzioni alla tessitura della *TGNG*. Si sarà però intuito – dagli insistiti richiami alla neces-

---

[96] È infatti curioso che l'Autore non segnali che nel ragionamento di Giuliano (e di Ulpiano) alla inefficacia della *delegatio promittendi* si arrivi soltanto per via indiretta (cfr. E. Betti, *Corso*, cit., 377), vale a dire o per il tramite dell'opponibilità di una *exceptio* o per il tramite dell'esperibilità di una *condictio* che costringa il delegatario – stipulante a liberare dal vincolo il delegato – promittente. Nella prospettazione della *TGNG*, invece, la norma codicistica fatta derivare dalla soluzione di Giuliano è portata come esempio di quei casi di rilevanza diretta, in cui per «considerazioni di opportunità politico-legislativa» un dato ordinamento può decidere di relativizzare gli effetti astratti del negozio: E. Betti, *Teoria*^{2}, cit., 204.

[97] Cfr. E. Betti, *Teoria*^{2}, cit., 356 e nt. 1 363 s. e nt. 26. Per l'art. 1362, il rinvio è al testo di Papiniano, tràdito in D. 50.16.219, che reca in esordio la regola "*in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*". Per l'art. 1370, il rinvio è a varie decisioni romane ispirate al criterio "*ambiguitas contra stipulatorem*" (o similari).

[98] E. Betti, *Teoria*^{2}, cit., 207.

[99] *Teoria*^{2}, cit., 207 nt. 16. Il testo in questione è Iul. 5 *ex Min.* D. 24.1.39: *Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur: illa cum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit: quaero, utrum vir eam summam petere debeat an ea promissione propter donationis causam actio nulla esset. respondi inanem fuisse eam stipulationem.* Sul testo vd. da ult. H.-M. Empell, *In causis vero dissentiamus*, Mohr Siebeck, 2020, 117-122, sia quanto alla questione se l'intervento riportato vada attribuito proprio a Giuliano, anziché al giurista commentato (Minicio: in part. p. 118 s.) sia quanto alla esatta messa a fuoco del primo corno dell'alternativa sottoposta al giurista, tramite la proposizione "*utrum vir eam summam petere debeat*" (in part. p. 121 s., nella scia di M. Laborenz, *Solutio als causa. Die Frage der Abstraktionsprinzips im römischen Recht*, Böhlau, 2014, 243-247).

[100] Cfr. E. Betti, *Teoria*^{2}, cit., 367 nt. 2 e 252 nt. 12. Nel primo caso ci si riferisce alle decisioni in materia di legato del 'guardaroba femminile', da interpretarsi come guardaroba che non comprende gli abiti femminili indossati in privato da un testatore di sesso maschile (cfr. D. 34.2.33). Nel secondo caso si argomenta a partire da una decisione di Labeone, con la quale si esclude che il giuramento (di essere erede) possa valere come *pro herede gestio*.



sità che il lettore venga da solo a capo della fonte giuridica antica – che la cosa avviene a scapito di qualsiasi specificità delle soluzioni romane, delle quali nemmeno il testo viene in realtà riprodotto. Ciò di cui il lettore della *TGNG* dispone è insomma niente più che l'indicazione di un determinato passo, in genere del *Corpus Iuris*, selezionato e inquadrato per quel tanto che ne richiedono il posto e il ruolo assegnatogli nel sistema. Nella sostanza – e al netto di numeri che sono assolutamente incomparabili – quello che viene ripreso è insomma il modello del *Sistema* di Savigny e della Pandettistica [101], incluso quel «salutare principio della divisione del lavoro», come ebbe a definirlo proprio Savigny, che fa sì che ogni questione storica o di critica del testo vada rimessa a indagini *ad hoc* [102].

Sotto questo profilo, le cose non mutano in modo significativo nemmeno nelle forme ulteriori che può assumere nella *TGNG* il ricorso diretto al diritto romano. Oltre a segnalare eventuali precedenti, sia di norme del Codice sia di fattispecie non codificate, Betti si serve infatti delle fonti antiche come di un serbatoio di principi utili a illustrare a mo' di brocardo singoli aspetti della dottrina del negozio, specie quando una certa configurazione dogmatica, proposta dall'Autore, confligga con quella di altri. Va detto peraltro che se nella modalità "precedente" riesce al lettore piuttosto agevole, una volta recuperato il testo romano, recuperare anche la connessione tra la fattispecie antica e quella moderna, quando si entra nella modalità "brocardo" la pertinenza non risulta sempre così immediata. Di seguito, alcuni esempi nell'uno e nell'altro senso.

Per difendere il ricorso in materia testamentaria all'interpretazione c.d. conservativa, Betti si serve della massima "*plenius voluntatem testantium interpretamur*" [103]. La pertinenza della *regula* si coglie da sé. Così come va da sé che il principio "*qui bis idem promittit ipso iure amplius quam semel non tenetur*" possa tornare utile per mettere a fuoco il *quid* precettivo che la rinnovazione del negozio deve presentare per essere davvero tale [104]. Opposto è però il caso che segue, dove il contesto da cui il brocardo è estratto sembra quanto di più distante dal problema alla cui soluzione esso dovrebbe concorrere.

Il problema moderno è se dietro la costituzione di una società per sottoscrizione delle condizioni fissate dai promotori debba configurarsi un contratto piuttosto che un atto collettivo [105]. Il problema antico è invece di sapere se la delegazione di pagamento alla moglie del creditore possa avere o meno l'effetto di liberare il

---

[101] Cfr. per tutti F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it., II, Giuffrè, 1980, 75 s.

[102] Cfr. F.C. v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., I, Utet, 1886, 14: «Ma poiché vi sono molti diversi modi di acquistare conoscenza del diritto romano, è duopo esprimere chiaramente, in qual modo tale conoscenza vada qui ricercata per ottenere il fine propostoci. Ognuno intende bene che si tratta di un metodo profondo e scientifico; ma alcuno potrebbe per un malinteso esserne distolto, temendo che a chiunque volesse acquistare una tale conoscenza del diritto romano occorresse affrontare anche tutta la fatica della ricerca delle antichità e dell'indagine critica delle fonti. Per quanto questa parte dei nostri studi sia importante, pur non si deve qui disconoscere in alcun modo il salutare principio della divisione del lavoro; sicché i più possono pienamente contentarsi dei risultati delle speciali ricerche altrui». Sono parole in cui si riflette perfettamente il modo in cui E. BETTI, *Teoria*^{2}, cit., 207 nt. 16, si serve di un testo come D. 24.1.39 (vd. appena sopra, in corrispondenza della nt. 99) quale tessera della sua dottrina dei negozi astratti: «Questo profilo» – riferendosi all'interesse pubblico a che il ricorso al negozio astratto non permetta di eludere norme imperative – «spiega in modo soddisfacente l'invalidità dello stesso negozio delegatorio nella fattispecie decisa in D. 24.1.39, sulla quale vd. Haymann, in *Bull. dir. rom.*, 51-52, 1948, 419-25».

[103] Così E. BETTI, *Teoria*^{2}, cit., 370 s. e nt. 8, in critica alla contraria tesi di Antonio Cicu. La *regula*, di Paolo, è esposta come tale in D. 50.17.12.

[104] Cfr. E. BETTI, *Teoria*^{2}, cit., 254 s. e ntt. 23-24. Al «criterio» richiamato a testo l'Autore associa peraltro quello per cui "*nulla utilitas est nisi in his speciebus in quibus emolumentum debiti ampliatur*", di cui sempre Paolo si serve in D. 34.3.25 per spiegare in che misura possa essere valido un legato (*per damnationem*) del debito, che il testatore già abbia verso il legatario (cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*. II. *Parte speciale. Successione ab intestato, successione testamentaria*^{2}, Giuffrè, 1963, 323 s. e 327-331). In questo modo, il doppio brocardo finisce implicitamente per offrire al discorso sulla (falsa) rinnovazione del negozio una copertura romanistica che operi sul doppio versante dei negozi *inter vivos* e *mortis causa*.

[105] È la questione affrontata, in polemica con Francesco Messineo, in *Teoria*^{2}, cit., 314-316.



debitore, intendendo che il denaro versato divenga di proprietà del marito (essendo l'acquisto in capo alla moglie pure in questo caso escluso dal divieto di donazioni fra coniugi) [106]. Tra le due questioni non c'è apparentemente alcun nesso. Eppure, nella *TGNG*, gli studiosi moderni incapaci di cogliere l'interconnessione delle adesioni indirizzate ai promotori (e per questa via di riconoscere l'esistenza di un contratto vero e proprio tra i vari sottoscrittori) si ritrovano rimproverati con l'elegante immagine di cui Giuvenzio Celso si era servito a mo' di chiosa per rappresentare l'essenza della delegazione di pagamento: "*nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari*". Citazione cursoria, il cui senso contingente non è del tutto perspicuo, al di là di un generico (e perciò poco proficuo) parallelismo sulla pluralità di rapporti soggettivi contemporaneamente toccati da delegazione e sottoscrizione [107].

Al solo scopo di completare il quadro degli usi possibili delle fonti romane, va detto infine che l'aforisma antico può essere l'occasione per riflessioni sulla relatività dei dogmi, che la *TGNG* propone in un'ottica a volte sincronica, a volte diacronica.

La relatività nella diacronia è evidenziata per esempio a proposito del principio "*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*", allorché Betti si sofferma sulla specificità della concezione romana, avvertendo che al centro del c.d. trasferimento a titolo derivativo gli antichi ponevano la cosa stessa, piuttosto che il diritto di cui la cosa costituisce l'oggetto [108]. Una relatività dei dogmi nella sincronia viene invece in gioco a proposito della natura, negoziale o meno, del pagamento. Secondo Betti, vedere l'atto solutorio come un'operazione che semplicemente esaurisce un previo regolamento d'interessi, piuttosto che come un'operazione dal contenuto precettivo suo proprio, non è altro che una questione di prospettiva, come testimonia la comprensenza delle due qualificazioni già nei giuristi romani. Per la configurazione precettiva, il richiamo è a Giuliano, che nel *solvere* (un *indebitum*) vedeva realizzato "*hoc ipso aliquid negotii*"; per quella concorrente sono invece reimpiegate le parole di cui Gaio si serviva per escludere l'*indebiti solutio* dal novero dei contratti: "*quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*" [109].

9. – Un discorso sulle forme del ricorso al diritto romano nella *TGNG* non potrebbe essere completo senza un cenno alla questione dell'interpolazionismo e al personalissimo modo in cui Betti interpretò questo momento cruciale della ricerca romanistica. Beninteso, non può essere questa la sede per un'analisi che inve-

[106] È la questione affrontata in D. 24.1.3.12: *Sed si debitorem suum ei solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius debitorque liberetur. et Celsus libro quinto decimo digestorum scribit videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere: nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse*. Ampia letteratura (romanistica) sul testo in F. BRIGUGLIO, *Ancora sulla c.d. Juristische Sekunde: Ulp. 32 ad Sab. D. 24.1.3.12*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Giuffrè, 2008, 324-347.

[107] Tanto più considerando che le parole di Celso, ad avviso dell'Autore, dovrebbero evocare il fatto che «per il tramite dei promotori le adesioni individuali sono in realtà indirizzate a tutti i partecipanti» (E. BETTI, *Teoria*^{2}, cit., 315) e per questa ragione concorrono a formare tra i partecipanti stessi un contratto vero e proprio.

[108] E. BETTI, *Teoria*^{2}, cit., 22: «La concezione romana per vero non è che il diritto soggettivo si "stacchi" dal precedente soggetto e venga "trasferito" ad un altro. Per essa, ciò che qui rimane unico e identico non è il rapporto giuridico onde il diritto si esprime, sibbene la cosa che ne forma oggetto. Si ha *trasferimento di questa, non successione nel rapporto*. Il diritto sembra *ricostituirsi ex novo* nella persona dell'acquirente in virtù di una sua iniziativa, che la cooperazione dell'alienante serve a render possibile e a giustificare». Dello stesso tipo la messa a fuoco del diverso significato – romano e moderno – della tipicità negoziale: cfr. *Teoria*^{2}, cit., 194 s.

[109] E. BETTI, *Teoria*^{2}, cit., 160 e nt. 13. I passi rispettivi sono costituiti da D. 12.6.33 e Gai 3.191.



sta la produzione scientifica dell'Autore nel suo complesso. Piuttosto, si tratta di dar conto di come si riverberi nel concreto della *TGNG* quello che una serie di studi ha già rilevato in via generale, vale a dire che lo studio delle interpolazioni diventa in Betti un mezzo per rafforzare su un (preteso) piano storico la necessità di un aggiornamento delle categorie pandettistiche, rivendicando «una più netta attualità al diritto classico» rispetto al diritto giustinianeo e ai suoi lasciti ottocenteschi [110].

In altre parole, il giurista camerte si serviva della ricerca delle interpolazioni come di uno strumento per rafforzare la dogmatica postpandettistica del diritto civile. Data l'impostazione, non stupisce vederne i riverberi anche nella *TGNG*. Nell'opera, le modifiche che i giustinianei avrebbero introdotto nei testi classici, al momento di recepirli nel Digesto, vengono chiamate in causa innanzitutto a complemento di quel ricorso diretto alle fonti romane di cui si è detto nei paragrafi precedenti. Dunque, con l'intento di rafforzare questa o quell'altra configurazione di specifici punti della dottrina del negozio [111]. Al tempo stesso, le interpolazioni assumono però un valore più generale, atteso che Betti se ne serve per attaccare alla radice quella visione volontaristica del negozio sulla cui presa di distanza è costruita, come si è visto, l'intera impalcatura della sua dottrina del negozio [112].

In questo secondo senso, anche come ultimo esempio della continua osmosi in cui si sostanziava per l'Autore lo studio del diritto romano e del diritto civile, è istruttivo il modo in cui la critica testuale delle fonti romane fa capolino nel paragrafo della *TGNG* dedicato in via specifica alla *Critica del dogma della volontà* [113]. Nella lunga polemica che Betti conduce sul punto, la storia dei dogmi entra giusto il tempo di segnalare il travisamento testuale su cui poggerebbe la definizione tradizionale del negozio giuridico, inteso come «manifestazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici». Nella prima edizione dell'opera, il travisamento è direttamente ricondotto alla rielaborazione pandettistica delle fonti romane, mediata dalla dottrina del diritto intermedio:

> «La qualifica del negozio come 'dichiarazione di volontà' – che è una traduzione di Willenserklärung (…) ci deriva dai pandettisti tedeschi del secolo XIX aderenti al dogma della volontà (da Savigny a Windscheid) ed è il risultato di una elaborazione alquanto arbitraria delle fonti romane operatasi nella tendenza e nel senso di quel dogma sul terreno del diritto comune» [114].

Nella seconda edizione dell'opera, la rappresentazione della storia del dogma si affina leggermente e porta il lettore al piano che più direttamente ci interessa, quello della critica del testo. Per via d'interpolazione

---

[110] Così in part. M. BRUTTI, *Emilio Betti*, in Dizionario *Biografico degli Italiani Treccani*, 34, 1988, 39. Per valutazioni più circostanziate vd. anche G. CRIFÒ, *Emilio Betti.* Note per una ricerca, in *E. Betti e la scienza giuridica del Novecento*, cit., 244 ss. e 264 s.; P. COSTA, EMILIO BETTI*: dogmatica, politica, storiografia*, *ivi*, 333 s.; M. TALAMANCA, *Diritto romano*, cit. 710; G. SANTUCCI, *«Decifrando scritti che non hanno nessun potere». La crisi della romanistica fra le due guerre*, in *Storia del diritto*, cit., 86.

[111] Così, per es., a proposito della *revoca*, da intendersi come rimozione del precetto, anziché della dichiarazione (E. BETTI, *Teoria*[2], cit., 251 nt. 10); a proposito del valore non retroattivo dell'*accertamento susseguente* (p. 35 nt. 8) e della *ratifica* (*ibidem* e p. 606 nt. 1); a proposito del valore non meramente ripetitivo della *rinnovazione* (p. 254 nt. 21).

[112] *Supra* § 5.

[113] Si tratta del terzo paragrafo del capitolo primo, dedicato al *Concetto del negozio giuridico*. *Critica al dogma della volontà* è il sorttotitolo quanto mai opportuno del paragrafo, atteso che l'Autore vi espone sì la propria definizione di negozio giuridico, ma con il corredo soltanto di una breve illustrazione che anticipa alcuni tratti salienti dell'analisi versata nei due successivi capitoli (*Teoria*[2], cit., 51-53). Per il resto (pp. 53-72) il paragrafo è costruito come una serrata critica alla definizione, «divenuta tralatizia per una sorta di inerzia mentale» (*op. cit.*, 53), che riassume il negozio in una manifestazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici. Come è già stato notato, la definizione che del negozio giuridico Betti propone nella *TGNG* (*op. cit.*, 51) ripropone nella sostanza quella offerta nel *Corso* del '28: cfr. M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja*, cit., 121; E. STOLFI, *Emilio Betti maestro di casistica*, cit., 155 nt. 75.

[114] E. BETTI, *Teoria*[1], cit., 44 s.



bizantina, infatti, quel seme che la Pandettistica avrebbe poi portato alla massima fioritura viene individuato già nelle fonti romane:

> «Non è senza interesse rilevare che nel *Corpus Juris* giustinianeo l'espressione *declarare voluntatem*, spesso interpolata, non indica mai una dichiarazione che valga di per sé e che sia, rispetto al contenuto, costitutiva e insostituibile, bensì sta per l'appunto ad indicare una rivelazione o manifestazione di una *voluntas*, fatto psicologico, che può essere rilevabile e dimostrabile anche in altra forma» [115].

Aggiungendo in nota:

> «Si afferma qui un tratto caratteristico della dogmatica bizantina, che stabilisce un dualismo e un'antitesi tra volontà e sua manifestazione e porta a dare peso decisivo al fatto psicologico che si tratta di rendere palese. (…) La Pandettistica nell'indirizzo del Windscheid non ha fatto che portare ad un più alto grado di consapevolezza codesto tratto caratteristico (ma non romano) della dogmatica bizantina» [116].

Fedele a quel «salutare principio della divisione del lavoro» di cui si è detto [117], Betti non lascia entrare nelle pagine della *TGNG* le modalità concrete della critica del testo, e si limita a rinviare ai risultati di un proprio saggio esegetico, destinato alle onoranze per la morte di Emilio Albertario [118]. È perciò a tale saggio, apparso a ridosso della seconda edizione della *TGNG* [119] (e per questo espressione della perdurante osmosi tra il Betti romanista e civilista), che anche da parte nostra si farà rapidamente riferimento, per mettere a fuoco la prospettiva ideologica che guidava l'Autore nello studio delle interpolazioni.

Come si evince dal riassunto fornitone nella *TGNG*, scopo del saggio è di dimostrare che i romani si servivano dell'espressione "*declarare voluntatem*" per riferirsi a comportamenti, e più in generale a situazioni, utili a interpretare *ex post* una determinata inclinazione psicologica, preesistente al *declarare* medesimo. Solo i giustinianei avrebbero usato l'espressione per riferirsi al contenuto precettivo della volontà, pubblica o privata. Dunque, secondo un'accezione che nel sesto secolo avrebbe finito per diventare normativa, da meramente interpretativa che era stata nei secoli precedenti.

Per dimostrare l'assunto, Betti procede sostanzialmente in due mosse. Il passo più lungo è dedicato a una rassegna di ventisei brani ciceroniani e a una cinquantina di testi giuridici, dai quali emergerebbe che il valore classico del verbo *declarare* è quello di «discoprire e mettere in luce una oggettività preesistente» [120], mentre la *iunctura* "*declarare voluntatem*" assume, sempre per i classici, il valore speciale di chiarire o confermare una precedente disposizione o di dare a intendere una certa intenzione [121]. Il fatto che in due testi giustinianei (I. 2.19.7 e C. 1.3.54.6) la *iunctura* viri verso il significato precettivo, di manifestazione di una volontà normativa, introduce al secondo passo del ragionamento, il quale porta molto rapidamente a concludere che si debba alla mano bizantina il fatto che il \sintagma "*declarare voluntatem*" compaia con la medesima acce-

---

[115] E. Betti, *Teoria*[2], cit., 55.

[116] E. Betti, *Teoria*[2], cit., 55 nt. 14.

[117] Vd. *supra* in corrispondenza della nt. 102.

[118] E. Betti, *Declarare voluntatem nella dogmatica bizantina*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano, 1953, 419-461.

[119] Sia nella *TGNG* (p. 56 nt. 14) sia nell'*Indice degli scritti scientifici*, cit., XXI (n. 179), la data indicata del saggio è il 1950. Nella *Premessa* agli *Studi in memoria di Emilio Albertario*, scritta da V. Arangio Ruiz a tre anni esatti dalla morte dell'Onorato (occorsa a fine novembre del 1948), non sono date spiegazioni sui tempi ritardati della stampa.

[120] E. Betti, *Declarare*, cit., 453.

[121] E. Betti, *Declarare*, cit., 454.



zione precettiva anche in uno sparuto gruppo di passi dei giuristi del principato (D. 1.3.32.1 [122], D. 2.14.7.19 [123], D. 24.3.8 pr. [124]).

A distanza di tanti anni, nel radicale mutamento di indirizzi, metodi e strumenti, che ha investito la ricerca romanistica, sarebbe fin troppo semplice (e dunque di relativa importanza) soffermarsi sulle singole aporie della tesi: dall'incompletezza del campione linguistico considerato [125], all'astratta *kyriolexia* quale criterio fondante alcune diagnosi interpolazionistiche [126], alla pura apoditticità di altre [127]. Più significativo è rilevare la spirale di ricerche in cui Betti inserisce il suo risultato e la proiezione generalizzante che lo studioso imprime immediatamente al tutto sul piano della storia della teoria del negozio giuridico:

> «Così ricostruito, il dogma del "declarare voluntatem" (…) si allinea sul medesimo piano degli altri dogmi della "tacitas voluntas", del "tacitus consensus", del "pactum tacitus", già messi in luce quali schemi concettuali caratteristici della dogmatica bizantina. (…) La mutata concezione dell'autonomia privata, che si denunzia in codesti dogmi interpolati nei testi richiamati, come molti altri, sta in un orientamento decisamente individualistico, che non si appaga più d'interpretare il negozio concluso alla stregua della buona fede o di altri criteri oggettivi, ma sente il bisogno di giustificarne il trattamento riconducendolo ad un indirizzo della volontà, a un intento giuridico (*animus*) dello stesso interessato. E siccome la presenza di un indirizzo e di un intento siffatto non è concretamente dimostrabile sulla scorta di corretti criteri interpretativi, così quella dogmatica sente il bisogno di ricorrere alla costruzione di una "manifestazione tacita" del volere, collocandola sul medesimo piano di un espresso "declarare voluntatem". (…) Che in tal modo si stabilisse un pericoloso dualismo fra il sostrato psicologico del negozio e la forma in cui esso si rende socialmente riconoscibile, non era ancora avvertito dalla dogmatica bizantina, perché le costruzioni in parola si limitavano ad alcuni tipi di negozi a particolari situazioni di fatto. (…) Era riservata alla elaborazione dogmatica posteriore la incauta ingenuità del meccanizzare ed esaspe-

---

[122] *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae* [*sine ullo scripto*] <*longa consuetudine*> *populus probavit, tenebunt omnes:* [*nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*].

[123] [*Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint …*].

[124] *Si fundus in dotem datus sit, in quo lapis caeditur, lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat, quia palam sit eo animo dedisse mulierem fundum, ut iste fructus ad maritum pertineat*[, *nisi si contrariam voluntatem in dote danda declaraverit mulier*]. Come i due precedenti, il testo è riprodotto con i segni diacritici con cui li si riporta in E. Betti, *Declarare*, cit., 456.

[125] Nella rassegna di costituzioni imperiali, presentata in E. Betti, *Declarare*, cit., 451-453, mancano per es. C. 3.36.16, C. 3.36.21 e, soprattutto, C. 6.35.4, dove il *voluntatem declarare* si riporta direttamente alla disposizione codicillare di revoca (cfr. P. Voci, *Diritto ereditario*^{2}, II, cit., 491 s.). Sul versante degli scritti non giuridici, la scelta di limitarsi alle opere di Cicerone esclude dalla rassegna testi come Liv. 6.39.11 o Liv. 39.39.11, dove pure il sintagma non ha alcun valore ricognitivo.

[126] Così per l'interpolazione della chiusa di D. 1.3.32.1 (*supra* nt. 122), basata sul fatto che «lo schema del *declarare volutatem rebus ipsis et factis*, prospettato siccome parallelo al *declarare voluntatem suffragio* risultante dalle votazioni comiziali disconosce la formale esigenza della cooperazione fra assemblea e magistrato nei comizi legislativi» (E. Betti, *Declarare*, cit., 457). Sul pt. vd. le osservazioni di C. Cascione, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive* sistematiche, ESI, 2003, 144 nt. 309, che esattamente giudica «formalistica» la critica di Betti. Proprio per questo suo carattere, sorprende che Betti stesso non avvertisse alcuna tensione tra la posizione assunta a proposito di D. 1.3.32.1 e il giusto *caveat* metodologico espresso poche pagine prima: «La critica testuale in questo come in altri casi ha il difetto di presupporre nei giuristi un linguaggio grammaticalmente impeccabile: difetto, codesto, di sensibilità storica e anche di senso comune, perché l'esperienza quotidiana c'insegna che della lingua, del *ministerium vocis*, noi tutti ci serviamo come di uno strumento per esprimere il pensiero, in essi imprimiamo il nostro stile e, in una con lo stile, le nostre carenze. Facendo noi assegnamento sulle intelligenze sulla scienza dei nostri interlocutori, trascuriamo a volte la rigorosa precisione del linguaggio e la completezza dell'informazione, presupponendo note certe nozioni» (E. Betti, *Declarare*, cit., 435 s.).

[127] Così per l'interpolazione della chiusa di D. 24.3.8 pr. o dell'intero D. 2.14.7.19 (*supra* ntt. 123-124), dove l'apposizione dei segni diacritici di espunzione non è poggiata su alcuna motivazione esplicita.



> rare il dualismo tra la forma necessaria alla riconoscibilità del negozio e il contenuto precettivo erroneamente identificato con l'elemento soggettivo, e la conseguente goffaggine (…) di definire il negozio in generale come una "dichiarazione di volontà"» [128].

Quella dipinta a così grandi tinte è la stessa porzione di storia dei dogmi che abbiamo visto aggiungersi in forma ancora più sintetica al momento della seconda edizione della *TGNG*. Sono anni in cui l'aggiornamento dell'opera fornisce a Betti il destro per rispondere alle prese di posizione contro l'impostazione oggettivistica, che avevano fatto seguito alla prima edizione [129]. Che la critica dei testi romani si sovrapponga e sia funzionale al rinnovamento della dogmatica tradizionale è dunque nei fatti. L'epilogo retorico del saggio non fa che sottolineare questa evidenza:

> «La dimostrazione della genesi storico-dogmatica di questa infelice formula scolastica [*id est* del negozio come "dichiarazione di volontà"] dovrebbe servire di monito a coloro che persistono nel vano tentativo di chiedere ad essa la soluzione dei problemi che propone il fenomeno dell'autonomia privata» [130].

10. – La lunga disamina che il tema ci ha costretto a svolgere si può riassumere nelle seguenti proposizioni. Quella più generale è che non si può parlare di uno "sfondo romanistico" della *TGNG* senza prendere in considerazione una pluralità di piani. La presenza del diritto romano nell'opera è infatti multidimensionale, e dipende al tempo stesso sia dal peculiare approccio di Betti allo studio e all'insegnamento della materia sia dalle tradizioni culturali della disciplina, di cui anche uno studioso tanto peculiare non poteva non essere parte.

Da un punto di vista per così dire autobiografico, non sembra azzardato dire che Betti stesso si rappresentava la *TGNG* come parte di un'opera binaria, il cui pendant stava nella dottrina del negozio giuridico dettata per il *Corso* milanese *di Istituzioni di diritto romano* del 1928; pendant romanistico che l'Autore aveva avuto in animo di aggiornare in seconda edizione, parallelamente alla stesura della *TGNG* (§ 2). Dal *Corso* del '28 la *TGNG* recupera sia la concreta scrittura di singoli temi, concepiti fin dal principio per essere proiettati al di là del tempo storico del diritto romano (§ 6) sia due fondamentali caratteristiche che distinguono le pagine di Betti da quelle della manualistica del tempo. Da un lato, il capillare ricorso a una dogmatica civilistica parzialmente in fieri, nella misura in cui si proponeva di superare le categorie pandettistiche (§§ 3-4). Dall'altro lato, la generale chiave di lettura adottata, volta a presentare il negozio giuridico in una dimensione oggettivistica e anti-individualista, che a sua volta si traduceva in una innovativa organizzazione degli argomenti, rimasta anch'essa sostanzialmente immutata nel passaggio alla *TGNG*, a conferma della identità di base di una teoria in cui ha valore relativo che la si applichi al diritto romano piuttosto che al diritto civile (§ 5).

Ispirato invece alla tradizione di Savigny e della Pandettistica è il ricorso diretto (anche se esiguo, quantitativamente) alle fonti romane. Esse sono sfruttate in una dimensione che rinuncia programmatica-

---

[128] E. Betti, *Declarare*, cit., 458-461.

[129] Cfr. per es. E. Betti, *Teoria*[2], cit., 51 ss. ntt. 7-9, 20-21, 46-47. Sulla seconda edizione, come luogo anche di replica ai contraddittori della visione *sociale* del negozio, vd. in gen. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, 2000, 303. Per un altro punto specifico, relativo alla configurazione della causa negoziale, vd. ora M.N. Miletti, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d'una formula*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma Ter Press, 2017, 12-14.

[130] E. Betti, *Declarare*, cit., 461.



mente all'esegesi dei testi, per farne l'occasionale controcanto ora alle norme del Codice, per segnalarne alcuni precedenti o integrazioni (§ 7) ora alla dottrina coeva, quando occorra confutarla (anche) col ricorso ai principi romani (§ 8). Nella stessa scia, come si è visto da ultimo (§ 9), si colloca il personalissimo impiego (dei risultati) della critica interpolazionista. La formula diritto classico *vs.* diritto giustinianeo permette infatti a Betti di ricondurre anche alle fonti del *Corpus Iuris* quella che della *TGNG* costituisce la cifra di fondo, l'opposizione tra oggettivismo e soggettivismo, tra individualismo e funzione sociale dei rapporti giuridici.



APPENDICE

L'ordito della dottrina del negozio dal *Corso di Istituzioni* del 1928 alla *TGNG* del 1952

LEGENDA. cap. in cornice: tema assente in *Corso* ~~~ ~~sezioni barrate~~: temi assenti in *TGNG* ~~~ §§ in cornice: espansione in *TGNG* di temi condensati in *Corso* ~~~ §§ evidenziati: temi compresenti in *Corso* e *TGNG*, ma con posizioni diverse.

Corso di Istituzioni	***TGNG*²**
Cap. XI. Vicende dei rapporti giuridici in generale	**Capitolo introduttivo. Vicende dei rapp. giuridici in generale**
§ 45. Fattispecie e rapporto giuridico	§ 1. Fatto, situazione, rapporto giuridico
§ 46. Acquisto derivativo e originario dei diritti. Successione	§ 2. Classificazione dei fatti giuridici
§ 47. Fasi di svolgimento dei rapporti giuridici	§ 3. Classificazioni degli atti giuridici
§ 48. Classificazione delle fattispecie giuridiche	§ 4. Situazioni giuridiche: acquisto derivativo od originario
	§ 5. Situazioni giuridiche: successione nella posizione giuridica
	§ 6. Fasi e svolgimento dei rapporti giuridici
Cap. XII. Concetto del negozio giuridico	
	Cap. I. L'autonomia privata e il suo riconoscimento giuridico
§ 49. L'autonomia privata e il suo riconoscimento giuridico	§ 1. Problema pratico dell'autonomia privata
	§ 2. Riconoscimento giuridico dell'autonomia privata: suo trattamento
§ 50. Concetto del *n.g.*	§ 3. Concetto del *n.g.* (critica del dogma della volontà)
nr. 2: Oneri per attivare il riconoscimento dell'ordinamento	§ 4. Differenza del *n.g.* da altri atti leciti
nr. 3: differenze tra *n.g.* e altri atti giuridici leciti	§ 5. Soggetti e oggetto del *n.g.*
	§ 6. Competenza dispositiva dei singoli e normativa dell'ordinamento
	§ 7. Uso convenzionale e regolamento legale
	§ 8. Limiti e oneri dell'a.p. avanti e dopo il riconoscimento giuridico
	§ 9. Negozio irrilevante, illegale, illecito
§ 51. Entità oggettiva degli elementi del *n.g.*	**Cap. II. Struttura del negozio giuridico**
	§ 10. Elementi costitutivi del *n.g.*: forma e contenuto
nr. 1: atto (= *forma*)	§ 11. FORMA DEL *N.*: dichiarazione o comportamento
	§ 12. Onere e rischio dell'espressione, emissione e comunicazione
	§ 13. Documento e riproduzione della dichiarazione
	§ 14. Contegno concludente, contegno omissivo
	§ 15. Dichiarazioni dispositive ed enunciative

JUS CIVILE



nr. 2: contenuto

nr. 3: causa

§ 52. Entità soggettiva degli elementi del *n.g.* (forma, contenuto, causa)

anticipa la lett. C di *Corso* § 53 ←

anticipa la sez. corrispondente di *Corso* § 55 ←

§ 53. Intervento del diritto nella disciplina del negozio

a) ~~forma~~ — capacità d'agire

b) contenuto (presupposti — capacità patrimoniale

c) causa — idoneità dell'oggetto

quanto agli effetti (rinvio)

~~§ 54. Definizione specifica del *n.* nel diritto romano classico~~

§ 55. Classificazione dei negozi giuridici

Cap. XIII Vizi del negozio giuridico

§ 56. Vizi nei presupposti del *n.g.*

§ 57. Vizi nella fattispecie del *n.g.*

a) quanto a un elemento oggettivo del *n.*

§ 58. Trattamento dei vizi dell'elemento soggettivo in dir. classico

§ 16. CONTENUTO DEL *N.G.*: precetto dell'autonomia privata

§ 17. Caratteri del precetto dell'aut.priv.

§ 18. Iniziativa e responsabilità del *n.* in generale

§ 19. Elemento soggettivo quanto a forma e contenuto del *n.g.*

Cap. III Funzione del negozio giuridico

§ 20. Genesi ed elementi costitutivi della causa del *n.g.*

§ 21. Rilevanza della causa specie nel suo riflesso soggettivo

§ 22. Rilevanza politico-legislativa della causa

§ 23. Tipicità della causa e suo significato odierno

§ 24. Negozi causali e astratti

Cap. IV Presupposti ed effetti del negozio giuridico

§ 25. Concetto e classificazione dei presupposti del *n.g.*

§ 26. A) Capacità della parte

§ 26 *bis* Problema della c.d. incapacità naturale

§ 27. B) Legittimazione della parte

§ 28. C) Idoneità dell'oggetto

§ 29. Trattamento dei presupposti del *n.* a effetti differiti

§ 30. Effetti essenziali e naturali, diretti e indiretti

§ 31. Vicende del *n.* tra le parti (modificaz., revoca, conferma…)

§ 31 *bis* Vicende del rapporto dovute alle parti (recesso, cessione...)

§ 32. Effetti del *n.g.* rispetto ai terzi

§ 33. Presupposti ed effetti del *n.* nel tempo e nello spazio

Cap. V Classificazioni dei negozi giuridici

Cap. VI Interpretazione del negozio giuridico

Cap. VII Anormalità del negozio giuridico

§ 47. Classificazione delle anormalità del *n.g.*

§ 47 *bis* A) Difetto dei presupposti dell'autonomia privata

§ 48. B) Deficienza dell'elemento oggettivo del *n.*

§ 49. Deficienza della causa

§ 50. Consapevole divergenza dell'intento pratico della causa tipica. Simulazione e figure affini

§ 51. Criteri di trattamento della simulazione

§ 52. C) Vizi dell'elemento soggettivo del *n.*



§ 59. Errore ostativo	§ 53. Errore nella dichiarazione
§ 60. Dissenso	§ 54. Dissenso nel negozio bilaterale
§ 61. Consapevole mancanza della determinazione causale: riserva mentale e simulazione (in dir. classico)	
§ 62. L'errore quale vizio della determinazione causale	§ 55. L'errore nella determinazione causale
§ 63. Atti illeciti influenti sulla determinazione causale: dolo e violenza	§ 56. Vizi nella determinazione causale dipendenti da atto illecito: dolo e violenza
~~§ 64. Cenno sul trattamento dei vizi nel negozio nella dogmatica bizantina e nella pandettistica moderna~~	
Capitolo XIV Invalidità del negozio giuridico	**Cap. VIII Invalidità e inefficacia del negozio giuridico**
§ 65. Varie forme di inefficacia del *n.g.*	§ 57. Invalidità e inefficacia del *n.*: caratteri differenziali
§ 66. Forme di invalidità del *n.g.*	§ 58. Varietà dell'invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità etc.
§ 67. Fasi di inv.: (a) inv. sopravvenuta o sospesa, (b) convalescenza	§ 59. Invalidità sopravvenuta o sospesa e convalescenza del *n.*
	§ 60. Revocazione, rescissione, risoluzione del *n.*
(c) conversione	§ 61. Conversione del *n.* invalido o inefficace
Cap. XV Limitazioni al vigore del negozio giuridico	**Cap. IX Limitazioni al vigore del negozio giuridico**
§ 68. Struttura e congegno del negozio condizionale	§ 62. Problema pratico della condizione
§ 69. Natura della condizione	(Natura della condizione e sua differenza da figure affini
	§ 63. Apponibilità e riconoscibilità della condizione; prova
§ 70. Specie di condizioni e loro trattamento	§ 64. Condizione sospensiva e risolutiva; altre classificazioni
§ 71. Effetti del *n.* condizionato durante la pendenza	§ 65. Trattamento del *n.* in pendenza della condizione
§ 72. Effetti della condizione adempiuta	§ 66. Effetti dell'adempimento della condizione
e mancata	§ 67. Decadenza della condizione
§ 73. Altre limitazioni al vigore del *n.*: termine	§ 68. Altre limitazioni: natura ed effetti del termine
e modo	§ 69. Natura ed efficacia del modo
Cap. XVI La rappresentanza nel negozio giuridico	**Cap. X Rappresentanza e interposizione nel *n.g.***
§ 74. Posizione del problema; varie soluzioni possibili	§ 70. Problema pratico della gestione del *n.* nell'altrui interesse
§ 75. Rappresentanza e figure analoghe d'interposizione	§ 71. Varie forme d'interposizione nella conclusione del *n.*; differenza tra rappresentanza e figure affini
~~§ 76. Applicazione della r. nel *ius civile* e nel dir. pretorio~~	
§ 77. Presupposti della rappresentanza	§ 72. Ammissibilità e presupposti: potere di rappresentanza
	§ 73. Fonti del potere di rappresentanza
	§ 74. Riconoscibilità, presupposti, effetti, estinzione della rappr.
	§ 75. Rappresentanza senza poteri
	§ 76. Assenso all'altrui negozio o all'altrui disposizione



ANGELO BARBA

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Siena

SOGGETTIVITÀ GIURIDICA IMPLICITA E ASSOCIAZIONE NON RICONOSCIUTA

SOMMARIO: *1. Le funzioni euristiche dell'associazione non riconosciuta: la funzione dogmatica. – 2.* Segue. *la funzione ermeneutica. – 3. Atipicità dei soggetti privati costituzionali. – 4. Iscrizione nel registro del TS e limitazione della libertà degli enti. – 5. Esistenza e qualificazione dell'ETS. – 6. Pluralismo e soggetti di diritto privato. – 7. Il sistema costituzionale della libertà sociale. – 8. Soggetto e soggettivizzazione. – 9. Il riconoscimento normativo della soggettività metaindividuale. – 10. Il soggetto metaindividuale come fattispecie legale. – 11. Le funzioni della soggettività metaindividuale: funzione infrastrutturale. – 12.* Segue. *Il compito pubblico della soggettività metaindividuale. – 13.* Segue. *L'interesse collettivo. – 14. La funzione rimediale. – 15. Imputazione e rilevanza rimediale dell'interesse. – 16.* Segue. *Imputazione e rappresentanza. – 17.* Segue. *La rappresentazione dell'interesse generale. – 18. La funzione regolatoria. – 19. Sistema della soggettività metaindividuale: il problema ermeneutico. – 20. La fattispecie legale implicita e generale di soggettività.*

1. – La vicenda culturale, non solo giuridica, sollecitata dalla progressiva affermazione del modello di democrazia pluralista accolto nella Costituzione, ha consolidato l'evoluzione normativa già avviata dal Codice civile nel segno della individuazione di un diritto comune della soggettività metaindividuale. In particolare, la combinazione degli artt. 2 e 18 della Costituzione e, in seguito, il riconoscimento del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4), hanno attivato e consolidato argomentazioni costruttive di una sistematica della soggettività metaindividuale più evoluta di quella elaborata dalla cultura giuridica liberale. Un esito, questo, ricavato dalla connessione tra Primo e Quinto libro del Codice civile affidata dal legislatore all'art. 13 cod. civ., e che ha coinvolto e coinvolge anche strutture normative di settore come, solo a voler esemplificare, la disciplina dell'impresa sociale, il CTS e, da ultimo, il Codice della crisi dell'impresa.

Nella costruzione del sistema della soggettività metaindividuale è possibile rintracciare una *funzione dogmatica* ed una *funzione ermeneutica* dell'associazione non riconosciuta, ossia di una categoria normativa che si limita ad individuare ed aggregare la disciplina da applicare ad una struttura organizzativa tipica (associazione) in caso di assenza della personalità giuridica.

Gli esiti raggiunti dalla dogmatica, sia con riguardo alla elaborazione di modelli di decisione, sia con riguardo alla costruzione dell'orizzonte assiologico dell'ermeneutica (funzione euristica), sia, infine, con riguardo alla verifica della coerenza sistematica dei contenuti teorici racchiusi nei modelli argomentativi e quindi della loro legittimazione culturale (funzione di controllo), appartengono ormai ad una diffusa consapevolezza epistemologica che accompagna sempre la riflessione dell'interprete, persino in maniera inconsapevole [1].

[1] Per l'impostazione del discorso cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 48 ss.; 51 ss.



Si tratta di acquisizioni complesse, che una descrizione assai sintetica può organizzare in una progressione diacronica che muove dal *superamento* dell'antecedente teorico e, in parte, politico elaborato dalla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici in termini di esclusiva connessione tra riconoscimento della personalità giuridica e rilevanza, per il diritto dello Stato, degli ordinamenti endoassociativi.

La disciplina delle associazioni non riconosciute accolta nel Codice civile avviava un processo di sistematica unificazione della soggettività metaindividuale, della capacità dei soggetti collettivi, caratterizzato dal riconoscimento dell'autonomia privata come necessario e sufficiente criterio giuridico di rilevanza della struttura organizzativa in forma di autonomo soggetto di diritto privato. Solo l'autonomia privata giustifica il valore giuridico che il fatto associativo assume attraverso la sua sussunzione in una fattispecie legale che *non* include, tra i suoi elementi, il riconoscimento della personalità giuridica [2].

La categoria normativa (associazione non riconosciuta) organizza il sapere ermeneutico, quello ricavato dall'interpretazione della disciplina delle associazioni riconosciute, nel senso che la personalità giuridica è estranea alla sistematica della soggettività metaindividuale; ossia nel senso della differenza tra soggettività e personalità giuridica: la seconda presuppone la prima di cui costituisce un modo giuridico, ma la soggettività prescinde dalla personalità giuridica [3].

Inoltre, la categoria normativa dell'associazione non riconosciuta delegittima, mediante il controllo di coerenza sistematica, la corrispondenza (coestensione) tra persona giuridica e limitazione della responsabilità. In particolare, esclude la coerenza sistematica di un esito ermeneutico delle discipline dei tipi societari, da un lato, e dell'associazione riconosciuta e non riconosciuta, dall'altro. Quello che riconosce nella limitazione della responsabilità lo specifico contenuto normativo della personalità giuridica.

L' «insanabile conflitto» tra Primo e Quinto libro del Codice civile [4] dimostra in realtà una estensione ed una intensità maggiori di quelle rese visibili dalla contrapposizione tra società in accomandita semplice e società in accomandita per azioni. È infatti vero che nel Quinto libro il riconoscimento della personalità giuridica non esclude la responsabilità additiva degli amministratori; tuttavia, è altrettanto vero che il Primo libro del Codice civile *non* accoglie della personalità giuridica un significato che coincide *in assoluto* con la limitazione della responsabilità anche degli amministratori.

Infatti, da un lato, l'associazione senza personalità giuridica resta caratterizzata dalla limitazione della responsabilità degli associati; dall'altro, la responsabilità additiva, quella che caratterizza anche i tipi societari denominati accomandita semplice e per azioni, coinvolge *solo* le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione [5]. Che queste siano anche amministratori e, soprattutto, che l'amministrazione nelle associazioni non riconosciute *debba* essere affidata ad associati sono esiti ermeneutici ricavati da una *precomprensione* di contenuto dogmatico: la connessione tra qualità di associato, da un lato, e amministrazione, rappresentanza, responsabilità, dall'altro [6]. Connessione giustificata dalla convinzione, di ispirazione liberale,

---

[2] Cfr. G. Ponzanelli, R. Breda, L. Bugatti, V. Montani, *Le associazioni non riconosciute*, *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2016, 8 ss.; 31 ss., 56 ss.

[3] Cfr. An. Fusaro, *Gli Enti del Terzo Settore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale,* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da V. Roppo, F. Anelli, Giuffrè, Milano, 2022, 23 ss.; v. inoltre F. Galgano, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 553 ss.; P. Zatti, *Persona giuridica e soggettività*, Cedam, Padova, 1975, 332 ss.; si v. M. Tamponi, *Persone giuridiche*, *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2018, 113 ss.

[4] Rintracciato da F. Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, II ed., Zanichelli, Bologna-Roma, 1976, 124.

[5] Cfr. Cass. 4 ottobre 2019, n. 24874; Cass., 7 dicembre 2020, n. 27959.

[6] Elaborata da F. Galgano, *op. cit.,* 247 ss.; v. inoltre C.M. Bianca, *I gruppi minori e la responsabilità della associazione non*



che la relazione tra potere, responsabilità e partecipazione alle perdite [7] che caratterizza la gestione dell'impresa commerciale abbia un valore sistematico assoluto, non relativo solo al Quinto Libro del Codice civile. Tale convinzione induceva l'interprete a sviluppare un'ermeneutica dogmatica [8] della disciplina delle associazioni non riconosciute secondo il modello della società in accomandita per azioni [9].

In realtà la personalità giuridica, anche nel CTS, è una categoria normativa da collocare nella sistematica della tutela del mercato e, in particolare, della tutela del credito (il patrimonio minimo *ex* art. 22, comma 4 CTS), non in quella della soggettività metaindividuale. Nondimeno, la limitazione della responsabilità non è un contenuto normativo della personalità giuridica ma una caratteristica strutturale della disciplina dei tipi di organizzazione funzionale alla effettività del patrimonio come garanzia generica offerta dal soggetto metaindividuale: la personalità giuridica è formula che si limita a riferire l'esito di un procedimento di controllo circa le condizioni di effettività del meccanismo previsto *ex* art. 2740 cod. civ.

2. – Il discorso da svolgere deve insistere, invece, sulla *funzione ermeneutica* dell'associazione non riconosciuta. Una direzione di analisi meno consueta che mobilita la categoria normativa per interpretare una norma e, quindi, per acquisire le strutture di senso necessarie per la soluzione del caso. Si tratta di una strategia argomentativa che muove dal *problema concreto* per rintracciare nel dato normativo soluzioni applicative adeguate alle aspettative assiologiche accolte nella Costituzione e nelle norme interposte (interpretazione conforme) sia con riguardo ai casi previsti, sia con riguardo ai casi non previsti (interpretazione analogica). Un processo epistemologico che assume la forma dell'argomentazione pratica (logica materiale) e che si collega con l'argomentazione dogmatica (logico-analitica) realizzando una relazione euristica di reciproca integrazione e di reciproco controllo [10].

La riflessione sulla funzione ermeneutica dell'associazione non riconosciuta deve, in questa sede, limitarsi a considerare un quesito circoscritto ma assai significativo: verificare se la categoria normativa possa contribuire alla soluzione del problema ermeneutico sollevato dalla formula «*altri enti* di carattere privato diversi dalle società» (corsivo aggiunto) accolta nel CTS (art. 4).

Un quesito che *a)* riguarda l'individuazione dei soggetti del Terzo settore, e quindi l'estensione del Terzo settore quale «complesso di enti privati» (art. 1, comma 1, secondo periodo, l. n. 106 del 6 giugno 2016); e che *b)* coinvolge il *principio di atipicità* dei soggetti dell'organizzazione della libertà sociale nella elaborazione di strutture di senso normativo destinate a organizzare la qualificazione di un fatto nel segno della conformità al valore assiologico ordinante che la Costituzione attribuisce all'assetto dinamico del pluralismo [11].

In particolare: si tratta di stabilire se la formula «altri enti di carattere privato diversi dalle società» (art. 4

---

riconosciuta, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 1319 ss.; v. inoltre F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ*., 1965, I, 553 ss.

[7] Relazione conformata nel senso che la responsabilità è la manifestazione esterna della partecipazione alle perdite che giustifica il potere di gestione.

[8] Sull'ermeneutica dogmatica v. L. Mengoni, *op. cit.*, 49.

[9] Nel CTS la necessaria correlazione tra qualità di amministratore e qualità di associato è giustificata, invece, dalla coincidenza tra motivazione allo scopo (*Zweckmotivation*) che caratterizza la partecipazione associativa del singolo, da un lato, e interesse generale che funzionalizza l'attività dell'ente, dall'altro (arg. *ex* art. 5 CTS). Coincidenza che viene riconosciuta in misura diversa (art. 26, comma 2 e art. 34 comma 1, CTS).

[10] MENGONI, *op. cit.*, 114, ma cfr. anche, 18 e 81 ss. e 86 ss.

[11] S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, 28 ss.



CTS) faccia riferimento a modelli organizzativi da ricondurre comunque alle «*categorie* (il legislatore non usa la parola *tipi*) di enti del TS che hanno una disciplina particolare» (art. 3 CTS) o alle associazioni (riconosciute o non riconosciute) o alle fondazioni (art. 20 CTS). Ovvero se è dato rintracciare – nel CTS *o* nella combinazione sistematica tra questo e il Codice civile (costruita dall'art. 3 CTS) – una fattispecie generale di fonte legale che riconosca all'ente, in maniera esplicita o implicita, la soggettività giuridica e che affidi poi *a)* all'autonomia privata la conformazione organizzativa dell'attività di interesse generale funzionale agli scopi selezionati dalla scelta legislativa (finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale) e *b)* alle discipline strutturali tipiche una funzione integrativa diretta del regolamento negoziale.

Detto in altri termini, si tratta di verificare se sia rintracciabile una fattispecie legale generale di soggettività atipica, ossia non riconducibile ad una delle strutture organizzative particolari, *tipiche*, che già includono il riconoscimento legale implicito della soggettività giuridica [12].

A ben vedere un interrogativo solo in parte identico a quello che sollevava il riferimento alle *altre istituzioni* di carattere privato nell'art. 12 cod. civ., formula questa che ancora compare nell'art. 1 del d.P.R. n. 361/2000, e che si ripropone anche con riguardo alla categoria "altro ente collettivo" menzionata nell'art. 1 del Codice della crisi dell'impresa (d.lgs. n. 14/2019) [13].

Il termine "istituzione" ha sollecitato ricostruzioni, in parte ancora replicate, motivate dal comprensibile timore dell'interprete che l'atipicità delle persone giuridiche consentisse l'espansione di un atteggiamento ostile ed autoritario dello Stato nei confronti di enti non riconducibili ad uno dei tre tipi di persone giuridiche disciplinati nel Codice civile: associazioni, fondazioni e società.

Un atteggiamento culturale ancora prigioniero del dogma della personalità giuridica come unica forma di soggettivizzazione dei gruppi organizzati che, nella originaria impostazione, cercava di costruire un più esteso concetto dogmatico di soggetto di diritto come presidio di libertà sociale garantito dalla Costituzione al sindacato ed al partito politico [14]. Si trattava di un'argomentazione di straordinaria innovazione culturale che utilizzava la forma dell'associazione non riconosciuta, e quindi il diritto privato, come tecnica convocata dal legislatore costituzionale, accanto al diritto pubblico, per la costruzione della democrazia pluralista. Ma quella impostazione, ancora molto legata ad una concezione statica dell'assetto pluralista accolto nella Costituzione, nel tentativo di circoscrivere il potere di controllo esercitato dallo Stato sui corpi intermedi, elaborava un modello argomentativo destinato ad incidere sulla costruzione del sistema costituzionale della soggettività metaindividuale. Infatti, la tassativa tipicità delle persone giuridiche accanto alla tipicità delle forme di soggettività giuridica costituzionale non personificata mediante il riconoscimento dello Stato (sindacato e partito politico), ha assecondato il consolidarsi della convinzione, in realtà del pregiudizio, che il *principio di tipicità* delle formazioni sociali garantite dalla Costituzione riuscisse a proteggere la democrazia pluralista dal pericolo di rinnovate degenerazioni autoritarie equivalenti se non identiche a quelle che la dittatura fascista aveva realizzato strumentalizzando a fini politici la teoria della pluralità degli ordinamenti. In quella impostazione, il problema da affidare al legislatore ordinario si esauriva nell'estensione del sistema normativo di riconoscimento della personalità giuridica anche alle associazioni ed alle fondazioni; e, quindi, si esauriva in una questione di *eguaglianza* formale rispetto alle società disciplinate dal Quinto libro del codice civile. Rimaneva estraneo al progetto ermeneutico e sistematico la questione dell'estensione della libertà associativa, e più in generale della garanzia di protezione costituzionale delle formazioni sociali, oltre la misura

[12] Cfr. AN. FUSARO, *Gli enti del terzo settore*, cit., 61 ss.

[13] Circa l'art. 12 cod. civ., v. la ricostruzione elaborata da M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 65 ss.

[14] Si v. P. RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, ora in *Persona e comunità*, Cedam, Padova, rist. 1987, 139 ss.



della *libertà individuale*: ossia il riconoscimento dell'*atipicità* dei soggetti privati dell'organizzazione della *libertà sociale*.

3. – Con la successiva elaborazione dell'assetto dinamico del pluralismo si afferma un modello argomentativo diverso [15]. L'interprete utilizza la divergenza – già annunciata dall'associazione non riconosciuta – tra soggettività giuridica metaindividuale, da un lato, e personalità giuridica, dall'altro, per riconoscere l'atipicità dei soggetti privati dell'organizzazione della libertà sociale come principio ordinante della legalità costituzionale.

La tutela individuale della persona, il riconoscimento dei diritti inviolabili anche all'interno delle "formazioni intermedie", viene ricostruita nel segno della compatibilità con una sistematica della soggettività costituzionale caratterizzata nel senso della atipicità. L'assetto dinamico del pluralismo – quello che si caratterizza per l'assenza di un criterio selettivo, sia di carattere funzionale sia di carattere strutturale, di riconoscimento della soggettività costituzionale delle formazioni sociali – assicura la tutela individuale secondo meccanismi di controllo e di limite della libertà *dei* soggetti collettivi, ma non mediante la selezione, la limitazione, dei soggetti collettivi [16].

Il complesso discorso, a volerne riferire in estrema sintesi il senso e la conclusione, dimostra come la tassatività dei tipi di soggettività costituzionale di diritto privato, se osservata attraverso la *connessione (integrazione)* tra libertà individuale e libertà sociale che identifica il modello di pluralismo dinamico accolto nella Costituzione, realizza una limitazione della libertà individuale. A ben vedere si propone uno schema argomentativo non lontano – come *schema* – da quello che il privatista è ormai abituato ad utilizzare con riguardo alla liberà contrattuale: ogni limitazione della libertà sociale si risolve sempre in una limitazione della libertà individuale. Quindi, se dagli artt. 2 e 18 Cost. non è dato rintracciare una limitazione funzionale diversa da quella formalizzata con la riserva di legge rinforzata (norma penale) e se, in punto di analisi strutturale, l'unico limite imposto alle formazioni sociali è la tutela dei diritti inviolabili riconosciuti alle singole persone fisiche, l'interprete non può imporre alla libertà individuale il limite racchiuso nella tassatività dei tipi di soggetti dell'organizzazione della libertà sociale.

All'interno dello spazio di autonomia privata circoscritto dalla norma penale, la libertà individuale di associazione può essere limitata solo in funzione della tutela dei diritti inviolabili dei singoli, ma tale tutela si può realizzare *anche* con la limitazione della libertà dei soggetti metaindividuali *non solo* con la selezione, la tipizzazione costituzionale, dei soggetti collettivi del pluralismo. La prevalenza del modello dinamico del pluralismo costruito sulla atipicità è assicurata dall'art. 2 Cost., che riconosce le «formazioni sociali» come categoria aperta, non delimitata da indici funzionali o strutturali [17].

Viene quindi superata ed abbondonata la concezione della tipicità delle formazioni sociali intermedie e viene riconosciuto (in Costituzione) il principio dell'*atipicità* dei soggetti privati costituzionali. Tuttavia, i modelli argomentativi ancora troppo diffusi nella riflessione sugli enti di diritto privato continuano ad essere caratterizzati nel senso di una asimmetria culturale tra la ormai acquisita costruzione di un concetto dogmatico di soggetto di diritto come autonomo e indipendente (non condizionato) da quello di persona giuridica, da un lato; e la diffusa, spesso inconsapevole, propensione dell'interprete ad assecondare per la soggettività me-

[15] Si v. in particolare P. RIDOLA, *Democrazia pluralista e libertà associative*, Giuffrè, Milano, 1987, *passim*, ma 261 ss.
[16] P. RIDOLA, *op. cit.,* 217 ss., e 222 ss.
[17] Cfr. P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, ora in *Persona e comunità*, vol. III, Cedam, Padova, 1999, 3 ss.



taindividuale un'ermeneutica ancora edificata sul modello logico e analitico della tipicità delle persone giuridiche, dall'altro.

L'osservatore, anche quando riflette sulla associazione atipica o elabora diverse tipologie di fondazioni, tende a ricostruire il sistema della soggettività metaindividuale secondo il principio della tassatività dei tipi di persone giuridiche: associazione, fondazione e società [18]. In tal modo, i tipi di persone giuridiche assumono dignità argomentativa di tipi di enti soggettivizzati – ancorché privi di personalità giuridica – ed il principio di tassatività dei tipi ripropone della democrazia pluralista il modello statico che, nel segno della *organica* gradualità delle formazioni sociali intermedie, accoglieva e bloccava la socialità della persona in una serie *ordinata e crescente* di comunità intermedie, di contenuto economico, familiare, religioso, solidaristico o politico, che si integrano e si coordinano *nello* Stato [19].

4. – La questione ermeneutica sollevata dalla formula "altri enti di carattere privato "utilizzata nel CTS, rivela, dunque, un contenuto ulteriore rispetto a quello racchiuso nella vicenda storica legata alla formula "altre istituzioni di carattere privato".

Infatti, la relazione identitaria costruita dal legislatore tra ETS ed enti iscritti nel registro nazionale del terzo settore (art. 4, CTS), se fosse collocata all'interno di un contesto ermeneutico incline a riconoscere la *tipicità* delle forme giuridiche che realizzano l'entificazione privata delle strutture organizzative, ossia delle organizzazioni riconosciute come soggetti giuridici, determinerebbe una duplice limitazione dei soggetti della libertà sociale: la prima attivata mediante il principio di tassatività dei tipi di soggettivizzazione, la seconda con l'iscrizione nel registro.

In tale ipotesi, però, la seconda limitazione incide sulla misura di libertà dell'ente di collocarsi all'interno del terzo settore e, quindi, di partecipare al processo allocativo di risorse pubbliche per la realizzazione di finalità di interesse generale; la prima, invece, seleziona e circoscrive le figure soggettive della libertà sociale e si pone, quindi, in contrasto con gli artt. 2 e 18 Cost.

Il problema sollevato dalla formula "altri enti di carattere privato" contenuta nell'art. 4 CTS si può risolvere solo mediante l'individuazione ermeneutica di una struttura di senso che sia conforme al principio costituzionale dell'*atipicità soggettiva* delle formazioni sociali intermedie, ossia al sistema costituzionale delle libertà associative.

Il limite attivato con l'iscrizione nel registro del terzo settore incide sulla libertà dei soggetti della solidarietà organizzata anche in funzione di protezione dei destinatari degli interventi di promozione sociale. In termini di efficienza allocativa delle risorse pubbliche destinate all'investimento sociale e, quindi, di tutela dei diritti individuali alla rimozione degli ostacoli che anche solo di fatto limitano o impediscono il pieno sviluppo della persona. Si tratta di una tecnica di controllo funzionale alla tutela individuale della persona che restituisce, in termini di disciplina particolare, il senso della più articolata e complessa connotazione che l'assetto dinamico del pluralismo ha raggiunto mediante l'acquisizione del principio di sussidiarietà orizzontale.

La limitazione della libertà dei soggetti della solidarietà organizzata per scopi di eguaglianza sostanziale è

[18] Cfr. M. GRAZIADEI, *Le fondazioni di partecipazione nel prisma della comparazione*, in *Giur. it.*, 2021, 2492 ss.; G. SICCHIERO, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contr. impr.*, 2020, 19 ss. Si v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Jovene, Napoli, 1995, 13 ss. e 54 ss.

[19] P. RIDOLA, *op. cit.*, 188 ss.



funzionale non solo alla tutela dei diritti della persona *all'interno* della formazione sociale, ma anche delle aspettative di integrazione e di promozione sociale dei soggetti destinatari dell'azione solidale.

In particolare, la limitazione che viene realizzata con la registrazione, incide sull'autonomia organizzativa dell'ente mediante la previsione di inderogabili condizioni conformative legali, da un lato, e mediante la *tassativa tipizzazione* delle attività di interesse generale (art. 5, comma 1, CTS), dall'altro. Al CTS resta estranea, invece, la tassativa tipizzazione delle forme giuridiche della soggettività metaindividuale: viene rispettato, detto in altri termini, il principio costituzionale dell'atipicità dei soggetti privati costituzionali [20].

5. – All'esito del controllo ammnistrativo, o della verifica notarile *ex* art. 22, comma 2 CTS, l'iscrizione nel registro unico del TS assicura *solo* la qualificazione dell'ente di diritto privato come ETS. L'ente come autonomo soggetto giuridico deve esistere già prima della registrazione. La soggettività giuridica, ossia l'esistenza giuridica di un'organizzazione *come ente di diritto privato*, è (arg. *ex* artt. 22 e 47 CTS) una delle *condizioni legali* per la sua qualificazione "*come ente del terzo settore*" [21].

La registrazione non incide sull'esistenza giuridica dell'ente di diritto privato, bensì solo sulla sua qualificazione come ETS. Il CTS presuppone la soggettività dell'ente, non contiene una disciplina del riconoscimento della soggettività giuridica metaindividuale [22].

Tuttavia, *l'esistenza giuridica* dell'ente diverso da quelli che hanno una disciplina legale, ossia da quelli tipizzati, è necessaria (condizione legale) per l'iscrizione nella sezione *g)* del registro (art. 46). Un dato normativo, quello appena indicato, che solleva il problema della qualificazione come ETS degli enti di diritto privato che non possono essere riconosciuti come soggetti giuridici mediante la qualificazione come associazione o fondazione – ovvero come fattispecie soggettive di secondo grado costruite attraverso l'associazione o la fondazione (artt. 32, 35, 37 e 41 CTS) – o come imprese sociali (art. 40 CTS) o come società di mutuo soccorso (art. 42 CTS) [23].

L'associazione non riconosciuta, in quanto categoria normativa destinata a liberare il sistema della soggettività metaindividuale dalla discrezionalità politica che caratterizza il riconoscimento concessorio della personalità giuridica, può orientare il processo ermeneutico che conduce all'individuazione della struttura di senso normativo conforme alla legalità costituzionale estesa alle norme interposte, che deve essere applicata, in concreto, per la soluzione di questo problema giuridico. Può contribuire alla soluzione, ad esempio, della questione se il trust possa o meno essere registrato come ente del terzo settore [24] Ma analoghi interrogativi possono sorgere con riguardo al contratto di rete tra imprese sociali, con riguardo al patrimonio destinato *ex* art. 2645-*ter* c.c., o in relazione al patrimonio destinato da una società benefit ad una finalità riconosciuta dal

[20] Preziosi spunti di riflessione in AR. FUSARO, *Dalla frammentazione legislativa alla ri-codificazione? Traiettorie di una disciplina per gli enti non lucrativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 910 ss.

[21] Cfr. l'analisi di M.V. DE GIORGI, *La scelta degli enti: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale*, ora in *Enti del Primo libro e Terzo settore*, Pisa, Pacini, 2021, 123 ss.

[22] La riflessione trae spunto, non solo per l'impostazione, da K. SCHMIDT, *Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht*, Decker und Müller, Heidelberg, 1984, 14 ss., 25 ss.,47 ss.

[23] In generale v. R. PATTI, *La disciplina del terzo settore in Italia dopo la riforma: profili ricostruttivi e problemi aperti*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, 862 ss.; D. FORESTA, *Sugli enti del terzo settore, Tipi e funzione nell'articolazione del registro unico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1461 ss.

[24] Il medesimo tipo di problema si pone, ma in un ambito differente, per i fondi comuni di investimento, v. L. GALANTI, *Processo senza soggetti*, Milano, Giuffrè, 2021, 85 ss. e 235 ss. Cfr. G. FERRI JR., *Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale nei fondi comuni di investimento*, in *ODC*, 2015, fascicolo 3.



CTS (*ex* art. 2447-*bis*, c. c.). Con riguardo al comitato, l'esistenza giuridica dell'ente – quindi la sua soggettività – è stata già da tempo acquisita attraverso un procedimento ermeneutico che ha utilizzato l'associazione non riconosciuta [25]. Una modalità argomentativa che l'osservatore può utilizzare anche in relazione alla possibilità di ricondurre il comitato alla categoria degli "altri enti di carattere privato diversi dalle società" menzionata nell'art. 4 CTS. Nondimeno, a voler individuare un tipo di problema che include *anche* – non solo – gli ETS, la categoria normativa dell'associazione non riconosciuta potrebbe rintracciare le strutture di senso necessarie per un'applicazione analogica dell'art. 42-*bis* cod. civ. ad enti di diritto privato diversi dalle associazioni e dalle fondazioni [26].

6. – Rispetto alla soggettività metaindividuale, la relazione sistematica tra Codice civile e Costituzione deve essere meditata ed approfondita nella direzione di analisi indicata dalla (ormai) acquisita consapevolezza circa il superamento della necessaria connessione tra acquisto della personalità giuridica *ex* art. 12 cod. civ. – secondo una modalità (concessoria) differente da quella prevista *ex* art. 2331 cod. civ. per le società di capitali (normativa) – e rilevanza dell'ordinamento interno dell'associazione per il diritto dello Stato.

Occorre muovere dall'idea del riconoscimento dell'autonomia privata come criterio del valore giuridico del fatto associativo sufficiente per rintracciare la forma tecnica, la modalità giuridica, che giustifica e realizza la rilevanza della formazione sociale per l'ordinamento statale.

Il principio pluralista che organizza il sistema costituzionale delle libertà associative consolida, nel segno di una compiuta elaborazione sistematica, un risultato ermeneutico che il Codice civile *già* aveva reso disponibile con la disciplina delle associazioni non riconosciute *ex* artt. 36 ss. Il riferimento è, in particolare, alla soggettività giuridica delle formazioni sociali come modalità tecnica della loro rilevanza rispetto allo Stato e come criterio costruttivo del diritto comune delle associazioni.

Si tratta di evitare la semplificazione, forse l'equivoco, racchiuso nell'idea che il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo "nelle formazioni sociali" dove si svolge la sua personalità non solo assicuri, ma esaurisca la rilevanza della formazione sociale rispetto allo Stato.

Una semplificazione, questa, assai insidiosa che rischia di assecondare una concezione del pluralismo come proiezione, svolgimento, delle situazioni giuridiche individuali – un "prolungamento" della libertà individuale di associarsi [27] – trascurando la necessità costituzionale di elaborare, con il riferimento all'art. 18 Cost., il senso e la misura della libertà come situazione collettiva, ossia dei diritti riconosciuti *alla* formazione sociale.

In realtà, è la connessione – integrazione – tra situazioni giuridiche individuali e situazioni giuridiche collettive che caratterizza la conformazione strutturale del pluralismo accolta in Costituzione. In particolare, a voler descrivere il modello paradigmatico di tale conformazione utilizzando le forme soggettive della sussidiarietà orizzontale, è possibile muovere dalla considerazione elementare che *l'autonoma iniziativa* riconosciuta *ex* art. 118, comma 4, Cost. ai cittadini "associati" è distinta da quella riconosciuta ai cittadini "singoli".

Si tratta di una *distinzione* funzionale all'estensione in senso soggettivo, non oggettivo, del potere privato. Infatti, il *medesimo* potere, quello che ha ad oggetto l'esercizio di attività di interesse generale in base al

[25] Cass. 8 maggio 2003, n. 6985; ma cfr. anche Cass. 13 maggio 2022, n. 15303.
[26] M. Bianca, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, in *ODC*, 2018, fasc. 2.
[27] P. Ridola, *op. cit.*, 218.



principio di sussidiarietà, è riconosciuto non solo ai singoli cittadini, ma anche alle associazioni di cittadini. La norma estende il potere non incidendo sul suo contenuto oggettivo, bensì riconoscendo anche l'associazione, non solo il singolo, come autonomo soggetto dell'organizzazione della libertà sociale in base al principio di sussidiarietà. Il principio pluralista colloca la sussidiarietà orizzontale nel sistema delle libertà associative (individuale e collettiva); sistema che include anche l'associazione in senso lato (arg. *ex* art. 18 Cost.) tra i soggetti giuridici del potere privato di creare solidarietà sociale.

In particolare, la conformazione pluralista della libertà (a contenuto) sociale – intesa come fenomenologia solidaristica del potere di costruire «rapporti sociali» e «legami tra gli uomini (…), al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità» e non solo all'interno di formazioni sociali già individuate (contenuto del potere) [28] – organizza l'azione solidale, ossia l'esercizio della libertà sociale, secondo un modello soggettivo complesso (soggetti del potere).

7. – I soggetti del potere di generare solidarietà sociale in base al principio di sussidiarietà sono individuati nel segno della necessità, ma anche dell'insufficienza della concezione individualistica del personalismo costituzionale. Accanto alla *persona* – singoli cittadini – viene riconosciuta la *comunità* – associazioni di cittadini – come autonomo e distinto soggetto della libertà sociale. Tale autonoma soggettività, nell'art. 118 comma 4 Cost., continua ad essere costruita sulla connessione tra situazioni individuali e situazioni collettive che già caratterizzava l'art. 18 e l'art. 2 Cost.

Infatti, la libertà individuale di associarsi senza autorizzazioni (arg. *ex* art. 18 Cost.) per fini che non siano vietati ai singoli dalla legge penale verrebbe compromessa se *l'esistenza* dell'associazione come esito dell'esercizio individuale della libertà di associarsi, fosse subordinata ad autorizzazioni.

Quindi, la libertà individuale di associarsi senza autorizzazioni (principio personalista) esiste in concreto *solo* se viene riconosciuta e garantita la libertà dell'associazione di svolgere attività funzionali allo scopo lecito (principio pluralista). Libertà, quest'ultima, che deve essere limitata nel segno della garanzia dei diritti inviolabili dell'Uomo (art. 2 Cost.) e che, quindi, viene in concreto limitata mediante la costruzione di doveri imputati alla formazione sociale come soggetto costituzionale. Dunque, è la libertà dell'associazione che rende effettiva la libertà individuale di associarsi: la seconda è riconosciuta e garantita in concreto solo nella misura in cui è garantita e riconosciuta la prima.

Allo stesso modo, con riguardo all'art. 118, comma 4, Cost., l'autonoma iniziativa dei singoli associati può esistere solo come autonoma iniziativa dell'associazione. Infatti, se il potere privato di svolgere attività di interesse generale in base al principio di sussidiarietà non fosse riconosciuto e garantito *anche* all'associazione come autonomo soggetto giuridico, sarebbe riconosciuto a garantito *solo* ai singoli cittadini [29].

Quindi, soltanto l'esistenza dell'associazione come soggetto giuridico del potere privato garantisce la distinzione tecnica rispetto al potere individuale e, con questa, la effettiva estensione del dovere del soggetto pubblico di favorire la libertà di iniziativa solidale privata sulla base del principio di sussidiarietà.

La connessione – integrazione – tra situazioni individuali e situazioni collettive organizza (anche) il sistema della soggettività costituzionale della libertà sociale – quella che *a)* viene esercitata dai singoli e dalle

[28] Corte cost., 28 febbraio 1992, n.75.

[29] Cfr. G. VECCHIO, *Le istituzioni della sussidiarietà. Oltre la distinzione tra pubblico e privato*, ESI, Napoli 2022, 291 ss., 310 ss.; v. inoltre S. LA PORTA, *op. cit.*, 59 ss.



associazioni e *b)* favorita dallo Stato secondo il principio della sussidiarietà – nel rispetto dell'assetto pluralista della democrazia accolto nella Costituzione.

Nondimeno, la libertà individuale di associarsi per lo svolgimento di attività di interesse generale può essere esercitata in concreto solo se a ciascuna associazione viene riconosciuta la medesima misura di autonomia di iniziativa; dunque, l'effettivo esercizio della situazione giuridica individuale include il riconoscimento di una pretesa *delle associazioni* all'eguale trattamento da parte della Repubblica nella costruzione degli interventi destinati a favorire l'autonoma iniziativa [30].

8. – Si è visto che il modello di democrazia pluralista accolto nella Costituzione riconosce la soggettività metaindividuale come modo – non l'unico – della rilevanza giuridica delle formazioni sociali, che l'autonomia privata può scegliere di realizzare utilizzando le forme giuridiche predisposte dal legislatore ordinario.

In tale direzione di analisi sistematica i tipi di soggetti giuridici metaindividuali, associazioni e società, diventano *specifiche* fattispecie legali soggettive e il riconoscimento della personalità giuridica si riduce a procedimento – di tipo normativo o concessorio – necessario solo per applicare al soggetto giuridico già esistente una particolare disciplina della responsabilità.

Il legislatore costituzionale riconosce la *possibilità* che la formazione sociale assuma la forma di autonomo soggetto del pluralismo (*an* del soggetto costituzionale); il legislatore ordinario, invece, organizza l'attribuzione (il riconoscimento) della soggettività all'organizzazione (*quomodo* della soggettivizzazione). Tuttavia, anche laddove il legislatore ordinario non abbia elaborato una fattispecie legale specifica di soggettività, ovvero l'abbia prevista ma l'autonomia privata abbia scelto in concreto di non attivarla, lo Stato deve comunque assicurare e garantire ai singoli la tutela dei diritti inviolabili all'interno delle formazioni sociali non soggettivizzate. Tale tutela individuale identifica la minima condizione di legalità costituzionale necessaria per garantire il primato della persona come principio di razionalità ordinante dell'assetto dinamico del pluralismo.

Garanzia, questa, che in realtà dovrebbe essere effettiva *persino* nelle ipotesi in cui la mancata soggettivizzazione della formazione sociale, da parte del legislatore ordinario o dell'autonomia privata, escluda la possibilità di attivare i meccanismi di protezione della *persona* rispetto alla *comunità* riconducibili al paradigma del rapporto giuridico tra soggetti di diritto.

A tale ultimo riguardo, il discorso non può insistere sul significativo valore euristico della famiglia. Non può, in particolare, soffermarsi sul problema della famiglia come autonomo soggetto di diritto.

Adesso è possibile solo limitarsi a sottolineare *a)* come la Costituzione riconosca, in realtà, i diritti «della famiglia» – ancorché nella più limitata concezione della «società naturale fondata sul matrimonio» – e *b)* come l'assenza di una esplicita fattispecie legale soggettiva non escluda la possibilità epistemologica che l'interprete rintracci, con riguardo alla famiglia, una fattispecie legale implicita di soggettivizzazione.

Interessa però sottolineare che l'esito negativo di quest'ultima operazione ermeneutica *non* potrebbe in ogni caso essere giustificato in base all'argomentazione per cui con la soggettivizzazione della famiglia si riconoscerebbe un superiore interesse collettivo destinato a funzionalizzare i diritti dei soggetti che compon-

[30] Cfr. Corte cost., 31 marzo 2021, n. 52.



gono la famiglia. Una concezione, questa, incompatibile già con il significato letterale della disposizione contenuta nell'art. 2 Cost.

Il discorso deve invece soffermarsi sul rapporto tra riconoscimento legale della soggettività giuridica metaindividuale, ossia il *quomodo* della soggettivizzazione, e autonomia privata.

La soggettività metaindividuale è una tecnica costruttiva del pluralismo dinamico che viene accolta nella Costituzione in base al principio di autonomia privata e che riguarda, lo si è già accennato, il profilo collettivo della libertà della persona. Il Codice civile individua gli elementi strutturali necessari e sufficienti per il riconoscimento della soggettività e organizza il funzionamento del sistema (di riconoscimento) secondo il principio di razionalità ordinante del diritto privato: l'eguaglianza tra le capacità individuali di costituire soggettività metaindividuale.

L'eguaglianza formale della capacità giuridica riconosciuta alle persone fisiche nate (arg. *ex* art. 1 c. c.) assicura il funzionamento del principio costituzionale dell'autonomia privata secondo un modello che esclude la rilevanza della discrezionalità amministrativa per il riconoscimento della soggettività giuridica alla formazione sociale.

9. – L'autonomia privata accolta in Costituzione come principio fondamentale sia per la costruzione dell'assetto dinamico del pluralismo, sia per l'effettivo funzionamento della sussidiarietà orizzontale, può attivare *sempre* le fattispecie legali di soggettivizzazione e *solo* in base alla condizione legale abilitante all'esercizio del potere (capacità).

La soggettività giuridica è riconosciuta *sempre* alla formazione sociale, *se* la capacità giuridica individuale sceglie di esercitare il potere di autodeterminazione in adempimento dell'onere conformativo previsto dalla fattispecie legale.

In tale direzione di analisi è dato riscoprire il significato più intimo, e per certi aspetti, più complesso del sistema normativo del riconoscimento della soggettività giuridica metaindividuale. Vuol dirsi che il sistema normativo è l'unica modalità di riconoscimento compatibile con l'assetto dinamico del pluralismo accolto in Costituzione mediante gli artt. 2 e 18 e 118.

La normatività del riconoscimento garantisce che sia solo l'autonomia privata ad attivare, mediante la eguale capacità giuridica individuale, il processo di soggettivizzazione di diritto privato. A predisporre gli elementi della fattispecie legale soggettiva – ossia le condizioni della *sussunzione* del fatto associativo (costitutivo) nella fattispecie legale soggettiva – conformando la struttura organizzativa in adempimento degli oneri imposti dal legislatore.

La soggettività metaindividuale resta un effetto legale subordinato al solo fatto di adempimento degli oneri conformativi; non costituisce, invece, autonomo e specifico *contenuto* dell'atto negoziale. Il dovere *libero* di conformazione (onere in senso tecnico) presuppone il concreto esercizio della capacità giuridica individuale (o collettiva) di *scegliere* (di volere) una determinata modalità conformativa dell'esercizio dell'autonomia privata (volontà del fatto di adempimento), non la volontà della soggettivizzazione.

Vuol dirsi che, in punto di analisi teorico generale, il superamento della identificazione tra soggettività e personalità giuridica – che attraverso la forma giuridica del comitato *sembra* raggiungere persino la fondazione – può riproporre la contrapposizione teorico-generale tra sistema normativo e sistema concessorio del riconoscimento formale con riguardo alla soggettività giuridica.

La ripropone però come contrapposizione tra tecniche di soggettivizzazione costruite sulla correlazione



tra autonomia privata e capacità giuridica individuale, da un lato, e tecniche che, invece, subordinano o comunque coinvolgono la discrezionalità politica della eterodeterminazione amministrativa, dall'altro. Processi di soggettivizzazione, questi ultimi, che impongono limiti alla libertà individuale di associazione e, in tal senso, restano estranei al tipo di pluralismo non selettivo, dunque aperto, che è stato accolto nella Costituzione.

A tale ultimo riguardo occorre almeno chiarire come la fondazione non sia un soggetto *del* pluralismo, bensì un soggetto dell'organizzazione delle libertà sociali che l'autonomia privata può decidere di collocare al *servizio* del pluralismo. Una forma giuridica che può persino *generare* una formazione sociale intermedia (i beneficiari), ma che non riesce a *formalizzare*, in termini di soggettività giuridica, una formazione sociale intermedia. Vuol dirsi di una funzione strumentale della fondazione rispetto al sistema costituzionale definito dalla combinazione degli artt. 2, 18 e 118, comma 4, Cost. che ancora giustifica la coincidenza tra soggettività giuridica e personalità giuridica in relazione all'utilità sociale del vincolo di destinazione imposto al patrimonio (arg. *ex* art. 41 Cost.); ma che non esclude la possibilità di ricostruire la fondazione non riconosciuta secondo un modello argomentativo simmetrico rispetto all'associazione non riconosciuta. Un modello elaborato utilizzando l'interpretazione analogica della fattispecie legale soggettiva specifica del comitato o del vincolo reale di destinazione dei beni rivelato dall'art. 32 cod. civ. [31].

10. – A voler sintetizzare gli esiti della circoscritta analisi sistematica che è stata svolta, può dirsi che la soggettività metaindividuale di diritto privato è riconosciuta mediante qualificazione sussuntiva; è subordinata sempre e solo alla sussunzione del fatto in una fattispecie soggettiva legale generale o specifica (implicita o esplicita). La sussunzione organizza la dinamica giuridica che identifica il *sistema normativo* di riconoscimento formale della soggettività, anche quando, lo si vedrà in seguito, la tecnica della riconduzione al tipo di soggetto è convocata dall'interprete per accertare che la struttura organizzativa atipica non ecceda la resilienza del tipo legale e, quindi, non imponga una diversa qualificazione sussuntiva.

L'autonomia privata è il "mezzo" (attiene al *quomodo*) non la "fonte" (*an*) della soggettività metaindividuale, e questa (la soggettività metaindividuale) è un effetto legale, non negoziale, dell'atto costitutivo [32]. Tale atto, nel processo di qualificazione sussuntiva che conduce al riconoscimento della soggettività metaindividuale, rileva come *oggetto* della qualificazione normativa (appartiene al fatto).

L'autonomia privata che voglia raggiungere la soggettività metaindividuale ha l'*onere* (in senso tecnico) di rispettare la conformazione organizzativa richiesta dal legislatore, ossia formalizzata mediante la determinazione degli elementi della fattispecie legale soggettiva.

Nella direzione di analisi indicata dal sistema normativo di riconoscimento della soggettività giuridica, conserva ragioni di significativa attualità l'esito teorico-generale per cui il «soggetto giuridico è una fattispecie» [33] Intendere la soggettività giuridica metaindividuale come fattispecie legale rende visibile, infatti, la effettiva funzione costituzionale del sistema normativo del riconoscimento. Tale sistema realizza una tecnica di uguaglianza formale (normatività) che custodisce il primato dell'autonomia privata, e con questo quello della capacità giuridica, nella concreta costruzione degli elementi selezionati dalla fattispecie legale come necessari e sufficienti per la sussunzione che conduce al riconoscimento della soggettività metaindividuale.

---

[31] F. Galgano, *Sull'ammissibilità di una fondazione non riconosciuta*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1963, 172 ss.; F. Di Ciommo, *Sulle fondazioni non riconosciute*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 348 ss.

[32] Si v. A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, Giuffrè, 1939, 69.

[33] A. Falzea, *op. cit.*, 39.



Tuttavia, per risolvere il problema ermeneutico sollevato dalla formula 'ente di carattere privato' che viene utilizzata nel CTS (art. 4), occorre sottolineare come tale formula – come quella che era contenuta nell'art. 12 cod. civ. – affidi all'osservatore solo una *categoria dogmatica*, non una *categoria normativa*. Vuol dirsi che la formula 'ente di carattere privato' non descrive una fattispecie soggettiva legale e, quindi, non può individuare la premessa maggiore della qualificazione normativa di carattere sussuntivo che organizza il riconoscimento della soggettività metaindividuale. Non assicura, detto in altri termini, il funzionamento del sistema normativo di riconoscimento della soggettività metaindividuale *oltre* i tipi legali disciplinati, oltre le fattispecie legali soggettive specifiche: associazione, società, fondazione e comitati [34].

Tale ultima considerazione giustifica la necessità di individuare una fattispecie soggettiva di fonte legale (anche implicita) che riconosca come soggetto l'ente che non sia riconducibile ad uno dei tipi legali; ossia che stabilisca gli oneri conformativi necessari e sufficienti per acquisire, in via di normatività, la soggettività metaindividuale. Una norma che assicuri il funzionamento del sistema normativo di riconoscimento della soggettività metaindividuale in conformità all'assetto aperto (non selettivo) e dinamico del pluralismo accolto dalla Costituzione e dunque nell'effettivo rispetto del principio *dell'atipicità dei soggetti privati costituzionali*.

Atipicità soggettiva che è, peraltro, necessaria nel CTS anche per compensare la tendenziale connotazione neocorporativa della disciplina (arg. ex artt. 55, 56 e 57 CTS) che organizza la distribuzione delle risorse pubbliche selezionando gli interlocutori privati degli enti pubblici [35]. *Se*, infatti, solo gli enti del terzo settore sono i soggetti abilitati ad accedere alle forme di sostegno riconosciute dallo Stato all'iniziativa privata (pluralismo assistito); *se*, in altri termini, solo gli enti registrati possono partecipare alla strategia di investimento sociale attivata dallo Stato – solo l'atipicità degli enti potrà garantire il primato dell'autonomia privata e dell'uguaglianza di capacità nella costruzione delle condizioni soggettive antagoniste che assicurano il funzionamento (conflittuale) del pluralismo.

11. – Il discorso svolto ha già chiarito il senso e la misura in cui è possibile riconoscere nella soggettività metaindividuale di diritto privato una *infrastruttura* della democrazia pluralista.

A tal riguardo, occorre adesso solo ricordare come le più evolute dottrine del pluralismo giuridico avevano avviato e sollecitato una "rilettura" delle categorie dogmatiche e normative del diritto privato orientata, *da un lato*, alla elaborazione di una più complessa razionalità sistematica edificata sul rapporto di reciproca interferenza esegetica tra Costituzione e Codice civile; *dall'altro* e più in particolare, alla estensione della dottrina della pluralità degli ordinamenti oltre il superamento della identificazione tra Stato e diritto, sino a ricostruire un diverso modello di sovranità articolato non solo sui diritti inviolabili del singolo ma anche sulla garanzia costituzionale delle formazioni sociali come limiti al potere dello Stato [36].

In quelle ricostruzioni, la soggettività metaindividuale veniva riconosciuta come categoria sistematica – una struttura concettuale che racchiude il sapere ermeneutico elaborato dalla dogmatica – movendo dal sindacato (art. 39 Cost.) e dal partito politico (art. 49 Cost.) quali fenomenologie della funzione infrastrutturale affidata dalla Costituzione al diritto privato.

---

[34] Ma v. M.V. De Giorgi, *Tra legge e leggenda: la categoria ente nel diritto delle associazioni*, ora in *Enti del Primo libro e Terzo settore*, cit., 141 ss.

[35] Cfr. M. Renna, *Associazioni di promozione sociale ed enti filantropici nello sviluppo del Terzo settore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 503 ss. Sul concetto di neocorporativismo v. P. Ridola, *op. cit.*, 178. Cfr. Corte cost. 15 marzo 2022, n. 72.

[36] Cfr. P. Rescigno, *Introduzione al Codice civile*, Laterza, Roma-Bari, 1992, 17 ss.



Il principio pluralista (art. 2 Cost.) organizza la democrazia riconoscendo l'autonomia privata, attraverso la eguale capacità giuridica (art. 1 cod. civ.) e la pari dignità sociale delle persone fisiche, come contenuto di una libertà di scelta che non si esaurisce nell'attivazione delle forme giuridiche – si pensi ad esempio al contratto, ai diritti reali, all'impresa e alla famiglia – costitutive e conformative dei rapporti economici e personali.

La Costituzione mobilita il diritto privato come tecnica giuridica per realizzare una forma di Stato che affida alle libertà associative, dunque all'autonomia privata, il *compito pubblico* di costruire le articolazioni sociali e le figure soggettive funzionali alla *diffusione* della effettiva partecipazione dei singoli – soggetti con uguale capacità giuridica – all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Un esito sistematico, quello appena evocato, confermato e persino rinforzato dal comma 4 dell'art. 118 Cost., ossia da una disposizione che convoca il "principio di sussidiarietà" per organizzare lo svolgimento delle attività di interesse generale secondo un modello istituzionale in cui il diritto privato si colloca accanto al diritto pubblico come *autonoma* infrastruttura dell'integrazione tra Stato e società civile, che caratterizza le democrazie pluraliste rispetto alle più risalenti tradizioni liberali.

Il discorso ancora da svolgere non può insistere oltre sulla funzione infrastrutturale della soggettività metaindividuale di diritto privato, né assecondare la suggestiva direzione di analisi dogmatica che tale funzione indica all'interprete con riguardo al ridimensionamento, se non al superamento, della distinzione tra interesse particolare (individuale o collettivo) e interesse generale – non in assoluto ma – come indice della diversa ed autonoma razionalità sistematica del diritto privato rispetto al diritto pubblico [37] Se mai, ma si tratta di un'ipotesi che deve rimanere sullo sfondo, è la disponibilità dell'interesse (senza aggettivi) – intesa come categoria da meditare con riguardo alla (eguale) capacità giuridica e non come formula che custodisce un'intrinseca essenza dell'interesse – che può individuare il principio di razionalità ordinante del diritto privato.

12. – Adesso occorre almeno sottolineare come la funzionalizzazione della soggettività metaindividuale di diritto privato alla edificazione della democrazia pluralista riveli all'interprete l'urgenza di una riflessione sistematica meno sbrigativa di quella che continua a distinguere il diritto pubblico dal diritto privato movendo dalla concezione liberale della relazione tra interesse generale e diritto pubblico, ossia dal principio dogmatico per cui il perseguimento del bene comune sia solo un compito dello Stato. Se, infatti, *a)* è generale l'interesse al perseguimento del bene comune e *b)* tale compito pubblico è di competenza esclusiva dello Stato, ne deriva che *c)* la relazione tra interesse generale e diritto pubblico custodisce e formalizza un valore (politico e) istituzionale assoluto e necessario. Le democrazie pluraliste, al contrario, escludono il monopolio statale nell'individuazione e nel perseguimento del bene comune e fissano le condizioni di legalità costituzionale per l'autonoma attivazione di processi sociali nell'interesse generale che utilizzano le forme del diritto privato e, in particolare, la soggettività metaindividuale.

In realtà, è proprio il compito pubblico del diritto privato a rivelare la più intima essenza della democrazia pluralista: il superamento del monopolio statale nella *selezione* e nella *gestione* dell'interesse generale che caratterizza, invece, le democrazie liberali.

Un modello organizzativo della sovranità che, nei limiti della legalità costituzionale estesa alle norme in-

[37] Ma cfr. la diversa impostazione che viene accolta e tramandata con la formula diritto comune, F. GALGANO, *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, II ed., 1999, 43 s.; v. inoltre P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, cit., 55.



terposte, affida la selezione dell'interesse generale, del «bene comune» (cfr. art. 1, CTS), sia alla decisione politica sia alla decisione sociale [38] Un modello che riconosce ai soggetti del diritto privato non solo il potere di organizzare *la* (o di partecipare *alla*) gestione dell'interesse generale selezionato (tipizzato) dalla scelta politica formalizzata dal legislatore costituzionale o ordinario, ma anche il potere di organizzare processi di legittimazione sociale della scelta che individua un'attività di interesse generale e che mobilita forme giuridiche di cooperazione per la sua realizzazione (arg. *ex* art. 18 e art. 118, comma 4 Cost.). Il contratto (con comunione di scopo) e la soggettività metaindividuale sono tecniche di gestione dell'interesse generale 'atipico', anche di quello selezionato nel segno del dissenso, o persino del conflitto, rispetto alla scelta politica prevalente.

Un modello di sovranità diffusa, quello appena evocato, che non rinuncia alla possibile prevalenza della scelta politica formalizzata dal legislatore rispetto alla scelta sociale e che, quindi, individua il limite della libertà associativa (art. 18, Cost.) e che, d'altro canto, riconosce il "principio di sussidiarietà" con riguardo allo "svolgimento" e non all'individuazione delle attività di interesse generale (art. 118, comma 4 Cost.). La (possibile) atipicità dell'interesse generale non deriva da un limite costituzionale al potere del legislatore.

13. – In punto di analisi teorico-generale, si tratta di una vicenda giuridica e culturale che può essere adesso solo ricordata in termini di progressiva emancipazione del discorso giuridico dalla "necessità" logico-argomentativa della categoria dell'*interesse collettivo*. Un dispositivo dogmatico che la riflessione sul diritto sindacale post-corporativo aveva raccolto e rielaborato, in realtà, per assecondare un'esigenza di coerenza sistematica avvertita dall'interprete con riguardo alla divergenza tra funzione pubblica e natura privatistica del sindacato [39].

Nella successiva riflessione, l'interesse collettivo viene costruito, anche osservando la concreta esperienza giuridica, come fenomenologia dell'interesse individuale che l'interprete utilizza per sostenere un processo epistemologico in cui le categorie dogmatiche sono utilizzate per gestire le differenze tra le forme e le tecniche di tutela giurisdizionale del diritto privato e quelle del diritto pubblico. Un'operazione culturale che cercava di costruire soluzioni applicative disponibili ad accogliere istanze di piena ed effettiva tutela giurisdizionale in un contesto sistematico ancora caratterizzato nel senso della irrisarcibilità del danno da lesione dell'interesse legittimo, e ancora lontano sia dall'acquisizione del principio di atipicità delle forme di tutela sia dal riconoscimento delle azioni collettive (art. 840-*bis* e art. 840-*sexiesdecies* cod. proc. civ.) [40] Una evoluzione assai istruttiva che, tuttavia, deve rimanere sullo sfondo; adesso occorre solo sottolineare come l'interesse collettivo abbia un'origine concettuale di tipo induttivo che riconosce in un fatto (anche, non solo, negoziale) la fonte di una serie di bisogni individuali che il contratto o la soggettivizzazione possono orga-

[38] Cfr. a riguardo A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 57 ss. Ma si v. P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem – Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Athenäum, Bad Homburg,1970, 22; 87-95; 214; 468-498; 499-507. Per alcuni spunti v. S. LA PORTA, *op. cit.*, 55 ss. e 64 ss.

[39] Si v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1949, 138 ss. 142. Sull'interesse collettivo v. M. CRESTI, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Giuffrè, Milano, 1992, 42 ss., 47 ss.; cfr. inoltre la scrupolosa ricostruzione di N. RUMINE, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Pacini, Pisa, 2022, 17 ss. e 51 ss.

[40] Cfr. N. RUMINE, *op. cit.*, 54 (anche nota 138); v. inoltre I. PAGNI, *L'atipicità delle azioni tra interessi rilevanti e diritto ad un rimedio effettivo: considerazioni a margine del brocardo ubi ius, ibi remedium (e un cenno alle nuove azioni collettive)*, in *Judicium*, 13 gennaio 2022.



nizzare come interesse comune a più parti o come *sintesi* ("combinazione") unitaria generata dall'esercizio della libertà associativa [41]; ovvero che possono rimanere e rilevare solo come interessi diffusi in una determinata formazione sociale (anche occasionale).

L'interesse collettivo, inteso come categoria dogmatica collocata – accanto all'interesse *individuale* – in quella di interesse *particolare* che si contrappone all'interesse *generale*, ha svolto una funzione euristica di protezione e di conservazione della distinzione tra interesse privato e interesse generale. In particolare, ha custodito e conservato il valore sistematico del criterio che già organizzava la dicotomia "diritto pubblico – diritto privato", ed è riuscito altresì a garantire la legittimazione teorica e tecnica del diritto privato come forma giuridica costruttiva del sistema pluralista.

Resta, tuttavia, una fenomenologia teorica ancora legata, o in larga parte influenzata, dalla identificazione di matrice liberale tra compito pubblico, bene comune (interesse generale) ed esclusiva, necessaria competenza dello Stato [42]. Una direzione di analisi che tende a riconoscere nella garanzia costituzionale del sindacato e del partito politico più una specificità che l'indice sistematico di una più estesa ed articolata funzione infrastrutturale del diritto privato.

La formula "interesse collettivo" racchiude ed evoca un'evoluzione teorica utile anche per comprendere gli iniziali timori, le difficoltà e i pregiudizi ideologici che assecondavano letture della Costituzione inclini a sottovalutare il carattere non selettivo e dinamico del pluralismo che emergeva, invece, dall'art. 18 in relazione agli scopi e che, dunque, già includeva la possibilità che i cittadini si associassero per "fini" di interesse generale autodeterminati e legittimati per decisione sociale. Un atteggiamento culturale che sembra confermato, ma con riguardo ad interessi generali tipizzati dalla scelta politica formalizzata mediante la norma di rango costituzionale, dal modesto valore sistematico – non certo tecnico – riconosciuto all'art. 33 Cost. laddove si garantisce ad "enti e privati" il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione "senza oneri per lo Stato" ed all'art. 38, ult. comma.

14. – La funzione infrastrutturale che la Costituzione della democrazia pluralista affida alla soggettività metaindividuale di diritto privato rivela, dunque, le insidie e i limiti culturali delle impostazioni che continuano ad assecondare le suggestive simmetrie sistematiche edificate sulla relazione, percepita dall'interprete come assoluta ed esclusiva, tra interesse generale al perseguimento del bene comune e diritto pubblico. Il principio costituzionale pluralista organizza la sovranità nel rispetto dei limiti che la complessità sociale impone alla rappresentanza politica e utilizza la soggettività metaindividuale di diritto privato come tecnica giuridica che garantisce l'inclusione e la conflittuale partecipazione della società civile nel funzionamento delle istituzioni statali (società politica) [43]

Tuttavia, l'analisi funzionale della soggettività metaindividuale rivela un contenuto tecnico ed un valore sistematico più estesi. Non si esaurisce nella individuazione della infrastruttura giuridica che in concreto abilita il diritto privato alla costruzione del pluralismo *delle* istituzioni e del pluralismo *nelle* istituzioni [44].

---

[41] Non più come somma o serie di interessi individuali cfr. R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Jovene, Napoli, 2008, *passim*, 54 ss., 60 ss., 101 ss.

[42] Cfr. A. HELLGARDt, *Regulierung und Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, 233-236, 239-246; H. SCHWEITZER, *Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung*, in *AcP*, 2020, 544 ss., 560 ss.

[43] Cfr. G. BERTI, *Interessi senza struttura*, in *Studi in onore di A. Amorth*, Giuffrè, Milano, Vol. I, 1982, 67 ss.

[44] Cfr. P. RIDOLA, *op. cit.,* 266 e nota 291.



Infatti, la soggettività metaindividuale è la categoria sistematica che ha attivato e orientato la strategia ermeneutica di progressivo adeguamento della funzione rimediale del diritto privato alla Costituzione e, in particolare, alla relazione tra democrazia pluralista e giurisdizione. Una struttura di senso giuridico disponibile ad accogliere e riprodurre nel processo civile la complessità ed il conflitto sociali e, quindi, a superare i limiti che la concezione liberale dell'organizzazione sociale imponeva alla funzione rimediale del diritto privato, da un lato, attraverso la esclusiva distinzione tra interessi *differenziati* (individuali) e interessi *generali* (pubblici); dall'altro, riconoscendo nel diritto soggettivo il fondamento ed il limite della sovranità esercitata dallo Stato in forma di controllo giudiziale attivato dall'iniziativa processuale individuale (azione).

L'evoluzione istituzionale e politica scandita dalla progressiva affermazione di modelli rimediali collettivi elaborati mediante "l'uso alternativo" delle tradizionali tecniche individuali della tutela civile, è stata avviata e in larga parte realizzata dalla soggettività metaindividuale *nel* rapporto giuridico processuale.

In tal modo, la tecnica della soggettività giuridica ha attivato la giurisdizione (*anche*) come modalità di legittimazione democratica di interessi e bisogni di tutela diversa dalla rappresentanza politica funzionale alla mediazione legislativa tra fatto e norma giuridica; ed ha, in particolare, realizzato forme di controllo sociale (di legalità) dell'esercizio del potere privato e del potere pubblico emancipate dall'imputazione della situazione giuridica e dalla esclusiva corrispondenza tra l'interesse individuale dell'attore e quello del convenuto.

Una forma di mediazione giuridica tra società civile e istituzioni statali (società politica) destinata ad accogliere e proteggere interessi organizzati ma non imputabili a soggetti individuali o collettivi e che, proprio attraverso la trasparenza istituzionale della giurisdizione, può assicurare visibilità e legittimazione sociale a bisogni di protezione che la logica rimediale individualistica delle democrazie liberali – ossia quella edificata solo sull'imputazione dell'interesse – condannerebbe al silenzio ed all'irrilevanza [45].

A riguardo è necessario sottolineare subito che, in relazione alla funzione rimediale del diritto privato, la soggettività metaindividuale può rivelare un contenuto tecnico ulteriore rispetto a quello individuato con il riferimento all'organizzazione della produzione dell'azione ed all'organizzazione dell'imputazione dell'azione e dei suoi effetti [46] La categoria sistematica custodisce una struttura di senso che riesce ad assumere nella dinamica giuridica una identità funzionale ancora più estesa di quella che l'osservatore può percepire osservando il modello offerto dai tipi di società commerciale. La soggettività metaindividuale può essere costituita, infatti, secondo modelli causali diversi in ragione della rilevanza finale o solo strumentale dell'imputazione.

Quando è l'*imputazione* a giustificare la costruzione della soggettività metaindividuale, la funzione rimediale del diritto privato continua a manifestarsi nel rapporto giuridico processuale secondo lo schema individualistico tradizionale. In tal caso, la tecnica della soggettività viene mobilitata dall'autonomia privata non solo per istituire e conservare, con riguardo alla produzione ed alla gestione dell'attività, un assetto del potere decisionale edificato sulla (tendenziale) corrispondenza tra soggetti organizzati e organizzazione soggettivizzata. Viene utilizzata altresì per *differenziare* – mediante l'imputazione – la posizione giuridica di potere e di responsabilità dei soggetti organizzati rispetto a beni, utilità o valori economici suscettibili di appropriazione o di fruizione individuali.

Laddove invece la soggettività metaindividuale venga mobilitata per attivare processi di legittimazione

[45] Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, 171 ss.
[46] Si v. P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1976, 128 ss.



sociale, l'imputazione rileva solo come strumento di una strategia istituzionale elaborata e realizzata dall'autonomia privata. L'imputazione è funzionale alla *rappresentazione* di un interesse selezionato, dall'autonomia privata o dalla mediazione legislativa, come rilevante e meritevole di protezione *solo* in quanto principio organizzativo di una comunità (arg. *ex* art. 2601 c.c.; art. 28 Statuto dei lavoratori) o elemento di aggregazione che sollecita e orienta l'azione o il controllo sociali (arg. *ex* art. 118, comma 4, Cost.). In tal caso, la soggettività metaindividuale serve a rappresentare (manifestare), non a differenziare (imputare), situazioni di bisogno o condizioni esistenziali nel rapporto giuridico processuale; e la funzione rimediale del diritto privato assume rilevanza anche come modalità conformativa del rapporto tra giurisdizione e democrazia pluralista.

15. – Nel sistema originario del Codice civile, anche la funzione rimediale del diritto privato viene affidata dal legislatore storico a schemi normativi e apparati concettuali ispirati all'individualismo liberale. Prevale, nelle ragioni politiche che orientano le scelte normative, l'idea che il bene comune – l'interesse generale – debba essere realizzato, in misura prevalente ancorché non esclusiva, attraverso le iniziative individuali [47].

Tuttavia, l'intenzione di elaborare fattispecie normative che assicurino rilevanza rimediale *solo* al bisogno di tutela individuale, ossia che condizionino il funzionamento del rimedio all'imputazione (imputabilità) dell'interesse meritevole ad un soggetto determinato, non ha impedito all'interprete di sviluppare una strategia ermeneutica orientata alla ricostruzione di una sistematica delle forme e delle tecniche di tutela del diritto privato adeguata alla legalità costituzionale estesa alle norme interposte (principio di effettività).

Il discorso, a riguardo, deve limitarsi a segnalare gli esiti acquisiti dall'interprete utilizzando, nella mediazione epistemologica attivata dal sapere dogmatico, il concetto di soggettività metaindividuale come categoria sistematica.

Occorre muovere dalla considerazione generale che la realizzazione della funzione rimediale del diritto privato è subordinata all'attivazione di tecniche di tutela dell'interesse riconosciuto meritevole di protezione in base ad un *criterio oggettivo* di valore giuridico riconducibile alla scelta del legislatore o all'autonomia privata. Nondimeno, ed è questo l'aspetto che adesso deve essere considerato, la concreta rilevanza di un interesse meritevole (in astratto) di protezione dipende, altresì, dalla sua imputazione ad un soggetto.

Se, dunque, il funzionamento rimediale del diritto privato presuppone la capacità giuridica – la soggettività – come condizione abilitante all'imputazione, può ritenersi che la rilevanza dell'interesse meritevole di tutela sia riconosciuta *anche* in base ad un *criterio soggettivo* del valore giuridico (capacità-imputazione).

La necessità e l'*in*sufficienza della oggettiva rilevanza giuridica di un interesse trova ragione di indiretta conferma anche nelle riflessioni sulla legittimazione processuale *periorganica* – ossia una legittimazione processuale né in nome proprio né in nome altrui – che analizzano e rimeditano il rapporto tra soggetto e tutela giurisdizionale nel segno della costruzione di un processo civile emancipato dall'imputazione al soggetto come indice di appartenenza (titolarità) dell'interesse e fonte del potere di agire in nome proprio o in nome altrui (legittimazione ad agire). Un modello processuale non rappresentativo, elaborato proprio per giustificare l'attivazione – da parte del gestore di un patrimonio – di tecniche rimediali funzionali solo alla prote-

[47] Si v., la ricostruzione di L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, 45 ss., 77 ss. e 90 ss.



zione di un interesse *del patrimonio* e, dunque, né imputabile al *soggetto* titolare del patrimonio né ad altri soggetti [48].

Osservata attraverso le forme e le tecniche di tutela del diritto privato, la soggettività metaindividuale costruisce un ulteriore soggetto della funzione di giustizia [49] e, in tal modo, estende *oltre* la persona fisica la possibilità dell'imputazione e, quindi, della dinamica giuridica attivata dalle tecniche di tutela del diritto privato. Peraltro, ma si tratta di un aspetto che può essere adesso solo evocato, è proprio con riguardo a questa funzione della soggettività metaindividuale che acquista significativo valore sistematico la critica alla teoria della finzione che veniva manifestata affermando che la personalità degli enti collettivi estende la categoria dei soggetti giuridici, e non quella dei soggetti umani [50].

La progressiva acquisizione, ermeneutica e legislativa, della tutela collettiva come categoria sistematica elaborata utilizzando una concezione del principio di effettività più evoluta di quella che (ancora) caratterizza la tutela individuale, emancipa le tecniche rimediali del diritto privato dalla *assoluta* necessità logica e tecnica del criterio soggettivo del valore giuridico. La capacità giuridica degli enti di diritto privato assicura la condizione soggettiva di rilevanza rimediale dell'interesse, quello selezionato come meritevole di protezione in base al criterio oggettivo, oltre il limite dell'imputazione al soggetto giuridico. Estende, quindi, la rilevanza rimediale (di diritto privato) agli interessi generali, ossia agli interessi che possono essere solo rappresentati (manifestati) dal soggetto metaindividuale e la cui considerazione giuridica non è subordinata, come per gli interessi individuali e collettivi, all'imputazione (imputabilità).

16. – Un'evoluzione che, in realtà, non dimostra la coerente continuità di una consapevole strategia istituzionale. Infatti, in una prima fase, tutela individuale e tutela collettiva dissimulano strategie argomentative che in misura significativa, e secondo percezioni teoriche assai diverse, utilizzano la soggettività metaindividuale per trasformare la *logica* dell'imputazione in *principio* di razionalità ordinante del sistema rimediale di diritto privato [51].

A riguardo, il discorso deve limitarsi a sottolineare come tali categorie abbiano accolto e trasmesso l'alternativa sostanziale tra interesse particolare e interesse generale che organizzava, e nelle percezioni prevalenti ancora organizza, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

Un'operazione culturale che tenta di ricondurre l'ermeneutica orientata alla legalità costituzionale estesa alle norme interposte (art. 24 Cost.; artt. 6 TUE e artt. 6 e 13 CEDU) nella logica dell'imputazione; e che, in tal modo, immagina di proteggere e conservare, anche con riguardo alla tutela collettiva, la coerenza epistemologica dello schema argomentativo che riconduce l'interesse particolare (individuale o collettivo) al diritto privato e l'interesse generale al diritto pubblico.

L'interesse collettivo presuppone gli interessi individuali e, attraverso questi, l'imputabilità del bisogno a soggetti determinati o determinabili in base al contratto o in base a criteri legali che possono far riferimento alla categoria professionale (arg. *ex* art. 2601 c.c.), oppure a fatti biologici, biografici, status, condizioni personali o sociali. L'interesse generale rileva, invece, solo in ragione dell'oggetto (ad es. ambiente, istruzione, assistenza, funzionamento del mercato) non del soggetto del bisogno, ed è quindi emancipato non solo dal-

[48] Si v. L. GALANTI, *Processo senza soggetti*, cit., 387, 390 e 394 ss.
[49] V. L. GALANTI, *op. cit.,* 6.
[50] Si v. A. FALZEA, *op. cit.,* 64.
[51] Si v., ad esempio, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, II ed., 1993, 32 ss.



l'imputazione (imputabilità), ma persino dall'attualità ontologica del soggetto (l'esistenza di un soggetto) e, quindi, può rilevare anche per le generazioni future.

La soggettività metaindividuale aggrega [52], ma nel senso dell'unitaria imputazione, gli interessi individuali convergenti nella direzione teleologica indicata dallo scopo dell'organizzazione e, quindi, realizza una forma di integrazione diversa da quella ottenuta mediante il contratto con comunione di scopo che non incide, invece, sull'imputazione individuale dei poteri e dei doveri ai soggetti-parte del contratto. Tuttavia, l'alternativa tra *soggetto* metaindividuale e c*ontratto* con comunione di scopo si risolve in una diversa struttura dell'imputazione dell'interesse, ma presuppone *sempre* la soggettività (individuale o metaindividuale) come tecnica di imputazione dell'interesse protetto.

Ricostruiti come interessi individuali organizzati dalla soggettività metaindividuale, gli interessi collettivi sono stati attivati nella dinamica giuridica, non solo quella rimediale, con il meccanismo della rappresentanza (indiretta) di diritto privato. Una ricostruzione assai consolidata che ha utilizzato, ancorché con diversità di impostazioni e di sensibilità culturali, il modello giuridico del mandato per elaborare e proteggere [53] una strategia di funzionalizzazione dell'organizzazione dell'interesse collettivo (solo) *agli* interessi individuali organizzati. Un modello che presuppone e regola sempre un fatto di imputazione da ricondurre alla logica individualistica della rappresentanza: quella che è caratterizzata dalla individuazione (individuabilità) del soggetto rappresentato e che l'osservatore utilizza per confermare l'integrità del valore sistematico da riconoscere alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

È infatti l'assenza del rappresentato – ossia del centro di imputazione dell'interesse individuale – che caratterizza la rappresentazione dell'interesse generale come fatto politico-istituzionale, distinguendola dalla rappresentanza come forma di esercizio della capacità giuridica e dell'autonomia negoziale del singolo o del gruppo quali soggetti rappresentati [54].

Persino la complessa vicenda culturale e ideologica che ha accompagnato la riflessione sulla personalità giuridica come limitazione della responsabilità patrimoniale dei singoli e sulla possibilità e le condizioni tecniche del suo superamento, solleva interrogativi ed argomenta soluzioni rimediali in relazione al fatto di imputazione che identifica, attraverso la soggettività metaindividuale, il senso della contrapposizione tra autonomia patrimoniale perfetta e imperfetta.

La soggettività metaindividuale può assicurare anche la rilevanza rimediale metatemporale di un interesse individuale formalizzato come interesse di un patrimonio. Ossia di un interesse che si manifesta e si concretizza mediante un vincolo di destinazione del patrimonio ad uno scopo; vincolo che riesce ad emanciparsi dal limite ontologico naturale o formale imposto dal tempo. Vuol dirsi, in particolare, che la fondazione può realizzare persino la perpetuazione dell'interesse del fondatore alla destinazione del patrimonio allo scopo.

17. – Il discorso sulla funzione rimediale del diritto privato non può adesso soffermarsi sulla tutela individuale dell'interesse generale, ossia sulle ipotesi in cui la difesa della proprietà o i rimedi contrattuali o, ancora, la protezione dell'impresa attivati dal singolo riescono a tutelare, in via solo mediata o riflessa, anche interessi generali [55]. Ipotesi in cui, a voler esemplificare, la disciplina delle immissioni o quella degli atti

[52] Cfr. M. LÜDEKING, *Der gemeinsame Zweck in §705 BGB*, in *AcP*, 2020, 303 ss., 323 ss.

[53] Cfr. ad esempio, G. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618 ss.

[54] Si v. P. RESCIGNO, *La «Rappresentazione nella democrazia» di G. Leibholz*, in *Persona e comunità*, vol. III, cit., 21 ss., 35.

[55] Cfr. Cass. 2 luglio 2021, n. 18810 e Corte EDU, 14 ottobre 2021 n. 75031.



emulativi o la tutela risarcitoria o l'abuso del diritto vengano mobilitati per tutelare l'interesse individuale alla protezione dell'ambiente, delle biodiversità o degli ecosistemi secondo un modello ragguagliabile – solo per struttura non certo per contenuto tecnico – a quello consueto nella riflessione sulla tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e come interesse collettivo.

Deve, in altri termini, rimanere ai margini della riflessione la considerazione della concorrenza, coincidenza, o dell'interferenza di interessi generali e di interessi particolari, individuali e di gruppo, nella disciplina dei rapporti sociali. Una direzione di analisi che pure potrebbe contribuire a ridimensionare il valore sistematico della distinzione tra interessi, almeno nel senso che le qualificazioni come individuale, collettivo o generale, se riferite all'interesse inteso come bisogno riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico, non rivelano né custodiscono un'identità sostanziale. Non descrivono un contenuto da ricondurre all'alternativa sostanziale scandita dal riferimento al *bonum commune* (utilità sociale) o al *bonum privatum* (utilità privata). Rivelano solo la misura – non l'*an*, né il *quomodo* – del riconoscimento dell'interesse come meritevole di protezione in base al criterio dell'imputazione [56].

La rilevanza *particolare* (individuale o collettiva) dell'interesse è limitata dalla necessità dell'esistenza antecedente del soggetto fisico (persona) o metaindividuale dell'imputazione. Al contrario, la rilevanza *generale* dell'interesse riconosciuto meritevole di tutela non presuppone l'imputazione. Il bisogno viene tutelato come contenuto dello statuto giuridico della *persona* in base ad un meccanismo di uguaglianza formale e, quindi, costruisce non presuppone la capacità giuridica.

L'interesse individuale che coincide con l'interesse generale, o lo incontra, assume rilevanza rimediale *solo* nei limiti dell'imputazione di una situazione giuridica soggettiva. Paradigmatico, a riguardo, il modello logico e concettuale rintracciabile nella relazione tra diritto soggettivo e danno ingiusto [57].

In tale direzione di analisi, occorre adesso insistere proprio sulla considerazione che il soggetto metaindividuale può essere il centro di imputazione di un interesse (particolare), ma può anche attivare la funzione rimediale del diritto privato utilizzando una tecnica diversa dall'imputazione.

Nella concreta esperienza emergono, da tempo e con crescente frequenza, ipotesi in cui il legislatore utilizza la capacità giuridica metaindividuale anche in funzione di rappresentazione e di attivazione di un interesse generale. Un interesse che l'ordinamento giuridico riconosce come meritevole di protezione solo in ragione del suo contenuto (criterio oggettivo di rilevanza) e che anche il diritto privato può raggiungere mediante una tecnica di *entificazione* affidata all'autonoma iniziativa dei «cittadini (…) associati» quale indice sufficiente del valore giuridico. Un criterio del valore giuridico alternativo rispetto all'imputazione ed alla logica dell'appartenenza individuale del bisogno di protezione.

La rilevanza giuridica rimediale dell'interesse generale è assicurata dalla costruzione di una articolazione sociale organizzata in forma di soggetto che funziona come *mezzo*, come strumento tecnico, per la rappresentazione unitaria e, quindi, per assicurare l'effettiva esistenza rimediale dell'interesse che resta non identificabile per imputazione.

A tal fine può essere utilizzata, dal legislatore, non solo una tecnica di diritto pubblico ma anche una tecnica di diritto privato. In particolare, quella affidata all'eguale capacità giuridica individuale di esercitare l'autonomia privata garantita dalla Costituzione nel senso della costruzione di strutture organizzative che at-

---

[56] Cfr. J. Croon-Gestefeld, *Gemeininteressen im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, 3 ss., 58 ss., 131 ss. Cfr. inoltre A. Hellgardt, V. Jouannaud, *Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht*, in *AcP*, 2022, 163 ss.

[57] Cfr. L. Nivarra, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Prolegomeni*, Giappichelli, Torino, 2018, 24 ss., 55 ss. e 62 ss.; M. Bussani, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 20222, 64 ss., 273 ss.



tivano il sistema normativo di soggettivizzazione. In tal modo, la soggettività metaindividuale di diritto privato predispone l'antecedente necessario del *private enforcement* di un interesse generale.

Proprio quest'ultimo riferimento suggerisce di sottolineare altresì che la soggettività metaindividuale, con la rappresentazione dell'interesse generale, assicura anche la condizione giuridica rimediale della situazione antagonista [58] Il riferimento alla legittimazione processuale passiva aiuta a comprendere una funzione rimediale 'inversa' della soggettività metaindividuale: quella che esclude la possibilità che esistano ambiti di immunità generati dall'assenza di una capacità di legittimazione soggettiva che assicuri l'effettiva azionabilità del dovere. La tutela giurisdizionale degli interessi generali inerenti, ad esempio, all'ambiente, alla biodiversità, agli ecosistemi, al buon funzionamento del mercato e alla sostenibilità della spesa sociale (pensioni, assistenza, sanità), interessi che oltrepassano le singole vicende esistenziali e che coinvolgono persino le future generazioni, ha bisogno della soggettività metaindividuale anche come destinatario della specifica domanda di protezione. D'altro canto, anche la garanzia dei diritti inviolabili riconosciuti all'uomo nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.) riceve occasione di più effettiva realizzazione rimediale solo se la formazione sociale è qualificata come autonomo soggetto di diritto.

18. – Il riferimento al *private enforcement* degli interessi generali dovrebbe essere ripreso e approfondito anche per analizzare la soggettività metaindividuale come tecnica giuridica che contribuisce alla realizzazione della funzione regolatoria del diritto privato. Una linea di ricerca trascurata che, per certi aspetti, coinvolge ancora la funzione rimediale del diritto privato ed a cui, adesso, è possibile solo accennare [59].

Attraverso la soggettività metaindividuale, questo il senso complessivo della riflessione, il diritto privato può 'orientare' le scelte personali o negoziali, lo svolgimento di attività economiche e i processi di allocazione delle risorse pubbliche nella direzione teleologica indicata dagli scopi di interesse generale selezionati dalla Costituzione e dalle norme interposte. La funzione regolatoria mobilita il sistema rimediale del diritto privato in un senso diverso da quello che caratterizza la protezione degli interessi particolari o generali. Le tutele invalidative, risarcitorie e inibitorie sono solo – o in prevalenza – un *mezzo* per la realizzazione delle *finalità* costituzionali selezionate dalla scelta politica del legislatore nazionale o europeo come prevalenti in una determinata situazione storica (diritto privato politico).

Tuttavia, la funzione regolatoria del diritto privato può essere realizzata anche mediante tecniche giuridiche *diverse* da quelle predisposte per la tutela degli interessi individuali o collettivi. Il legislatore nazionale o europeo, per realizzare funzioni regolatorie, può ricorrere alle tecniche del diritto pubblico o a quelle del diritto privato, e può persino scegliere di utilizzarle entrambe. Tra le tecniche del diritto privato che il legislatore può scegliere di utilizzare in funzione regolatoria non vi sono solo quelle conformate secondo il tradizionale schema logico, di ispirazione liberale, del diritto soggettivo e dell'azione processuale esercitata per la sua *protezione*. La soggettività metaindividuale è una tecnica del diritto privato che può essere attivata *anche* secondo il modello concettuale, di ispirazione pluralista, della capacità e dell'autonomia

[58] Istruttivo, a riguardo, il dibattito sull'intelligenza artificiale, cfr., G. BEVIVINO, *Situazioni giuridiche "soggettive" e forme di tutela delle intelligenze artificiali*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, 899 ss.; G FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2022, 1085 ss., G. TEUBNER, *Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten*, in *AcP*, 2018, 155 ss.

[59] Si v. A. HELLGARDT, *Regulierung und Privatrecht*, cit., 50 ss. e 440 ss. Preziosi spunti di riflessione in A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, Il Mulino, 2021, 179 ss., 201 ss. e 239 ss. Si v. altresì C. ATTANASIO, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, ESI, Napoli, 2022, 89 ss. e 119 ss.



privata impegnate nella *partecipazione* ai processi di organizzazione (regolazione) delle relazioni sociali, economiche e politiche.

Di tale articolato e lungo discorso, l'osservatore deve segnalare soprattutto le insidie generate da atteggiamenti culturali che ancora sottovalutano o scelgono di trascurare il valore giuridico e istituzionale generato dal trascorrere da un sistema di democrazia liberale allo Stato costituzionale pluralista. Il riferimento è, in particolare, alla delegittimazione teorico generale e sistematica della soggettività metaindividuale – quella che viene attuata con maggiore o minore consapevolezza mediante la strategia ermeneutica che riduce la soggettività metaindividuale a sintesi di effetti o a particolare assetto dei rapporti individuali – come fenomenologia epistemologica della delegittimazione culturale del diritto privato come tecnica di regolazione sociale [60] Un'operazione ideologica incline a conservare la esclusiva centralità del diritto pubblico (diritto amministrativo) nell'attuazione delle finalità di interesse generale ed a ridimensionare o persino rifiutare l'effettiva rilevanza sistematica della sussidiarietà orizzontale in un sistema di democrazia pluralista.

In realtà, si tratta di una ermeneutica dogmatica estranea alla legalità costituzionale, che viene smentita anche dal CTS (cfr. art. 1 CTS). Una norma, quest'ultima, che registra imbarazzi ermeneutici ragguagliabili, per intensità, a quelli che inducono l'interprete a riconoscere prevalente valore morale ed etico, ma scarso valore giuridico, al riferimento costituzionale all'interesse delle future generazioni (art. 9).

Il CTS formalizza un sistema di allocazione di risorse pubbliche funzionale alla protezione delle condizioni di effettività dello sviluppo della persona secondo una modalità ispirata al principio di sussidiarietà orizzontale. A tal fine mobilita *solo* soggetti giuridici metaindividuali di diritto privato.

19. – La riflessione sulle funzioni della soggettività metaindividuale di diritto privato, sebbene svolta in maniera assai sintetica, circoscrive e chiarisce il contesto sistematico in cui collocare il problema ermeneutico sollevato dalla formula 'altri enti di carattere privato' utilizzata nel CTS (art. 4). È infatti nel *sistema* che l'interprete deve rintracciare l'orizzonte di senso ermeneutico necessario per argomentare la soluzione del *problema*.

L'analisi funzionale rivela l'effettivo valore euristico che la soggettività metaindividuale può generare nella dinamica giuridica, se utilizzata dall'interprete come categoria sistematica ordinante nell'ermeneutica della disciplina legale dell'associazione non riconosciuta. E, in particolare, se mobilitata per la costruzione di una fattispecie legale, implicita e generale, della soggettività metaindividuale.

Un esito, questo, da chiarire subito nel senso che gli altri enti di carattere privato *non* sono da ricondurre al tipo legale dell'associazione. Vuol dirsi che il riferimento alla associazione non riconosciuta circoscrive la disciplina da cui è possibile ricavare, in via ermeneutica, la fattispecie legale implicita ma generale che fissa i contenuti conformativi, *minimi e sufficienti*, che l'autonomia privata ha l'*onere* di rispettare se vuole attivare la sussunzione, quella che genera il riconoscimento normativo della soggettività giuridica (effetto legale), anche nelle ipotesi in cui il fatto costitutivo *non* sia riconducibile ai *tipi legali di soggettività* che hanno una disciplina organizzativa particolare [61].

Si tratta di una fattispecie generale che, qualificando in via sussuntiva il fatto di organizzazione, riconosce – in base ad un meccanismo di uguaglianza formale – la soggettività metaindividuale dell'ente del Terzo set-

[60] Paradigmatico, in tal senso, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, 47 ss. e 67 ss.

[61] Per uno spunto in tal senso v. Cass. 29 dicembre 1999, n. 14686.



tore che non sia *riconducibile* alle "categorie che hanno una disciplina particolare" *in quanto* non sia *riconducibile* alla categoria tipologica dell'associazione o a quella della fondazione (o alla società).

A riguardo occorre innanzitutto distinguere la *disciplina della struttura organizzativa* dalla *disciplina dell'imputazione*, ossia dalla disciplina costruttiva (di riconoscimento) della soggettività come capacità di legittimazione all'imputazione [62].

Le categorie di enti che hanno una disciplina legale (i tipi) contengono anche una fattispecie legale *implicita* di riconoscimento formale della soggettività. Associazioni, fondazioni, società non sono solo *fattispecie oggettive* nel senso che racchiudono una disciplina della struttura organizzativa che ammette una misura di atipicità. Sono, altresì, *fattispecie soggettive implicite*: forme giuridiche di riconoscimento normativo implicito della soggettività [63].

Dunque: gli enti che *non* hanno una disciplina legale e che devono essere riconosciuti come soggetti di diritto – per poter essere qualificati come ETS – hanno bisogno di una norma che attribuisca loro la capacità di legittimazione soggettiva. Invece, all'ente qualificato come associazione o come altro ente che *ha una disciplina particolare* viene riconosciuta la capacità di legittimazione soggettiva già mediante tale qualificazione. *Le categorie tipizzate sono altrettante fattispecie soggettive implicite*.

L'esistenza di tipi di strutture organizzative con implicita capacità di legittimazione all'imputazione non giustifica, in punto di legalità costituzionale dei processi ermeneutici, l'idea della tassatività dei tipi di (riconoscimento normativo della) soggettività. Non autorizza l'interprete a riproporre per la *soggettività* la tipicità che, secondo alcune letture, caratterizzava il riconoscimento della personalità giuridica. *La fattispecie soggettiva implicita non presuppone la categoria tipizzata*.

Occorre, a tal riguardo, che il discorso ermeneutico non eluda la responsabilità culturale generata dall'evoluzione del sapere sistematico. In particolare: *a)* acquisito l'esito sistematico che risolve (nel senso dell'esclusione) l'antinomia tra contratto e istituzione e *b)* acquisito l'esito sistematico che ha reso "concettualmente" possibile non solo la 'contrattualizzazione' del fenomeno associativo, ma anche *c)* la connessione tra autonomia privata e soggettività metaindividuale realizzata mediante l'atto unilaterale, l'interprete deve evitare il rischio di imprigionare la dinamica che caratterizza i sistemi di democrazia pluralista in una strategia epistemologica di impostazione e contenuto negoziale che tuttavia non riesce a rispettare e proteggere il valore costituzionale della *atipicità soggettiva*.

In altri termini: l'interprete non può emarginare la soggettività metaindividuale in una condizione culturale analoga a quella in cui si trovava il contratto atipico quando la riflessione del giurista positivo elaborava i contenuti teorici ed ermeneutici antecedenti, che resero poi possibile le più evolute costruzioni del tipo contrattuale [64].

Si tratta di verificare in che misura il modello teorico offerto dall'atipicità del contratto possa essere utilizzato per costruire l'atipicità dei soggetti del pluralismo, ovvero se la contrattualizzazione della soggettività metaindividuale non imponga, invece, una costruzione conclusa in tipi legali di soggettività metaindividuale (formazioni sociali tipiche). Esito quest'ultimo che collocherebbe il CTS fuori dalla dinamica pluralistica.

In tale direzione di analisi occorre sottolineare come l'esistenza di associazioni atipiche o di differenti tipologie di fondazione *non* esclude, anzi conferma, la tipicità delle forme giuridiche soggettive racchiusa

---

[62] Cfr., per significativi spunti di riflessione, A. FALZEA, *op. cit*., 75 ss. e 85 ss.

[63] Si v. A. FALZEA, *op. cit.*, 66.

[64] In particolare, R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 790 ss.; M. GIORGIANNI, *Riflessioni sulla tipizzazione dei contratti agrari*, in *Riv. dir. agr*., 1969, I, 153 ss.



(implicita) nella disciplina dell'associazione o della fondazione. Nondimeno, l'atipicità della struttura organizzativa qualificata comunque come associazione o fondazione o altra categoria tipizzata non genera l'atipicità della soggettività metaindividuale. Quest'ultima (l'atipicità) ha bisogno, invece, di una fattispecie legale di riconoscimento della capacità di legittimazione all'imputazione indifferente al tipo legale di struttura organizzativa.

Se la struttura generata dal contratto o dall'atto unilaterale non corrisponde né in termini sussuntivi, né in termini tipologici ad una fattispecie soggettiva tipica (specifica), l'esistenza dell'ente "altro" può essere costruita solo mediante la sussunzione del fatto (atto) costitutivo in una fattispecie soggettiva generale che racchiuda le condizioni legali sufficienti per il riconoscimento normativo della soggettività.

L'ermeneutica della disciplina dell'associazione non riconosciuta riesce a generare ed a mobilitare nella dinamica giuridica questo contenuto normativo: rivela la implicita fattispecie legale costruttiva della soggettività metaindividuale. Una fattispecie legale che si caratterizza *a)* come generale in quanto conforme al principio di uguaglianza formale, che identifica il sistema normativo del riconoscimento della soggettività nel segno dell'esclusione della discrezionalità politico-amministrativa; *b)* come implicita in quanto ricavata in via ermeneutica dalla disciplina dell'associazione non riconosciuta.

Un esito, questo, giustificato in termini di coerenza sistematica proprio dalla identità del tipo di struttura organizzativa che caratterizza l'associazione non riconosciuta rispetto a quella riconosciuta come persona giuridica. L'identità di struttura generata dal contratto associativo esclude persino la possibilità logica, non solo giuridica, di qualificare l'associazione non riconosciuta come autonomo tipo di ente che ha una disciplina particolare [65].

Sullo sfondo vi è la convinzione dell'incompatibilità della *Typuslehre* come ermeneutica dogmatica della disciplina del contratto edificata sempre sulla 'riconduzione' al tipo, con la *freie Körperschaftsbildung* come forma giuridica dell'assetto dinamico del pluralismo edificato sul principio di eguaglianza formale, che garantisce la normatività – e quindi la certezza intesa come assenza di discrezionalità politica – del riconoscimento attraverso il meccanismo della 'sussunzione' del fatto nella fattispecie legale [66].

In tale direzione di analisi è dato rintracciare, altresì, il senso effettivo e ancora molto attuale della differenza tra I e V libro del Codice civile: il V libro conosce un sistema di tipicità (tassatività, *Typuszwang*) che continua a rimanere estraneo al I libro del Codice civile e al CTS.

Nel CTS in base al riferimento agli altri enti di carattere privato e nel libro primo del Codice civile – ancora dopo l'abrogazione dell'art. 12 che menzionava le altre istituzioni di carattere privato – con l'art. 13, viene accolto un principio di atipicità soggettiva. L'esigenza di apertura alla soggettività atipica – indispensabile per assicurare l'assetto dinamico del pluralismo – è oggi ancora presidiata nel Codice civile dall'art. 13, ossia dalla norma che colloca e circoscrive la tassatività del tipo alle società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale (art. 2249 cod. civ.).

Il problema del rapporto tra Primo e Quinto libro del Codice civile, questo il senso di un discorso che adesso può essere solo accennato, non è più da ricondurre al profilo causale dell'atto costitutivo [67]. Il vero ed

---

[65] F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute*, cit., 47 s. e 177 ss. (183).

[66] Se tale incompatibilità sia collegata o meno alla più generale crisi della strategia tipologica che è ormai acquisita nell'esperienza giuridica tedesca (almeno quella teorica) è tema che deve rimanere estraneo a questa più circoscritta riflessione, v. J. OECHSLER, *Vertragstypen*, in *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, Ottoschmidt-De Gruyter, 2020, 885 ss., 900 ss.

[67] Cfr. U. TOMBARI, *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Giuffrè, Milano, 2019, *passim*, ma 80 ss. e 88 ss. Si v. inoltre C. GRANELLI, *Impresa e terzo settore: un rapporto controverso*, in *Jus Civile*, 2015, 5; M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 105 ss.



attuale quesito riguarda, invece, la contrapposizione tra il tipo e *la atipicità generata dalla fattispecie soggettiva generale*.

La atipicità realizzata dalla fattispecie di origine legale che assicura la normatività del riconoscimento della soggettività metaindividuale deve essere, quindi, intesa sia come *indifferenza* alla disciplina legale tipica della struttura organizzativa, sia come *indifferenza* alla conformazione atipica della struttura organizzativa.

20. – La conclusione del discorso deve ancora dar conto delle ragioni, ermeneutiche e sistematiche, che inducono a rintracciare proprio nell'art. 38 c. c. quell'eccedenza di senso normativo della disciplina legale delle associazioni non riconosciute, che, attraverso la categoria sistematica della soggettività metaindividuale, l'interprete può organizzare in fattispecie soggettiva implicita e generale per ricostruire il sistema di riconoscimento normativo della capacità di legittimazione all'imputazione. La fattispecie normativa generale e implicita che attiva la qualificazione sussuntiva degli enti non riconducibili ai tipi che hanno una disciplina particolare come associazioni o fondazioni e, *quindi*, neppure come fattispecie legali soggettive di secondo grado (arg. *ex* artt. 3 e 4, CTS).

L'art. 38 Cod. civ. fissa due regole di responsabilità. Tali regole sono basate su due elementi: l'esistenza di una rappresentanza organica ossia necessaria (presupposto di responsabilità principale), da un lato, e l'assenza della personalità giuridica dall'altro (presupposto di responsabilità additiva). La norma descrive una fattispecie oggettiva non soggettiva, ossia una articolata regola di responsabilità del soggetto e non di struttura organizzativa del soggetto. Regola che non è applicabile all'associazione riconosciuta in quanto la sua applicazione presuppone l'assenza della personalità giuridica.

D'altro canto, l'intera disciplina dell'associazione non riconosciuta è costruita in base al principio di identità del tipo e non individua una tipologia di struttura organizzativa diversa da quella dell'associazione riconosciuta. Il presupposto applicativo della disciplina è, infatti, solo l'assenza della personalità giuridica.

Adesso interessa sottolineare che la fattispecie oggettiva descritta nell'art. 38 cod. civ. rende visibili, presupponendoli, gli elementi strutturali necessari e sufficienti della soggettività giuridica metaindividuale *senza però collocarli* all'interno di un tipo specifico di struttura organizzativa: la modalità organizzativa dell'*attività* (rappresentanza), l'*identità* (nome) e la *responsabilità* principale (fondo comune) [68].

L'art. 38, quindi, descrive anche la fattispecie soggettiva generale e implicita che può attivare la qualificazione necessaria per il riconoscimento normativo della soggettività giuridica. Funzione, quest'ultima, che la norma può svolgere *in quanto si dimostra indifferente ad un tipo di struttura organizzativa*.

La rappresentanza, l'identità e la responsabilità organizzano la relazione funzionale tra attività e interesse metaindividuale, ossia dell'interesse che trascende (oltrepassa) il singolo individuo o in quanto comune ad un gruppo determinato o determinabile di soggetti (interesse collettivo), o in quanto generale. L'interesse che orienta l'attività può, altresì, derivare da una soggettiva esigenza di perpetuazione che può ambire persino a superare il naturale limite ontologico, la vita del suo titolare, o manifestarsi solo come interesse *del* patrimonio [69].

Quindi l'identificazione dell'interesse – il nome che conferisce identità all'organizzazione – che funzionalizza l'esercizio del potere – ossia la produzione dell'azione negoziale (rappresentanza) – *da un lato*, giu-

[68] Cfr. U. JOHN, *Die organisierte Rechtsperson*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, 72 ss., 81 ss. e 92 ss.

[69] Si v. L. GALANTI, *op. cit.,* 333.



stifica l'imputazione di un dovere ad un soggetto diverso dalle persone che agiscono per l'ente secondo una modalità gestoria; *dall'altro*, attiva una regola di responsabilità principale ed una regola di responsabilità additiva.

In altri termini, la rappresentanza organica *presuppone* l'identità ed il potere negoziale del rappresentato, ossia l'oggetto della regola di produzione dell'azione e la direzione dell'effetto generato; la responsabilità principale *presuppone* l'imputazione della proprietà e dell'obbligazione.

La soggettività giuridica, intesa come attitudine (legittimazione) all'imputazione (capacità) del dovere o del potere, è riconosciuta *sempre*, ossia in base al sistema normativo organizzato secondo lo schema applicativo dell'uguaglianza formale (sussunzione), quando l'atto di autonomia privata costituisce l'ente secondo il modello della rappresentanza (organica) di un interesse identificato – dal nome – o *per la rappresentazione* attraverso l'esercizio dell'attività o *per l'imputazione* al soggetto metaindividuale rappresentato.

Imputazione e rappresentazione descrivono differenti modalità tecniche per rendere visibile, ossia rilevante nel giuridico, l'interesse organizzato come autonomo soggetto. Tecniche che oggettivizzano l'interesse meritevole di protezione mediante strutture giuridiche che organizzano l'*attività* e possono estendere la meritevolezza di protezione dell'interesse oltre la persona fisica, ossia emancipare la protezione del bisogno dalla necessità giuridica dell'antecedente ontologico dell'imputazione nel caso concreto e, quindi, raggiungere le generazioni future.

D'altro canto, la capacità di legittimazione soggettiva dell'ente *diverso dalla società*, quindi sottratto alla tipicità che caratterizza il V libro del Codice civile (art. 2249), in quanto riconosciuta mediante la sussunzione in una fattispecie soggettiva generale (di fonte legale, ancorché implicita) non incide sulla disciplina della struttura organizzativa eccedente quella necessaria e sufficiente ai fini del riconoscimento della soggettività. La fattispecie legale e implicita che assicura la normatività del riconoscimento della soggettività metaindividuale è *indifferente alla conformazione atipica della struttura organizzativa*.

Questa (la struttura organizzativa), laddove manchi del tutto una regola conformativa autonoma, sarà disciplinata mediante l'applicazione in via diretta, non analogica (né tipologica), della "precisa disposizione" (arg. *ex* art. 12 preleggi) prevista, a riguardo, da una delle strutture giuridiche tipizzate (associazioni, fondazioni, particolari categorie di enti). Infatti, l'assenza nel Primo Libro del cod. civ. della tipicità legale che caratterizza, invece, il V libro del Codice civile (*ex* art. 2249, c.c.), esclude non solo la tassatività dei tipi, ma anche il principio di *organicità del tipo di struttura organizzativa* che ha una disciplina particolare. In base a tale principio la *definizione*, legale o rintracciata mediante interpretazione, non si limita ad individuare l'oggetto della disciplina ma fissa anche l'ambito di applicazione dell'intera disciplina del tipo. Viene meno, in tal modo, la stessa necessità ermeneutica dell'analogia o dell'applicazione tipologica.

JUS CIVILE



MAURO TESCARO

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Verona

IN SUO HACTENUS FACERE LICET, QUATENUS NIHIL IN ALIENUM IMMITTAT: LA RESISTIBILE REVIVISCENZA DI UN'ANTICA MASSIMA*

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. La fase della tutela privatistica proprietaria (inibitoria): il diritto romano e la tradizione romanistica medioevale. – 3.* Segue. *Le moderne esperienze giuridiche francese e tedesca nonché considerazioni di sintesi. – 4.* Segue. *il diritto italiano precedente la codificazione del 1942. – 5. La fase dell'affermazione della tutela privatistica pecuniaria (risarcitoria e soprattutto indennitaria): l'esempio emblematico del diritto tedesco. – 6.* Segue. *Altre esperienze giuridiche e considerazioni di sintesi. – 7.* Segue. *Il diritto italiano successivo alla codificazione del 1942. – 8. La fase, spiccatamente italiana, della tutela anche inibitoria della salute e di altri diritti della personalità attraverso la disciplina sulle immis-sioni: stato dell'arte. – 9.* Segue. *Critica. – 10. La fase della tutela pubblicistica e della sua crescente in-fluenza (diretta principalmente a contenere il rimedio inibitorio) sul diritto privato: l'esempio emblematico del diritto tedesco. – 11.* Segue. *Altre esperienze giuridiche e considerazioni di sintesi. – 12.* Segue. *Stato dell'arte del diritto italiano e sua critica. – 13. Conclusioni.*

1. – La materia delle immissioni, cioè della indiretta e involontaria propagazione di fattori disturbanti tra vicini, è definita, in una delle più diffuse opera accademiche di *common law* [1], una giungla impenetrabile, forse la più impenetrabile in ambito giuridico. Una simile definizione, come verificheremo, non è inadeguata pure per ordinamenti giuridici di *civil law* [2] e specialmente per il diritto italiano.

Nella nostra materia, si verificano, infatti, mutamenti talvolta non lineari né agevoli da ricondurre a sistema, venendo in rilievo nuove esigenze concrete connesse alla evoluzione della società e dell'economia così come impostazioni concettuali, se non ideologiche [3], su istituti centrali del diritto civile, innanzi tutto la proprietà [4] ma in tempi più recenti anche la salute e altri diritti della personalità.

---

* Lo scritto è destinato agli Atti di «Personae e res. Sistema romano e diritti odierni», II Seminario internazionale dell'*Osservatorio su persona e famiglia* del *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani* (CSGLA) dell'Università di Roma «Tor Vergata», tenutosi nei giorni 26 e 27 ottobre 2022.

[1] W.P. KEETON, D.B. DOBBS, R.E. KEETON, D.G. OWEN (a cura di), *Prosser and Keeton on Torts*, 5ª ed., St. Paul, 1984, 616: «there is perhaps no more impenetrable jungle in the entire law than that which surrounds the word "nuisance". It has meant all things to all people, and has been applied indiscriminately to everything from an alarming advertisement to a cockroach baked in a pie». Su una simile linea di pensiero, v., con riguardo al Regno Unito, G.D.L. CAMERON, *Scots and English Nuisance... Much the Same Thing?*, in *Edinburgh Law Review*, 2005, 116.

[2] In tal senso, v., con riferimento all'Europa continentale, V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *From Nuisance to Environmental Protection in Continental Europe*, in *Southern California Law Review*, 2019, 1003. V. altresì, in relazione al diritto francese, N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, 9ª ed., Parigi, 2022, 381: «entre le droit des biens et le droit de la responsabilité civile, les troubles anormaux de voisinage peinent à trouver leur place».

[3] V. per esempio V. LOJACONO, voce *Immissioni*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 173, il quale appunto evidenzia come in questa



Si potrebbe immaginare che nei Paesi dotati di un'apposita disciplina, come quella di cui all'art. 844 c.c., il giurista positivo abbia di fronte a sé un compito semplificato, consistente principalmente nell'esegesi della stessa, ma non è affatto così, in quanto in tema di immissioni, più che in relazione ad altre questioni privatistiche, ha storicamente pesato e continua a essere centrale il ruolo della giurisprudenza, oltre e persino a prescindere dai testi scritti [5].

A complicare ulteriormente il quadro [6], si aggiunge la crescente rilevanza di leggi speciali di ambito pubblicistico, la cui esatta interazione con i rimedi civilistici va collocata nel contesto delle generali novità concernenti il rapporto tra i due settori dell'ordinamento giuridico, senza contare la a sua volta sempre più frequente incidenza di atti normativi sovranazionali.

Orientando l'indagine civilistica in prospettiva storico-comparatistica (con particolare riguardo ai principali Paesi di *civil law*) e al tempo stesso rimediale è peraltro possibile individuare, sia pure non senza un certo livello di approssimazione, tre tappe fondamentali. Innanzi tutto vi è la fase più tradizionale, che affonda le sue radici nel diritto romano e si protrae fino all'età moderna, incentrata sulla tutela privatistica squisitamente proprietaria, ovverosia inibitoria. Segue una ulteriore fase, affermatasi indicativamente al tempo della seconda rivoluzione industriale, in cui si sviluppa particolarmente la tutela privatistica pecuniaria, risarcitoria e soprattutto indennitaria. Si può infine riscontrare, negli ultimi decenni e pure nel momento attuale, una terza fase caratterizzata prevalentemente dalle tutele pubblicistiche e dalla loro crescente influenza (diretta fondamentalmente a contenere il rimedio inibitorio) sul diritto privato.

Verificheremo come il diritto italiano abbia vissuto in pieno le prime due fasi, ma si trovi, attualmente, a non avere ancora sviluppato fino in fondo la terza. Gli sforzi di significativa parte del nostro ordinamento giuridico sembrano negli ultimi decenni dedicati piuttosto alla realizzazione di una diversa fase, non riscontrabile negli stessi termini negli altri Paesi presi in considerazione in questa sede, basata sulla tutela anche inibitoria della salute e di altri diritti della personalità attraverso la disciplina civilistica sulle immissioni.

Le citate fasi saranno ora esaminate, come si è anticipato, con un approccio storico-comparatistico e al tempo stesso rimediale, sembrando questa la strada migliore per tentare di penetrare la giungla delle immissioni ovverosia, per quanto qui più interessa, di ricostruire compiutamente l'art. 844 cod. civ.

2. – Sebbene non sembri possibile individuare con certezza l'assetto del diritto romano in tema di immissioni nelle sue varie fasi storiche [7], può ragionevolmente ipotizzarsi che da un lato «il profondo rispetto della

materia si pongano «vasti e complessi problemi di natura ideologico-politica prima ancora che giuridica»; nonché, da ultimo, G. ALPA, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 608 s.

[4] È infatti un dato acquisito che, nella definizione e nella disciplina dei rapporti di vicinato, «va tenuto conto della esteriore fisionomia che […] presenta il diritto di proprietà, riflettendo le esigenze sociali, economiche e politiche del nostro tempo» (S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 117).

[5] V., in prospettiva comparatistica, V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1009 s: «the legislator was not the only driving force of change in nuisance provisions: court also played an important role, which is not a common feature in civil law».

[6] Più in generale al riguardo, v. M. TRIMARCHI, *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, in *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi. Messina 27-28 maggio 2016*, a cura di M. TRIMARCHI, ANG. FEDERICO, M. ASTONE, C. CIRAOLO, A. LA SPINA, F. RENDE, E. FAZIO, S. CARABETTA, Milano, 2017, 27 ss., ove si ragiona della «complessità che non costituisce il mero presupposto sociologico della riflessione del giurista, ma integra piuttosto il dato connotativo della giuridicità».

[7] Lo sottolineano, tra gli altri, V. CASADO PEREZ , C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.,* 1005.



libertà del proprietario» [8] in linea di massima caratterizzante tale diritto e dall'altro la limitata urbanizzazione propria dei tempi più risalenti rendano a lungo la questione in esame scarsamente rilevante [9].

Al tempo dei Severi è peraltro presente un principio generale a governo della nostra materia [10], quello per cui *in suo hactenus facere licet*, *quatenus nihil in alienum immittat*, dal quale potrebbe a prima vista pensarsi di desumere un divieto assoluto di propagazione di fattori disturbanti da un fondo a un altro.

Di tale principio si trova chiara testimonianza nei Digesti di Giustiniano [11], ove Ulpiano illustra la celebre fattispecie della *taberna casiaria*: una persona abitante sopra una fabbrica di formaggi si rivolge al giurista Aristone, per conoscere la liceità oppure non delle immissioni di fumo provenienti dalla citata fabbrica e dirette verso il proprio edificio. Aristone risponde in senso negativo, affermando appunto che a ciascuno è consentito fare sulla sua proprietà ciò che vuole, purché però non produca immissioni su quella altrui, giustificando quindi in relazione a tale caso la tutela reale dell'immesso, salva solo l'ipotesi della presenza di una servitù di immissioni di fumi in favore dell'immittente [12].

Un simile divieto, concepito in termini davvero assoluti, però, non avrebbe alcun senso: anche senza contare che è già il verbo *immittere* a esprimere l'idea di superamento del limite [13], è infatti un'affermazione scontata e senza tempo quella che continuiamo leggere, per esempio, nella cinquantesima edizione delle Istituzioni di Alberto Trabucchi, ovverosia che «una certa tolleranza è sempre necessaria, perché altrimenti non sarebbe addirittura possibile la vita in società» [14].

La società romana, del resto, era piuttosto complessa, essendo già per questo motivo inverosimile che non si verificassero quotidianamente numerose immissioni, molte delle quali normali e come tali da tollerare: basti pensare che, al tempo del Principato, Roma aveva all'incirca un milione o un milione e mezzo di abitanti ed era caratterizzata anche da tanti edifici (le *insulae*) ove varie abitazioni e attività erano assai ravvicinate [15].

L'ipotesi a prima vista sopra prospettata è, in effetti, infondata già in diritto romano [16]. Se pure vi è quel

---

[8] M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 406.

[9] Su una simile linea di pensiero, v. A. GAMBARO, *La proprietà – Beni, proprietà, possesso*, II ed., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2017, 273: «il problema delle immissioni non può essere realisticamente affrontato senza porlo in relazione con gli sviluppi della tecnologia disponibile alle attività dei singoli proprietari. Per quasi tutta la storia, l'insieme degli strumenti tecnici disponibili agli esseri umani è stato piuttosto modesto. Di conseguenza anche la rilevanza sociale della tematica delle immissioni è stata marginale e circoscritta agli ambienti urbani». Non manca chi si spinge persino ad affermare che «there was no law of nuisance in classical Rome» (G.D.L. CAMERON, *op. cit.*, 2005, 103).

[10] V. in tal senso A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, II ed., Torino, 2017, 274. Anche A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993, IV ed., 333, ragiona al riguardo di un «principio».

[11] D. 8.5.8.5-7 (Ulp. 17 *ad ed.*).

[12] Una un poco più approfondita sintesi in lingua italiana può leggersi in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *op. cit.*, 275 s. Dimostra di considerare il caso in discorso fondamentale per la comprensione del diritto romano in materia, tra gli altri, A. PETRUCCI, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2019, 198. In particolare sulla importanza della possibilità per le parti di risolvere il problema delle immissioni costituendo una servitù, v. M. VUČKOVIĆ, *Planning law, the right of ownership and relations of neighbours in roman and in modern law*, in *IUS ROMANUM*, II/2019 (*RES PUBLICA & RES PRIVATA*), 703.

[13] Questo rilievo è stato svolto da R. CARDILLI in occasione della moderazione della II Sessione del Seminario «Personae e Res. Sistema romano e diritti odierni» (II Seminario internazionale dell'*Osservatorio su persona e famiglia* del *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani* – CSGLA), tenutosi presso l'Università di Roma «Tor Vergata» nei giorni 26 e 27 ottobre 2022.

[14] A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 50ª ed., a cura di G. TRABUCCHI, Milano, 2021, 788. Tra i tanti altri, v. G. CALABRESI, A.D. MELAMED, (*Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 1089 ss., ora nella traduzione italiana) *Regole di proprietà, regole di responsabilità e inalienabilità: un'istantanea della cattedrale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 539: «affidarsi a misure generali volte ad interdire ogni attività inquinante sembra, di fatto, irrealistico».

[15] V. in tal senso M. VUČKOVIĆ, *ibidem*. V. anche Z. YAVETZ, *The Living Conditions of the Urban Plebs in Republican Rome*, in *Latomus*, 1958, fasc. 3, 500 ss.

[16] Tra gli altri, v. V. LOJACONO, *op. cit.*, 168, secondo cui varie motivazioni «sconsigliano il ricorso incondizionato sia al princi-



principio generale e se pure esso esprime indubbiamente una impostazione di forte tutela per l'immesso, anche dal punto di vista del rimedio di natura reale dell'*actio negatoria servitutis* concessogli [17], non manca una invero inevitabile considerazione pure per la posizione dell'immittente, dimostrando la più ampia casistica trattata dai giuristi romani come occorra tollerare l'immissione corrispondente a un uso normale della propria cosa da parte del vicino [18]: per questo motivo, non era concesso impedire, per esempio, l'umidità propagatasi sulla propria parete cui il vicino tenesse addossato il proprio bagno oppure una modesta quantità di fumo proveniente dall'altrui cucina [19].

Chi ha tentato di compendiare in poche parole il diritto romano in tema di immissioni ha dunque persuasivamente affermato che «ogni immissione nella cosa altrui non è lecita, a meno che non sia richiesta da una necessità derivante dall'uso normale della propria cosa» [20]. Sembra, in ogni caso, che fossero senz'altro vietate le immissioni provenienti da attività che oggi definiremmo produttive, come ben esemplificato proprio dalla vicenda della *taberna casiaria*.

Anche nella tradizione romanistica una impostazione in linea di massima del tipo di quella appena illustrata persiste molto a lungo [21].

Lo dimostra, tra le altre, la circostanza che, in epoca medioevale, Bartolo da Sassoferrato continua a considerare decisivi l'intensità e il carattere normale o anormale delle immissioni [22], precisando in particolare che avviare una bottega o una trattoria con continua produzione di fuoco e di molto fumo integra una violazione dei rapporti di vicinato e lasciando intendere che «the extended commercial use of land was also judged inadmissible» [23].

---

pio *qui iure suo utitur neminem laedit*, in base al quale ogni immissione sarebbe legittima, sia all'opposto e non meno anacronistico principio *in suo hactenus facere licet quatenus in alienum immittat*, in base al quale ogni e qualsiasi immissione sarebbe illecita […]. In realtà sono entrambi vecchi ditteri teorici, estranei per la loro assolutezza alla nostra tradizione civilistica e praticamente inoperanti anche in diritto romano».

[17] Sul punto v., per esempio, A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *op. cit.*, 275. La tutela aquiliana era invece problematica, per la difficile configurabilità di tutti i relativi presupposti in una fattispecie immissiva: v. in tal senso M. VUČKOVIĆ, *op. cit.*, 702. Ne deriva una impostazione incentrata su «regole di proprietà», secondo la celebre classificazione di G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *op. cit.*, 500 s.

[18] V. in tal senso M. TALAMANCA, *op. cit.,* 407.

[19] Per questi e altri casi esposti in modo chiaro e sintetico, v. A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *ibidem*.

[20] P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, VI ed., Milano, 2004, 243. Nello stesso senso, v. A. BURDESE, *ibidem*, ove si ragiona della «liceità di modeste immissioni dovute a un uso normale della cosa propria».

[21] Per un simile rilievo, v. A. GAMBARO, *ibidem*, secondo cui, «in epoche storiche a basso sviluppo tecnico, il criterio dell'uso normale non è irragionevole e crea un forte incentivo ad attuare forme di zonizzazione funzionale, come quelle cui si fece ricorso in quasi tutte le città medioevali, raggruppando alcuni tipi di lavorazioni in apposite zone ove i fabbricanti di corazze, ad esempio, stavano tutti assieme e provocando rumori piuttosto fastidiosi si davano fastidio a vicenda, ovvero si davano un fastidio molto attenuato perché i rumori prodotti dalla percussione sull'incudine del vicino erano coperti da quelli propri e comunque ci si doveva fare l'abitudine». Sulle immissioni nel sistema feudale (e nel successivo passaggio ai codici liberali), v. altresì, *amplius*, M.R. MAUGERI, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria*, Milano, 1997, 188 ss., la quale tra l'altro critica la convinzione (di C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, 11 s.) secondo cui negli ordinamenti giuridici premoderni (per motivazioni legate alla struttura della proprietà e all'articolazione delle fonti del diritto) la ricerca di un criterio generale di regolamento dei rapporti di vicinato sarebbe stata priva di significato, osservando piuttosto come «la vera differenza fra il sistema pre-rivoluzionario e quello post-rivoluzionario attenga alle forme giuridiche di controllo della produzione e di appropriazione della ricchezza, non riscontrandosi, invece, grosse fratture fra i due sistemi in relazione alla forma di appropriazione abitativa (soprattutto urbana, ed è, invece, rispetto a quest'ultima che nasceva il conflitto in quel periodo non essendoci industrie capaci di inquinare il fondo al punto da renderlo meno produttivo)».

[22] In argomento, cfr., tra gli altri, M. VUČKOVIĆ, *op. cit.*, 704; nonché V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1006.

[23] A. THIER, *Disturbances between neighbours in Germany 1850-2000*, in *The development of liability between neighbours*, vol. II, a cura di J. Gordley, Cambridge, 2010, 89.



Pure nella tradizione dello *ius commune* rimane inoltre centrale, per quanto concerne il profilo rimediale, l'*actio negatoria* di derivazione romanistica [24].

3. – Nella modernità, prima del *Code civil*, una impostazione sempre del tipo di quella in discorso si ritrova chiaramente negli scritti dei principali giuristi francesi dei secoli diciassettesimo e diciottesimo, Jean Domat e Robert Joseph Pothier.

In estrema sintesi, Domat lascia infatti intendere che, a parte la diversa ipotesi in cui un proprietario produca immissioni con l'intenzione di disturbare il vicino a prescindere da un proprio vantaggio, l'illiceità delle propagazioni dipenda dalle caratteristiche della località ovverosia da ciò che è normale in una certa zona [25]. In termini che paiono nella sostanza non dissimili, Pothier ritiene che la valutazione debba essere incentrata sulla maggiore o minore intensità delle immissioni [26].

Con il *Code civil* del 1804 (si veda soprattutto l'art. 544 [27]) si afferma peraltro una concezione amplissima, che può senz'altro considerarsi ideologica, per non dire «sacro-sainte» [28], del contenuto della proprietà (diversa da quella tutto sommato più equilibrata derivante dalle fonti del diritto romano [29]), definita dai giuristi francesi del tempo come un potere sovrano ovverosia un completo dispotismo sopra la cosa [30], prospettiva questa che risulta assai difficile da conciliare con la presenza di limiti a tale diritto, quale anche il divieto di immissioni anormali evidentemente è. Sebbene possa aver giocato un ruolo pure la fretta con cui il testo normativo è stato predisposto [31], sembra in linea con tale prospettiva la circostanza che nel *Code civil* non si trova alcun riferimento esplicito alle immissioni.

Come si è già avuto modo di segnalare con riguardo al diritto romano, peraltro, un divieto assoluto di qualsivoglia immissione sarebbe davvero inconcepibile [32]: lo riconoscono gli stessi giuristi francesi che pure

---

[24] V. ancora A. THIER, *ibidem*, ove ulteriori riferimenti.

[25] J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Parigi, 1697, II ed., 127 ss. Sul pensiero di Domat in argomento, v. *amplius*, in lingua italiana, M.R. MAUGERI, *op. cit.*, 197 ss.

[26] R. POTHIER, *Traité du contrat de société*, App. 2, *Du voisinage*, in *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, a cura di M. BUGNET, IV, Parigi, 1847, 330 ss. e specialmente 332, ove, dopo essersi affermato in termini generali che «le voisinage oblige les voisins à user chacun de son héritage, de manière qu'il ne nuise pas à son voisin», si precisa, per esempio, che «il n'est pas permis de faire sur son héritage quelque chose qui enverrait dans la maison voisine une fumée trop épaisse et trop incommode, telle que celle qui sort d'un four à chaux, ou d'un fourneau à brûler des lies de vin». V. *amplius*, in lingua italiana, ancora M.R. MAUGERI, *op. cit.,* 207 ss. Sul pensiero di Domat e Pothier, v. anche J. GORDLEY, *Disturbances among neighbours in French law*, in *The development of liability between neighbours*, vol. II, a cura di J. GORDLEY, cit., 68.

[27] Peraltro, «à la lecture de l'article 544 du Code civil, on se rende compte déjà qu'en 1804 le droit de propriété, ou du moins son usage, pouvait être limité par les lois et réglements» (N. REBOUL-MAUPIN, *op. cit.*, 424).

[28] N. REBOUL-MAUPIN, *op. cit.*, 444.

[29] Nelle quali non si trovano mai definiti né il diritto di proprietà né il suo contenuto (iniziando le prime definizioni a circolare solo in epoca medioevale), ma dalle quali emergono, «sparpagliate qua e là», varie limitazioni, come chiarisce A. PETRUCCI, *op. cit.,* 195 s.

[30] V., tra gli altri, C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, IX, Parigi, 1870, 449 ss. Nella letteratura italiana, cfr. da ultimo G. ALPA, *op. cit.*, 600.

[31] V. in tal senso J. GORDLEY, *op. cit.,* 69: «presumably, the reason was an oversight by the drafters. They were working under enormous time pressure, since Bonaparte had asked them to produce a draft in a few months». Più ampiamente sui lavori preparatori e sui vari progetti di *Code civil*, v. M.R. MAUGERI, *op. cit.,* 209 ss., la quale –216 – ritiene «probabile che Portalis […] abbia deciso di affidare al diritto precedente, ed all'interpretazione giudiziaria di esso, la soluzione dei casi che si sarebbero presentati».

[32] Nella dottrina francese recente, v. assai chiaramente P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *Droit des biens*, IX ed., Parigi, 2021, 365: «le principe est qu'il est licite, parce qu'inévitable, que l'exercice de la propriété cause un préjudice aux voisins; chacun doit supporter les inconvénients normaux du voisinage sans pouvoir être indemnisé».



definiscono la proprietà nel modo appena rammentato, ammettendo che, se ognuno invocasse il proprio diritto illimitato, nessuno sarebbe davvero proprietario e l'esito sarebbe la guerra e/o l'anarchia [33].

Si comprende agevolmente, pertanto, come la giurisprudenza francese, nonostante l'assenza di una specifica disciplina codiscistica, si sia preoccupata di trovare una soluzione equilibrata simile a quella derivante dalle pagine di Domat e Pothier e rappresentata (in aggiunta agli ulteriori istituti, per motivi diversi però entrambi poco adeguati alla nostra materia, dell'azione generale di responsabilità extracontrattuale [34] e dell'*abus du droit de propriété* [35]) dalla teoria dei *troubles anormaux de voisinage*, ai sensi della quale sono illecite (solo) le immissioni gravi e anormali in una certa area [36]. Tale teoria, con le integrazioni su cui ci soffermeremo nel prosieguo ancora oggi applicata in Francia, si fonda su un antico principio, quello secondo cui nessuno dovrebbe arricchirsi a spese di qualcun altro, ciò che non si verifica ove le immissioni reciproche non superino la soglia della normalità, nel qual caso può dirsi che i pregiudizi subiti da un proprietario controbilanciano quelli da lui arrecati ai vicini [37].

Pure in ambito tedesco, prima del *BGB*, dominano soluzioni – almeno dal punto di vista dei più semplici e tradizionali rapporti di vicinato – equilibrate [38], in linea con la fase che stiamo tratteggiando, in forza delle quali peraltro le attività industriali, per lungo tempo, continuano a soccombere di fronte a confliggenti interessi dei proprietari vicini [39].

Tracce di questa impostazione giungono fino a Rudolf von Jhering, il quale coerentemente con essa afferma che le attività produttive, per non essere inibite, dovrebbero spostarsi in luoghi isolati, sostenendo peraltro anche la necessità di un bilanciamento tra i diversi interessi dei vicini alla luce di quanto è normalmente sopportabile [40] e così ponendo le premesse per una crescente considerazione delle ragioni della produzione, come verificheremo caratterizzante la successiva evoluzione del diritto tedesco.

---

[33] V., per esempio, C. DEMOLOMBE, *ibidem*. V. anche J. GORDLEY, *op. cit.*, 69 s., ove ulteriori riferimenti.

[34] Tale azione generale, infatti, secondo l'impostazione tradizionale, presuppone d'ordinario (almeno) la colpa del danneggiante, non agevole da riscontrare in capo all'immittente: v. J. GORDLEY, *op. cit.,* 66 ss.

[35] La teoria dell'abuso del diritto serve in Francia a contrastare le interferenze poste in essere con l'intenzione di pregiudicare il vicino, ovverosia con un presupposto soggettivo più restrittivo persino rispetto a quello dell'azione generale di responsabilità extracontrattuale: v. N. REBOUL-MAUPIN, *op. cit.,* 385; J. GORDLEY, *op. cit.,* 68. Ciò segna inoltre una profonda differenza rispetto alla teoria dei *troubles de voisinage*, secondo la quale, «même si l'usage n'est pas fautif, le caractère excessif du trouble est source de responsabilité» (P. MALAURIE, L. AYNÉS, M. JULIENNE, *op. cit.,* 158 e 365 s., ove si rammenta altresì che la citata teoria fu inizialmente elaborata come un'applicazione di quella dell'*abus des droits*, per poi però distaccarsene da quando la giurisprudenza francese ha iniziato a concedere le relative tutele a prescindere da qualsivoglia elemento soggettivo riscontrabile in capo all'immittente).

[36] V. ancora J. GORDLEY, *ibidem*; nonché, da ultimo, P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.,* 366 s.: «le principe est désormais acquis que nul ne doit causer è autrui un trouble anormal de voisinage. Un préjudice est anormal lorsqu'il est important, durable, répétitif, inhabituel et dépasse un seuil de tolérance, qui s'apprécie en fonction des circonstances, du moment et du lieu».

[37] V. in tal senso J. GORDLEY, *op. cit.,* 72 s.; ID., *Immissionsschutz, nuisance and troubles de voisinage in comparative and historical perspective*, in *ZEuP – Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998, 13; nonché L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des biens*, Parigi, 2021, 155, i quali evidenziano trattarsi di «un raisonnement proche de celui que les cours supérieures tiennent afin de concilier des droits fondamentaux en conflit».

[38] V. la sintesi di B. BRÜCKNER, sub *§ 906 BGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, a cura di F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker e B. Limperg, IX ed., Monaco di Baviera, 2023, Rn. 5: «Der in der Rspr. des 19. Jahrhunderts entwickelte Immissionsschutz sah Duldungspflichten nur gegenüber unwesentlicher Beeinträchtigung oder üblicher Grundstücksnutzung vor. Dies beruhte auf der Erwägung, dass Ausschließlichkeit und Willkür der Nutzungsbefugnisse des einen Eigentümers ihre notwendige Begrenzung in der dem anderen Eigentümer ebenfalls zustehenden Ausschließlichkeit und Willkür finde».

[39] V. A. THIER, *op. cit.,* 90 s.; nonché V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1012: «up until 1883, industrial users were always at the losing end».

[40] V. R. VON JHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 6, 1863, 81 ss., poi in ID., *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, II, *Abhandlungen aus dem 5. bis 15. Bande der*



Sia pure non senza una certa semplificazione, si può pertanto affermare che il quadro considerato fino a questo punto lascia, nel complesso, trasparire un approccio di maggiore protezione per l'immesso. Ciò può sostenersi in quanto, in questa prima fase, la tutela contro le immissioni tende a essere configurata come un sottotipo di quella contro gli sconfinamenti nel fondo altrui, così che si prospettano quali soluzioni principali quella *ex ante* della costituzione di una servitù (volontaria o in certi casi coattiva) e quella *ex post* di un'azione di cessazione delle immissioni (le quali, evidentemente, non siano giustificate da una servitù) sul modello dell'*actio negatoria* del diritto romano, rimanendo invece marginale la tutela risarcitoria o più in generale pecuniaria [41], che comunque, se esperibile, normalmente si aggiunge alla principale tutela reale, non la sostituisce [42].

4. – Il Codice civile del 1865 segue il modello del *Code civil*, così evitando di dedicare un'apposita disciplina alle immissioni. Nel suo vigore, la prassi italiana tende peraltro a orientarsi sua volta in modo simile a quella francese, considerando illecite le immissioni eccessive in quanto consistenti in un uso anormale della cosa tale da comportare disagi insoliti al vicino [43].

Ciò non stupisce, tenuto conto dello stretto legame sussistente a quel tempo tra la cultura giuridica italiana e quella francese, non solo nella materia in esame [44].

Tale assetto, peraltro, è destinato a subire significativi mutamenti: si noti fin d'ora che, nel Codice civile del 1942, il comma 1 dell'art. 844 cod. civ., finirà per indicare come criterio generale quello della tollerabilità, segnando in tal modo quale limite non la normalità dell'esercizio di una certa attività, ma appunto la tollerabilità per l'immesso, ovverosia la normalità degli effetti che l'attività provoca nel fondo che la subisce [45]. Si tratta di una impostazione – per non dire un «capovolgimento concettuale» [46] – che lascerà trasparire l'in-

---

Jahrbücher, Jena, 1882, poi Aalen, 1969, 22 ss. In merito al pensiero di Jhering e alla sua notevole influenza sull'evoluzione del diritto tedesco, v. A. THIER, *op. cit.,* 91 ss. V. inoltre, per quanto concerne la rilevanza di simili riflessioni pure pur il diritto italiano e in particolare per l'elaborazione del criterio della normale tollerabilità poi sancito nell'art. 844 c.c., con varie prospettive d'indagine, C. SALVI, *op. cit.,* 107 ss.; F. NAPPI, *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli, 1984, 36 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Napoli, 1984, 74 ss.; U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987, 349 ss.; P. GALLO, *Immissioni, usi incompatibili e problemi di allocazione di risorse scarse*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 670 ss.; A. GAMBARO, *op. cit.*, 274. Il pensiero di Jhering fu fondamentale per il nostro ordinamento giuridico, anche se vi incontrò pure alcune critiche severe (soprattutto quelle di P. BONFANTE, *Criterio fondamentale nei rapporti di vicinanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, 517 ss. e specialmente 523, la cui posizione si incentrava invece sul limite dato dalla «necessità della coesistenza sociale», poi – ID., *L'azione negatoria e l'azione dei danni nei rapporti di vicinanza*, in *Foro it.*, 1926, I, c. 24 ss. e specialmente 26 – peraltro sostituito da quello della normale tolleranza, accompagnato a una sorta di indennizzo da espropriazione ove quest'ultimo limite fosse superato e ciò nonostante l'interesse pubblico imponesse di considerare lecite le immissioni), come rammentato con particolare chiarezza da M.R. MAUGERI, *op. cit.*, 248 ss.

[41] Per simili rilievi, v. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1007.

[42] V. in tal senso, con particolare riguardo al diritto tedesco, A. THIER, *op. cit.*, 91.

[43] Lo rammenta per esempio C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, II ed., Milano, 2017, 159, ove anche riferimenti alla dottrina del tempo. Una indagine più approfondita sull'assetto del nostro ordinamento giudico prima del 1942 è compiuta da M.R. MAUGERI, *op. cit.*, 237 ss. V. anche *infra*, nt. 86.

[44] Cfr., tra i tanti, AN. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, 2ª ed., Torino, 2017, 305 ss.

[45] V. assai chiaramente G. CARAPEZZA FIGLIA, *Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 850.

[46] A. GAMBARO, *op. cit.*, 274. Al riguardo v. peraltro anche le considerazioni critiche di U. MATTEI, *La proprietà*, II ed. con la coll. di A. Quarta ed E. Ariano, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, Torino, 2015, 333: «la dottrina e la giurisprudenza considerano un passo avanti metodologico l'aver fatto chiarezza su un punto: che la tollerabilità va valutata dal punto di vista di chi subisce le immissioni. A ben vedere, tuttavia, se l'analisi viene condotta sul piano operazionale, anche quei sistemi, che focalizzano sulla ragionevolezza dell'attività immissiva, finiscono per elaborare regole analoghe».



tenzione del legislatore italiano di tutelare maggiormente, rispetto all'approccio tradizionale, l'immittente [47], intenzione questa che risulterà ancora più chiara nel comma 2 dell'art. 844 cod. civ., come verificheremo a tempo debito (v. *infra*, par. vii).

5. – Il quadro normativo appena descritto si rivela inadeguato quando, con la diffusione dell'industrializzazione e delle attività altamente inquinanti a essa collegate, le immissioni divengono idonee a colpire numerose proprietà anche non contigue, così che, indicativamente al tempo della seconda rivoluzione industriale nel diciannovesimo secolo avanzato [48], si sviluppa una seconda fase caratterizzata dalla progressiva affermazione, sempre più in sostituzione della tradizionale *actio negatoria*, della tutela privatistica pecuniaria, risarcitoria e soprattutto indennitaria [49]. Occorre parlare al riguardo di un'affermazione progressiva, in quanto all'inizio dell'industrializzazione il *favor* per le attività produttive, considerati i benefici sociali derivanti dalle stesse, tende a essere ancora più spiccato, traducendosi talvolta in un diniego all'immesso non solo della tutela reale ma anche di quella meno incisiva puramente pecuniaria [50].

È emblematico al riguardo l'esempio del diritto tedesco, per il cambio di rotta del quale è – ancora una volta nella nostra materia – decisiva la creatività giurisprudenziale, innanzi tutto quella del *Reichsgericht* che nel 1882 adotta una valutazione non più astratta come in precedenza ma concreta incentrata specialmente sulla condizione dei luoghi, in forza della quale si è tenuti a sopportare immissioni usuali per un certo tempo e un certo territorio [51]. Tale prospettiva, come verificheremo tra breve, rimarrà ferma anche in seguito all'adozione del *BGB* e anzi sarà nei primi anni della sua entrata in vigore sempre più interpretata in favore delle attività produttive, per esempio prendendo in considerazione non solo la zona circostante le immissioni ma anche altre città, oltre che estendendo la tutela concessa alle attività industriali anche a quelle agricole [52].

Si tenga conto che nel *BGB*, come noto di quasi un secolo successivo al *Code civil*, si trova – verosimilmente anche proprio a causa della sua maggiore modernità e dell'industrializzazione nel frattempo sviluppatasi [53] – sancita una impostazione più equilibrata di quella della codificazione francese sul diritto di proprietà, di cui sono positivamente disciplinate più incisive limitazioni [54].

---

[47] Questo profilo si trova chiaramente evidenziato anche nella manualistica: v. per esempio A. TRABUCCHI, *op. cit.*, 787. V. altresì, *amplius*, B. GARDELLA TEDESCHI, in B. GARDELLA TEDESCHI, L. NAVONE, *I rapporti di vicinato*, in *Tratt. dir. imm.*, dir. da G. Visintini, I, *I beni e la proprietà*, I, Padova, 2013, 394 s.; nonché C. SALVI, *Proprietà e possesso*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di S. MAZZAMUTO, vol. III, Torino, 2021, 93, ove si sottolinea come il criterio della normale tollerabilità serva a rendere il potere di esclusione del proprietario, in caso di immissioni, più circoscritto rispetto a quello generale fondato sull'interesse oggettivo di cui all'art. 840 cod. civ.

[48] È intuitivo che, più eterogenei diventano gli usi che i proprietari vicini fanno dei propri fondi, più è probabile che sorgano conflitti tra gli stessi. Se dunque la *vicinitas* è tradizionalmente *mater discordiarum* (v. per tutti A. TRABUCCHI, *ibidem*), si può facilmente comprendere come il problema della propagazione di fattori disturbanti abbia dovuto assumere diversa consistenza con la diffusione dell'industrializzazione: v. in tal senso le brillanti riflessioni di V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1003 e 1008.

[49] Interessanti considerazioni comparatistiche in argomento possono leggersi per esempio in P. GALLO, *op. cit.*, 673 ss., ove si evidenzia appunto che «con il progredire dell'industrializzazione doveva […] farsi gradualmente strada l'idea che qualsiasi uso ragionevole, quindi anche quello industriale, non potesse essere inibito, salva ovviamente la regola del risarcimento del danno».

[50] Cfr. al riguardo, sempre in prospettiva comparatistica, V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1020.

[51] Per dettagliati riferimenti e un sintetico esame di questa giurisprudenza, v. A. THIER, *op. cit.*, 92.

[52] V. anche per ulteriori citazioni A. THIER, *op. cit.*, 93 s.

[53] Attenti studi comparatistici hanno peraltro dimostrato che nei Paesi di *civil law*, a differenza di quanto ci si potrebbe aspettare, non vi è sempre un chiaro collegamento tra il maggiore o minore livello di sviluppo industriale e la maggiore o minore minuziosità dei testi normativi in tema di immissioni. Si è infatti addotto l'esempio degli artt. 590 e 1908 del *Código Civil* spagnolo del 1889, che sono più dettagliati del § 906 del *BGB* nella sua versione originaria del 1900, sebbene le due codificazioni in esame risalgano all'in-



Non sorprende dunque la presenza di una specifica normativa pure con riguardo alle immissioni, quella di cui al § 906 *BGB* che, nella versione originaria del 1900, come già accennato, tiene fermo l'assetto elaborato dalla precedente giurisprudenza tedesca, senza fare peraltro ancora esplicito riferimento a una soddisfazione pecuniaria in favore del proprietario che sia tenuto a sopportare significative immissioni (né a misure precauzionali) [55].

La mancanza di una base normativa di portata generale per giustificare una siffatta soddisfazione pecuniaria non impedisce, peraltro, ai giudici di orientarsi proprio in tal senso già verso la fine del diciannovesimo secolo. Questa evoluzione del diritto vivente si verifica innanzi tutto facendo leva su una previsione settoriale (il § 26) della *Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund* del 1869, sulla quale torneremo più approfonditamente nel prosieguo, quando illustreremo la sua rilevanza anche come prima importante testimonianza della incidenza del diritto pubblico sulla nostra materia. La giurisprudenza tedesca arriva infatti progressivamente a estendere questa previsione a ogni attività produttiva, di cui in tal modo si evita la cessazione, salva una soddisfazione pecuniaria per l'immesso, ove la citata attività sia stata autorizzata dalle competenti autorità amministrative [56].

In seguito a una modifica del 1959, il § 906 del *BGB*, ancora una volta, finisce quindi per recepire esplicitamente gli esiti della precedente evoluzione giurisprudenziale, contemplando a quel punto il suo comma 2, per ciò che qui più interessa, *einen angemessenen Ausgleich in Geld* in favore del proprietario che debba subire *eine wesentliche Beeinträchtigung* la quale sia al tempo stesso *ortsüblich* e non evitabile con l'adozione di misure precauzionali *wirtschaftlich zumutbar* [57].

La citata previsione non parla di risarcimento del danno (*Schadensersatz*) ma di adeguato ristoro in denaro. Sebbene la natura del rimedio sia oggetto di un approfondito dibattito nella dottrina tedesca, viene essenzialmente in rilievo il concetto, che sta guadagnando terreno a livello internazionale [58], denominato dalla letteratura di lingua inglese *denial damage*. Questo concetto inizia a riscuotere fortuna nella nostra materia già nella seconda metà del diciannovesimo secolo, quando come sappiamo comincia a emergere l'esigenza di consentire immissioni che secondo la prospettiva tradizionale potevano invece essere fatte cessare attraverso

---

circa allo stesso periodo e sebbene a quel tempo la Germania fosse maggiormente industrializzata della Spagna: v. in tal senso V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1014 s. e 1020, ove si chiarisce come la normativa spagnola abbia incorporato una particolare tradizione giuridica sviluppatasi nei secoli precedenti in quel territorio.

[54] V., in tal senso, V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1012, ove si fa leva specialmente sul § 1004 *BGB*.

[55] V. per esempio B. BRÜCKNER, *op. cit.*, Rn. 6: «[…] erfuhr Deutschland in der Zeit zwischen der Reichsgründung und dem ersten Weltkrieg einen unerhörten Wandel von einem überwiegend agrarisch zu einem industriell und großstädtisch geprägten Land; neue Schlüsselindustrien wie Maschinenbau, Großchemie und Elektroindustrie nahmen einen rasanten Aufstieg. Der weiteren freien und ungehinderten Entfaltung der Industrie wollte der Gesetzgeber möglichst wenig in den Weg stellen. Daher sah die Vorschrift zunächst weder einen Vorrang wirtschaftlich zumutbarer Schutzvorkehrungen noch einen Ausgleichsanspruch vor».

[56] V. *amplius* A. THIER, *op. cit.,* 95.

[57] Per approfondimenti su tutte le citate nozioni, v. da ultimo R. LEMKE, sub *§ 906 BGB*, in *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, a cura di H. Prütting, G. Wegen e G. Weinreich, 17ª ed., Hürth, 2022, 2067 ss.

L'ambito di applicazione della previsione in esame è sovente ampliato in via analogica dalla giurisprudenza tedesca: al riguardo v., tra i tanti, P. BRUNS, *Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch im Spiegel der BGH-Rechtsprechung*, in *NJW– Neue juristische Wochenschrift*, 2020, 3493 ss.; C.F. MAJER, *Gefährdungshaftung aus Eigentum? Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch analog § 906 II 2 BGB in der neueren Rechtsprechung*, in *NZM – Neue Zeitschrift für Miet – und Wohnungsrecht*, 2020, 584 ss.; M. KLÖPFER ed E. MEIER, *Eigentümerhaftung für mittelbar verursachte Brandschäden am Nachbargrundstück*, in *NJW– Neue juristische Wochenschrift*, 2018, 1516 ss.; nonché, in lingua italiana, T.J. CHIUSI, *Azione negatoria, immissioni e responsabilità nei recenti orientamenti della giurisprudenza tedesca*, in Ius civile europaeum – *Pena privata e risarcimento del danno*, a cura di L. GAROFALO, Pisa, 2022, 221 ss.

[58] V. in tal senso V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1013.



l'*actio negatoria*, attribuendo però all'immesso appunto una soddisfazione pecuniaria collegata all'indennità di espropriazione [59].

In ogni caso, si tratta di un rimedio pecuniario che, dal punto di vista dei suoi presupposti, si avvicina fortemente a una forma di responsabilità oggettiva [60]. Tale rimedio, essendo sottoposto al limite massimo dell'attuale valore di mercato dell'immobile colpito dalle immissioni, peraltro non consente di ottenere l'integrale riparazione di tutti i danni subiti, differenziandosi pertanto anche sotto questo profilo dalla vera e propria responsabilità civile, sebbene nella dottrina tedesca non manchino diversità di vedute al riguardo [61].

6. – Anche nell'evoluzione del diritto francese, nel quale attesa l'assenza di una disciplina specifica per le immissioni è tradizionalmente accentuato il ruolo di quella generale sulla responsabilità civile, è riscontrabile uno spazio crescente per la tutela pecuniaria, innanzi tutto in quanto tale responsabilità è per larga parte del diciannovesimo secolo comunemente intesa come fondata sulla colpa, mentre sul finire del medesimo secolo si sviluppa un orientamento anche giurisprudenziale favorevole a varie forme di responsabilità oggettiva [62].

Si consolida per questa via un assetto del diritto vivente francese, ancora oggi attuale (salvo quanto si dirà più avanti con riguardo alla rilevanza dei parametri pubblicistici), per cui è illecita l'immissione che superi quanto è normale tenuto conto delle caratteristiche dei luoghi [63], illiceità questa che può senz'altro comportare, specialmente ove si tratti di un'attività produttiva, l'obbligo di risarcire i danni – peraltro solo quelli eccedenti la soglia di normalità [64] – a prescindere dalla colpa [65] (quindi anche ove non vi fossero misure precauzionali che si sarebbero potute adottare per evitare il disturbo ai vicini), cui può però accompagnarsi il permesso da parte del giudice di continuare la citata attività [66].

Nel prosieguo verificheremo inoltre come in vari ordinamenti giuridici l'intensificazione della tutela pecuniaria continui a verificarsi pure in parallelo con l'ulteriore e più recente fase caratterizzante la nostra materia, quella del predominio di parametri pubblicistici, anche sulle valutazioni di diritto privato.

Per il momento basti comunque segnalare come il fondamento della tutela pecuniaria contro le immissioni non sia omogeneo nei vari Paesi [67]: in alcuni di essi è richiesta almeno la colpa (se non addirittura l'intenzione, come nel caso della dottrina francese dell'*abus de droit*, peraltro – lo si è già accennato – poco rile-

[59] Per simili considerazioni, v. A. THIER, *op. cit.*, 100; nonché, da ultimo, R. LEMKE, *op. cit.,* 2069.

[60] Così A. THIER, *op. cit.*, 87 e 106; nonché, tra i tanti altri, C.F. MAJER, *op. cit.,* 584.

[61] V. *amplius* A. THIER, *op. cit.*, 102 s.; nonché, in lingua italiana, T.J. CHIUSI, *op. cit.*, 219 ss.

[62] V. *amplius* J. GORDLEY, *Disturbances among neighbours in French law*, cit., 66.

[63] Al riguardo, è diffusa la convinzione che «des nuisances et des pollution industrielles occasionnées dans une zone industrielle n'apparaîtront pas tolérables dans une zone résidentielle» (N. REBOUL-MAUPIN, *op. cit.*, 415).

[64] Ciò, in aggiunta alla irrilevanza dell'elemento soggettivo, segna una ulteriore differenza della teoria dei *troubles anormaux de voisinage* rispetto ai comuni principi della responsabilità civile, secondo cui il risarcimento del danno è invece integrale, come evidenziato per esempio da L. ANDREU e N. THOMASSIN, *op. cit.*, 155 s. e 162.

[65] V. ancora L. ANDREU, N. THOMASSIN, *op. cit.*, 159 s., i quali, premesso che, «aux origines, on a pu essayer de faire reposer la responsabilité pour trouble de voisinage sur l'idée de faute», concludono che da tempo, invece, «la responsabilité pour trouble anormal de voisinage est tout simplement indépendante de la faute et indifférente à l'absence de celle-ci», precisando altresì che, «si le voisin a commis une faute, rien n'interdit à la victime d'agir sur les deux fondements (faute et trouble anormal) pour augmenter ses chances d'emporter une condamnation (elle n'obtiendra, évidemment, qu'une réparation). Les normes s'étant multipliées ces dernières années, il devient parfois plus facile d'agir en responsabilité de droit commun "pour faute"». V. anche, *amplius*, N. REBOUL-MAUPIN, *op. cit.*, 387 ss. e 416 ss.

[66] Per una simile sintesi del diritto vivente francese, e per ulteriori riferimenti, v. J. GORDLEY, *op. ult. cit.*, 71 s.

[67] Lo evidenzia anche J. MURPHY, *Review of J. Gordley (ed.), The development of liability between neighbours, vol. II, Cambridge, 2010*, in *Journal of European Tort Law – JETL*, 2/2012, 270.



vante nella nostra materia, per la quale è centrale piuttosto il diverso istituto dei *troubles de voisinage*), mentre in molti altri si sono sviluppate forme – probabilmente più adeguate, se si vuole evitare che la tutela sia pure solo pecuniaria dell'immesso rimanga confinata a pochi casi [68] – di responsabilità oggettiva (o comunque aggravata), sembrando essere quest'ultima la tendenza dominante [69].

Tutto ciò considerato, la seconda fase del diritto delle immissioni da ultimo esaminata può dirsi caratterizzata da una impostazione, nel complesso, di maggiore protezione per l'immittente e specialmente per le attività industriali (nonché per altre attività di interesse pubblico a esse parificate), in contrapposizione rispetto alla fase precedente, che come sappiamo era orientata in senso opposto [70].

Ciò può sostenersi in quanto la tutela pecuniaria, se pure non è escluso che possa talvolta aggiungersi alla tutela reale, finisce in molti casi per sostituirla, ovverosia per giustificare la continuazione di immissioni industriali di notevole consistenza (che come tali secondo l'impostazione tradizionale sarebbero da inibire), sia pure con l'attribuzione all'immesso di un ristoro economico [71].

Soluzioni di tutela puramente pecuniaria sono giustificate in dottrina sulla base dell'idea che chi beneficia di un'attività dovrebbe pagare per i danni che produce, idea questa che viene declinata con specifico riguardo alle immissioni osservando che un simile pagamento dovrebbe gravare sul proprietario che da un lato trae dal proprio fondo benefici che il vicino non ottiene e che dall'altro lo disturba con modalità con le quali non è da quest'ultimo a sua volta molestato [72].

7. – Il Codice civile del 1942, a differenza di quello previgente, introduce un'apposita disciplina sulle immissioni, resasi necessaria a causa del progresso industriale e della moltiplicazione delle fonti di disturbo a esso collegate [73].

Nel comma 1 dell'art. 844 cod. civ., ovverosia con riguardo alle fattispecie in cui non vengano in rilievo attività produttive, è indicato il parametro della normale tollerabilità da intendersi come sopportabilità alla stregua della coscienza sociale [74] e da valutarsi «anche» con riguardo alla condizione dei luoghi [75], superato il

---

[68] V. V. Casado Perez, C. Gomez Liguerre, *op. cit.,* 1010, ove, con particolare riferimento al diritto francese, si sottolinea che «the traditional nuisance scenario does not often fit a framework based on fault».

[69] V., al riguardo, V. Casado Perez, C. Gomez Liguerre, *op. cit.*, 1008 e 1020, i quali considerano la responsabilità oggettiva «preferable to forms of negligence because it affects the incentives of the polluter in relation to both precautions and the level of activity».

[70] V. in tal senso, con particolare riguardo al diritto tedesco, A. Thier, *op. cit.*, 94.

[71] Ne deriva una impostazione incentrata su «regole di responsabilità», secondo la celebre classificazione di G. Calabresi e A.D. Melamed, *op. cit.*, 501 e 534, ove si evidenzia tra l'altro come il ricorso a regole di tal fatta sembri preferibile qualora, come normalmente accade, «vi sia incertezza su chi, tra soggetto inquinante e soggetto pregiudicato dall'inquinamento, sia quello posto nella posizione migliore per minimizzare i costi dell'inquinamento».

[72] V. assai chiaramente J. Gordley, *op. ult. cit.*, 85.

[73] Per una simile spiegazione, v. C.M. Bianca, *op. cit.*, 159 s.

[74] V., tra i tanti, C.M. Bianca, *op. cit.*, 163.

[75] Come evidenzia sempre C.M. Bianca, *op. cit.*, 163 s., «in tal modo acquista una certa rilevanza anche la normalità d'uso dei fondi, espressamente richiamata dal codice tedesco», la quale nel diritto italiano «va però sempre valutata in funzione dell'accertamento della normale sopportabilità delle immissioni, nel senso che può ritenersi normalmente tollerabile ciò che nella zona è generalmente tollerato». Al riguardo, è stato inoltre efficacemente rilevato che «per condizione dei luoghi si è inteso a lungo che esse coincidano con la destinazione di zona prevista dalla disciplina urbanistica. La più recente giurisprudenza, con innovazione non felice, la intende nel senso di condizione di fatto deducibile dalle abitudini di vita della popolazione. Ciò sottrae certezza e prevedibilità sia alle scelte dei singoli sia alla valutazione giudiziale senza alcun apprezzabile guadagno sotto altri profili» (A. Gambaro, *op. cit.*, 275). In ogni caso, come evidenziato da M.R. Maugeri, *op. cit.*, 265, «il riferimento alla condizione dei luoghi […] permette di



quale il proprietario del fondo immesso può impedire le propagazioni provenienti dal fondo vicino [76] ovverosia esperire la tutela reale inibitoria, solitamente definita negativa, riconducibile al modello dell'*actio negatoria* (o a qualcosa di simile sia pure a rigore al di fuori di tale modello [77]) al fine di far cessare definitivamente le immissioni [78] che non possano essere contenute entro il citato parametro attraverso un meno invasivo ordine di adozione di idonei accorgimenti tecnici, nel quale ultimo caso si parla invece di inibitoria positiva [79].

Configurandosi in presenza di immissioni intollerabili una lesione del suo diritto di proprietà, l'immesso può inoltre ottenere, cumulativamente con la tutela inibitoria, un vero e proprio risarcimento in sede extracontrattuale [80], purché ne sussistano tutti gli altri presupposti, che dovrebbero peraltro essere non quelli generali dell'art. 2043 cod. civ. ma quelli meno rigorosi della fattispecie speciale sul danno da cosa in custodia di cui all'art. 2051 cod. civ. [81].

Nel caso in cui le immissioni rimangano invece entro la soglia della normale tollerabilità, non spetta all'immesso alcuna tutela, né inibitoria né risarcitoria, mancando la lesione del suo diritto di proprietà [82].

---

chiudere ogni discussione circa la possibile rilevanza di valori personali. […] Viene confermata, così, l'idea che si tratti di tutela posta a protezione della proprietà fondiaria in quanto tale».

[76] Nella disciplina attualmente vigente, il concetto di vicinanza non corrisponde all'antico significato di prossimità bensì riguarda anche propagazioni disturbanti di provenienza remota, indicando semplicemente la relazione spaziale che rende un fondo assoggettabile alle immissioni di un altro: così C.M. BIANCA, *op. cit.*, 162, ove si sostiene anche l'applicabilità analogica della disciplina in esame a immissioni derivanti da attività non connesse alla proprietà immobiliare (per esempio quelle rumorose degli aerei).

[77] In tal senso, v. R. PARDOLESI, *Azione reale ed azione di danni nell'art. 844 cod. civ. Logica economica e logica giuridica nella composizione del conflitto tra usi incompatibili di proprietà vicine*, in *Foro it.*, 1977, I, c. 1146 s.

[78] V. al riguardo C. SALVI, *op. ult. cit.*, 98, il quale parla di tutela reale inibitoria appunto richiamando l'art. 949, comma 2 cod. civ. e la distingue dalla tutela personale di cui all'art. 2058 cod. civ.(in cui è peraltro contemplato un risarcimento in forma specifica, non una inibitoria sia pure di natura personale, trattandosi di rimedi che comunque non dovrebbero essere confusi: in tal senso, v. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 3ª ed., Milano, 2021, 213 s., il quale evidenzia come il risarcimento del danno in forma specifica integri «pur sempre un rimedio risarcitorio, ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione *diversa e succedanea* rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio o del dovere di rispetto altrui», mentre l'inibitoria è una «forma di tutela preventiva del danno»).

[79] Per questa consolidata terminologia, v., per esempio, G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. cit.*, 851, il quale appunto ragiona di «tutela inibitoria, di carattere negativo (volta a proibire la continuazione delle molestie: *non facere*) o positivo (diretta all'adozione di specifici accorgimenti tecnici: *facere*)»; A. PROTO PISANI, *Brevi note sull'art. 844 c.c. e sul rilievo dei valori nell'interpretazione della legge*, in Liber amicorum *per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, 3475 s.; nonché M. MAUGERI, *Le immissioni*, Padova, 1999, 196 ss., ove la distinzione tra inibitoria negativa e inibitoria positiva è giudicata «corretta nelle linee di fondo», anche se «non […] sufficiente a dar conto della pluralità di rimedi adottati dai giudici».

[80] V., tra i tanti, C. SALVI, *op. ult. cit.*, 94 e 98, il quale segnala altresì criticamente come a volte la giurisprudenza faccia confusione da un lato assimilando la tutela inibitoria al risarcimento in forma specifica e dall'altro affermando il loro carattere prioritario rispetto al risarcimento per equivalente.

[81] V. in tal senso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, 2ª ed., cit., 172, il quale con riguardo all'art. 2051 cod. civ.ragiona di una responsabilità aggravata per colpa presunta. L'orientamento dottrinale maggioritario parla peraltro, in merito alla previsione da ultimo citata, di responsabilità oggettiva: v. da ultimo V. VILLANOVA, *La responsabilità per il danno cagionato da cose in custodia*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 760 ss., ove ulteriori riferimenti. Sia pure in diversa prospettiva (di analisi economica del diritto, su cui torneremo *infra*, nt. 177), v. inoltre, sempre in favore di una responsabilità civile oggettiva da immissioni intollerabili, U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, cit., 396; nonché R.A. ALBANESE, *Il diritto privato alle prese con la* movida*: disciplina delle immissioni, risarcimento del danno non patrimoniale, allocazione delle esternalità*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 13.

Con riguardo al danno risarcibile, non sembra che esso possa estendersi pure ai profitti eventualmente ottenuti dall'immittente, nemmeno ove si parta dall'idea della vocazione generale della restituzione degli utili di cui all'art. 125, comma 3, cod. propr. ind., che non sarebbe comunque applicabile in via analogica alla nostra fattispecie: v. in tal senso S. GATTI, *Il problema dell'illecito lucrativo tra norme di settore e diritto privato generale*, Napoli, 2021, 450 ss., il quale evidenzia come, dal lato dell'immittente, non sussista alcun atto di sfruttamento di una utilità riservata e come, dal lato dell'immesso, la reversione dei profitti darebbe luogo a un arricchimento ingiustificato, mancando l'usurpazione di qualsivoglia sua possibilità di guadagno, sia pure solo astratta o potenziale.

[82] In tal senso v., tra i tanti, C. SALVI, *op. ult. cit.,* 93. Non si è affermata la diversa tesi di V. LOJACONO, *op. cit.,* 176, secondo cui



Tale assetto, con riguardo alle attività produttive, è peraltro modificato dal comma 2 dell'art. 844 cod. civ., che impone un contemperamento tra le esigenze di tali attività e le ragioni della proprietà, consentendo altresì di tenere conto della priorità di un determinato uso [83].

La giurisprudenza italiana, infatti, si è tradizionalmente attestata su una lettura (c.d. interpretazione dicotomica [84]) della previsione da ultimo citata nel senso che essa giustifica senz'altro la liceità ovverosia l'autorizzazione da parte del giudice di immissioni che sarebbero intollerabili ai sensi del comma 1 dell'art. 844 cod. civ., qualora esse provengano da attività produttive, a causa dell'indiretta utilità sociale delle stesse [85], salvo però il diritto a un indennizzo in favore del proprietario immesso [86].

«il proprietario del fondo colpito da immissioni tollerabili, se non può opporsi a esse, ha però […] il diritto di essere indennizzato per il danno ricevuto, poiché se vien disapplicato per legge il principio per cui il danneggiato può chiedere, oltre e prima che il risarcimento, la cessazione della causa del pregiudizio, non può negarsi rilevanza alla diminuzione patrimoniale inflitta dalle immissioni del vicino».

[83] Quello del preuso (da intendersi in senso oggettivo cioè con riguardo alla priorità della forma di utilizzazione in atto sul fondo), in linea del resto con la formulazione letterale della previsione, è generalmente inteso da giurisprudenza e dottrina come un criterio puramente facoltativo e sussidiario: v. per esempio R. PETRUSO, voce *Immissioni*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg. VII, Torino, 2012, 551; nonché C. SALVI, *op. ult. cit.*, 98, secondo il quale «l'unica eccezione in concreto alla sostanziale irrilevanza del criterio è rinvenibile nelle ipotesi in cui la destinazione del fondo che subisce le immissioni sia mutata successivamente all'inizio dell'attività che le causa, rendendo intollerabili immissioni che in precedenza dovevano considerarsi lecite. In tale ipotesi la priorità dell'uso può comportare il venir meno di ogni tutela, oppure la diminuzione dell'indennità dovuta». A. GAMBARO, *op. cit.*, 276, dopo aver persuasivamente rilevato che «il criterio è […] discutibile, perché la disciplina degli usi del territorio è funzione riservata a chi esercita le potestà di pianificazione urbanistica e territoriale, sicché se un dato uso […] è ammesso, la presenza sul territorio di attività scarsamente compatibili […] non può generare una regola contraddittoria con le destinazioni di uso programmate dal pianificatore pubblico», si spinge ad affermare che la giurisprudenza «ha semplicemente cancellato la regola del codice». Secondo l'orientamento dominante, si tratta comunque di un criterio che, nei rari casi in cui opera, serve a valorizzare gli investimenti fatti per lo sviluppo produttivo di un immobile, comprimendo la sfera proprietaria dei vicini. Per una particolare proposta interpretativa diretta a valorizzare notevolmente il criterio del preuso nell'ambito di una lettura unitaria – e non, come da orientamento dominante, dicotomica – e al tempo stesso «ecologica» dell'art. 844 c.c., v. peraltro M.W. MONTEROSSI, *Interesse «a non tollerare» e conformazione delle sfere proprietarie*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2020, 34 ss., secondo il quale tale criterio potrebbe «favorire una soluzione del conflitto tra usi incompatibili tale da imprimere alla zona di riferimento caratteristiche incompatibili con quelle della produzione industriale o meglio con lo svolgimento di attività fonti di degrado sotto il profilo ambientale». Tale proposta si fonda soprattutto sugli studi di U. MATTEI, *La proprietà*, cit., 335 s. e 341, il quale – con un approccio di analisi economica del diritto: v. *infra*, nt. 177 – critica l'orientamento dominante sulla base di argomenti letterali (ragionando di «un criterio che l'art. 844 cod. civ.non ha certo esplicitamente introdotto per veder cancellato», anche se ai sensi del comma 2 del citato articolo il giudice «può» e non deve «tener conto della priorità di un determinato uso») e storici (sembrandogli che la ragione dell'orientamento dominante «possa trovarsi nel residuo della concezione assoluta della proprietà, un aspetto profondo della tradizione romanista», cui si collega «il divieto di *immissio in alienum*» che porta a intendere la «sfera dell'immesso» come «impermeabilizzata»; ma in precedenza nel testo abbiamo veduto come il progresso industriale abbia comportato un profondo mutamento di tale concezione, la quale tende peraltro a riemergere nella diversa prospettiva della tutela dei diritti della personalità, come verificheremo nel prosieguo) e sostiene pertanto che il preuso dovrebbe integrare «un'importante guida alla discrezionalità del giudice». Su una simile linea di pensiero, v. anche A. PRADI, *Immissioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 606. Pure G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *op. cit.*, 538 s., avevano evidenziato l'idoneità del criterio del preuso a soddisfare, tra le altre, «ragioni di "giustizia"» che potrebbero per esempio riscontrarsi nella «protezione delle aspettative».

[84] C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 167. Nello stesso senso, v. tra i tanti M.R. MAUGERI, *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 205. Si parla anche di «valutazione bifasica» (A. GAMBARO, *op. cit.*, 276).

[85] Come spiegato da C. SALVI, *op. ult. cit.*, 96, sulla base di questa disciplina, ove a entrare in conflitto siano due usi entrambi produttivi, occorrerebbe contemperarli alla luce dell'interesse della collettività «tendenzialmente coincidente con l'incremento di valore prodotto». V. anche, tra gli altri, R. PARDOLESI, *op. cit.*, c. 1150 ss. (il quale commenta adesivamente Cass., 18 febbraio 1977, n. 740, a proposito della intollerabilità e della illiceità di immissioni causate a un uliveto da un vicino frantoio di pietre).

[86] Un simile diritto era stato talvolta affermato anche dalla giurisprudenza italiana precedente il Codice civile del 1942, come rammentato per esempio da F. DE MARTINO, sub *art. 844 c.c.*, in *Comm. del Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro terzo: Proprietà*, *Artt. 810-956*, IV ed., Roma-Bologna, 1976, 202; nonché da F. NAPPI, *op. cit.,* 48, ove ulteriori riferimenti. Come testimonia dettagliatamente M.R. MAUGERI, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria*, cit., 258 ss., la ne-



In altre parole, secondo questa ampiamente diffusa (anche se non pacifica [87]) lettura, finalità del comma 2 dell'art. 844 cod. civ. è, in primo luogo, escludere che immissioni riconducibili alle esigenze della produzione, considerate preminenti dal Codice civile del 1942 [88], possano essere classificate come illecite e quindi fatte cessare [89] cioè inibite negativamente, rimanendo anche in questa ipotesi invece esperibile la tutela inibitoria positiva, ove siano adottabili idonei accorgimenti tecnici [90]. Alla luce del loro diverso ambito di applica-

---

cessità oppure non di prevedere espressamente un indennizzo per chi fosse stato costretto a subire immissioni gravose in considerazione delle esigenze delle industrie fu inoltre oggetto di discussioni durante la preparazione del Codice civile del 1942, anche se è arduo coglierne fino in fondo la rilevanza, essendo carente la documentazione sui lavori che portarono alla formulazione definitiva dell'art. 844 c.c.

[87] Una lettura non dicotomica ma unitaria dell'art. 844 cod. civ. è propugnata, tra gli altri, da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. cit.*, 261 ss., secondo il quale da un lato l'influenza che eccede la normale tollerabilità dovrebbe considerarsi sempre illecita e dall'altro il giudizio di contemperamento, alla pari dei criteri della condizione dei luoghi e del preuso, si tradurrebbe in un canone ermeneutico esauriente la sua operatività esclusivamente in funzione della regola (che sarebbe appunto unitaria) della normale tollerabilità. Per riferimenti anche ad altre ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali rimaste minoritarie, v. di recente M.W. MONTEROSSI, *op. cit.*, 20 ss. V. anche *supra*, nt. 83.

[88] V. per esempio C. SALVI, *op. ult. cit.,* 99 s., ove si ragiona appunto di una disciplina che «risente fortemente del clima in cui fu formulata» e che pertanto «è organizzata intorno alla considerazione preminente dell'interesse alla produzione». Tra i vari altri, v. anche G. ALPA, *op. cit.*, 601, secondo cui «la proprietà […], con la codificazione del 1942, è stata modellata come istituto dinamico, e coniugata […] all'impresa, e alla sua utilizzazione nell'ambito del commercio e delle società»; A. DI MAJO, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 782, il quale a sua volta sottolinea che «anche l'istituto più egocentrico del diritto civile, quale la proprietà, è venuto caricandosi di interessi superindividuali»; M.R. MAUGERI, *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, cit., 205; U. MATTEI, *op. ult. cit.*, 331; F. DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'«ambiente»*, Padova, 1982, 48; S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, 54 ss.; ID., voce *Ambiente (tutela dell') nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, I, Torino 1987, 290 s. Ciò emerge anche dalla relazione al Re, ove con riguardo alla proprietà in genere si osserva che «non si tratta di un diritto primigenio o naturale dell'individuo, a cui sono portate specifiche limitazioni […]. La misura stessa del diritto si desume organicamente dalle finalità per cui il potere è riconosciuto e varia quindi in relazione ai diversi beni suscettibili di appropriazione», che «il proprietario deve provvedere all'utilizzazione dei propri beni, per conseguirne la massima produttività» e con specifico riguardo alle immissioni si precisa che «il principio di socialità, da cui l'istituto della proprietà è pervaso, torna a riflettersi sulla disciplina», ponendosi in particolare evidenza le «esigenze della produzione» (n. 402, 404 e 412). Non convince, pertanto, fino in fondo l'affermazione di A. PROTO PISANI, *op. cit.,* 3477, secondo cui «il legislatore del 1942 non ebbe […] dubbi nell'attribuire al giudice il bilanciamento […], anche se ciò poteva essere fonte di "incertezze" […] soprattutto per l'imprenditore». Anche F. NAPPI, *op. cit.,* 55 ss., peraltro, facendo leva su alcune indicazioni desumibili dai lavori preparatori, preferisce ragionare dell'idea secondo cui l'art. 844 cod. civ., avrebbe risentito della logica produttivistica tipica del regime fascista come di un «luogo comune» da «sfatare».

[89] Tra i tanti, v. C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 165: «le immissioni industriali possono essere consentite pur quando superano il limite della normale tollerabilità. La norma sul contemperamento denunzia l'attenzione che il legislatore del 1942 dedicava agli interessi dell'industria»; F. DE MARTINO, *op. cit.*, 209; nonché A. GAMBARO, *op. cit*., 276.

[90] V. assai chiaramente C.M. BIANCA, *op. ult. cit.,* 166: «non vi è luogo al contemperamento tra esigenze dell'industria e ragioni della proprietà quando le immissioni intollerabili sono eliminabili mediante accorgimenti tecnici di costo ragionevole. In tal caso la giurisprudenza giunge ad ordinare senz'altro l'adozione di tali accorgimenti, anziché inibire l'attività disturbante». Per affermare invece l'eventuale irragionevolezza del costo dei citati accorgimenti, può prendersi spunto dalla nozione di *wirtschaftlich Unzumutbarkeit* di cui al comma 2 del § 906 *BGB*, la quale «ist gegeben, wenn die notwendigen Maßnahmen solche Kosten verursachen, dass ein dem konkreten Grundstücksnutzer vergleichbarer durchschnittlicher Benutzer keinen angemessenen Gewinn aus der Grundstücksnutzung mehr erzielen könnte» (R. LEMKE, *op. cit.*, 2068). In una diversa prospettiva, si tratterebbe piuttosto di «immaginare che tutti i fondi appartengano al medesimo proprietario per verificare quali misure un proprietario razionale assumerebbe per rimediare alla incompatibilità tra le attività […]», prospettiva questa adottando la quale «il calcolo razionale sarebbe semplice, perché la rinuncia ai redditi procurati da ciascuna attività diviene, in caso di incompatibilità assoluta, il costo opportunità dell'altra», giungendosi alla conclusione operativa che «il giudice non può inibire la prosecuzione dell'attività economicamente più vantaggiosa, ma deve disporre che chi la prosegue debba risarcire colui, o coloro, che non possono proseguire la propria a causa delle immissioni che creano l'incompatibilità», però con la precisazione che, qualora «tecniche di abbattimento delle emissioni siano disponibili e meno costose dell'ammontare dei risarcimenti dovuti ai proprietari immessi, il giudice dovrebbe disporre la loro adozione e non il risarcimento dei danni futuri (quelli pregressi sono ovviamente da risarcire ogni qual volta le immissioni superano la normale tollerabilità)» (A. GAMBARO, *op. cit*., 277 s.).



zione, i due rimedi in discorso dovrebbero essere pertanto considerati nettamente distinti, tanto più che si caratterizzano per una diversa disciplina anche sotto il profilo processuale [91].

In secondo luogo, finalità della normativa in esame è evitare che le immissioni industriali fondino un vero e proprio diritto al risarcimento del danno in capo a chi le subisce, salva una soddisfazione pecuniaria nella forma di un semplice indennizzo [92].

L'indennizzo si distingue in generale dal risarcimento del danno perché non presuppone la colpevolezza di chi è condannato a pagarlo consistendo piuttosto in un rimedio di tipo oggettivo fondato sulla presenza di un pregiudizio da atto lecito [93]. Coerentemente con questo inquadramento, l'indennizzo risulta di ammontare inferiore rispetto a un vero e proprio risarcimento, non applicandosi il principio dell'integrale riparazione [94].

L'esercente un'attività produttiva è, pertanto, protetto dal comma 2 dell'art. 844 cod. civ. con una sorta di immunità che concerne innanzi tutto l'inibitoria negativa, per l'obiettivo di non arrestare la produzione, ma che essendo esclusa l'illiceità delle immissioni autorizzate dal giudice si estende anche al risarcimento del danno, rimanendo all'immesso i soli rimedi dell'inibitoria positiva (ove praticabile) oppure dell'indennizzo da atto lecito.

Tale indennizzo (a differenza di quanto abbiamo verificato in relazione al § 906 del *BGB*) non è menzionato espressamente dal comma 2 dell'art. 844 cod. civ. ma lo giustificano la possibilità di configurare il diritto a continuare immissioni industriali oltre la normale tollerabilità come servitù coattiva [95] (potendo del resto

---

[91] V. al riguardo A. Proto Pisani, *op. cit.*, 3476, il quale evidenzia che la condanna ad astenersi in futuro dalle immissioni illecite (inibitoria negativa) ha per oggetto un non fare per sua natura infungibile e pertanto non surrogabile da parte di un terzo tramite l'esecuzione forzata, salve a partire dal 2009 solo le c.d. misure di coercizione indirette di cui all'art. 614-*bis*, cod. proc. civ., mentre la condanna al compimento delle opere necessarie per eliminare le immissioni illecite (inibitoria positiva) ha per oggetto un fare fungibile, con la conseguenza che è suscettibile di attuazione in via surrogatoria da parte di un terzo ai sensi degli artt. 612 ss., cod. proc. civ., salve anche in questa seconda ipotesi pure le già citate misure di coercizione indirette.

[92] Come evidenzia per esempio C. Salvi, *op. ult. cit.*, 96, «sulla base di tali criteri risulta in concreto difficile un giudizio di illiceità, con conseguente inibizione, delle immissioni causate da attività produttive. La tutela del proprietario del fondo che le subisce si esaurisce, in genere, nell'attribuzione di un'indennità».

[93] In giurisprudenza, v. tra le altre Cass., 26 maggio 1990, n. 4903, in *Riv. giur. edil.*, 1990, I, 645, ove con particolare chiarezza si distingue appunto l'immissione eccedente la normale tollerabilità in genere, la quale dà luogo a un fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., da quella che pur eccedendo la normale tollerabilità sia consentita dal giudice, nel qual caso vi è solo un atto lecito (proprio perché consentito dal giudice) indennizzabile.

[94] Nella materia in esame, l'indennizzo è infatti calcolato tenendo conto solo della diminuzione di valore dell'immobile a causa delle immissioni, salva la possibilità di commisurarlo ai costi ragionevoli eventualmente sostenuti dall'immesso per rendere il suo bene normalmente utilizzabile: per simili rilievi, v. C.M. Bianca, *op. ult. cit.,* 168. Con specifico riguardo alla diminuzione di valore dell'immobile (esclusi pregiudizi di diverso tipo, che l'indennizzo non copre e che sono eventualmente risarcibili in sede aquiliana), sono da considerare anche i danni futuri, come evidenziato da C. Salvi, *op. ult. cit.,* 97.

Per una critica all'irragionevole «consolidamento delle reciproche situazioni proprietarie per il tempo dopo il giudizio» che la liquidazione *una tantum* dell'indennizzo comporterebbe, v. M.W. Monterossi, *op. cit.,* 11 s., il quale ritiene «più opportuno promuovere una liquidazione su base periodica (attraverso la previsione ad esempio del pagamento di un indennizzo annuale), così imprimendo alla relativa obbligazione un carattere "ambulatorio"». Tale interessante posizione sembra ispirata da un approccio di analisi economica del diritto, su cui avremo modo di tornare *infra*, nt. 177.

[95] In tal senso, v. Cass., Sez. Un., 29 luglio 1995, n. 8300, in *Giur. it.*, 1996, I, sez. I, c. 328 ss., con nota di A.M. Musy, *Immissioni sonore nell'isola di Ponza, regole economiche, superstizioni e soluzioni giuridiche*. Ma v. anche la diversa posizione di C. Salvi, *op. ult. cit.,* 97, secondo il quale invece «l'art. 844, comma 2, non reagisce a un danno, da risarcire, ma alla modificazione reciproca, e tendenzialmente permanente, della sfera giuridica di due soggetti; con incremento dell'una a carico dell'altra. L'obbligazione indennitaria discende dunque dall'esigenza – secondo quello che è un principio generale in tema di spostamento patrimoniale – di garantire un giusto corrispettivo al soggetto la cui sfera giuridica sia stata ristretta»; nonché, *amplius*, Id., *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, cit., 258 ss. La teoria della servitù coattiva è criticata anche da R. Picaro, *Il divieto di immissioni tra relazioni economiche e bisogni esistenziali*, Napoli, 2000, 307 ss., il quale ragiona piuttosto dell'«integrazione pretoria, finalizzata all'attribuzione di una *sorta di ristoro* (l'indennità) per il pregiudizio cagionato dall'attività immissiva», come di una



un simile diritto anche essere costituito per accordo tra i proprietari vicini secondo lo schema della servitù volontaria) o come una simile situazione giuridica soggettiva cui applicare in via analogica la relativa disciplina e/o il «principio di tutela economica del diritto di proprietà assoggettato ad espropriazione per pubblica utilità o specificamente gravato nell'altrui interesse» [96].

Sebbene non manchi chi ragiona dell'interpretazione in discorso come di una probabile forzatura della previsione di legge [97], sembra allo scrivente che tale previsione, per la sua notevole genericità, sia compatibile con la suesposta soluzione italiana, che come si è veduto è per di più in linea con l'assetto di Paesi vicini, anche se ciò non toglie che sarebbe stato e ancora sarebbe più agevole disporre di una formulazione più precisa e dettagliata.

8. – La rilevanza delle norme costituzionali anche per i rapporti civilistici, sebbene sia stata oggetto di una evoluzione travagliata e continui a suscitare vivaci dibattiti (che non sarebbe utile ripercorrere nel dettaglio in questa sede) con riguardo alla sua maggiore o minore estensione, è da tempo un dato acquisito del diritto italiano [98].

Tale acquisizione giustifica, per quanto qui più interessa, da un lato l'affermazione di una prospettiva di fondo personalistica (sancita innanzi tutto ma non solo dall'art. 2 Cost.), alla quale l'ordinamento giuridico italiano è indubbiamente informato, e dall'altro una rimeditazione (per la quale sono stati decisivi gli anni '70 del secolo scorso [99]) della proprietà nel senso del tendenziale superamento della tradizionale eccezionalità dei limiti gravanti sulla stessa in ossequio alla sua funzione sociale (art. 42, comma 2, Cost.) [100], «la quale esprime proprio l'orientamento della disciplina dell'appartenenza e dell'utilizzazione dei beni allo sviluppo della persona» [101].

Venendo più direttamente alle immissioni, pur essendo controverso se la normativa proprietaria in esame

---

operazione che «non trova alcun riscontro sul piano normativo, e costituisce unicamente la presenza della volontà di assecondare il processo di industrializzazione».

[96] C.M. BIANCA, *op. ult. cit.,* 167 s. Ha richiamato l'espropriazione per pubblica utilità, tra i tanti altri, pure P. BONFANTE, *op. ult. cit.*, 26.

[97] È l'opinione di M. PARADISO, *Corso di Istituzioni di diritto privato*, XII[a] ed., Torino, 2022, 169.

[98] Per una chiara sintesi in argomento, v. da ultimo P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzione*, Napoli, 2021, 66 ss.

[99] Si rinvia a G. CARAPEZZA FIGLIA, *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1061 ss., ove dettagliati riferimenti.

[100] V. in tal senso, tra i tanti, C. SALVI, *op. ult. cit.,* 383 s.; P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 69; G. PERLINGIERI, *Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni». Per una «funzione» e una «utilità sociale» prese sul serio*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 159 s. e 162; nonché A. PROTO PISANI, *op. cit.*, 3482. V. inoltre, per interessanti approfondimenti sulle diverse teorie da un lato della «proprietà vincolata» e dall'altro della «proprietà conformata» nonché sugli influssi rispettivamente svolti dalle concezioni cattolica, laica liberale e laica marxista, G. ALPA, *op. cit.*, 607 ss. La prospettiva di «un processo di depotenziamento dell'art. 42 Cost.» (legata al fatto che, ai sensi dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il legislatore potrebbe sì «regolare l'uso dei beni "nei limiti imposti dall'interesse generale"», ma non più introdurre «riduzioni o compressioni incisive ed importanti del contenuto del diritto di proprietà, come invece è stato possibile in precedenza attraverso il principio della funzione sociale di cui all'art. 42, comma 2°, Cost.») è invece prefigurata da M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 206.

[101] G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. ult. cit.,* 1071. V. anche, con particolare riferimento alla disciplina delle acque, ID., *Tecniche e ideologie nella disciplina delle acque. Dagli «usi di pubblico generale interesse» ai «beni comuni»*, in *Arch. giur.*, 4/2015, 557 s. Per una brillante riflessione secondo cui attualmente «si (*ri*)propone un modello di contratto sociale che mira a saldare nuovamente la proprietà alla libertà e si attualizza l'idea costitutiva dei codici borghesi, che vede nel diritto soggettivo assoluto, e segnatamente nella proprietà, il presidio della libertà del singolo», v. inoltre A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 229.



possa essere applicata in via analogica a protezione non solo di altri diritti reali di godimento (ciò che è pacifico [102]) ed eventualmente pure della posizione del conduttore [103] ma anche del diritto alla salute in quanto tale [104], un diffuso – e assai discusso [105] – orientamento si spinge ad affermare senz'altro la preminenza del diritto alla salute con particolare riguardo al giudizio di contemperamento con le esigenze della produzione di cui al comma 2 dell'art. 844 cod. civ., con la conseguenza che immissioni lesive (forse persino non gravemente [106]) di tale diritto dovrebbero essere senz'altro inibite.

In una delle numerose pronunce di legittimità riconducibili al citato orientamento, si è per esempio affermato che «l'art. 844, comma 2, cod. civ. […] va letto tenendo conto che il limite della tutela della salute è da ritenersi ormai intrinseco nell'attività di produzione, oltre che nei rapporti di vicinato, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata, sicché deve sempre considerarsi prevalente – rispetto alle esigenze della produzione – la soddisfazione di una normale qualità della vita. Ne deriva l'esclusione, in siffatta evenienza, dell'impiego di qualsiasi criterio di contemperamento di interessi contrastanti e di priorità dell'uso» [107].

---

[102] V. per esempio C. SALVI, *Proprietà e possesso*, cit., 99; F. DI GIOVANNI, *op. cit.*, 50 ss.

[103] Per la tesi affermativa, v., tra gli altri, C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 171 s., ove anche ulteriori riferimenti.

[104] V. in senso affermativo Cass., 6 aprile 1983, n. 2396, in *Giur. it.*, 1984, I – Sez. I, c. 537 ss., con nota adesiva di F. MASTROPAOLO, *Tutela della salute, risarcimento del «danno biologico» e difesa dalle immissioni*; nonché, in dottrina, V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 153 e 161 s., il quale ammette «la tutelabilità dalle immissioni nocive anche del proprietario come persona, in quanto tale, a prescindere dal rapporto di godimento con la cosa, e indipendentemente dal fatto di essere titolare di un diritto di proprietà fondiaria», con la conseguenza che può riconoscere la legittimazione attiva «anche ai soggetti che, ad esempio, si trovino semplicemente a transitare per il fondo oppure prestino la loro opera nel fondo stesso». V. anche, tra gli altri, F.P. TRAISCI, *Le immissioni fra tutela proprietaria e tutela della persona. Modelli a confronto*, Napoli, 1996, 291 ss.; nonché R. PETRUSO, *op. cit.*, 554 s. e 560. In senso contrario, v. però A. DE CUPIS, *Disciplina delle immissioni e tutela della salute*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 252 ss.; nonché, in giurisprudenza, tra le altre, Cass., Sez. Un., 19 luglio 1985, n. 4263, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 226 ss. (con nota di R. DE MATTEIS), secondo cui la tutela della salute è estranea all'art. 844 c.c., ma può essere ottenuta, anche con rimedi di tipo inibitorio, ai sensi degli art. 2043 ss. c.c.; Cass., 10 dicembre 2009, n. 25820, in *One legale*; Cass., Sez. Un., ord. 23 aprile 2020, n. 8092, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 1290 ss. (con commento di G. CECCHERINI, *Danno ambientale e tutela di situazioni giuridiche esclusive: l'inibitoria del giudice ordinario*, *ivi*, 1284 ss.). Su una linea di pensiero di quest'ultimo tipo, v. anche Corte cost., 23 luglio 1974, n. 247, in *Giur. it.*, 1975, I, 585 ss., con nota adesiva di C. SALVI, *Legittimità e «razionalità» dell'art. 844 Codice civile*; nonché Corte cost., ord. 24 marzo 2011, n. 103, in *Giur. cost.*, 2011, 1436 ss.

[105] Non mancano, infatti, dure critiche dottrinali. V., tra gli altri, A. GAMBARO, *op. cit.*, 280 ss. e specialmente 284, il quale conclude: «è dubbio che simile indirizzo giurisprudenziale per quanto attestato da un numero impressionante di pronunce possa mantenersi inalterato essendo straordinariamente dimentico del principio di proporzionalità nella somministrazione dei rimedi; è certo però che non può essere spacciato per una applicazione analogica dell'art. 844 cod. civ., di cui contraddice l'impianto e la logica relazionale di fondo»; nonché U. MATTEI, *op. ult. cit.*, 341 s., il quale critica la «pretesa onnipotenza della tutela costituzionale» ed evidenzia che «ogni soggetto dispone di risorse limitate: la salute è uno fra i beni, che ciascuno può desiderare, esattamente come le sigarette, il tempo libero, i quadri, e per il quale può decidere un determinato investimento, a scapito degli altri beni».

[106] Su una simile linea di pensiero sembrano porsi V. SCALISI, *op. cit.,* 159, il quale considera rilevanti al fine in discorso «non solo l'incolumità fisica, ma anche il benessere psichico dell'individuo e in genere tutto ciò che vale a definire la "qualità" stessa della vita, intesa come piena e integrale realizzazione della persona umana nella totalità e globalità dei suoi valori»; nonché G. VISINTINI, *Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 264. Ma v. anche C.M. BIANCA, *op. ult. cit.,* 171, secondo il quale con particolare riguardo alle immissioni rumorose occorre distinguere quelle nocive da quelle semplicemente fastidiose, queste ultime assoggettate al contemperamento di cui al comma 2 dell'art. 844 cod. civ.

[107] Cass., 31 agosto 2018, n. 21504, in *One legale*. V. anche, tra le tante, Cass., ord. 11 marzo 2019, n. 6906, in *Riv. giur. edil.*, 2019, I, 656; Cass., 12 luglio 2016, n. 14180, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 2015 ss.; Cass., Sez. Un., 21 luglio 2015, n. 15207, in *One legale*; Cass., 2 aprile 2015, n. 6786, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1291; Cass., 7 aprile 2014, n. 8094, in *Giur. it.*, 2015, 306 ss. (con nota critica di A. FERRERO, *Normale tollerabilità e bilanciamento di interessi in tema di immissioni*); Cass., 8 marzo 2010, n. 5564, in *Riv. giur. edil.*, 2010, I, 1151 s.; Cass., 11 aprile 2006, n. 8420, in *Giust. civ.*, 2007, I, 459 ss. (con nota critica di M. COSTANZA, *Evoluzioni ed involuzioni giurisprudenziali in tema di immissioni*). V. anche, in dottrina, tra gli altri, M. PARADISO, *op. cit.,* 169 s.; G. CARA-



Sebbene l'idea secondo cui solo l'inibitoria sarebbe idonea a tutelare interessi non patrimoniali come quello alla salute sia stata persuasivamente definita «del tutto irrealistica» [108], alcuni studiosi si sono spinti a ragionare in termini simili anche con riguardo al diritto all'ambiente [109] (ambiente che grazie alla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1 [110] si trova oggi espressamente menzionato negli artt. 9, comma 3, e 41, commi 2 e 3, Cost., peraltro senza che ciò sembri comportare alcun reale cambiamento ai nostri fini [111]).

Non consta, però, che una siffatta posizione si sia affermata in giurisprudenza e la stessa dottrina dominante esclude che l'art. 844 cod. civ. possa essere reinterpretato a tutela pure di tale diritto, che per sua natura [112] richiede di essere protetto da speciali discipline pubblicistiche [113], salva peraltro la possibilità che un

---

PEZZA FIGLIA, *Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto*, cit., 852; V. SCALISI, *op. cit.,* 160; G. VISINTINI, *op. cit.,* 263 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. cit.,* 360 ss.; M. LAMICELA, *L'interpretazione in chiave personalistica dell'art. 844 c.c.: ricadute sistematiche e nodi irrisolti*, in *Contr. e impr.*, 2019, 175 ss.; M. TAMPIERI, *Immissioni intollerabili e danno alla persona*, Milano, 2006, 114 e 122.

[108] U. MATTEI, *op. ult. cit.,* 332, il quale così argomenta: «la tutela inibitoria, lungi dal contenere una regola di inalienabilità, altro non è che una *property rule*, di cui le parti possono disporre dopo negoziazione. Ciò significa che, qualora l'immittente valuti il diritto di inquinare più di quanto il proprietario limitrofo valuti il proprio fondo, ci sarà ampio spazio per il negoziato. Nell'ambito di un giuoco cooperativo, in cui entrambe le parti hanno da guadagnare, il diritto ad inquinare verrà comprato, con buona pace dei bambini che frequentano il vicino parco».

[109] Tra gli altri, v. F.P. TRAISCI, *op. cit.,* 297 ss., il quale, con riguardo al «problema della estendibilità della tutela contro le immissioni alla protezione di beni sui quali l'attore non possa vantare alcun diritto individuale come l'ambiente», condivide «la tesi che ritiene che la tutela dell'ambiente, configurandosi come momento della tutela della persona umana e della sua salute, afferisca al godimento stesso del bene». Cfr. altresì G.G. D'ANGELO, *L'art. 844 Codice Civile e il diritto alla salute*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. Busnelli e U. Breccia, Milano, 1978, 433 e 443, il quale, sia pure «senza arrivare a sostenere […] che l'art. 844 possa costituire la panacea per una idonea tutela della salute e dell'ambiente», valorizza «il positivo ruolo che una interpretazione ispirata ai "mutati valori storicamente emersi e garantiti dalla Costituzione" può far rivestire alla norma dell'art. 844 nella misura in cui, ponendosi nella sua applicazione concreta un problema di scelte fra le esigenze della produzione e quelle della salute umana, appresti finalmente a queste ultime la tutela maggiore», e quindi conclude che tra le tecniche privatistiche utilizzabili in questa prospettiva «un ruolo di non secondaria importanza può […] rivestire la norma di cui all'art. 844, ogni qualvolta l'appiglio "reale" diventa solo un pretesto formale perché tale norma spieghi i suoi effetti inibitori nelle fattispecie lesive della sfera personalissima dei soggetti». Da ultimo, v. anche C. LAZZARO, *Le immissioni nelle rinnovate logiche della responsabilità civile*, Torino, 2021, 51 e 139 ss., il quale sostiene che, «a ben vedere, l'art. 844 cod. civ.si presterebbe – almeno in linea di principio – per la sua duttilità, ad un'applicazione estensiva anche in materia ambientale tramite l'applicazione dell'azione inibitoria tipica definitiva a particolari fattispecie inquinanti», anche se poi propone una soluzione più articolata, secondo cui «in tema di immissioni esistono tutele diversificate, a velocità variabile, che mutano a seconda degli interessi (privatistici/pubblicistici) in gioco», sembrandogli comunque «forse opportuno rafforzare il collegamento tra l'istituto delle immissioni e quello dell'illecito aquiliano».

[110] Cfr. in argomento G. ALPA, *Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contr. e impr.*, 2022, 361 ss.; A. D'ALOIA, *La Costituzione e il dovere di pensare al futuro*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2022, 1 ss.; nonché F.G. MENGA, *Dare voce alle generazioni future. Riflessioni filosofico-giuridiche su rappresentanza e riconoscimento a margine della recente modifica dell'articolo 9 della Costituzione italiana*, *ivi*, 73 ss.

[111] V., persuasivamente su questa linea di pensiero, G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 156. Anche G. ALPA, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, cit., 615, ragiona di un aggiornamento testuale che, «per certi aspetti, traduce in norma esplicita gli orientamenti interpretativi accreditatisi da lungo tempo nella nostra giurisprudenza, sulla base di una complessa e colta tradizione dottrinale». Ma v. anche E. LECCESE, *L'ambiente: dal Codice ambientale alla Costituzione, un percorso al contrario? (riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale tra i principi fondamentali della Costituzione)*, in Liber amicorum *per Giuseppe Vettori*, cit., 1888, secondo cui «forse l'aspetto più rilevante della introduzione esplicita e formale della tutela dell'ambiente nella Costituzione è proprio nella separazione, con la formalizzazione in due disposizioni distinte, tra diritto all'ambiente e diritto alla salute, con conseguenze rilevanti anche sotto il profilo della tutela risarcitoria». V. inoltre, tra gli scritti più risalenti, S. PATTI, *op. ult. cit.*, 288 s., ove ulteriori riferimenti.

[112] Per un simile ragionamento con riguardo al diritto tedesco, v. da ultimo M. THÖNE, *Klimaschutz durch Haftungsrecht – vier Problemkreise*, in *ZUR– Zeitschrift für Umweltrecht*, 2022, 333, il quale conclude la sua indagine in argomento appunto confermando che «der (nachhaltige) Klimaschutz vorrangig als eine Aufgabe des öffentlichen Rechts anzusehen ist», sia pure sostenendo altresì che «bleibt der Zivilrechtsweg damit im Fall einer strategischen Klage eröffnet. Dem Zivilrecht kann hier eine Komplementärfunktion zukommen, deren Wirkung (auch zukünftig) zu weiten Teilen vom naturwissenschaftlichen Wissenszuwachs hinsichtlich der Ur-



danno ambientale sottoponga a una particolare condizione di degrado anche un determinato fondo, incidendo sul suo normale godimento, nel qual caso la protezione civilistica in esame potrebbe rivelarsi più sicura rispetto a quella della responsabilità extracontrattuale [114].

In tempi più recenti, si segnala poi l'influenza sulla nostra materia, sempre per quanto concerne i diritti della personalità, pure del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che secondo la giurisprudenza della Corte EDU si presta a essere violato in presenza di immissioni intollerabili, con conseguente condanna ai sensi della citata Convenzione degli Stati contraenti che non abbiano assicurato nei loro ordinamenti giuridici adeguata tutela all'immesso [115].

Tale giurisprudenza sovranazionale, se da un lato può giustificare, ai sensi della ben nota evoluzione del diritto vivente italiano in materia di danno non patrimoniale da lesione non lieve di interessi attinenti a posizioni della persona di rango costituzionale [116], condanne, da parte della giurisprudenza nazionale [117], dell'im-

---

sachen-/Folgenbeschreibung sowie der gesetzgeberischen und gesellschaftlichen Ausgestaltung der Handlungsspielräume CO2emittierender Akteure abhängen wird». Già S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quad. fior.*, 1976/77, II, 899 s., aveva comunque illustrato i «notevoli inconvenienti, derivanti dall'utilizzazione (sia pure "alternativa") di tecniche proprietarie per la tutela di nuove categorie d'interessi», affermando con particolare riguardo all'ambiente «la specifica irriducibilità di quella tematica agli abituali schemi proprietari». Anche A. D'ADDA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di tutela civile inibitoria definitiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, 64, ha in conclusione manifestato «forti perplessità in ordine all'applicazione dell'art. 844 cod. civ. al di fuori della sua connaturata logica proprietaria».

[113] La protezione dell'ambiente come bene collettivo spetta al Ministero dell'ambiente (ora Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica), al quale competono varie misure di precauzione, prevenzione e contenimento del danno ambientale in aggiunta alla tutela risarcitoria ai sensi, rispettivamente, degli artt. 298-*bis* ss. e 311 ss. del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Lo stesso fatto può peraltro ledere anche la salute o beni di proprietà di singoli, nel qual caso non è escluso un risarcimento dei danni pure in favore di costoro ai sensi dell'art. 313, comma 7, del medesimo d. lgs. Nel senso della legittimità costituzionale di questa disciplina, v. Corte cost., 1° giugno 2016, n. 126, in *Giur. cost.*, 2016, 1509 ss., con nota di M. BETZU, S. ARU, *Il risarcimento del danno ambientale tra esigenze unitarie e interessi territoriali*. Su questi temi, v. tra gli altri C. SALVI, *Proprietà e possesso*, cit., 101; A. TRABUCCHI, *op. cit.*, 1475 ss.; F. PARENTE, *Territorio ed eco-diritto: dall'ecologia ambientale all'ecologia umana*, Napoli, 2022, 95 ss.; M. ZARRO, *Danno da cambiamento climatico e funzione sociale della responsabilità civile*, Napoli, 202, 62 ss.; E. MOSCATI, *Dall'art. 18 alle modifiche del t.u. ambientale. Una fisiologica evoluzione legislativa ovvero lo stravolgimento della responsabilità per danno ambientale?*, in *Europa e dir. priv.*, 2022, 581 ss., con particolare riguardo alla diversa impostazione attuale rispetto a quella previgente; nonché in giurisprudenza, da ultimo, Cass., Sez. Un., 1° febbraio 2023, n. 3077, in *One legale*. V. anche M. RENNA, *Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata*, in *Contr. e impr.*, 2022, 537 ss., il quale, sia pure confermando la centralità nel settore ambientale dei rimedi pubblicistici, valorizza particolarmente anche la nuova azione inibitoria collettiva di cui all'art. 840-*sexiesdecies* cod. proc. civ. Su una simile linea di pensiero, v. pure P.M. SANFILIPPO, *Tutela dell'ambiente e «assetti adeguati» dell'impresa:* compliance*, autonomia ed* enforcement, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1026.

[114] V. sostanzialmente in tal senso S. PATTI, *op. ult. cit.*, 289 ss.; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.,* 170 s.; M. PICCINNI, *Immissioni e tutela della persona. Contaminazioni personalistiche dell'art. 844 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 35. V. anche F. DI GIOVANNI, *op. cit.*, 50, il quale giunge alla «conclusione che l'art. 844 non è tanto un mezzo, sia pure indiretto ed esclusivamente individualistico, di tutela degli interessi relativi all'ambiente, quanto piuttosto un campo di occasionale considerazione di certi interessi, che vengono in rilievo solo in via eventuale e appunto "occasionale", come corollario della tutela di altri beni». In diversa prospettiva (di analisi economica del diritto: v. *infra*, nt. 177), cfr. altresì U. MATTEI, *op. ult. cit.*, 337 s., secondo il quale, con riguardo al «conflitto fra la raffineria di carbone immittente e la massaia che stende il bucato», quest'ultima «rappresenta l'interesse all'ambiente salubre» e pertanto «agisce sul modello del c.d. *private attorney general*».

[115] Tra i tanti, v., anche per ulteriori riferimenti, V. CASADO PEREZ e C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.,* 1026 ss. V. altresì, in lingua italiana, E. BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il* right to respect for the home *ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, 51 ss.; M. PICCINNI, *op. cit.,* 16 ss. e specialmente 28 ss.; nonché da ultimo C. LAZZARO, *op. cit.*, 94 ss.

[116] In dottrina, v., tra i tantissimi, M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Comm. del c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Artt. 2043-2059, II ed., Bologna, 2020, 801 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, III ed., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2019, 65 ss. e specialmente 78 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, III ed., cit., 188 ss.

In merito anche a ulteriori situazioni giuridiche soggettive pretese di rango costituzionale e inviolabili (quali lo stesso diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 17 della Carta



mittente al risarcimento di un danno di tal fatta (che sia allegato e provato, almeno per presunzioni, escluso secondo la ricostruzione più rigorosa ogni pregiudizio *in re ipsa* [118]) in favore dell'immesso [119], dovrebbe dall'altro assumere rilevanza soprattutto sotto un diverso profilo, sul quale avremo modo di soffermarci nel prosieguo, quello delle discipline pubblicistiche dirette a prevenire e a far cessare le immissioni, che gli Stati dovrebbero essere spinti ad adottare sempre più in futuro (così al tempo stesso riducendo l'importanza dei rimedi privatistici) anche per di evitare di essere sanzionati dalla Corte EDU [120].

Sia pure non senza una certa semplificazione, che sembra peraltro utile ai fini della presente indagine, possiamo dunque affermare che questa terza fase del diritto delle immissioni italiano lascia, nel complesso, trasparire una impostazione di maggiore tutela per l'immesso, con un esito paragonabile a quello della prima e più risalente fase, come abbiamo veduto orientata nella stessa direzione, anche se per una motivazione assai diversa.

Il nostro ordinamento giuridico rischia, in altre parole, di tornare, sia pure nella nuova prospettiva della

---

dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il diritto al domicilio di cui all'art. 14 Cost., il diritto al riposo che si desumerebbe dall'art. 36 Cost. nonché il diritto all'abitazione da ricondursi al catalogo aperto di cui all'art. 2 Cost.) che sono state a volte richiamate, per lo più poco persuasivamente, in tema di immissioni, v. per esempio R.A. ALBANESE, *op. cit.*, 17 s., ove dettagliati riferimenti; A. GAMBARO, *op. cit.*, 283, il quale parla di un indirizzo giurisprudenziale «andato del tutto fuori controllo quando si è nutrito di riferimenti ad aspetti eminentemente soggettivi ed a figure impalpabili come il danno esistenziale»; nonché M. LAMICELA, *op. cit.*, 185 ss. e specialmente 188, la quale, commentando lo stato dell'arte giurisprudenziale, manifesta preoccupazioni circa «i riflessi prodotti, sul fondamento dell'obbligazione risarcitoria e sulle tecniche per la sua misurazione, dall'inquietante connubio tra la strutturale ineffabilità della lesione cui rimediare, la diffusa svalutazione del passaggio probatorio circa l'effettiva ricorrenza della stessa lesione e lo strisciante automatismo dell'attribuzione della responsabilità all'autore dell'immissione intollerabile». V. anche *infra*, nt. 118.

[117] V. Cass., Sez. Un., 1 febbraio 2017, n. 2611, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 821 ss., con nota di A. DINISI, *Immissioni intollerabili e danno non patrimoniale da lesione del diritto al godimento dell'abitazione*. V. anche la nt. seguente.

[118] In questo senso, v. da ultimo Cass., ord. 13 aprile 2022, n. 11930, in *One legale*. V. anche Cass., ord. 28 luglio 2021, n. 21649, in *Danno e resp.*, 2022, 191 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Immissioni intollerabili da sciacquone rumoroso e un nuovo intervento sull'art. 139 c. ass.*, il quale evidenzia da un lato che le liti di vicinato occupano il secondo posto a livello quantitativo, dopo quelle da circolazione automobilistica, nella giustizia civile ordinaria italiana, e dall'altro che una simile valorizzazione in chiave risarcitoria del diritto al rispetto della vita privata e familiare consente di superare l'ostacolo alla concessione del danno non patrimoniale in caso di violazione del diritto di proprietà (su quest'ultima questione, v. da ultimo T. SICA, *Lesione del diritto di proprietà e risarcibilità dei danni non patrimoniali: il consolidamento di un approccio ermeneutico*, in *Danno e resp.*, 2022, 283 ss.); Cass., ord. 18 luglio 2019, n. 19434, in *Danno e resp.*, 2019, 765 ss., con nota di A. VOLPATO, *Il danno non patrimoniale subito in conseguenza di immissioni di rumore intollerabili non può ritenersi sussistente* in re ipsa; Cass., ord. 1° ottobre 2018, n. 23754, in *One legale*; nonché R.A. ALBANESE, *op. cit*., 20. Ma v. anche la diversa posizione, tra le altre, di Cass., ord. 11 marzo 2019, n. 6906, cit., ove si ragiona dell'«accertamento del superamento della soglia di normale tollerabilità» che comporta un «danno da immissioni, sussistente *in re ipsa*», da liquidarsi equitativamente; nonché Cass., 31 agosto 2018, n. 21504, cit.

La nozione di danno *in re ipsa* è stata negli ultimi anni oggetto di un'accesa controversia anche con riguardo al diverso tema dell'occupazione *sine titulo* di un immobile e della sottrazione al proprietario del godimento dello stesso, su cui v. da ultimo Cass., Sez. Un., 15 novembre 2022, n. 33645 e 33659, entrambe in *Foro it.*, 2022, I, c. 3625 ss. (con note di A.M.S. CALDORO, *Dal danno* in re ipsa *al danno presunto: l'apertura delle sezioni unite*; R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita [quando c'è, ma non si vede]: normalizzazione del danno* in re ipsa *[c'è, ma non si dice]?*; A. PALMIERI, *Danno da occupazione* sine titulo *di un immobile: una mediazione animata da buone intenzioni e dal retrogusto amaro di undercompensation*; F. MEZZANOTTE, *«Eventi», «conseguenze» e «danno» nell'occupazione* sine titulo *di immobile*; C. SALVI, *Teoria e pratica dell'occupazione abusiva*; nonché B. SASSANI e M. MAGLIULO, *«In re ipsa, tamen in re alia»*), le quali, sia pure con due decisioni complesse e di compromesso, hanno – in estrema sintesi – tenuto fermo il rifiuto di ogni danno *in re ipsa*, peraltro ammettendo la possibilità di un danno «presunto» o «normale», come tale da provare solo se contestato dal convenuto/danneggiante o a lui ignoto.

[119] Tra i tanti, v. R. PETRUSO, *op. cit.*, 558 s., ove si sottolinea, «in un contesto in cui il ruolo delle giurisdizioni domestiche nell'attuazione dei diritti convenzionali appare in continua crescita, l'importanza delle pronunce di condanna della Corte europea, quantomeno sul piano della proiezione prolettica nel rinnovamento degli assetti giurisprudenziali dei singoli Stati».

[120] V. in tal senso V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1028.



preminente tutela dei diritti della personalità, a un divieto pressoché assoluto di immissioni [121], specialmente ma non solo industriali, del tipo di quello che sembrava a prima vista potersi desumere dalla celebre fattispecie della *taberna casiaria*, sebbene abbiamo verificato come lo stesso assetto complessivo del diritto romano in argomento fosse, a ben vedere, diverso e più equilibrato.

9. – La fase appena considerata, a differenza delle altre due esaminate per prime, caratterizza specificamente il diritto italiano, differenziandolo significativamente dalle altre esperienze giuridiche alle quali abbiamo avuto modo di fare riferimento in precedenza. Si pensi, per esempio, al *BGB*, ove, come verificheremo meglio nel prosieguo, il § 906 finisce sovente (anche se non sempre) per svolgere la funzione di legittimare immissioni che altrimenti rileverebbero ai sensi dell'azione generale di responsabilità aquiliana di cui al § 823, funzione questa che tende a essere confermata persino qualora l'immesso subisca danni alla salute, che se derivanti da immissioni lecite ai sensi del § 906 rischiano pertanto di essere non risarciti in forza della citata azione generale, come accadrebbe normalmente, bensì solo indennizzati secondo la disciplina speciale sui rapporti di vicinato [122].

È sorprendente che in esperienze giuridiche che hanno vissuto evoluzioni, dal punto di vista rimediale, abbastanza simili a quella italiana e che risultano vincolate agli stessi testi sovranazionali che valgono per l'Italia sembri non esservi traccia di una rilettura costituzionale in senso personalistico della disciplina civilistica in tema di immissioni del tipo di quella affermatasi in così larga parte della giurisprudenza e della dottrina del nostro Paese [123].

Ciò non significa, peraltro, che una simile rilettura debba essere abbandonata, occorrendo piuttosto, secondo lo scrivente, contenerla entro margini di compatibilità con il diritto positivo sancito innanzi tutto nel Codice civile.

Orbene, con riguardo al comma 1 dell'art. 844 c.c., cioè all'ipotesi in cui non vengano in rilievo attività produttive, una lettura costituzionalmente orientata diretta a valorizzare il principio personalistico consente di classificare come intollerabili e quindi da inibire le immissioni gravemente lesive per i diritti della personalità del proprietario [124], con valutazione della posizione di quest'ultimo da compiersi peraltro oggettiva-

---

[121] V. con particolare chiarezza M.V. De Giorgi, *"Die arme Spielerin" (suono di pianoforte e tutela della salute)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 330, alla quale, atteso come qualsiasi immissione intollerabile possa essere considerata lesiva della salute, soprattutto se quest'ultima è concepita in senso ampio come sinonimo di «ben vivere», «pare che ci si incammini per una via che rischia di portare ad un'inconsapevole cancellazione dell'art. 844».

[122] V., anche per ulteriori riferimenti, A. Thier, *op. cit.*, 105; nonché B. Brückner, *op. cit.*, Rn. 77, ove si evidenzia che «der positive Eintritt von immissionsbedingten Gesundheitsschäden spricht zunächst für die Wesentlichkeit der Beeinträchtigung. Häufig ist aber gerade unklar, ob gesundheitliche Beschwerden auf Immissionen zurückzuführen sind. Werden Grenz– und Richtwerte eingehalten, indiziert dies die Ungefährlichkeit der Einwirkung bzw. die fehlende Kausalität etwaiger Schäden. Diese Indizwirkung muss der Eigentümer – etwa mit Hilfe ärztlicher Sachverständigengutachten – erschüttern».

[123] Con riferimento al § 906 *BGB*, si tende infatti a ragionare assai poco di tutela della persona. Lo si può verificare, per esempio, in C. Berger, sub *§ 906 BGB*, in *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, XVIII ed., a cura di R. Stürner, Monaco di Baviera, 2021, Rn. 1 ss.; R. Lemke, *op. cit.*, 2064 ss.; B. Brückner, *op. cit.*, Rn. 1 ss. e specialmente 73 nonché 77. Lo stesso può dirsi anche per il diritto francese, ove pure come sappiamo continua a mancare una specifica disciplina civilistica sulle immissioni: v., per esempio, P. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *op. cit.*, 365 ss.; L. Andreu e N. Thomassin, *op. cit.*, 152 ss.; N. Reboul-Maupin, *op. cit.*, 381 ss.

[124] Su una simile linea di pensiero, v. tra gli altri M. Paradiso, *op. cit.,* 169, secondo cui il livello della normale tollerabilità «tenderà comunque ad abbassarsi quando sia in gioco la salute delle persone»; G. Carapezza Figlia, *op. ult. cit.*, 851: «pur senza estendere in modo forzato l'ambito applicativo dell'art. 844 cod. civ., non va esclusa l'attitudine della salute, quale valore che ha rilievo anche nei rapporti intersoggettivi fra privati, a "colorare" la definizione sia del contenuto della normale tollerabilità (comma 1) sia



mente, dal punto di vista di quello che patirebbe un uomo medio, prescindendo da particolari condizioni personali [125]. Una siffatta interpretazione non conduce, peraltro, a esiti davvero significativi (tanto che si potrebbe persino dubitare della sua utilità pratica), limitandosi essa a confermare in tema di immissioni l'orientamento sempre più diffuso – anche se non pacifico – che afferma il carattere generale della tutela inibitoria [126], spettante quantomeno a chi sia stato leso in un proprio diritto della personalità (ma non solo [127]) anche a prescindere da una specifica disposizione di legge che la contempli.

Venendo quindi al comma 2 dell'art. 844 cod. civ, a parere di chi scrive le norme costituzionali possono incidere su due versanti.

In primo luogo, il riferimento all'utilità sociale come limite all'iniziativa economica privata di cui all'art. 41, comma 2, Cost., giustifica o quantomeno corrobora [128] una interpretazione assai estensiva delle «esigenze della produzione» contemplate dalla previsione civilistica, consentendo di ricondurvi anche attività non economiche ma dirette a creare appunto utilità sociale nell'interesse della collettività. Si pensi, per esempio [129], al suono delle campane di una chiesa [130] o più in generale ai rumori provenienti da attività ricreative e di assistenza sociale (ai sensi dell'art. 38 Cost.) svolte presso una struttura religiosa [131], che pertanto, parificati al fine in discorso alle immissioni sonore di una industria, non dovrebbero essere fatti senz'altro cessare dal giudice, nemmeno qualora superassero la soglia della normale tollerabilità, salva la possibilità dell'adozione di accorgimenti tecnici per contenerli oppure della corresponsione di un inden-

---

del contemperamento fra esigenze della produzione e ragioni della proprietà (comma 2°), conformandoli alla realizzazione di interessi di natura personale».

[125] Sul punto, v., per esempio, C. SALVI, *Proprietà e possesso*, cit., 95. Tra gli altri, v. anche U. MATTEI, *op. ult. cit.*, 334, il quale, rilevato che «contano soltanto i valori medi e non quelli idiosincratici del proprietario immesso», sottolinea che ciò «fa parte del *common core* dei sistemi giuridici moderni».

[126] V., tra i tanti, A. FRIGNANI, voce *Inibitoria (azione)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 573 ss.; S. PATTI, *op. ult. cit.*, 292 s.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. cit.*, 436 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, II ed., cit., 169, nt. 55.

[127] V. assai chiaramente C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, III ed., cit., 756 s., il quale, pur segnalando come la questione sia controversa, conclude assai più ampiamente che «la legittimità del rimedio dell'inibitoria ha base propriamente nella nozione dell'illecito quale violazione del dovere di non arrecare danno ingiusto (dovere già violato nel porre in essere una fattispecie idonea a produrre il danno). Ne consegue che l'inibitoria non ha bisogno di essere di volta in volta prevista da specifiche disposizioni normative, poiché il giudice può sempre imporre l'osservanza di ciò che è già imposto dalla legge, convertendone il precetto astratto in precetto concreto rivolto alle parti»; nonché A. D'ADDA, *op. cit.*, 77, il quale fa leva sul «principio di effettività delle posizioni soggettive riconosciute dal nostro ordinamento ed altrimenti destinate a rimanere prive di tutela».

[128] Senza invocare qualsivoglia interpretazione costituzionalmente orientata, anche A. GAMBARO, *op. cit.*, 278 s. sostiene che le attività produttivistiche di cui all'art. 844 cod. civ., dovrebbero essere intese in senso non strettamente industriale ma ampio, cioè senza escludere «attività ricreative, o educative, o altro», già solo in quanto «le attività manifatturiere sono state solo l'occasione storica del ripensamento della disciplina delle immissioni, ma non integrano la *ratio* della disciplina».

[129] Altro esempio interessante è quello delle attività sportive, su cui v. Cass., 31 gennaio 2006, n. 2166, in *Giust. civ.*, 2007, I, 459 ss. (con nota critica di M. COSTANZA, *Evoluzioni ed involuzioni giurisprudenziali in tema di immissioni*), ove vengono in rilievo le attività ricreative e appunto sportive finalizzate a favorire l'aggregazione dei giovani presso una struttura parrocchiale.

[130] V. di recente Cass., 23 febbraio 2021, n. 4836, in *Riv. not.*, 2021, 751 s., con nota di G. MUSOLINO, *Proprietà e enti ecclesiastici. Aspetti della disciplina civile*.

[131] Su un simile caso, v. da ultimo Trib. Palermo, ord. 17 febbraio 2021, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 854 ss., secondo cui «il giudice, nell'interpretazione dell'art. 844 cod. civ., è tenuto a dare rilievo alla meritevolezza di tutela dell'attività svolta nel fondo dal quale provengono le immissioni, qualora essa, priva di scopo lucrativo, non mira a soddisfare interessi egoistici individuali o di gruppo, ma nel segno del principio di sussidiarietà orizzontale, persegue obiettivi di solidarietà sociale». V. anche il commento persuasivamente adesivo di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto*, cit. V. pure Pret. Mantova, Sez. st. Castiglione delle Stiviere, ord. 16 agosto 1991, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 40 ss. (con nota critica di D. CARUSI, *Immissioni acustiche, diritto alla salute e libertà costituzionali*), ove si afferma una interpretazione estensiva dell'art. 844, comma 2, cod. civ., diretta a effettuare «un equo contemperamento tra le ragioni della proprietà e le esigenze della vita religiosa».



nizzo (non un vero e proprio risarcimento del danno, salvo quanto si dirà tra breve) in favore del vicino che sia costretto a subirli.

In secondo luogo, se si rammenta (v. *supra*, par. vii) come il comma 2 dell'art. 844 cod. civ. intenda proteggere l'esercente un'attività produttiva con una sorta di immunità concernente sia l'inibitoria negativa sia il risarcimento del danno, salvi rimanendo solo l'inibitoria positiva se praticabile (ciò che non sempre è) e l'indennizzo da atto lecito, sembra eccessivo ribaltare tale assetto interpretativo attraverso il principio personalistico costituzionale spingendosi ad affermare che qualsivoglia attività lesiva di uno o più diritti della personalità deve essere senz'altro fermata. Ne deriverebbe uno sconvolgimento che la prospettiva costituzionale comporterebbe per il diritto civile, giungendosi in tal modo all'esito irragionevole per non dire assurdo della chiusura persino di una grande industria con migliaia di dipendenti per la lesione anche solo del diritto alla salute di un unico proprietario che si trovi, isolato da ogni altra abitazione, a vivere vicino al luogo della produzione [132].

Il principio personalistico, pertanto, non dovrebbe giustificare il superamento del divieto di cessazione di attività produttive causa di immissioni superanti la soglia della normale tollerabilità, poiché tale divieto, sebbene non esplicitato nel testo, integra la *ratio* più profonda del comma 2dell'art. 844 c.c., cui si collega la normale esclusione pure del risarcimento del danno, anche se quest'ultimo profilo assume minore rilevanza, come dimostrato già solo dal fatto che una tutela pecuniaria, sia pure solo in forma di indennizzo, rimane senz'altro accordabile. Il ruolo che la Costituzione svolge per la reinterpretazione della previsione in esame dovrebbe pertanto consistere solo nell'escludere che la summenzionata immunità riguardi anche la responsabilità civile ovverosia nel consentire l'ottenimento da parte dell'immesso, in aggiunta all'indennizzo da lesione del diritto di proprietà, pure di un vero e proprio risarcimento del danno [133], anche non patrimoniale, secondo la fattispecie speciale di cui all'art. 2051 c.c., per la lesione del suo diritto alla salute o di altro suo diritto della personalità.

In questo modo, si verifica una rilettura alla luce della Costituzione del comma 2dell'art. 844 cod. civ. che però non ne stravolge il senso tradizionale e il principale obiettivo bensì, in caso di lesione di diritti della personalità, si limita a incrementare la tutela pecuniaria ottenibile. Quanto alla circostanza che i citati diritti finiscano per essere tutelati dalla normativa in esame solo attraverso un risarcimento per equivalente pecuniario, si tratta di un esito che, se può da un lato certamente apparire insoddisfacente, è dall'altro normale anche per altri ordinamenti giuridici (i quali anzi, come verificato poco sopra per il diritto tedesco, possono persino limitarsi a un indennizzo).

Di accordare pure l'inibitoria negativa, in caso di immissioni da attività produttive lesive di diritti della personalità, dovrebbero semmai preoccuparsi, anche nell'ordinamento giuridico italiano, discipline pubblicistiche, sulla crescente rilevanza delle quali nella nostra materia è giunto il momento di soffermarci.

---

[132] Critica la tesi secondo cui ogni attività lesiva del diritto alla salute dovrebbe essere senz'altro inibita anche U. MATTEI, *op. ult. cit.*, 341 s., evidenziando, tra l'altro, il suo eseguente esito applicativo irragionevole (collegato pure alla tendenziale irrilevanza del criterio del preuso, su cui v. *supra*, nt. 83): «chi compra un alloggio vicino ad un aeroporto, o nei pressi di uno stabilimento industriale, paga un prezzo basso, che sconta la rumorosità della zona. Egli può, comunque, inibire l'attività aeroportuale od industriale, se il rumore supera la soglia» fissata dalla disciplina pubblicistica (profilo quest'ultimo su cui torneremo *infra* nel testo, par. xii).

[133] Come acutamente sottolineato – sia pure nell'ambito di un ragionamento in parte diverso da quello elaborato in questa sede – da A. GAMBARO, *op. cit.,* 282, qualora nella nostra materia si configuri un risarcimento del danno, non dovrebbe escludersi l'applicazione dell'art. 1227 cod. civ., («disposizione assai saggia che però viene alquanto trascurata»), così da imporre alla vittima della lesione di non aggravarla.



10. – Negli ultimi decenni, si è sviluppata a livello internazionale una nuova e ultima fase, che pare sempre più dominante, incentrata prevalentemente sulla disciplina pubblicistica e sulla sua sempre maggiore influenza sul diritto privato [134].

Chi ha di recente esaminato in prospettiva comparatistica tale fase vi ha individuato quattro diversi momenti, quello più risalente caratterizzato da vari tipi di permessi e licenze che le industrie, previa adozione di precauzioni idonee a ridurre le loro immissioni, sono tenute a ottenere al fine di poter svolgere la loro attività, quello manifestatosi all'incirca alla metà del ventesimo secolo della pianificazione territoriale diretta a individuare zone ove consentire solo particolari attività [135], quello più recente della introduzione di una legislazione pubblicistica a tutela dell'ambiente con riguardo ad ambiti territoriali sempre più estesi a causa della crescente capacità di diffusione di certe forme di inquinamento e infine quello, sviluppatosi solo negli ultimi anni, di una responsabilità ambientale *ex post* ma sempre di tipo pubblicistico [136].

Un esempio emblematico è offerto, ancora una volta, dal diritto tedesco, nel quale il § 906 *BGB* è stato, nel 1994, nuovamente modificato, questa volta con l'aggiunta di una seconda parte al suo comma 1 diretta, fondamentalmente, a sancire la liceità di immissioni non superanti i parametri contemplati dalle pertinenti norme pubblicistiche [137].

Si tratta di una innovazione tutt'altro che inaspettata [138], trovando essa importanti antecedenti in alcune previsioni settoriali, che la giurisprudenza tedesca aveva anche in vario modo esteso oltre il loro ambito applicativo letterale. Viene innanzi tutto in rilievo il già citato § 26 [139] della *Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund* del 1869, da cui sostanzialmente risultava una protezione per le attività produttive, che fossero state debitamente autorizzate sul piano del diritto amministrativo, dall'*actio negatoria*, rimanendo salva per l'immesso solo la possibilità di ottenere misure precauzionali oppure, se queste fossero risultate eccessiva-

---

[134] V. in tal senso V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1010: «finally, convergence has been prompted by the preeminent role of administrative regulation on nuisances that may affect a large number of estates: jurisdictions are converging toward highly complex nuisance regulations».

[135] V. al riguardo anche M. VUČKOVIĆ, *op. cit.*, 708 s.

[136] V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1004.

[137] V. A. THIER, *op. cit.,* 97, il quale sottolinea come con questa modifica normativa «the strong influence of administrative law on civil neighbourhood also becomes clear», in quanto con essa «again, administrative law sets the conditions for the lawfulness of emissions in civil law too». Come sottolineato per esempio da B. BRÜCKNER, *op. cit.*, Rn. 9 s., principale obiettivo del legislatore tedesco del 1994 era contenere i rimedi civilistici soprattutto contro impianti sportivi appunto estendendo l'ambito di applicazione dei relativi parametri di diritto amministrativo, in linea con una idea di «Harmonisierung von privatem und öffentlichem Recht» già variamente emersa nella precedente giurisprudenza tedesca. V. anche, *amplius*, R. LEMKE, *op. cit*., 2066 s.

[138] Per quanto concerne la dottrina, si segnalano le lungimiranti riflessioni di G. WAGNER, *Wesentlichkeit gleich Erheblichkeit? Zur Harmonisierung von öffentlichem und privatem Nachbar– und Immissionsschutzrecht*, in *NJW– Neue juristische Wochenschrift*, 1991, 3251, secondo cui «die Harmonisierung öffentlichrechtlicher und zivilrechtlicher Beurteilungsstandards im Nachbar– und Immissionsschutzrecht ist kein Selbstzweck. Ein unabweisbares Bedürfnis nach Identität der Wertungen besteht vor allem dann, wenn es um den Abwehr– bzw. Unterlassungsanspruch geht. Es wäre unerträglich, wenn Zivilgerichte daran gingen, durch verwaltungsrechtliche Fachgesetze gedeckte und in einem förmlichen Genehmigungsverfahren konzessionierte Anlagen unter Berufung auf §§ 1004, 906 BGB außer Betrieb zu setzen. […] Kein dringender Bedarf für eine Harmonisierung von öffentlichem Recht und Privatrecht besteht hingegen dort, wo Entscheidungen der Zivilgerichte den Anwendungs – und Wirkungsbereich des öffentlichen Rechts nicht tangieren. Diese Voraussetzung ist jedenfals erfüllt, wenn es nur um die Entschädigung für Beeinträchtigungen durch verwaltungsrechtskonforme Immissionen geht».

[139] Ove si prevedeva che, «Soweit die bestehenden Rechte zur Abwehr benachtheiligender Einwirkungen, welche von einem Grundstücke aus auf ein benachbartes Grundstück geübt werden, dem Eigenthümer oder Besitzer des letzteren eine Privatklage gewähren, kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachtheiligende Einwirkung ausschließen, oder, wo solche Einrichtungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden».



mente costose, una soddisfazione puramente pecuniaria [140]. La medesima impostazione si trova successivamente adottata anche nel § 14 [141] del *Bundesimmissionsschutzgesetz* (*BImSchG*) del 1974, in tema di *Ausschluss von privatrechtlichen Abwehransprüchen* [142].

È importante evidenziare che nel diritto vivente tedesco la liceità di immissioni non superanti i parametri contemplati dalle pertinenti norme pubblicistiche tende a comportare la protezione dell'immittente (che potrebbe svolgere non solo un'attività produttiva in senso stretto ma anche altri *lebenswichtige oder gemeinwichtige Betriebe*, si pensi per esempio a un centro di recupero per tossicodipendenti [143]) non solo dall'*actio negatoria* ma anche dall'azione generale di responsabilità civile [144], con la quale come abbiamo già chiarito si dovrebbe fare attenzione a non confondere l'*angemessenen Ausgleich in Geld* di cui al comma 2 del § 906 *BGB*.

Più precisamente, all'interno del *BGB* l'interazione tra l'azione generale di responsabilità civile di cui al § 823 e la disciplina sulle propagazioni di fattori disturbanti di cui al § 906 opera in linea di massima nel senso che le immissioni da considerarsi lecite (vale la pena di ripetere, salvo indennizzo) ai sensi di quest'ultima disciplina non danno luogo a risarcimento del danno. Si può in questa prospettiva sostenere che il § 906 serve tra l'altro a conferire legittimità a immissioni che altrimenti rileverebbero ai sensi del § 823 [145].

Ne deriva che, per il diritto tedesco, la tendenza evolutiva, sia pure non senza una certa semplificazione che sembra peraltro utile per l'indagine che stiamo conducendo [146], è la seguente: se i parametri pubblicistici eventualmente rilevanti sono rispettati, l'immissione non può essere inibita (negativamente), trovando spazio solo misure precauzionali o indennitarie; se invece i parametri pubblicistici eventualmente rilevanti non sono rispettati, l'immissione può essere inibita (negativamente) e può spettare all'immesso pure un vero e proprio risarcimento del danno, se gli riesce di provare i relativi presupposti e specialmente il nesso causale tra violazione e pregiudizio, ciò che è peraltro facilitato da una inversione giudiziale dell'onere della prova in suo favore [147].

---

[140] Per una simile lettura, v. A. THIER, *op. cit.*, 95.

[141] Ai sensi del quale, «Auf Grund privatrechtlicher, nicht auf besonderen Titeln beruhender Ansprüche zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen von einem Grundstück auf ein benachbartes Grundstück kann nicht die Einstellung des Betriebs einer Anlage verlangt werden, deren Genehmigung unanfechtbar ist; es können nur Vorkehrungen verlangt werden, die die benachteiligenden Wirkungen ausschließen. Soweit solche Vorkehrungen nach dem Stand der Technik nicht durchführbar oder wirtschaftlich nicht vertretbar sind, kann lediglich Schadensersatz verlangt werden».

[142] Per approfondimenti, v. A. THIER, *op. cit.,* 96; nonché più di recente CASADO PEREZ e C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.,* 1013.

[143] Per dettagliati riferimenti, v. B. BRÜCKNER, *op. cit.*, Rn. 107 ss.

[144] Lo sottolinea, in dottrina, A. THIER, *op. cit.*, 95 s., aggiungendo peraltro che «this jurisdictional case law *praeter legem* is strongly (and rightly) criticised, as it leads to a limitation of property without any legislative legitimation and therefore violates § 14 sect. 1, 2 GG».

[145] V. assai chiaramente in tal senso A. THIER, *op. cit.,* 103 s., ove si segnala altresì una tendenza a giustificare le immissioni attraverso l'applicazione del § 906 *BGB* addirittura nella materia specialmente regolata della responsabilità oggettiva ambientale.

[146] Volendo scendere più nel dettaglio, non mancano in realtà punti di vista diversi e accesi dibattiti, che non sarebbe peraltro utile approfondire per l'indagine orientata soprattutto al diritto italiano che si intende compiere in questa sede. V. *amplius* A. THIER, *op. cit.*, 98 ss., il quale, dopo avere illustrato un assetto ancora sotto vari profili in fase di evoluzione, conclude che «the increasing importance of environmental protection and the resultant development towards a strengthening of administrative power to enforce it could strengthen the impact of administrative law in the area of neighbour conflicts too. As civil law does not provide effective legal remedies for the prevention or even compensation of environmental damages, a development towards an administration-based neighbourhood law is not unlikely. As a consequence, it could happen that the concept of fault liability loses more ground against the concept of denial damage».

[147] Per una simile sintesi, v. A. THIER, *op. cit.*, 104; nonché, più di recente, V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1013 s.



11. – Varie altre esperienze giuridiche si sono già mosse o si stanno muovendo nella medesima direzione appena tratteggiata.

Particolarmente interessante è il *Código civil de Cataluña* del 2006, una delle più recenti e avanzate codificazioni europee, specialmente negli artt. 544-5, 544-6, 546-13 e 546-14, dai quali si desume un assetto normativo in linea con quello tedesco attuale e così anche con la crescente tendenza internazionale alla incorporazione dei parametri di diritto pubblico nelle valutazioni di diritto privato, fondamentalmente (la disciplina è in realtà più articolata, ma quello che segue può dirsi il suo obiettivo principale) nel senso che, se un'attività non rispetta tali parametri, scatta una presunzione assoluta della sua illiceità, mentre se li rispetta non può essere inibita rimanendo però salva la possibilità di misure precauzionali o di una soddisfazione pecuniaria per l'immesso [148].

Anche in Francia, ove come abbiamo verificato la materia delle immissioni, in assenza di una specifica disciplina codicistica, è da molto tempo e ancora oggi governata dall'istituto di creazione giurisprudenziale dei *troubles de voisinage*, sebbene i precedenti della *Cour de cassation* in argomento «ne sont pas limpides» [149], si riscontra negli ultimi decenni un ruolo dominante e comunque crescente per la disciplina pubblicistica [150].

Si pensi innanzi tutto al *Code de l'urbanisme*, il cui art. R. 111-3, con riguardo a una nuova costruzione che si intenda realizzare, stabilisce che «Le projet peut être refusé ou n'être accepté que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales s'il est susceptible, en raison de sa localisation, d'être exposé à des nuisances graves, dues notamment au bruit».

Viene poi in rilievo soprattutto il *Code de la construction et de l'habitation*, ove si contempla persino la controversa *exception de préoccupation*, che nella letteratura di *common law* è denominata «*coming to the nuisance*» *defense* [151]. L'art. L. 112-16 (spostato in quella sede normativa nel 1980 e oggetto poi di limitate modifiche dirette a estenderne l'ambito di applicazione nel 2003 e nel 2019) di tale Codice, rinumerato a decorrere dal 1 luglio 2021 art. L. 113-8 [152], stabilisce infatti che «les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales, commerciales, touristiques, culturelles ou aéronautiques, n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise de bail établi postérieurement à l'existence des activités les occasionnant dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions». L'idea di fondo è che chi costruisce in una certa zona non può lamentarsi per le immissioni esistenti prima della sua richiesta del permesso di costruire, se si tratta di immissioni conformi ai parametri pubblicistici che le concernono. Ai sensi di questa previsione, pertanto, il rispetto di tali parametri

---

[148] V. *amplius* V. Casado Perez, C. Gomez Liguerre, *op. cit.*, 1018 s.

[149] P. Malaurie, L. Aynés, M. Julienne, *op. cit.*, 370, ove si sottolinea anche che «le juge a un grand pouvoir en la matière».

[150] V. sempre P. Malaurie, L. Aynes, M. Julienne, *op. cit*., 368 e 370, ove lo stato dell'arte giurisprudenziale è così sintetizzato: «la séparation des pouvoirs empêche le juge judiciaire d'interdire une activité, même préjudiciable aux voisins, que l'administration a permise; mais il peut ordonner des travaux d'aménagement et la fermeture provisoire de l'établissement jusqu'à l'achévement de ces travaux. Il peut aussi condamner à des dommages-intérêts l'auteur du trouble anormal. Le juge administratif peut annuler l'autorisation administrative si elle est irrégulière»; nonché L. Andreu, N. Thomassin, *op. cit.,* 161. V. anche l'utile schematizzazione e gli approfondimenti di N. Reboul-Maupin, *op. cit.*, 383, 407 ss. e 418 s.

[151] V. al riguardo V. Casado Perez, C. Gomez Liguerre, *op. cit.*, 1010 e 1021; nonché, in lingua italiana, U. Mattei, *op. ult. cit.,* 334 ss.

[152] Cfr. L. Andreu, N. Thomassin, *op. cit*., 165.



preclude qualsivoglia tutela collegata all'istituto civilistico dei *troubles de voisinage*, non solo l'inibitoria ma anche una semplice soddisfazione pecuniaria [153].

Sempre per quanto concerne la Francia, in prospettiva evolutiva è inoltre interessante, tra gli altri progetti [154], il *projet de réforme de la responsabilité civile* presentato dal Ministro della Giustizia francese il 13 marzo 2017, nel cui ambito è prospettata l'introduzione di una specifica disciplina in tema di *troubles anormaux de voisinage*, la quale non solo conferma il tradizionale criterio francese di normalità, stabilendo che «Le propriétaire, le locataire, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, qui provoque un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage, répond de plein droit du dommage résultant de ce trouble», ma aggiunge anche che, «Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble» (si tratta, rispettivamente, dei commi 1 e 2 dell'art. 1244). La previsione da ultimo citata è particolarmente interessante ai nostri fini in quanto sembra diretta a stabilire che, in caso di autorizzazione amministrativa, rimane preclusa l'inibitoria (negativa) dell'attività immissiva, potendo in tal caso l'immesso, se non sono adottabili misure ragionevoli che eliminino il disturbo, pretendere solo una tutela pecuniaria.

Sebbene si tratti di un'opera puramente dottrinale che non ha, almeno per il momento, riscosso il successo che era stato da più parti pronosticato, una impostazione sempre diretta ad affermare la preminenza dei parametri pubblicistici emerge anche dal *Draft Common Frame of Reference* (*DCFR*) e specialmente dal suo art. VI.-3:206 [155], in tema di *Accountability for damage caused by dangerous substances or emissions* [156].

L'esito di questa nuova fase che pare sempre più dominante a livello internazionale risulta nel complesso più equilibrato, dal punto di vista del rapporto tra proprietari vicini, rispetto a quello di tutte le altre fasi in precedenza considerate e comunque corrispondente all'assetto preferibile per la società contemporanea.

Parametri di diritto pubblico incidenti anche sui rapporti privatistici sono infatti migliori rispetto alle soluzioni tradizionali in quanto più protettivi in ragione della loro specificità, più agevolmente conoscibili in anticipo da parte di tutti i consociati e più idonei per considerare, contemperandoli tra loro, sia gli interessi dei vari proprietari [157] sia quelli della collettività. Tali caratteristiche rendono, agli occhi della più attenta dot-

---

[153] Per una simile ricostruzione, v. J. GORDLEY, *op. ult. cit.*, 74 s. e 80 s., ove si sottolinea altresì come il risultato finale dell'applicazione di tale disciplina sia che «an abnormal interference continues indefinitely» e anche come ciò sia giustificabile nella prospettiva del raggiungimento di «one of the goals of land use regulation: to allow a person to know in advance how he may use his land». Nella dottrina francese, v. tra gli altri N. REBOUL-MAUPIN, *op. cit.*, 420 s., secondo cui può concludersi che «celui qui s'installe près d'une source de nuisance ne saurait donc s'en plaindre sauf s'il l'ignorait. Premier installé, premier servi… demeure d'actualité»; nonché P. MALAURIE, L. AYNÈS, M. JULIENNE, *op. cit.*, 368, i quali evidenziano anche come l'immunità in discorso sia interpretata restrittivamente dalla giurisprudenza, aggiungendo altresì, con più generale riguardo alla rilevanza di eventuali autorizzazioni amministrative alle attività immissive, che – sebbene la *Cour de cassation* abbia più volte affermato un principio di segno opposto – «il arrive cependant aux juges, pour refuser d'indemniser celui qui se prétend victime d'un trouble anormal, de relever que l'activité en cause est exercée en conformité avec les normes qui la régissent».

[154] Per riferimenti anche ad altri progetti francesi e specialmente all'*avant-projet de réforme du droit des biens* del 2008, v. N. REBOUL-MAUPIN, *op. cit.*, 1 s., 381, 390 ss. e 446 s.

[155] Per ciò che qui più interessa, il comma 5 di tale articolo stabilisce espressamente: «However, a person is not accountable for the causation of damage under this Article if that person: (a) does not keep the substance or operate the installation for purposes related to that person's trade, business or profession; or (b) shows that there was no failure to comply with statutory standards of control of the substance or management of the installation».

[156] V. *amplius* V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1023 s.

[157] Ed eventualmente dei conduttori, i quali ove presenti complicano il quadro: per un interessante studio comparatistico sulla questione, v. M. VOLS, M. KIEHL, *Balancing tenants' rights while addressing neighbour nuisance in Switzerland, Germany and the Netherlands*, in *European Property Law Journal – EPLJ*, 2/2015, 85 ss.



trina comparatistica [158], la soluzione in discorso preferibile, nonostante che essa presenti il principale limite (peraltro ampiamente compensato dai citati vantaggi) di non consentire decisioni notevolmente differenziate a seconda delle peculiarità di ciascun caso di specie, le quali sarebbero invece facilitate ove si consentisse al giudice civile di superare senz'altro i parametri pubblicistici eventualmente rilevanti.

La fase da ultimo considerata risulta pertanto dominata dal diritto pubblico, i cui parametri divengono vincolanti anche per i rimedi privatistici, con la principale conseguenza che attività industriali o comunque di interesse pubblico che rispettino i citati parametri non possono essere inibite, peraltro salva rimanendo, normalmente [159], la possibilità per l'immesso di ottenere misure precauzionali (ove praticabili) e soprattutto una soddisfazione pecuniaria [160].

Tale fase si caratterizza così pure per un rafforzamento delle regole privatistiche sul ristoro economico ottenibile dall'immesso, mentre la tradizionale tutela inibitoria rimane confinata all'ipotesi in cui l'attività immissiva non abbia rispettato i parametri del diritto pubblico oppure a quella in cui si tratti di attività per la quale non sono riscontrabili parametri di tal fatta [161].

Nonostante che la direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale intenda – sorprendentemente [162] – lasciare intatte le varie discipline privatistiche nazionali in tema di immissioni (si veda specialmente il par. 3 dell'art. 3, ai sensi del quale, «Ferma restando la pertinente legislazione nazionale, la presente direttiva non conferisce ai privati un diritto a essere indennizzati in seguito a un danno ambientale o a una minaccia imminente di tale danno» [163]), sembra in linea con l'evoluzione appena delineata la tesi dottrinale secondo cui anche tale direttiva (così come simili testi normativi che dovessero sopravvenire [164]) dovrebbe essere presa in considerazione nella summenzionata valutazione dei parametri pubblicistici, specialmente nel senso che la sua violazione dovrebbe considerarsi indice sufficiente della intollerabilità di una certa immissione anche sul piano del diritto privato [165].

12. – Nel diritto italiano, si è da tempo consolidata la tesi secondo cui il superamento dei livelli di accettabilità stabiliti da leggi e regolamenti di ambito pubblicistico determina senz'altro l'illiceità dell'attività immissiva [166], mentre l'eventuale rispetto di tali limiti non esime dalla valutazione privatistica richiesta dal-

[158] V. soprattutto J. GORDLEY, *op. ult. cit.,* 78 ss.; nonché A. THIER, *op. cit.*, 106.

[159] Abbiamo veduto poco sopra nel testo che una significativa eccezione – ricorrendo i presupposti della quale l'immesso, qualora l'attività che lo disturba sia stata autorizzata e continui a essere svolta secondo le regole del diritto pubblico, perde pure il diritto a una soddisfazione pecuniaria – è presente nel *Code de la construction et de l'habitation* francese. V. *amplius* J. GORDLEY, *op. ult. cit.*, 81 ss., ove anche altre eccezioni di tal fatta presenti nel diritto francese sono esaminate e criticate sulla base dell'idea che, «if a burden is being imposed on one person to further the private interests of others, it is only fair to compensate the person who is burdened».

[160] Per una simile sintesi della tendenza che pare attualmente dominante a livello internazionale, v. V. CASADO PEREZ e C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1020 s. e 1028 s.

[161] Per queste riflessioni, v. ancora V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1008 s.

[162] Così V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1025.

[163] Sulla normativa di recepimento italiana, v. *supra*, nt. 113.

[164] Sulle prospettive future del diritto privato europeo in argomento, v. A.F. URICCHIO, *The Future of European Environmental Policy in Appreciation of German Federal Constitutional Jurisprudence*, in *The Italian Law Journal*, 2022, 327 ss.; nonché M. RENNA, *op. cit.,* 560 ss., il quale si sofferma in particolare sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 – COM/2022/71 final.

[165] V. in tal senso V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1026.

[166] V., tra gli altri, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. cit.*, 111 s.: «se dell'ordinamento si ha una concezione unitaria, un'attività immissiva pubblicisticamente illecita non può mai determinare un evento privatisticamente lecito».



l'art. 844 cod. civ., ai sensi della quale anche immissioni conformi ai parametri pubblicistici potrebbero considerarsi intollerabili [167].

L'argomento fondamentale in favore di questa valutazione privatistica spinta oltre i citati parametri è quello di carattere generale incentrato sulla tradizionale netta separazione tra diritto pubblico e diritto privato [168].

Tale netta separazione, sebbene non possa basarsi su un sicuro fondamento romanistico (basti rammentare che Ulpiano distingueva sì diritto pubblico e diritto privato ma come due semplici *positiones studii* [169]), è stata dominante nella modernità ma è da molto tempo messa seriamente in discussione per non dire senz'altro superata [170]. Pure l'ordinamento giuridico italiano contemporaneo sembra in altre parole caratterizzarsi per una forte tendenza al predominio del diritto pubblico [171].

---

[167] In giurisprudenza v., tra le tante altre, Cass., ord. 6 febbraio 2020, n. 2757, in *One legale*; Cass., ord. 11 marzo 2019, n. 6906, cit.; Cass., 31 agosto 2018, n. 21504, cit.; Cass., 18 gennaio 2017, n. 1069, in *One legale*; Cass., 29 ottobre 2015, n. 22105, in *One legale*. In dottrina, nello stesso senso, v. per esempio A. TRABUCCHI, *op. cit.*, 788; G.G. D'ANGELO, *op. cit.*, 441 s.; R. PICARO, *op. cit.,* 271 ss.; nonché M.R. MAUGERI, *op. ult. cit.,* 207 s., la quale con riguardo alla disciplina generale di cui all'art. 844 cod. civ. (non anche con riguardo a quella particolare sulle immissioni acustiche di cui all'art. 6-*ter* del d.l. n. 208 del 2008, sulla quale torneremo tra breve nel testo) osserva come «la violazione o meno dei limiti pubblicistici non incida in alcun modo sull'interpretazione e sull'applicazione» del comma 1 ma anche come per il comma 2 valga «il principio generale che impone di attribuire rilevanza alle esigenze della produzione solo nella misura in cui queste rispettino le discipline di settore», principio questo che peraltro non imporrebbe di giungere alla medesima soluzione sancita dal § 14 del *Bundesimmissionsschutzgesetz* (sul quale ci siamo già soffermati in precedenza nel testo, par. x) e che cioè non escluderebbe in Italia una tutela eventualmente (salva approfondita argomentazione del giudice che la conceda alla luce dell'insieme dei valori protetti dal nostro ordinamento giuridico) anche inibitoria in favore del vicino di uno stabilimento industriale sia pure autorizzato a svolgere la sua attività immissiva risultante altresì rispettosa di tutte le discipline pubblicistiche.

Sebbene la tendenza sempre più dominante a livello internazionale, come abbiamo verificato in precedenza nel testo, sia di segno diverso, un approccio simile a quello italiano sembra presente nella giurisprudenza spagnola, come evidenziato criticamente da V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.,* 1016 ss., ove si chiarisce altresì che pure in Olanda non sono decisivi i parametri pubblicistici, essendo in quel Paese consentito alla giurisprudenza andare oltre gli stessi sulla base di valutazioni flessibili.

[168] Lascia intendere di ragionare in questo modo, tra gli altri, C.M. BIANCA, *op. ult. cit.,* 164.

[169] D. 1.1.1-2 (Ulp. 1 *inst.*). In dottrina, v. tra gli altri F. VALLOCCHIA, *Qualche riflessione su* publicum-privatum *in diritto romano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 7/2016, 415 ss., il quale ragiona del rapporto tra pubblico e privato in diritto romano come di «una storia fatta di partizione e di differenze, ma anche di costanti intrecci e di comuni basi».

[170] V., tra i tanti, M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 391, la cui riflessione significativamente iniziava con la constatazione della «sempre più spiccata presenza dei poteri pubblici nella vita economica dei popoli»; P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 101 ss.; A. ZOPPINI, *op. cit.,* 239, il quale si chiede «perché […] l'interrogativo sulla distinzione tra pubblico e privato sia divenuto oggi così attuale e stringente; perché la letteratura giuridica europea dedichi al tema riflessioni sempre più insistenti, quasi che i confini tra pubblico e privato siano oggi resi labili, evanescenti, non più riconoscibili», e conclude per ciò che qui più interessa –246 s. – che «il diritto pubblico e il diritto privato appaiono non (*più*) in rapporto di necessaria alternativa, quanto piuttosto configurano sistemi di regole tra loro "reciprocamente interscambiabili", che talora condividono la medesima missione sul piano regolatorio, ma espongono modalità operative e una dinamica effettuale rilevantemente diverse. Gli è che, ad esempio, il ritrarsi della proprietà pubblica per effetto delle privatizzazioni dei monopoli legali non fa parimenti diminuire, ma semmai incrementa la regolazione delle attività private ed estende la panoplia degli strumenti di tutela che il diritto privato offre a presidio di interessi generali. Alla *Entstaatlichung* dell'iniziativa economica pubblica si accompagna una *Verstaatlichung* delle attività private»; nonché A. DI MAJO, *op. cit.*, 789, ove si ragiona di «una sorta di strisciante "amministrativizzazione" del diritto civile». Da ultimo, v. altresì G. VECCHIO, *Le istituzioni della sussidiarietà. Oltre la distinzione tra pubblico e privato*, Napoli, 2022, 21 ss., in generale e quindi con un approfondimento sul terzo settore; M. FRANZONI, *La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane*, in *Danno e resp.*, 2022, 11 s., con particolare attenzione per l'evoluzione della responsabilità civile; nonché G. DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*, in *Nuove leggi civ. com.*, 2022, 1 ss., con specifico riguardo ai rapporti di consumo.

[171] In favore della crescente valorizzazione, anche con riferimento all'art. 844 cod. civ., di «controlli e rimedi di diritto pubblico», v. pure P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 720. V. inoltre, con particolare riguardo al diritto tedesco, A. THIER, *op. cit.*, 106.



Anche qualora si volesse fare leva non solo sulla collocazione delle discipline settoriali pretese irrilevanti per le valutazioni di cui all'art. 844 cod. civ. ma anche e soprattutto sulla differenza dei conflitti presi in considerazione dalle normative in discorso, una simile posizione non risulterebbe persuasiva perlomeno con riguardo al contemperamento di cui al comma 2 dell'art. 844 cod. civ., che pur integrando una previsione privatistica evidentemente richiede di tenere conto pure degli interessi pubblici coinvolti nella vicenda [172].

Vi sono invece argomenti, sia pure sempre di carattere generale, che rendono persuasivamente sostenibile anche in Italia la tesi che si sta affermando a livello internazionale. Come abbiamo verificato, fin dal diritto romano e ancora oggi la tutela privatistica contro le immissioni è intimamente collegata all'istituto della servitù, nel senso che la si poteva e la si può escludere previa costituzione di una servitù volontaria [173]. La nostra disciplina dovrebbe pertanto essere idonea a favorire trattative e intese preventive tra gli interessati, idoneità questa che però viene meno ove le immissioni industriali riguardino, come sovente accade, un ampio ed eterogeneo numero di soggetti, che non è verosimile possa negoziare. Per immissioni di tal fatta, la risposta del diritto privato da un lato è stato da tempo dimostrato che è più efficiente (e preferibile anche per la realizzazione di finalità redistributive) sia data attraverso «regole di responsabilità» piuttosto che «di proprietà» [174] ma dall'altro lato rischia di risultare comunque inadeguata, essendo sempre più necessario impiegare strumenti di diritto pubblico (che normalmente contemplano pure sanzioni pecuniarie o simili corresponsioni in favore della collettività [175]) da valorizzare anche per quanto concerne la loro interazione con i rimedi privatistici [176].

Pure per il diritto italiano possono essere tenute ferme le medesime considerazioni già esposte dal punto di vista comparatistico le quali rendono preferibile, rispetto alle soluzioni tradizionali, l'adozione di parametri di diritto pubblico incidenti anche sui rapporti privatistici (v. *supra*, par. xi). Il principale limite che tale approccio comporta, cioè quello di precludere decisioni notevolmente differenziate a seconda delle peculiarità di ciascun caso di specie (che sarebbero invece favorite da un'ampia discrezionalità del giudice civile [177]),

---

[172] Su una simile linea di pensiero, v. M.R. MAUGERI, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria*, cit., 286.

[173] V. per esempio C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, II ed., cit., 168.

[174] Sostanzialmente in tal senso, in prospettiva di analisi economica del diritto, v. tra i tanti G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *op. cit.*, 522 ss.

[175] Sottolineano l'importanza di questo profilo e come la sua incidenza sulla disciplina privatistica delle immissioni rimanga da approfondire V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1021.

[176] Per un simile ragionamento, v. ancora V. CASADO PEREZ, C. GOMEZ LIGUERRE, *op. cit.*, 1004 s.

[177] In favore di una simile ampia discrezionalità, v. peraltro U. MATTEI, *op. ult. cit.*, 328 ss. e 337 s.; M.W. MONTEROSSI, *op. cit.*, 3, 5 e 40; nonché R.A. ALBANESE, *op. cit.*, 8 e 20, ove si ragiona di un «meccanismo duttile e decentrato di ripartizione e governo di sfere proprietarie contigue» di competenza del giudice civile cui sarebbe attribuito un potere conformativo della proprietà diretto a risolvere problemi di esternalità negative, nonché di «una zona grigia, nella quale, ai fini del decidere, più che la nettezza delle distinzioni concettuali contano forse i concreti aspetti operativi». Si tratta di letture sovente condotte in prospettiva di analisi economica del diritto (al riguardo, rimane un punto di riferimento U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, cit., specialmente 345 ss.), secondo cui l'art. 844 cod. civ., integrerebbe uno strumento di gestione ed eventualmente internalizzazione di esternalità negative, nell'applicazione del quale occorrerebbe pertanto confrontare le disutilità patite dall'immesso con i costi da sopportare per ridurre o far cessare le immissioni. Una impostazione di tal fatta, per quanto interessante e utile per la comprensione di esperienze giuridiche di *common law* e per il confronto con esse, non risulta però perfettamente in linea con il diverso assetto del nostro ordinamento giuridico, nel quale, in ogni caso, non è divenuta dominante: tra i tanti, v. assai chiaramente C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica – I soggetti*, 2ª ed., Milano, 2002: «le scienze economiche si occupano […] dei fenomeni sociali in quanto determinati dall'interesse economico. La scienza giuridica si occupa invece della disciplina coercitiva che tali fenomeni ricevono da parte e nell'ambito dell'organizzazione sociale»; nonché G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 158, il quale evidenzia la «forza normativa della legalità costituzionale, la quale è una legalità distante dall'analisi economica del diritto». Un'ampia discrezionalità del giudice ai sensi dell'art. 844 cod. civ., è in ogni caso affermata, peraltro in prospettiva almeno in parte critica, anche da V.



risulta del resto, nel diritto italiano, meno significativo che altrove, avendo il nostro ordinamento giuridico da tempo iniziato un percorso di degiurisdizionalizzazione che sembra destinato a farsi più intenso in futuro, come dimostrato per esempio dalle pagine del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) [178] dedicate alla gestione delle controversie, ove ci si ripromette tra l'altro di «arrestare sin d'ora il trend in crescita della domanda di giustizia» [179].

Certamente sarebbe auspicabile l'introduzione nell'art. 844 cod. civ. di una inequivocabile disciplina dettagliata del profilo in esame, magari del tipo di quella tedesca o di quella catalana, ma la genericità delle regole attualmente vigenti si concilia, già *de iure condito*, con la medesima soluzione interpretativa sempre più dominante in altri ordinamenti giuridici.

Anche il legislatore italiano, del resto, ha ripetutamente tentato, sia pure per il momento «goffamente» [180] e comunque senza successo, di muoversi proprio in quella direzione.

Si segnala al riguardo l'art. 6-*ter* (rubricato «Normale tollerabilità delle immissioni acustiche») del d.l. 30 dicembre 2008, n. 208, inserito dalla l. di conversione 27 febbraio 2009, n. 13, nel quale si è stabilito espressamente che, «nell'accertare la normale tollerabilità delle immissioni e delle emissioni acustiche, ai sensi dell'art. 844 del codice civile, sono fatte salve in ogni caso le disposizioni di legge e di regolamento vigenti che disciplinano specifiche sorgenti e la priorità di un determinato uso». Tale indicazione testuale, per quanto «di difficile comprensione» [181], poteva essere letta proprio nel senso della prevalenza «in ogni caso» dei parametri pubblicistici sulla valutazione privatistica in tema di immissioni [182], ma la Corte costituzionale, investita della questione di costituzionalità della previsione per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., dichiarandola manifestamente inammissibile, ha preso posizione in senso contrario, ribadendo il «consolidato […] principio che differenzia – quanto ad oggetto, finalità e sfera di applicazione – la disciplina contenuta nel codice civile dalla normativa di diritto pubblico: l'una posta a presidio del diritto di proprietà e volta a disciplinare i rapporti di natura patrimoniale tra i privati proprietari di fondi vicini; l'altra diretta – con riferimento ai rapporti tra i privati e la p.a. – alla tutela igienico-sanitaria delle persone o comunità esposte» [183].

Il nostro legislatore quindi «ci ha riprovato» [184] con la l. 30 dicembre 2018, n. 145, la quale ha inserito nell'art. 6-*ter* un nuovo comma 1-*bis* secondo cui, «ai fini dell'attuazione del comma 1, si applicano i criteri

---

LOJACONO, *op. cit.*, 170 s., secondo cui «la soluzione legale, che è soluzione di compromesso, se dal punto di vista teorico appare ineccepibile, si rivela tuttavia spesso sul piano pratico poco soddisfacente, poiché l'ampiezza e la molteplicità dei criteri di cui all'art. 844 nonché la loro reciproca influenza consentono assai spesso al giudice una così ampia autonomia di valutazione, da far ritenere per una stessa fattispecie tutte giuridicamente non infondate decisioni sostanzialmente diverse».

[178] Liberamente accessibile alla pagina web *https://italiadomani.gov.it*.

[179] PNRR, 56 s.

[180] C. SALVI, *op. ult. cit.*, 95.

[181] M.R. MAUGERI, *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, cit., 204 e 209, ove si ragiona di «norme […] pensate in fretta e male e scritte peggio».

[182] Per una interpretazione assai interessante (anche perché in linea con la fase evolutiva a livello internazionale su cui ci siamo soffermati *supra*, par. xi), v. M.R. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 211, secondo la quale la disposizione in esame inciderebbe sul comma 2 dell'art. 844 cod. civ., escludendo, in presenza di immissioni pubblicisticamente lecite, il rimedio dell'inibitoria (sembra doversi intendere, negativa), anche se ciò varrebbe per le sole immissioni di rumore, con la conseguenza che sorgerebbe il dubbio dell'incostituzionalità l'art. 6-*ter* per violazione degli artt. 3 e 42 Cost. e sarebbe in ogni caso «opportuno che il legislatore intervenisse nuovamente sul punto al fine di evitare così plateali distonie del sistema».

[183] Corte cost., ord. 24 marzo 2011, n. 103, cit. Nella giurisprudenza di legittimità, v., tra le altre, Cass., 16 ottobre 2015, n. 20927, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 554 ss. (con nota di C.M. SCALIA, *Le immissioni di rumore: superamento della normale tollerabilità e danno risarcibile*). V. anche, in dottrina, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, II ed., cit., 164; R. PETRUSO, *op. cit.*, 556 s.

[184] C. SALVI, *ibidem*.



di accettabilità del livello di rumore di cui alla legge 26 ottobre 1995, n. 447, e alle relative norme di attuazione». L'obiettivo di far prevalere in ogni caso i parametri pubblicistici, sia pure tradotto ancora una volta in formulazioni non perfettamente perspicue, sembrava così rafforzato, ma la giurisprudenza ha continuato e continua a tenere fermo l'orientamento tradizionale secondo cui le immissioni acustiche rispettanti detti parametri non è escluso che siano considerate intollerabili ai sensi dell'art. 844 cod. civ. [185].

Ciò, da un lato, conferma l'impressione più generale della difficoltà di superare orientamenti giurisprudenziali consolidati sia pure attraverso apposite riforme, specialmente quando esse non siano formulate in modo assolutamente inequivocabile [186], e, dall'altro, porta ad auspicare che l'obiettivo in discorso sia raggiunto – sul modello di quanto già accaduto in Germania con il § 906 *BGB* – attraverso una modifica dell'art. 844 cod. civ., sebbene si tratti come già chiarito di un obiettivo che potrebbe conseguirsi già solo in via interpretativa del diritto italiano attualmente vigente.

13. – Riassumendo le principali conclusioni dell'indagine compiuta nelle pagine precedenti, sarebbe innanzi tutto necessario (non abbandonare ma) ridimensionare, nei termini che abbiamo tentato di delineare, la diffusa reinterpretazione spiccatamente italiana dell'art. 844 cod. civ. in chiave costituzionale e specialmente di tutela dei diritti della personalità.

Occorrerebbe inoltre distinguere nettamente, da un lato, l'inibitoria negativa dall'inibitoria positiva nonché, dall'altro, il rimedio indennitario da quello risarcitorio. Nonostante che i primi due strumenti così come i secondi due siano non di rado sovrapposti per non dire confusi l'uno con l'altro, si tratta come si è chiarito di rimedi ciascuno con un proprio e differenziato ambito di applicazione.

Sarebbe pertanto preferibile evitare di parlare di inibitoria positiva, riservando a tale strumento una terminologia (per esempio, azione per l'adozione di misure precauzionali) che escluda qualsivoglia possibilità di equiparazione [187] all'azione più radicalmente diretta a ottenere la cessazione dell'attività immissiva.

Quanto al rapporto tra risarcimento e indennità, il principale rischio di sovrapposizione [188] nasce dal fatto che si tratta pur sempre di strumenti che consentono di conseguire una soddisfazione pecuniaria [189], ma sono decisive le differenze attinenti tanto alla illiceità oppure non del comportamento a monte quanto alla maggio-

[185] V. *supra*, nt. 167.

[186] Basti pensare alla responsabilità del medico dipendente che il legislatore voleva, in superamento dell'orientamento giurisprudenziale che la configurava come da contatto sociale qualificato riconducibile all'art. 1218 c.c., far tornare a essere extracontrattuale già con la c.d. legge Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con la l. 8 novembre 2012, n. 189), obiettivo questo per il raggiungimento del quale si è però reso necessario un ulteriore intervento normativo, la c.d. legge Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24). In argomento, v. per tutti M. FACCIOLI, *La natura della responsabilità del medico dipendente nel dialogo fra legge, dottrina e giurisprudenza*, in Liber amicorum *per Giuseppe Vettori*, cit., 1043 ss.

[187] Cfr., tra i tanti, C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, cit., 387, ove si condivide la diffusa idea della configurabilità di immissioni «illecite, e quindi da inibire nella forma dell'ordine di cessazione dell'attività, o dell'adozione di particolari modalità o misure tecniche», parlandosi, rispettivamente, di inibitoria «negativa» e di inibitoria «positiva».

[188] Cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. cit*., 284 ss., il quale, peraltro prendendo le mosse da una lettura unitaria e non dicotomica dell'art. 844 cod. civ., (v. *supra*, nt. 87), non ritiene possibile ragionare di immissioni eccedenti la normale tollerabilità ma considerate lecite in base alla teoria dell'atto lecito dannoso, concludendo che «l'immissione intollerabile è sempre illecita, il danno deve essere risarcito per intero e l'attività che provoca l'influenza, poiché viola comunque una regola di condotta, può essere eventualmente inibita». Cfr. altresì A. GAMBARO, *op. cit.*, 279, il quale, a proposito della distinzione dal «danno risarcibile» di «un indennizzo da calcolarsi in qualche misteriosa maniera purché diversamente dal risarcimento (effetto di trascinamento delle storture che si andavano accumulando in tema di espropriazione per p.u.)», parla senz'altro di una «erronea idea».

[189] In questa prospettiva, per esempio R. PETRUSO, *op. cit.*, 552, classifica «la prassi indennitaria ed il risarcimento del danno» come rientranti entrambi nella categoria dei «rimedi a carattere risarcitorio».



re o minore estensione della citata soddisfazione, che secondo la prospettiva qui adottata dovrebbe in ogni caso farsi più consistente ove siano lesi diritti della personalità.

La principale sfida futura consiste, infine, in un auspicabile cambiamento di approccio con riguardo ai parametri pubblicistici e alla loro rilevanza anche per i rapporti di vicinato. È fondamentalmente attraverso tali parametri (che dovrebbero anche essere sempre più allineati a livello internazionale [190]) e il loro crescente valore vincolante pure per le valutazioni privatistiche in tema di immissioni, non attraverso la distorsione interpretativa di una disciplina concepita per i rapporti di vicinato, che la tutela della salute e dell'ambiente – innegabilmente di vitale importanza per la società contemporanea – dovrebbe essere perseguita e incrementata.

[190] Di recente, v. A. NERVI, *Dalla disciplina delle emissioni inquinanti al ruolo del diritto privato nella tutela ambientale. Appunti per una ricerca*, in Liber amicorum *per Giuseppe Vettori*, cit., 2584, il quale sottolinea proprio che, anche dal punto di vista del diritto privato, il problema dell'inquinamento, per la sua portata, necessiterebbe di essere affrontato con atti normativi sovranazionali.



SERGIO LOCORATOLO

Professore associato di Diritto commerciale – Università degli Studi di Napoli Federico II

IMPRESA DIGITALE E TUTELA DELLA PRIVACY TRA DIRITTO EUROPEO E NAZIONALE

SOMMARIO: *1. L'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale nell'impresa. – 2. Impresa digitale e trattamento dei dati personali. – 3. Strumenti di tutela in ipotesi di violazione della privacy. – 4. Diritto interno e orientamento giurisprudenziale europeo.*

1. – Il diritto dell'impresa reclama la riqualificazione del tessuto dispositivo e il ridisegno degli strumenti normativi, una volta riconosciuta al diritto la vocazione, che gli è propria, di guida dei processi.

Comunque sia, un percorso di modernità ha influenzato il mondo dell'impresa e le forme di *governance*, nonché restituito fiducia a investitori e consumatori improntandosi a trasparenza le operazioni economiche e finanziarie una volta preservati i profili informativi e comunicativi.

Anche i nuovi modelli organizzativi, d'altronde, non avrebbero fatto a meno dei fattori di modernità, usufruendo le articolazioni dell'impresa dell'apporto della informatizzazione e della digitalizzazione. Riequilibrare gli assetti di sistema sul metro della tutela della riservatezza, commisurando alle spinte in avanti oramai intervenute la 'rivoluzione' tecnologica, induce a reimpostare le modalità di esercizio dell'attività di impresa.

Uno sforzo congiunto. Accedere a mirate scelte tecniche, né solo tecniche; adeguare i registri giuridici economici, persino etici, ad esigenze inedite dell'impresa; sceverare all'interno del giuridico quanto risulti pregnante e adeguato, orienta al rinvenimento del punto di equilibrio tra il legittimo esercizio dell'attività di impresa e la gestione dei dati.

Processi convergenti ed il crescente apporto tecnologico e digitale, l'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale nell'impresa, elevano la soglia di rischio sociale con effetti potenziali di imponderabile perniciosità. Alle tradizionali incombenze afferenti agli aspetti gestionali e al ruolo rivestito dall'organo amministrativo di *corporation* digitali dovrà allora aggiungersi la modalità di governo del rischio d'impresa dovuta all'apporto dei sistemi automatizzati e degli strumenti di intelligenza artificiale. Enucleandosi, entro la cornice della responsabilità, uno specifico profilo di *Corporate Digital Responsibility*.

Comprensibili le apprensioni in materia, si è pertanto invocato l'assunto di sostenibilità, confortato dal *background* giuridico. Pertanto:

a) il '*Codice di Corporate Governance*', del gennaio 2020, approntato dal 'Comitato per la Corporate Governance' perpetra condizioni di buon governo delle società italiane quotate, assicurando la conformità



alle *best practices* internazionali, svolgendo il Comitato funzione propulsiva e, al tempo stesso, funzione di verifica e monitoraggio annuale dell'adesione delle società alle raccomandazioni impartite [1];

b) la proposta di '*Regolamento sull'intelligenza artificiale*' ('*Regulation on a European approach for Artificial intelligence*') [2] pubblicata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021. Si legge nelle presentazione che il Regolamento viene emesso «con l'obiettivo di plasmare la legislazione europea sull'intelligenza artificiale (I.A.), armonizzando, quindi, la normativa applicabile e caldeggiare l'innovazione, la sicurezza e la tutela dei diritti individuali» e si aggiunge: «Risulta piuttosto visibile il ruolo coperto dall'intelligenza artificiale nella trasformazione digitale di svariati settori economici e sociali (beni, servizi, mondo del lavoro, finanza, sanità, sicurezza). Essa rappresenta il presente e il futuro della tecnologia ed "un punto centrale nel Green Deal europeo e nel rilancio dell'economia post COVID-19», altresì, preannunciando che «la recente proposta di Regolamento pone un primo quadro giuridico sull'I.A. che, con l'introduzione di nuove regole, azioni, ed affrontandone i rischi, punta a trasformare l'Europa nel polo mondiale per un'intelligenza artificiale affidabile». Volgendo alle istanze del progresso onde costruire un futuro che sia sostenibile, si argomenta che il nuovo approccio europeo è preceduto da una serie di iniziative intraprese negli ultimi anni: 1) la consultazione pubblica sul '*Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale*' (C.O.M. 2020) 65 final del 19 febbraio 2020; 2) le 'Linee guida etiche finali per un'intelligenza artificiale affidabile' emesse dal Gruppo ad alto livello sull'intelligenza artificiale, pubblicate in data 8 aprile 2019; 3) il '*Rapporto sulla responsabilità per l'intelligenza artificiale e altre tecnologie emergenti*' emesso dal Gruppo di esperti sulla responsabilità e nuove tecnologie, pubblicato in data 21 novembre 2019; 4) la '*Dichiarazione di cooperazione sull'intelligenza artificiale*' firmata da 25 Stati europei in data 10 aprile 2018, fondata sui risultati e sugli investimenti della comunità europea della ricerca e delle imprese nell'I.A. Infine, si è inteso chiarire che «la scelta della forma del Regolamento, quale atto legislativo vincolante da applicare nella sua interezza in tutta l'U.E., non è casuale, ma fa parte del più ampio progetto garantista e di piena tutela dell'individuo, da raggiungere con l'applicazione congiunta di altre normative vincolanti quali la proposta di Regolamento e *Privacy* (presentata il 10 febbraio 2021 dal consiglio dell'Unione Europea) e il Regolamento n. 679/2016 (G.D.P.R.).

La tematica è di sicura presa e situare al centro dei processi la tecnologia d'impresa significa attendere il presente e volgere al futuro, sebbene già intravedibile in ogni potenzialità.

Una dottrina coglie questi profili, assunto l'onere di disegnare le fisionomie modulanti l'odierna impresa ed il nuovo capitolo dell'imprenditoria aperto alla *business community*.

Al mondo dell'impresa e, in particolare, alla sfera societaria si richiede di non soggiacere all'impatto della tecnologia e, in argomento, autorevole dottrina constata che «le impetuose trasformazioni tecnologiche in atto, pur non richiedendo una riforma strutturale del sistema di corporate governance, rendono ineludibile un ripensamento del quadro regolatorio, da ridisegnare alla luce della valorizzazione delle nuove interazioni tra diritto societario e diritto dell'informazione, nella dimensione tecnica oltre che nelle sue implicazioni etiche» [3].

2. – Decisa centralità acquista odiernamente la questione dell'informazione afferente alla tecnologia d'impresa e notevole è il tradotto che ne discende: si avverte la carenza, persino la mancanza, di un'adeguata e/o

[1] Per ulteriori chiarimenti v. il sito *http://www.borsaitaliana.it/comitato-corporate-governance/homepage/homepage.htm*.

[2] Si rimanda al sito *resource.html* (europa.eu).

[3] N. Abriani, G. Schneider, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla* Fintech *alla* Corptech, Bologna, 2021, 300.



di una corretta divulgazione degli obblighi informativi, fonte di guasti all'esterno tuttavia riverberanti all'interno dell'impresa. L'ontologia dell'attualità esige continua cura degli aspetti informativi e comunicativi e il macigno delle conseguenze lesive prodotte sull'impresa da una manchevole e/o non corretta informazione ricorre, senz'altro, quando sovvengano lesioni alla *privacy* e inadeguato trattamento dei dati personali.

Materia sensibile che coinvolge ragioni di etica relazionale, di etica della responsabilità, cui prestare attenzione.

Fornire, e divulgare, informazioni circa il grado di tecnologia di cui fruisce l'impresa è questione che non attiene solo al piano della prassi operativa, ma al piano deontologico, sfondo su cui si apre una finestra sui concetti di *privacy* e di trattamento dei dati personali.

Vi è generale consapevolezza del rischio dell'utilizzo telematico dei dati personali, né restano ai margini le problematiche afferenti alla sicurezza cibernetica e neanche, per vero, appaiono in tutto rassicuranti le soluzioni ancora inadatte e deboli a fronteggiare la celerità incontenibile del *web* e ad incanalare entro corretti ambiti la circolazione telematica dei dati personali e delle informazioni sottratti, oltre tutto, ad un preventivo *screening*.

Così si assiste all'emanazione del 'Regolamento U.E. n. 679 del 27 aprile 2016, corredato con riferimenti a 173 *'Considerando'*, recepito dagli Stati membri e definitivamente applicabile in via diretta nei Paesi U.E. a partire dal 25 maggio 2018 [4].

Si prevede, al comma 2 dell'art. 5, che ricorra competenza del titolare del trattamento dei dati personali e la norma regolamentare esigendo che questi «deve essere sempre in grado di 'comprovare' il pieno rispetto di questi principi». Un nesso stringe all'altro disposto, l'art. 24, rubricato 'responsabilità del titolare del trattamento' che delinea i contorni della responsabilità in capo al titolare del trattamento, a cui si impone di «mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento sia effettuato conformemente al presente regolamento».

La normativa europea deve ritenersi propulsiva, di indirizzo, rispetto alle regolamentazioni nazionali, inducendo a provvedere alle condizioni di applicabilità dei principi in materia di trattamento dei dati personali ed alle modalità occorrenti ad attestare alle autorità garanti, o alle autorità di controllo nazionali, il rispetto della normativa facendo ricorso a ogni modo consono. Si tratti di documentazioni da esibire, procedure da attuare, mappature, utilizzo di *software*.

Un assetto regolamentare stabile, che alloca la materia entro un assetto di organica *regulation* es attiene alle tematiche della sicurezza, alla previsione del rischio, alla valutazione dell'impatto della *privacy* ed alle rispettive declinazioni: per meglio chiarire, a principi '*privacy by design'* e '*privacy by default',* necessitando garanzie, nell'una e nell'altra circostanza di *privacy*, a beneficio degli utenti.

Disegnare una intelaiatura di tutele giuridiche rivolte specificamente a questo delicato ambito significa elevare la materia al piano costituzionale [5]. Muta la teorica sottesa alle tutele e muta l'approccio ermeneutico

---

[4] Sufficiente richiamare che la normativa europea contempla 11 Capi, taluni suddivisi in Sezioni, corredando con riferimenti a 173 '*Considerando'*: Capo I ('*Disposizioni generali'*);Capo II('*I Principi'*);Capo III ('*I Diritti dell'interessato'*);Capo IV ('*Titolare del trattamento e responsabile del trattamento'*);Capo V ('*Trasferimenti di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali'*);Capo VI ('*Autorità di controllo indipendenti'*);Capo VII ('*Cooperazione e coerenza'*);Capo VIII ('*Mezzi di ricorso, responsabilità e sanzioni'*); Capo IX ('*Disposizioni relative a specifiche situazioni di trattamento'*);Capo X ('*Atti delegati e atti di esecuzione'*);Capo XI ('*Disposizioni finali'*).

[5] D. SCHEFOLD*, Resoconto*, a cura di A. BURATTI, E. CANITANO, della Relazione svolta nel corso dell'incontro dell'11 novembre 2003 sul tema "*La dignità umana*", in AA.VV*., I Costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, a cura di S. PANUNZIO, Padova, 2007, *passim*.



alla questione del trattamento dei dati personali, affermandosi prioritarie le esigenze di realismo giuridico: queste esigono di commisurare la sfera privata alla sfera pubblica e pongono l'accento su principi di intangibilità dei diritti e inderogabilità ai doveri.

In tal senso, occorre rimandare alla normativa regolamentare europea e si richiama l'art. 5 ('*Principi applicabili al trattamento dei dati personali*'), del Capo II ('*Principi*'), ove viene posta, assiomaticamente, la questione della tenuta del diritto alla riservatezza ed al trattamento dei dati personali: disposizione – vettore di una moderna visione improntata a rinnovati dettami di responsabilizzazione.

Declina, poi, l'art. 5. una enumerazione di principi:

– alla lettera a) i principi di '*liceità*', '*correttezza*' e '*trasparenza*' indefettibili ai fini del trattamento dei dati personali;

– alla lettera b) il principio di '*limitazione della finalità*', ponendosi stretta corrispondenza tra la raccolta dei dati personali e finalità e obiettivi determinati ed esplicitati escludendo che si possa esorbitare da tali parametri;

– alla lettera c) il principio di '*minimizzazione dei dati*', occorrendo che i dati siano adeguati, pertinenti e commisurati alle finalità per le quali vengono trattati;

– alla lettera d) il principio di '*esattezza*', richiedendosi l'esattezza dei dati e l'aggiornamento progressivo dei dati personali. Pertanto, l'adozione di misure adatte a rettificare e/o cancellare i dati alterati rapportando alle finalità di utilizzo degli stessi;

– alla lettera e) il principio di '*limitazione della conservazione*', disponendosi che la conservazione dei dati personali sia rapportata ad un dato periodo di tempo, corrispondente al tempo occorrente a conseguire le finalità per le quali i dati vengano trattati. Corollario a tale principio, la possibilità di conservare i dati personali per più lunghi periodi a condizione che il trattamento sia inteso a fini di archiviazione nel pubblico interesse, in chiave di ricerca scientifica o storica, a fini statistici;

– alla lettera f) il principio di '*integrità e riservatezza*' dei dati personali attiene ai profili di sicurezza e di protezione attuati ricorrendo ad adeguate misure tecniche e organizzative, inoltre prevedendo misure di contrasto al trattamento dei dati che non sia autorizzato o che sia illecito, e ancora, prevedendo la perdita dei dati, la distruzione degli stessi, il danno accidentale;

– alla lettera g) il principio di '*responsabilizzazione*' rimanda alla persona del titolare dei dati a cui si richiede di comprovare gli stessi.

Novero di principi, questi, comportante ripercussioni sull'attività d'impresa e affinché i menzionati principi restino preservati e salvaguardata la preminente esigenza di riservatezza, la stessa normativa decretale si sarebbe fatta carico di individuare il rimedio idoneo prevedendo l'obbligo, anche a carico dell'impresa, di dotarsi di un apposito organo interno 'Responsabile della protezione dei dati', di fornirsi di un 'registro delle attività di trattamento' al fine di notificare le violazioni dei dati personali. Il fenomeno della *privacy*, come la questione dei dati personali, attiene a una tassonomia di motivi che rimanda al profilo tecnico-giuridico, certo, ma a cui non è avulso il profilo etico-comportamentale e valoriale che richiede cure normative e costanti premure del legislatore.

Accreditare, in linea con una logica di coerenza, i nessi di impresa e la tutela della privacy è altresì tornare a occuparsi di buona gestione e corretta amministrazione dell'impresa, prestando attenzione ai profili di salvaguardia che attengono alla questione comunicativa-informativa. E per quanto attiene alla sfera societaria, il 'dovere di informare' e il 'dovere di agire informati' ricadono nelle competenze degli amministratori,



conseguendone un fascio di diritti, e di doveri, preordinati alla cura della riservatezza e al corretto trattamento dei dati personali.

3. – La disciplina giuridica offerta dal Regolamento UE in tema di privacy usufruisce di un tangibile contributo fornito dai 'Considerando', ove molte istanze ottengono risposte. Questi ultimi fungono da proscenio alla normativa regolamentare ed il Considerando 11 assume rilievo paradigmatico ed enunciativo del principio di '*funzionalità di sistema*', restituendo afflato generale alla materia: «Un'efficace protezione dei dati personali in tutta l'Unione presuppone il rafforzamento e la disciplina dettagliata dei diritti degli interessati e degli obblighi di coloro che effettuano e determinano il trattamento dei dati personali, nonché poteri equivalenti per controllare e assicurare il rispetto delle norme di protezione dei dati personali e sanzioni equivalenti per le violazioni degli Stati membri».

Per quanto riguarda le imprese di investimento, è fatto obbligo alle stesse di produrre corrette ed esaustive informazioni, secondo la previsione del Regolamento Delegato U.E. 2018/1229 della Commissione, del 25 maggio 2018 – "*che integra il Regolamento U.E. n. 909 del 23 luglio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al miglioramento del regolamento titoli nell'Unione europea e ai depositari centrali di titoli e recante modifica delle direttive 98/26/CE e 2014/65/UE e del regolamento UE n. 236/2012*" – che prevede, quanto al corredo informativo, che: «Le imprese di investimento dovrebbero accertarsi di disporre per tempo di tutte le informazioni di regolamento necessarie per un regolamento delle operazioni efficace ed efficiente» e le imprese di investimento che non disponessero di tutte le informazioni occorrenti hanno l'obbligo di ottenerle dai clienti per conseguire «i dati standardizzati necessari per il processo di regolamento» (Considerando 4).

Al Considerando 5 si formula un auspicio: «Dovrebbe essere incoraggiato il trattamento interamente automatizzato [*straight-through processing* (S.T.P.)], poiché il suo utilizzo in tutto il mercato è essenziale sia per mantenere tassi di regolamento elevati sia per assicurare il regolamento tempestivo delle negoziazioni transfrontaliere. Inoltre, i partecipanti al mercato, sia diretti che indiretti, dovrebbero poter disporre dell'apporto dell'automazione interna necessaria per avvalersi delle soluzioni S.T.P. disponibili e le imprese di investimento offrire ai loro clienti professionali la possibilità di inviare, per via elettronica, le conferme e i dettagli dell'attribuzione, utilizzando, in particolare, procedure e norme di comunicazione internazionali aperte riguardo alla messaggistica e ai dati di riferimento».

Quanto ai requisiti normativi occorrenti per i depositari centrali di titoli (C.S.D.), apporta novità il Considerando 2 che, ribadito «il carattere globale dei mercati finanziari», prevede l'opportunità di «tenere debitamente conto dei principi per le infrastrutture dei mercati finanziari, emessi nell'aprile 2012 dal '*Committee on Payment and Settlement Systems*' (Comitato sui sistemi di pagamento e regolamento – C.P.S.S.) e dall'*'International Organization of Security Commissions*'(Organizzazione internazionale delle commissioni sui titoli – I.O.S.C.O.) (principi C.P.S.S. – I.O.S.C.O.), che servono da riferimento mondiale per i requisiti normativi per i depositari centrali di titoli (C.S.D.)». E altre misure contemplate dal detto Regolamento attengono alla disciplina degli strumenti finanziari, ai tipi di attività, alla determinazione del prezzo, alla liquidità dei prodotti finanziari.

Si avverte tutta la determinazione del legislatore europeo nel perseguire effetti di omogeneità, e stabilità, che possano valere per la disciplina giuridica del trattamento dei dati personali richiamato il principio della distribuzione dell'onere della prova – nell'ordinamento interno previsto all'art. 2697 cod. civ. – ora correlato



al contrasto delle prassi di distorto utilizzo e di indebita divulgazione dei dati. L'esigenza di perimetrare in termini giuridici il fenomeno *de quo* sarebbe apparsa indefettibile e insistere su punti fermi necessario per disegnare una rete di coerenza che valesse nei tradotti nazionali.

Prova ne sia l'adozione di un comune lessico giuridico [6].

Il Regolamento europeo riempie vuoti mai prima colmati restituendo contenuti al concetto di 'trattamento dei dati personali' e indicandone la portata alquanto estesa: «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» (art. 4, § 2); altresì, specificando che 'titolare del trattamento' è la «persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri» (art. 4, § 7). In materia di responsabilità il Regolamento stigmatizza e circoscrive, all'art. 24, gli aspetti di responsabilità attinenti al trattamento dei dati commisurando al piano oggettivo, del verificarsi fattuale della vicenda trasgressiva, il piano soggettivo della individuazione di un 'responsabile del trattamento' a cui imputare la vicenda stessa restituendone la 'definizione' all'art. 4, § 8: «persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento».

La disciplina del risarcimento del danno, materiale o immateriale, viene contemplata al § 1 dell'art 82 ('*Diritto al risarcimento e responsabilità*') qui rilevando il nesso di consequenzialità, di talché, si prescrive che «Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento», con ciò non esitando gli estensori europei nel riconoscere ammissibile il danno non patrimoniale rinvenendo gli estremi dell'obbligazione risarcitoria e il pieno ristoro del danno. Al § 2 dell'art. 82 si illustrano i caratteri della responsabilità imputabile al titolare del trattamento e i caratteri connotanti la responsabilità asseverabile al responsabile del trattamento: «Un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento. Un responsabile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento». Al § 3 sovvengono le condizioni di esonero dalla responsabilità: «Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del § 2, se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile». L'esonero dalla responsabilità del titola-

[6] Preme precisare che all'art. 4 ('*Definizioni'*) del G.D.P.R. si illustrano con cura meticolosa gli idiomi '*dato personale*' (al punto 1), '*trattamento*' (al punto 2), '*limitazione ditrattamento*' (al punto 3), '*profilazione*' (al punto 4), '*pseudonimizzazione*' (al punto 5), '*archivio*' (al punto 6), '*destinatario*' (al punto 9), *'terzo*' (al punto 10), '*consenso dell'interessato*' (al punto 11), '*violazione dei dati personali*' (al punto 12), '*dati genetici*' (al punto 13), '*dati biometrici*' (al punto 14), '*dati relativi alla salute*' (al punto 15),*'stabilimento principale*' (al punto 16), '*rappresentante*' (al punto 17), '*impresa*' (al punto 18), '*gruppo imprenditoriale*' (al punto 19), '*norme vincolanti d'impresa*' (al punto 20), '*autorità di controllo*' (al punto 21), '*autorità di controllointeressata*' (al punto 22), '*trattamento transfrontaliero*' (al punto 23), '*obiezione pertinente emotivata'* (al punto 24), '*servizio della società dell'informazione*' (al punto 25), '*organizzazione internazionale*' (al punto 26). E si riportano, ancora, le espressioni '*titolare del trattamento*' (al punto 7), e l'altra, '*responsabile del trattamento*' (al punto 8) a indicare la differenza dei rispettivi ruoli e funzioni.



re del trattamento, come del responsabile del trattamento, ricorre al § 3 e qui si contempla l'inversione dell'onere della prova, prevedendosi una deroga alla regola generale: il resistente è tenuto ad accollarsi l'onere di prestare la prova in luogo del ricorrente, né è sufficiente restituire esclusivamente la prova del fatto dalla parte non obbligata, ma occorrerà che appaia inequivoca la volontà dell'offerente di rinunciare ai vantaggi che gli deriverebbero dall'applicazione del principio dell'onere della prova, dunque, che appaia inequivoca la volontà di assumere gli svantaggi dell'eventuale insuccesso in conseguenza della prova avanzata.

L'inversione dell'onere della prova attesta che il trattamento non corretto dei dati venga avvertito alla stregua di attività 'pericolosa' intervenendo la normativa codicistica, di talché, recita l'art. 2050 cod. civ. (*'Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose'*) che «Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno», per effetto, si ammette l'inversione dell'onere della prova quale rimedio funzionale alla compensazione del rischio incombendo obblighi a carico delle società tenute a garantire la sicurezza dei trattamenti. Nel pretendere il risarcimento, il titolare dei dati non può sottrarsi dal fornire prova del danno subito all'esito dell'altrui condotta difforme ai dettami della normativa sulla tutela dei dati personali, altresì, dall'accertarsi che sussista il nesso causale, dall'individuare il titolare del trattamento e/o il responsabile del trattamento, dal confutare l'assunto che l'evento dannoso sia imputabile a proprie mancanze.

Indicare la linea, avvertita *in nuce* il rischio dell'estendersi in modo difforme delle regolamentazioni nazionali, è sicuro merito del legislatore europeo: la confusione, anche normativa, va contrastata con la certezza degli assunti, e senz'altro vale il principio per la regolamentazione del trattamento dei dati personali. Materia sensibile, a maggior ragione, nelle differenti prospettazioni, e procurante ricadute sull'attività d'impresa, coinvolta nei processi di *technical* e *digital transformation,* dischiudendosi inedite forme di responsabilità.

Materia che si faticherebbe a non connettere all'altra, la tutela della *privacy*, entrambe collegate nella considerazione che ha loro prestato il legislatore europeo come, d'altronde, dai legislatori nazionali – l'aggiornamento del 'Codice della *privacy*' rimanda alle modifiche apportate alla precedente regolamentazione dal D.L. 14 giugno 2019, n. 53, dal D.M. 15 marzo 2019 e dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 *('Decreto di adeguamento al G.D.P.R.'*), quest'ultimo emanato in attuazione dell'art. 13 della legge di delegazione europea 2016-2017 (l. 25 ottobre 2017, n. 163), in vigore in tutti i paesi dell'Unione dal 25 maggio 2018, teso ad armonizzare il Codice della *privacy* alla normativa europea –, e ben si intendono le finalità calmieranti, occorrendo sovente arginare fenomeni incontrollati di concessione di libertà in modo sempre più ampio e persino lesivo della sfera dei diritti personali. Motivi sottesi al 'Codice della *privacy*' sebbene il disposto dell'art. 15 *('Danni cagionati per effetto del trattamento'*) sia stato abrogato nella versione originaria né, per vero, il Decreto di adeguamento al G.D.P.R. comporti l'obbligo di prestare il consenso al trattamento dei dati personali.

La questione relativa al risarcimento dei danni procurati dal titolare del trattamento, o dal responsabile del trattamento, ripresa dal G.D.P.R. al 'Considerando' 146, presenta una singolarità che si riscontra nella illustrazione del principio utilizzando il verbo al condizionale – «Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento dovrebbe risarcire i danni cagionati a una persona da un trattamento non conforma al presente regolamento ma dovrebbe essere esonerato da tale responsabilità se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile» – a far intendere, attendibilmente, da parte dell'estensore europeo, che tale disciplina abbia tenore di suggerimento anziché disposizione stentorea, ovvero, imperativo normativo. E il 'Considerando' 146 'fende' l'altra questione, strettamente connessa alla imputazione della responsabilità, del dan-



no procurato dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento: «Un trattamento non conforme al presente regolamento comprende anche il trattamento non conforme agli atti delegati e agli atti di esecuzione adottati in conformità del presente regolamento e alle disposizioni del diritto degli Stati membri che specificano disposizioni del seguente regolamento. Gli interessati dovrebbero ottenere pieno ed effettivo risarcimento per il danno subito. Qualora i titolari del trattamento o i responsabili del trattamento siano coinvolti nello stesso trattamento, ogni titolare del trattamento o responsabile del trattamento dovrebbe rispondere per la totalità del danno». Si puntualizza ancora: «Tuttavia, qualora essi siano riuniti negli stessi procedimenti giudiziari conformemente al diritto degli Stati membri, il risarcimento può essere ripartito in base alla responsabilità che ricade su ogni titolare del trattamento o responsabile del trattamento per il danno cagionato dal trattamento, a condizione che sia assicurato il pieno ed effettivo risarcimento dell'interessato che ha subito il danno. Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento che ha pagato l'intero risarcimento del danno può successivamente proporre un'azione di regresso contro altri titolari del trattamento o responsabili del trattamento coinvolti nello stesso trattamento». Si chiude, infine, il 'Considerando' 146 garantendo il pieno ristoro economico all'interessato leso nei suoi diritti e consentendo il diritto di rivalsa al titolare del trattamento, o al responsabile del trattamento, di talché, «pagato l'intero risarcimento del danno [di poter] successivamente proporre un'azione di regresso contro altri titolari del trattamento o responsabili del trattamento coinvolti nello stesso trattamento».

Che il trattamento dei dati personali, come la tutela della *privacy*, costituisca materia sensibile è provato dalla pregnanza che assumono il fenomeno della risarcibilità del danno ed i criteri di imputabilità della responsabilità. Il baricentro della responsabilità si sposta dall'autore del fatto dannoso alla vittima del danno, e prioritario è accertare se la responsabilità consegua a colpa, se l'autore materiale del danno effettivamente sia il soggetto a cui imputare la colpa, in quale misura la vittima del danno vada risarcita.

Non poche suggestioni conseguono all'esegesi del 'Considerando' 146 e si avverte tutta la complessità di restituire una figurazione concettuale coerente della responsabilità, e del danno, che richieda adeguata ponderazione di ogni circostanza rilevante. In punto di chiarimento, una notazione di ordine preliminare attiene specificamente alla precisazione della natura giuridica dei 'Considerando' riportati in un Regolamento U.E. e a seguire la recente ordinanza emessa dalla V sezione della Cass., 7 marzo 2022, n. 7280 – analogo chiarimento è già nella Guida pratica comune del Parlamento europeo e del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea del 2015 –, illustrativa della portata da attribuire al diritto unionale, i 'Considerando' assumono valenza esplicativa circa le ragioni sottese all'intervento normativo, integrandone la 'concisa motivazione', sebbene non corrispondano a enunciazioni di portata normativa. Su questa *raison* poggia la pronuncia della Suprema Corte: i 'Considerando' a corredo degli atti normativi dell'Unione europea presentano, appunto, portata enunciativa né «assurgono a parametro rilevante ai fini della configurabilità di un *error in iudicando* denunciabile mediante ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 3, cod. proc. civ.» [7].

4. – Fugare i rischi indotti da una errata e perturbante lettura dei processi della modernità – si pensi alle violazioni della sicurezza d'impresa in materia di tutela della *privacy* e di corretto trattamento dei dati – è scongiurare la liquefazione di quell'equilibrio consentendo che si dispieghino le innovazioni introdotte lungo

[7] V. SICILIANO, *Diritto tributario e funzione dei "Considerando" riportati in un Regolamento UE*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, *http:/www.judicium.it*.



il 'secolo *biotech*'. Rispetto ai primi stadi, gli anni '90 dello scorso secolo quando andavano profilandosi le prime cure e le prime tutele a fini di deterrenza, si avvertono oggi suggestioni potenti, prestandosi particolare specifica attenzione alla tematica della sicurezza d'impresa.

Tematiche che il legislatore nazionale recepisce rimarcando in termini di inscindibile endiadi, come si desume dalla lettura dell'art. 1 della legge 31.12.1996, n. 675 inerente al trattamento dei dati personali, normativa confluita nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ('*Codice in materia dei dati personali*'). All'art. 2, primo comma, si enunciavano le ragioni informanti la normativa decretale, statuendosi «che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'idoneità personale, al diritto alla protezione dei dati personali» secondo coerenza al dettato dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali U.E.

Conferme vengono dalla *interpretatio* giurisprudenziale diretta a stabilire le coerenze dei piani normativi, continentale e nazionale, e a verificare il grado di conformità della normativa di settore in materia di *privacy* e di trattamento dei dati, specificamente, quanto all'estensione della responsabilità afferente ai motori di ricerca. Viene così in considerazione la cosiddetta 'ragnatela intorno al mondo' – globalmente intesa con la sigla convenzionale '*world wide web'* = w.w.w. – che attiene alla generale fruizione, e condivisione, di documenti ipertestuali multimediali confezionati mediante l'assemblaggio di elementi testuali, visuali, auditivi e fondata sulla infrastruttura di Internet.

Orbene, l'attività di selezione dei dati, di indicizzazione, di memorizzazione, di messa a disposizione degli utenti di connessioni costituisce materia di approfondimento da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea, espressasi con una pronuncia che avrebbe segnato le linee tendenziali di disciplina della complessa materia. Trattasi della nota vicenda giudiziale C-311/18 '*Data Protection Commissioner v/s FacebookIreland Ltd e Maximillian Schrems*' (Schrems II): sollecitato in ordine alla possibilità di trasferire i dati personali conformemente ai dettami previsti dalle norme vincolanti d'impresa, rimarcava il giudice europeo che la protezione dei dati personali all'interno dello spazio economico continentale (S.E.E.) sarebbe dovuta transitare contestualmente al transito stesso dei dati, ovunque questi venissero trasferiti, posto che il trasferimento transfrontaliero dei dati personali non avrebbe minimamente minato e/o indebolito le tutele predisposte nello S.E.E. Tanto deciso non avrebbe significato, certo, l'obbligo di predisporre *ubique* identiche e medesime garanzie all'interno dei confini continentali, piuttosto, sforzo plurale di porre un denominatore comune che sottendesse equivalenze quanto alle garanzie da prestare e, allo stesso modo, equivalenze delle clausole contrattuali-tipo quali modalità di trasferimento assunte in via generale tali da garantire, rispetto al piano contrattuale, un grado di protezione non difforme a tutela dei dati che fossero trasferiti oltre i confini europei.

I riverberi nel diritto interno prodotti da tale orientamento giurisprudenziale europeo sarebbero stati oltre modo significativi e conformi allo spirito dei tempi, come consegue dalla lettura della 'Dichiarazione dei diritti in Internet'– nuovo testo redatto in 14 articoli e presentato alla Camera dei deputati in data 14 luglio 2015 – mediante cui ci si prefiggeva di rispettare l'equilibrio tra un'esigenza di futuro, convertita in principi di propulsione impressi dalla rete, e la garanzia prestata alla *privacy* e al corretto trattamento dei dati. Si legge con misurata enfasi nel 'Preambolo', avvertita contezza altresì del rilievo economico della rete, che «L'Unione europea è oggi la regione del mondo dove è più elevata la tutela costituzionale dei dati personali, esplicitamente riconosciuta dall'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali, che costituisce il riferimento necessario per una specificazione dei principi riguardanti il funzionamento di Internet, anche in una prospettiva globale», ribadito e formalizzato che «Internet deve essere considerata come una risorsa globale e che risponde al criterio della universalità», e inoltre, che «I principi riguardanti Internet tengono conto del suo



configurarsi come uno spazio economico che rende possibili innovazione, corretta competizione e crescita in un contesto democratico».

Il citato Regolamento avrebbe di poco preceduto il varo del Regolamento U.E. n. 2120 datato 25.11.2015 regolante l'accesso alla rete inclusivo di riferimenti al circuito 'Internet aperta', c.d. '*net neutrality*' (N.N.), o '*Internet neutrality*', pertanto, diretto a statuire i principi di neutralità e non discriminazione circa il contenuto dei dati. La forza perlocutiva dell'enunciazione giuridica viene esaustivamente restituita dalla regola enunciata all'art. 2 «l'accesso a Internet è diritto fondamentale della persona e condizione per il suo sviluppo individuale e sociale», e all'art. 4 viene asserito il principio di 'neutralità della rete' legittimante l'agire informato a imparzialità e contrasto alle derive cagionate da un utilizzo mercenario della rete.

JUS CIVILE



MARIA TERESA NURRA

Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Sassari

SERVITÙ COATTIVE E APPLICABILITÀ DELL'ART. 1333 COD. CIV.

SOMMARIO: *1. La costituzione delle servitù coattive* ex *art. 1032 cod. civ. L'obbligo di costituzione della servitù in capo al proprietario del fondo servente: criticità. – 2. La costituzione delle servitù coattive tra sentenza e contratto. – 3. La corresponsione dell'indennità. – 4. Servitù coattive su base contrattuale e art. 1333 c.c. – 5. L'applicabilità dell'art. 1411 cod. civ. alle servitù volontarie.*

È opinione diffusa che la distinzione tra servitù volontarie e servitù coattive [1] debba essere identificata nella obbligatorietà o non obbligatorietà rispetto alla costituzione del diritto di servitù. La servitù coattiva, infatti, si costituisce in adempimento di un preciso obbligo di legge [2]. Non rilevano, ai fini di tale distinzione,

[1] B. BIONDI, *Le servitù*, Milano, 1967, 768 s., sostiene l'esistenza di una tripartizione in materia di servitù. Nella classificazione dei diritti reali oggetto di analisi ricorrono non solamente le servitù volontarie e le servitù coattive, ma, altresì, le servitù legali. La differenza tra le servitù legali e le servitù coattive deve essere individuata muovendo dalla concezione stessa di servitù che viene sottolineata dall'Autore, che identifica la servitù in una situazione di soggezione di un fondo per l'utilità propria di un altro fondo. Assunta tale impostazione, si ritiene che, nelle servitù legali, la situazione giuridico-soggettiva di soggezione sussista giù in virtù della legge e in relazione alla circostanza per cui i due fondi si trovino nelle condizioni stabilite dal legislatore per la costituzione del diritto di servitù. Per quanto concerne, invece, le servitù coattive, la legge non riconosce come servitù una determinata situazione, ma semplicemente obbliga il soggetto a costituirla, là dove, ovviamente, sussistano tutti i presupposti previsti dalla legge stessa. Secondo l'Autore sotto il profilo meramente strutturale, non sussiste alcuna differenza tra le servitù volontarie e le servitù legali, così come descritte, ma in ogni caso le servitù legali, al pari delle servitù coattive, sono caratterizzate dal vincolo di tipicità. Di conseguenza, si tratterebbe di un numero chiuso, che escluderebbe la possibilità di introdurre nuove tipologie di servitù diverse rispetto a quelle previste dalla legge. Sussisterebbero, comunque, delle problematiche distintive tra servitù legali e servitù coattive, là dove la questione fosse esclusivamente trattata sul piano pratico. Di fatti, in entrambe le ipotesi (v. in particolare 771 s.) è presente l'elemento proprio della legalità, nel senso che la loro ammissibilità è subordinata ad un'esplicita previsione di legge. A questo proposito vengono posti diversi esempi chiarificatori; si è, ad esempio, in presenza di una servitù legale nell'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 843 c.c., che attribuisce il passaggio al fine di costruire o riparare un muro o un'altra opera di proprietà del vicino. In questa ipotesi, infatti, la servitù può dirsi esistente nella misura in cui la posizione tra i due fondi sia tale da dar luogo ad una situazione di servitù, senza che sia necessaria la costituzione coattiva della stessa. Sul concetto di servitù legale v. anche le riflessioni di G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, I, in *Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di* F. VASSALLI, Torino, 1963, 321 s.

[2] Tra gli altri: M. COMPORTI, voce *Servitù* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XLII, 1990, 297; S. PALAZZOLO, voce *Servitù coattive*, in *Enc. giur. Treccani,* XXVIII, Roma, 1992, 1.; G. TAMBURRINO, A.N. GRATTAGLIANO, *Le servitù*, in *Giur. sist. dir. civ. comm. Bigiavi*, III ed., Torino, 2002, 502. Nel Codice civile del 1865 l'impostazione seguita si presentava totalmente differente. Le servitù, infatti, venivano classificate in due ampie categorie: servitù stabilite per legge e servitù stabilite per fatto dell'uomo. Si trattava, però, come messo in evidenza dai commentatori e dalla stessa Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice civile del 1942 (v. n. 490: «Ho abbandonato questa classificazione, oggetto di varie critiche, che si rileva inesatta, sol che si consideri che il contratto può essere



i mezzi scelti dalle parti per la costituzione dei diritti. Infatti, come previsto dall'art. 1032 cod. civ. [3], le servitù coattive possono costituirsi, sia mediante contratto, dunque, attraverso un atto costitutivo di natura negoziale, sia, in mancanza di contratto, per effetto di una sentenza giudiziale e, nei soli casi stabiliti dalla legge, con l'emanazione di un atto amministrativo [4]. Detto ciò, il fatto che anche le servitù coattive possano trovare la propria fonte in un atto di autonomia negoziale non incide sulla distinzione tra servitù coattive e servitù volontarie [5]. Nello specifico, la costituzione mediante contratto non modifica o trasforma la servitù da coattiva a volontaria [6]. Il contratto, infatti, non fa altro che attuare quanto stabilito dalla legge, realizzando, in questo modo, una situazione di corrispondenza tra la fattispecie concreta e la fattispecie astratta prevista dalla legge [7]. Riprendendo il concetto iniziale di obbligatorietà o non obbligatorietà, è possibile, perciò, affermare che la distinzione tra servitù volontarie e servitù coattive sia strettamente connessa al concetto di volontarietà o involontarietà rispetto alla costituzione del diritto [8], posto che la realizzazione di una servitù coattiva rappresenta esclusivamente l'adempimento di un obbligo di natura legale [9].

Come specificato da una parte della dottrina [10], l'obbligo legale di costituzione è connesso ad una situazione di necessità in cui viene a trovarsi il fondo dominante [11]. Tale situazione può profilarsi nei casi in cui la limitazione del diritto sul futuro fondo servente possa essere considerata imprescindibile [12]. Il concetto di im-

---

anche modo di costituzione delle servitù stabilite dalla legge»), di un'espressione inesatta, considerando che il contratto rientra anch'esso tra i mezzi di mezzi di costituzione delle servitù coattive.

[3] Art. 1032 cod. civ.: «Quando, in forza di legge, il proprietario di un fondo ha diritto di ottenere da parte del proprietario di un altro fondo la costituzione di una servitù, questa, in mancanza di contratto, è costituita con sentenza. Può anche essere costituita con atto dell'autorità amministrativa nei casi specialmente determinati dalla legge. La sentenza stabilisce le modalità della servitù e determina l'indennità dovuta. Prima del pagamento dell'indennità il proprietario del fondo servente può opporsi all'esercizio della servitù».

[4] Sul punto: M. COMPORTI, voce *Servitù* (dir. priv.), cit.: «(…) Dall'altro lato, però, il successivo art. 1032 cod. civ. dimentica la distinzione delle servitù introdotta dall'art. 1031 sui modi di costituzione, perché prevede espressamente, come modo di costituzione delle servitù coattive, oltre alla sentenza ed al provvedimento amministrativo, anche il contratto, quindi un atto costitutivo volontario. E nonostante le perplessità di taluni autori, non sembra dubbio, come meglio sarà innanzi chiarito (…), che tramite il contratto – od anche tramite il testamento – si costituisca una servitù coattiva, sempreché ne sussistano i presupposti: invero, non è solo la Relazione al codice a prospettare simile soluzione, ma soprattutto la disciplina legislativa ad imporla. Infatti la regolamentazione speciale delle servitù coattive trova attuazione anche nell'ipotesi di costituzione della servitù per contratto, come è dimostrato dall'espresso richiamo alle convenzioni delle parti contenuto in varie norme sulle servitù coattive (v., ad esempio, art. 1034 comma 2, 1049 commi 3 e 4, 1055 cod. civ.)».

[5] R. TRIOLA, *Le servitù. Artt. 1027-1099*, in *Comm. Cod. civ*. fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2008, 94.

[6] G. TAMBURRINO, A.N. GRATTAGLIANO, *Le servitù*, cit., 507. In giurisprudenza: Cass., 21 dicembre 2012, n. 23839, in *Imm. propr*., 2013, 392.

[7] G. TAMBURRINO, A.N. GRATTAGLIANO, *Le servitù*, cit., 502: «(…) è la legge che costituisce il titolo primario per la costituzione della servitù coattiva ed ai privati è demandato solo il modo di costituzione, il quale non può non avere riferimento, come contenuto, se non al contenuto delle fattispecie legali espressamente previste»; (nello specifico, gli Autori ritengono che la legge costituisca il titolo astratto per la costituzione della servitù, che si presenta indispensabile perché possa sorgere il titolo concreto, rappresentato dall'atto negoziale, giudiziale o amministrativo); sul punto anche R. TRIOLA, *Le servitù. Artt. 1027-1099*, cit., 95.

[8] G. BRANCA, *sub art. 1031*, in *Servitù prediali. Art. 1027-1099*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, V ed., Bologna – Roma, 1979, 72.

[9] G. BRANCA, *sub art. 1031*, cit., 72: «(…) se questa è esecuzione di un obbligo legale a contrattare, la servitù sorge (…) con tutta la fisionomia delle coattive (…), giacché la preesistenza di quell'obbligo si ripercuote sul contenuto e sulla durata del diritto così costituito».

[10] B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 768 s.; F. MESSINEO, *Le servitù (artt. 1027-1099 cod. civ.),* Milano, 1949, 74.

[11] In giurisprudenza, tra le più recenti: Cass., 21 marzo 2019, n. 8037, in *Imm. prop*., 2019, 325; Cass., 8 febbraio 2013, n. 3132; Cass., 13 gennaio 2010, n. 382; nel merito: App. Firenze 31 gennaio 2023, in *Leggi d'Italia*, WoltersKluwer; Trib. Benevento, 31 marzo 2020, in *Leggi d'Italia,* WoltersKluwer.

[12] F. MESSINEO, *Le servitù (artt. 1027-1099 cod. civ.)*, 74: «La presenza della necessità giustifica il diritto alla servitù contro il principio della libertà dei fondi, cui il proprietario del fondo servente è di regola arbitro di rinunziare, o meno (…). La nozione di ne-



prescindibilità si riferisce ad una condizione differente rispetto alla nozione di mera utilità, che si ritrova nell'ambito delle servitù volontarie. La necessità o imprescindibilità della servitù si riscontra, infatti, nei casi in cui la sua costituzione sul fondo servente si presenti concretamente essenziale ed utile per l'esercizio del diritto di proprietà sul fondo dominante, a condizione, però, che siano previsti tutti gli ulteriori requisiti stabiliti dalla legge [13].

Il concetto di imprescindibilità della servitù così delineato, rimanderebbe, secondo Alcuni, a delle esigenze di carattere sociale legate alla necessità di un'utilizzazione razionale del fondo [14]. Alla luce di tali considerazioni, si è perfino prospettata l'esistenza di una vera e propria espropriazione per pubblica utilità a carico del titolare del fondo servente [15]. Si tratterebbe, nello specifico, di un'espropriazione parziale del diritto di proprietà [16], in virtù della quale il proprietario del fondo servente, sebbene conservi il proprio diritto di proprietà, subisce una restrizione dei propri poteri di godimento e di gestione sul fondo. Ciò significa che, in tali contesti, si verifica una perdita, vale a dire una diminuzione dell'intensità e dell'estensione della proprietà. È proprio in questi termini e muovendo da tali considerazioni, alcuni Autori hanno qualificato l'ipotesi in esame come un caso di requisizione del bene, finalizzata alla realizzazione dell'interesse pubblico, mettendo, comunque, in evidenza che l'utilità derivante dall'esercizio della servitù si riverbera esclusivamente sul proprietario del fondo dominante [17].

Sintetizzando quanto esposto finora, sussistono, in alcuni casi, delle esigenze sociali di rilevanza tale per cui l'utilizzazione razionale del fondo da parte del proprietario si realizza attraverso la compressione dei diritti esistenti sul futuro fondo servente. Di fatto, dunque, il proprietario del fondo dominante è portatore di esigenze di carattere pubblicistico, ritenute prevalenti rispetto agli interessi privatistici del proprio vicino [18].

---

cessità (…) in quanto imprescindibilità della limitazione del diritto sul futuro fondo servente, perché il fondo futuro dominante *non può fare a meno* del servizio corrispondente (…)».

[13] B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 768 s.: «Il fondamento sta nella necessità in cui si trova il fondo. Non qualunque necessità importa l'obbligo a costruire la corrispondente servitù, ma sono quelle servitù che sono veramente essenziali od estremamente utili per l'esercizio della proprietà. Tali sono: l'acquedotto, lo scarico, l'appoggio ed infissione di chiusa, la somministrazione di acqua per uso domestico o agricolo, passaggio, elettrodotto, funivie». P. VITUCCI, voce *Servitù prediali*, in *Dig. Disc. Priv*., XVIII, IV ed., Torino, 1998, 407, mette in evidenza come la regola della tipicità che caratterizza le servitù coattive sia strettamente connessa all'elemento della necessità fondiaria di cui sopra. La scelta tra utilità e necessità in relazione alla costituzione delle servitù è una scelta rimessa esclusivamente alla decisione del legislatore, che, nelle ipotesi di servitù coattive, ritiene che l'esigenza da soddisfare in relazione al fondo dominante sia tale da giustificare la costituzione del diritto, anche nell'ipotesi in cui manchi il consenso del soggetto che subirà la costituzione della servitù sul proprio fondo; G. TAMBURRINO, A.N. GRATTAGLIANO, *Le servitù*, cit., 504.

[14] G. BRANCA, *sub art. 1032*, in *Servitù prediali. Art. 1027-1099*, cit., 77.

[15] F. MESSINEO, *Le servitù,* cit., 75.

[16] B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 769. Il punto di partenza per la costituzione della servitù coattive secondo l'illustre Autore è sicuramente rinvenibile nell'espropriazione per pubblica utilità. Con la costituzione delle servitù coattive si evita di escludere totalmente la proprietà privata, al contrario di quanto avvenga in caso di espropriazione per pubblica utilità. Seguendo questa impostazione, a nostro avviso, il legislatore avrebbe creato una situazione di equilibrio tra le due opposte esigenze di carattere privatistico e pubblicistico («Il punto di partenza, se non storico, logico probabilmente, fu l'espropriazione per pubblica utilità, nella stessa guisa che per le servitù volontarie il punto di partenza fu il trasferimento della proprietà del fondo, rispetto al quale si intendeva esercitare un determinato potere. Il mezzo appare eccessivo, come nella sfera privata. (...) così all'espropriazione per pubblica utilità si sostituì l'imposizione di una servitù coattiva, che soddisfaceva pienamente l'esigenza pubblica, senza escludere la proprietà privata».

[17] F. MESSINEO, *Le servitù (artt. 1027-1099 cod. civ.)*, cit., 75; v. anche le riflessioni di B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 769.

[18] G. BRANCA, *sub art. 1031*, cit., 77: «In certi casi, l'utilizzazione razionale del fondo, in quanto risponde (…) ad esigenze sociali che premono davvicino e quasi in forma immediata, acquista un particolare valore per l'ordinamento giuridico. Perciò quando essa non sia possibile se non comprimendo i diritti dei terzi [alludo al requisito della necessità (…)], il contrasto è risolto dalla legge con l'imporre (…) una servitù su quel predio che offre come una barriera all'espansione del diritto di chi vuole utilizzare il proprio fondo. L'interesse del padrone di quest'ultimo (…), per l'incidenza d'un'utilità pubblica immediata è ritenuto prevalente rispetto all'in-



Seguendo questa linea, è possibile, perciò, configurare la sussistenza di un obbligo di contrarre in capo al proprietario del fondo servente e di un corrispondente diritto alla costituzione della servitù in relazione al proprietario del fondo dominante. A questo proposito, secondo la dottrina tradizionale, l'obbligo di costituire la servitù deve essere considerato come una *obligatio propter rem*. Si tratterebbe, conseguentemente, di un'obbligazione avente carattere ambulatorio, in forza della quale l'impegno ad adempiere non riguarderebbe esclusivamente una determinata persona, ma chiunque al momento della costituzione della servitù sia proprietario del fondo servente [19]. Gli Autori più recenti hanno mosso diverse critiche in relazione alla configurabilità di un'obbligazione in capo al proprietario del fondo servente. Oltre alle questioni inerenti alla possibile applicabilità del rimedio di cui all'art. 2932 cod. civ. in caso di inadempimento [20], Alcuni contestano in maniera particolarmente incisiva l'esistenza stessa dell'obbligo. Le motivazioni vengono individuate, innanzitutto, nella formulazione dell'art. 1032, comma 1, c.c., per cui in mancanza di un contratto la servitù può essere costituita mediante sentenza, senza che venga fatto alcun riferimento al mancato adempimento di un obbligo [21]. Il proprietario del fondo servente non ha, perciò, alcun obbligo né di contrarre né di contrattare e, di conseguenza, non può essere ascrivibile nessuna responsabilità per danni a suo carico [22].

Al contrario, secondo una parte della dottrina, il proprietario del fondo dominante sarebbe titolare di un diritto potestativo, a cui farebbe da contraltare una posizione di soggezione e non di obbligo a carico del proprietario del fondo servente. Viene, tuttavia, riconosciuta la necessità che quest'ultimo, là dove venga adito in sede giudiziale, segua una condotta corretta a livello processuale, evitando di porre in essere comportamenti che possano ostacolare la costituzione della servitù [23]. Questa impostazione ha incontrato diverse critiche. Il riconoscimento di un diritto potestativo in capo al proprietario del fondo dominante non sarebbe, infatti, in linea con la natura delle obbligazioni coattive, che possono essere costituite con o senza il consenso del proprietario del fondo dominante [24]. Di conseguenza, dovrebbe essere negata completamente la sussistenza di un rapporto diritto-obbligo in caso di servitù coattive, riconoscendo unicamente un potere di costituzione della servitù in capo al titolare del fondo dominante e alla pubblica amministrazione. Tuttavia, il titolare del fondo dominante, a differenza della pubblica amministrazione, non può esercitare tale potere in maniera diretta. È, infatti, necessario, il consenso dell'altra parte, nel caso in cui si stipuli un contratto, oppure, là dove questo manchi, l'emanazione di un provvedimento di carattere giudiziario [25].

---

teresse del vicino, che per ciò è sacrificato e, come diritto, si affievolisce». Sul tema più recentemente: E. GUERINONI, *Le servitù prediali*, in *Trattato dei diritti reali Gambaro-Morello*, v. III, *Diritti reali parziari,* Milano, 2011, 251 s.

[19] Su questa linea: B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 773, secondo il quale l'ambulatorietà caratterizzerebbe anche il lato attivo del rapporto obbligatorio. In particolare, «(…) tale obbligazione mediante il processo si concreta in una singola e determinata persona: l'azione giudiziaria, si intenta appunto, e non può essere diversamente, da una singola persona contro una singola persona che si trovi genericamente nella situazione voluta dalla legge. Con ciò cessa l'indeterminatezza dei soggetti»; e G. BRANCA, *sub art. 1031*, cit., 78: «Si tratta per me di un'*obligatio propter rem* (…) in quanto è proprio in relazione con un diritto reale (servitù, condominio) e serve anzi a farlo nascere».

[20] A. BURDESE, *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007, 196.

[21] A. NATUCCI, *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Tratt. Bessone*, v. VII, t. 2, Torino, 2001, 158. Secondo l'Autore, la situazione si presenterebbe in maniera totalmente differente in relazione all'ipotesi di cui all'art. 1068 c.c., concernente il trasferimento della servitù. In tale contesto, si ritiene che là dove l'offerta venga rifiutata da parte del proprietario del fondo servente, ciò costituisca valido motivo per poter adire l'autorità giudiziaria. In linea fortemente critica anche S. PALAZZOLO, voce *Servitù coattive*, cit., 1.

[22] A. NATUCCI, *Beni, proprietà e diritti reali*, cit., 158.

[23] A. NATUCCI, *Beni, proprietà e diritti reali*, cit., 156; sulla natura potestativa vedi già le considerazioni di F. MESSINEO, *Le servitù,* cit., 76: «Prima della conclusione del contratto o dell'emanazione della sentenza costitutiva, l'interessato ha un mero diritto personale (di credito) *ius ad servitutem habendam;* ossia un diritto alla servitù (che è un diritto potestativo) e non ancora un diritto (reale) di servitù».

[24] S. PALAZZOLO, voce *Servitù coattive*, cit., 1.

[25] S. PALAZZOLO, voce *Servitù coattive*, cit., 2. In questi termini la posizione espressa dall'Autore apparirebbe contradditoria, perché arriva ad affermare la sussistenza di un diritto di natura potestativa, che poco prima era stato negato.



2 – Come più volte accennato, ai sensi dell'art. 1032 cod. civ. le servitù coattive possono costituirsi mediante contratto e, in mancanza di contratto, mediante sentenza. È importante sottolineare, come sostenuto da una parte della dottrina, che il riferimento al mezzo negoziale o al provvedimento giudiziale non deve essere concepito in via alternativa. L'obbligato, titolare del fondo servente, potrebbe, infatti, decidere di non prestare il proprio consenso e, in questa ipotesi, dovrà subire le conseguenze derivanti dall'emanazione di una sentenza costitutiva da parte del Giudice [26]. Sotto il profilo meramente strutturale è, però, importante evidenziare che l'obbligato non è mai libero di concludere il contratto, sebbene tale atto sia espressione dell'autonomia privata. Ciò significa che il consenso manifestato dal titolare del fondo servente non rappresenta una libera manifestazione della propria libertà negoziale, ma un atto dovuto in base ad un obbligo di legge [27]. Seguendo questa linea, si potrebbe, però, sostenere che il contratto abbia il valore di adempimento di un obbligo previsto dalla legge [28] e, al contempo, come qualsiasi atto di adempimento, la sua conclusione rientri nella libertà propria del soggetto obbligato. In quest'ottica, la mancata prestazione del consenso contrattuale da parte dell'obbligato costituirà un'ipotesi di mancato adempimento e determinerà, attraverso l'esercizio dell'azione giudiziaria da parte dell'avente diritto, l'emanazione della sentenza costitutiva da parte del Giudice [29].

Nello specifico, con la manifestazione del proprio consenso, il titolare del fondo servente esprime unicamente la libertà di soggiacere all'imposizione proposta, là dove siano presenti tutti i requisiti previsti dalla legge. Tale consenso, però, non costituisce l'attuazione spontanea dell'obbligo di contrarre né una libera volontà costitutiva, che consenta di superare o annullare la coattività della servitù [30].

Alla luce di tali considerazioni, sembrerebbe sussistere una vera e propria contraddizione in termini, posto che il contratto rappresenta l'espressione della libertà negoziale del soggetto privato, ma, in questo caso, si traduce nell'adempimento di un obbligo di legge, perdendo il carattere di libertà che lo contraddistingue. Tuttavia, sotto il profilo degli effetti e della disciplina applicabile, non vi è alcuna differenza a seconda che il contratto sia costitutivo di servitù a carattere volontario *ex* art. 1058 cod. civ. o di servitù coattive, come nell'ipotesi in esame. Il contratto sarà, pur sempre, idoneo a produrre effetti reali [31], cioè a costituire il diritto di

---

[26] B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 774: «Non si tratta, però, di un'alternativa, ma di subordinazione o di facoltà potestativa attribuita all'obbligato. L'art. 1032 dice infatti che la servitù "in mancanza di contratto è costituita per sentenza". L'obbligato, dunque, se volontariamente non costituisce la servitù, deve subire la sentenza costitutiva».

[27] B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 774.

[28] È importante sottolineare che, a differenza di quanto avvenga per il contratto preliminare, in questo caso non si ha un obbligo di contrarre, ma soltanto l'obbligo legale di concedere la servitù. Il contratto, secondo quanto sostenuto da F. MESSINEO, *Le servitù,* cit., 78 non costituisce il titolo che darà diritto alla servitù, ma il mezzo «mediante il quale si traduce il titolo *legale* in un atto di costituzione».

[29] B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 774: «La convenzione (…) ha il valore di adempimento di atto dovuto, ma nello stesso tempo è atto libero come l'adempimento di ogni prestazione, in quanto l'obbligato è libero di non adempierla, ma nello stesso tempo si assoggetta alla sanzione, che nel nostro caso è data dalla sentenza costitutiva di servitù, che l'inadempiente è tenuto a subire». L'esercizio dell'azione giudiziaria da parte dell'avente diritto e la successiva emanazione della sentenza costitutiva da parte del Giudice, in presenza dei presupposti richiesti dalla legge, viene concepita dall'Autore come una vera e propria sanzione prevista dalla legge in caso di inadempimento dell'obbligo di costituire la servitù coattiva.

[30] S. PALAZZOLO, voce *Servitù coattive*, cit., 3: «Il consenso del proprietario del fondo servente alla richiesta dello avente diritto (e la conseguente creazione dello strumento negoziale attributivo) esprime soltanto la (libera) volontà di soggiacere– per accertamento privato della ipotesi di legge – alla imposizione proposta, ma non costituisce né attuazione spontanea di un obbligo di contrarre insussistente né una libera volontà costitutiva, che superi o annulli la coattività della servitù: questa rimane coattiva, cioè rimane imposta, anche se la costituzione ha assunto la forma contrattuale, con la conseguenza che il vizio di imposizione – ad es. errore sulla sussistenza delle condizioni di legge-non è sanato dal contratto».

[31] Sul punto v. le interessanti delucidazioni di L. CARIOTA-FERRARA, *sub art. 221*, in AA.VV. *Codice civile Commentario*, Libro della Proprietà, diretto da M. D'AMELIO, Firenze, 1942, 744: «La convenzione con cui si pone in essere la servitù legale, attuando il diritto scaturito dalla legge, è un vero e proprio contratto reale, nel senso di contratto (traslativo) costitutivo di un diritto reale. Poiché



servitù, a condizione che il consenso contrattuale venga manifestato da soggetti legittimati e capaci di disporre dei propri diritti [32]. Viene, inoltre, ammessa l'applicabilità della disciplina contrattuale comune e, soprattutto, la possibilità che le parti possano intervenire sul regolamento contrattuale prevedendo obbligazioni e/o clausole accessorie, che integrino il contenuto contrattuale, adattando la normativa al caso concreto [33].

Là dove le parti non giungano alla conclusione del contratto, l'avente diritto procederà all'esercizio dell'azione giudiziaria, volta all'emanazione della sentenza costitutiva del diritto di servitù. La mancanza del contratto si può, dunque, considerare come la condizione negativa necessaria per procedere alla costituzione della servitù mediante sentenza [34]. Ciò non esclude che il convenuto, nel corso del giudizio, decida di addivenire ad un accordo con l'attore, stipulando un contratto ed evitando, così, l'emanazione della sentenza costitutiva [35]. Tale sentenza, infatti, potrebbe, ad esempio, presentare degli svantaggi relativamente alle modalità previste per l'esercizio della servitù, che possono essere determinate dalle parti attraverso l'accordo contrattuale.

In relazione all'applicabilità dell'art. 2932 c.c., a cui si è fatto cenno precedentemente, appare chiaro come la sentenza costitutiva abbia come presupposto la mancanza del contratto e, di conseguenza, non determini l'esecuzione di un obbligo a contrarre, escludendo così la fattispecie dall'ambito dell'articolo 2932 cod. civ. citato [36]. Tuttavia, come evidenziato dalla dottrina più risalente, la sentenza non ha solamente efficacia costitutiva rispetto al sorgere del diritto di servitù, ma presenta, al contempo, natura dichiarativa rispetto all'obbligo di concedere il diritto. Ciò significa che il Giudice accerta la presenza di tutti i presupposti e delle condizioni previste dalla legge per la costituzione della servitù coattiva richiesta [37]. In questo senso, viene,

---

tale è la natura del contratto, questo deve avere tutti i requisiti dei contratti con cui si costituiscono le servitù prediali. Deve, quindi, farsi per iscritto (…). A nostro avviso deve essere pure trascritta. La mancata trascrizione renderebbe inopponibile all'acquirente che trascriva il suo titolo, la convenzione».

[32] M. COMPORTI, voce *Servitù* (dir. priv.), cit., 305.

[33] S. PALAZZOLO, voce *Servitù coattive*, cit., 3, *contra* B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 775, secondo il quale le parti devono necessariamente limitarsi a definire le modalità di esercizio del diritto di servitù, prevedendo unicamente sul piano contenutistico la disciplina legale in materia di servitù coattive. Infatti, là dove le parti operassero in maniera differente, esorbitando letteralmente dal contenuto legale della disciplina, la convenzione si presenterebbe in maniera analoga a quelle conclude in caso di servitù volontaria. Sul rapporto tra il contenuto contrattuale e le disposizioni in materia di servitù coattive vedi le considerazioni di G. GROSSO e G. DEIANA, *Servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ. comm. Vassalli*, v. V, t. I, Torino, 1963, 329: «Quando la costituzione avviene mediante un negozio giuridico, sarà in primo piano l'atto costitutivo che determinerà le modalità della servitù, obblighi e oneri; il negozio può del resto costituire la servitù indipendentemente dalla sua coattività. Però, in quanto il negozio si presenti come soddisfazione di quelle esigenze cui sopperisce il diritto riconosciuto dalla legge, allora le norme date dalla legge, circa la servitù alla cui costituzione si aveva diritto, valgono come norme interpretative». In ogni caso, però, come sottolineato da P. VITUCCI, voce *Servitù prediali*, cit., 507, le ipotesi di servitù coattive sono tassativamente previste dalla legge e le previsioni legali non possono essere né dilatate, né piegate per servire esigenze di ordine diverso rispetto a quelle perseguite dalla legge stessa.

[34] B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 775. A questo proposito, A. BURDESE, *Le servitù prediali*. cit., 196 (che rifiuta l'esistenza di un rapporto di natura obbligatoria avente come oggetto la costituzione del diritto di servitù) ritiene che la conclusione del contratto rappresenti un vero e proprio onere in capo alle parti e soprattutto in capo al titolare del fondo servente volto ad evitare l'emanazione della sentenza costitutiva. Questa impostazione appare chiara sul piano pratico. Attraverso la conclusione del contratto, come esplicato nel corpo del testo, le parti hanno la possibilità– ferma la presenza dei presupposti richiesti dalla legge –di determinare la servitù in termini di contenuto e di corrispettivo, adattandola alla situazione concreta.

[35] B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 775. La conclusione dell'accordo, seppur nel corso del giudizio, comporta, secondo l'Autore, la costituzione coattiva della servitù mediante contratto.

[36] B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 775.

[37] G. BRANCA, *sub art. 1032*, cit., 79 s. *contra* F. MESSINEO, *Le servitù,* cit., 80, secondo il quale l'accertamento dei presupposti per la costituzione della servitù presenta mero carattere preliminare e, soprattutto, si riscontra in tutti i procedimenti giudiziari preliminarmente all'emanazione del provvedimento conclusivo. La sua funzione è, dunque, essenzialmente costitutiva e non dichiarativa e il fatto che il Giudice (come si vedrà nel proseguo della trattazione) debba determinare le modalità di esercizio della servitù e la



perciò, affermata la duplice natura della sentenza: dichiarativa rispetto all'obbligo di concedere la servitù e costitutiva rispetto alla nascita del diritto. È, dunque, possibile affermare che la sentenza sostituisce perfettamente il contratto quale titolo costitutivo della servitù. In particolare, come le parti hanno la possibilità di determinare convenzionalmente le modalità di esercizio della servitù, nonché l'indennità a favore del titolare del fondo servente, così il Giudice dovrà provvedere in tal senso, ricalcando, dunque, il contenuto di un ipotetico contratto tra le parti [38].

3 – Una delle questioni maggiormente dibattute in materia di servitù coattive è rappresentata dalla previsione dell'indennità [39]. Come stabilito dal secondo comma dell'art. 1032 c.c., con l'emanazione della sentenza il Giudice deve determinare le modalità di esercizio della servitù e, al contempo, la misura dell'indennità dovuta. Inoltre, il comma 3 dell'articolo sopra indicato, afferma che il proprietario del fondo servente possa opporsi all'esercizio della servitù da parte del titolare, nel caso in cui l'indennità non sia ancora stata corrisposta.

Prima di analizzare le maggiori questioni in tema di indennità, è molto importante evidenziare che, sebbene la previsione dell'indennità sia circoscritta all'art. 1032 cod. civ. e sembri, perciò, riguardare esclusivamente le servitù giudiziarie, si tratta di una regola di carattere generale. Di conseguenza, la previsione in materia di indennità deve essere applicata anche nell'ipotesi in cui la costituzione della servitù coattiva sia realizzata contrattualmente. In virtù di ciò, si deve ritenere che l'indennità sia dovuta per tutte le servitù di carattere coattivo, considerando, tra l'altro che sussistono alcune disposizioni specifiche di indennità in tale contesto, come, ad esempio, nell'indennità di acquedotto (artt. 1038 e 1039 c.c.); nell'appoggio e infissione di chiusa (art. 1047 c.c.) e, infine, nell'ipotesi di passaggio coattivo di cui all'articolo 1053 cod. civ. [40].

È possibile riscontrare due filoni principali per quanto concerne l'inquadramento dell'indennità sotto il profilo dogmatico.

Una prima linea di pensiero muove dalla constatazione per cui il contratto, costitutivo del diritto, produrrebbe effetti reali ed effetti obbligatori. In particolare, dalla conclusione del contratto scaturirebbe l'obbligo

misura dell'indennità determinerebbe un ulteriore funzione in capo alla sentenza. Si parla, in particolare, di "funzione normativa" della sentenza. Appare, inoltre, interessante la posizione espressa da G. BRANCA, *sub art. 1032*, cit., 79 s. in relazione alle esigenze di tutela dell'attore. Posto che l'obbligo di costituire la servitù avrebbe dovuto essere adempiuto dalla parte subito dopo la domanda formale, deve essere riconosciuto in capo all'attore il diritto al risarcimento dei danni per ritardo. La domanda, infatti, costituisce una vera e propria costituzione in mora, di conseguenza deve necessariamente applicarsi l'art. 1223 cod. civ., in materia di risarcimento del danno in caso di inadempimento o ritardo. Tale situazione produrrà i propri effetti anche sul piano prettamente processualistico, considerando che le spese di lite dovranno essere computate necessariamente a carico del convenuto, che deve concedere la servitù, fatta esclusione per le spese necessarie a determinare le modalità della servitù o la misura dell'indennità, che graveranno sull'attore (sulla stessa linea appare già F. MESSINEO, *Le servitù,* cit., 79, che afferma la necessità di un moderno "tentativo di conciliazione tra le parti", a cui il Giudice deve obbligatoriamente adempiere prima di dar corso al procedimento, trattandosi di un presupposto di natura processuale. Tale tentativo assumerebbe la natura di vero e proprio onere per l'attore, che, in caso di esito negativo, potrebbe procedere alla richiesta di risarcimento per i danni derivanti da ritardo nella costituzione della servitù.

[38] G. BRANCA, *sub art. 1032*, cit., 80. Il riferimento è nello specifico al secondo comma dell'art. 1032 c.c., che prevede testualmente la necessità che la sentenza determini le modalità di esercizio del diritto di servitù nonché la misura dell'indennità.

[39] Sul tema in generale v. le interessanti riflessioni di C. CARICATO, *Indennizzo e indennità*, Torino, 2012, 112 s.

[40] G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 329. Gli Autori mettono in evidenza come la tendenza del Codice civile sia assolutamente volta a rimescolare i diversi punti di visti relativi al diritto alla costituzione e al modo stesso di costituzione della servitù, oscillando, come dicono testualmente, tra il riferimento alla costituzione per sentenza e una impostazione di carattere generale, che concerne tutte le servitù coattive.



in capo al titolare del fondo servente di mettere a disposizione il bene per consentire l'esercizio del diritto di servitù da parte del titolare del fondo dominante. Tale obbligazione, come testimoniato dal comma 3, dell'art. 1032 cod. civ., si troverebbe in un rapporto di sinallagmaticità rispetto alla prestazione dell'indennità da parte del titolare del fondo dominante [41].

Questa ricostruzione viene ritenuta valida dalla dottrina anche nell'ipotesi in cui la servitù coattiva sia stata costituita mediante sentenza. Alla base di tale statuizione vi è l'idea per cui, là dove la servitù venga costituita giudizialmente, il provvedimento vada a sostituire in tutto oppure in parte il contratto mancante e, conseguentemente, la sentenza non si presenta solamente costitutiva del diritto di servitù, ma dà origine alle obbligazioni di cui si è detto [42].

È, tuttavia, opportuno evidenziare che il nesso di corrispettività non può essere individuato tra la prestazione dell'indennità e la costituzione della servitù. La motivazione è da ricercarsi nel fatto che, tra la costituzione coatta della servitù e l'indennità, non può sussistere quel particolare rapporto di interdipendenza reciproca, per cui un'obbligazione non può esistere e sussistere senza l'altra. Nello specifico, l'obbligo di pagare l'indennità deve essere identificato in un momento successivo rispetto alla costituzione della servitù. Di conseguenza, il pagamento dell'indennità non determina la costituzione della servitù, ma semplicemente la possibilità del suo esercizio. Sussiste, dunque, una situazione di totale indipendenza tra l'obbligo di corrispondere l'indennità e la costituzione del diritto. In virtù di ciò, si può correttamente affermare che, in caso di alienazione del fondo dominante, l'obbligo di corrispondere l'indennità sussiste in capo all'alienante, così come, nel caso inverso, in cui l'alienazione riguardi il fondo servente, l'acquirente non è titolare del diritto all'indennità, a meno che questo non gli sia stato ceduto nell'atto stesso di alienazione [43].

Detto ciò, considerato il nesso di sinallagmaticità tra le due prestazioni, si pone il problema di verificare le conseguenze derivanti dal mancato pagamento dell'indennità, là dove tale situazione si protragga nel tempo. Gli Autori sono concordi nell'affermare l'importanza del rimedio di cui all'art. 1032, comma 3, c.c., che viene qualificato come un'eccezione di inadempimento, analogamente alla previsione *ex* art. 1460 c.c [44]. Tuttavia, al di là di tale rimedio, considerato comunque efficace sul piano applicativo, è necessario comprendere se il titolare del fondo servente possa o meno far ricorso agli altri rimedi previsti in caso di inadempimento contrattuale, in particolare la risoluzione del contratto.

---

[41] G. Branca, *sub art. 1032*, cit., 81: «(…) è indiscutibile (…) che dal contenuto meramente obbligatorio dell'atto scaturisce l'obbligo di mettere a disposizione la cosa per l'esercizio della servitù e per evitare che questo possa costituire turbativa di possesso verso il costituente; obbligo che non si deve confondere con quello di *pati* o di *non facere* (…) e che grava sulla persona che costituisce la servitù. (…) l'indennizzo è il corrispettivo anche di questo obbligo, che grava sul concedente o sul convenuto di mettere il proprio fondo a disposizione di chi chiede la servitù». Alle origini del nesso di sinallagmaticità di cui si è detto vi sarebbero le seguenti considerazioni illustrate dall'Autore: l'obbligo di mettere a disposizione il bene, per l'esercizio della servitù, nel contratto costitutivo-traslativo di *jura in re aliena* corrisponde all'obbligo di consegnare la cosa da parte del venditore nel contratto traslativo del dominio. Nell'una e nell'altra ipotesi, siamo in presenza di una compravendita. Detto ciò, mentre l'obbligo di consegnare la cosa nella vendita della proprietà deriva dall'obbligo della *traditio* romana, così nella vendita di servitù, l'obbligo di mettere a disposizione il fondo per l'esercizio della servitù deriva dalla *stipulatio* che nel diritto romano si accompagnava al negozio costitutivo di *jura in re aliena.* Analizzando le argomentazioni sopra illustrate, sembrerebbe che l'Autore abbia inteso motivare le proprie conclusioni mettendo in comparazione la vendita e la costituzione di servitù, richiamandosi in maniera chiara alla tradizione romanistica.

[42] G. Branca, *sub art. 1032*, cit., 81.

[43] B. Biondi, *Le servitù*, cit., 782 s.: «Si è voluto considerare sinallagmatico il rapporto tra servitù e indennità. Ciò non è vero. La costituzione della servitù è un *prius* rispetto all'indennità come risulta dalla connessione tra il primo e il secondo comma dell'art. 1032 (…). Appunto per questo la legge dispone che la servitù non possa essere esercitata se prima non viene pagata l'indennità. Il pagamento di questa subordina non l'esistenza della servitù, ma il suo esercizio».

[44] G. Branca, *sub art. 1032*, cit., 81.



Una parte della dottrina ammette il ricorso a tale rimedio, considerando che non sussiste alcuna ragione giuridica per escludere l'applicabilità della disciplina comune in materia di contratti [45]. Altri, al contrario, rifiutano tale impostazione, ritenendo che la disciplina contrattuale possa essere applicata solamente nei contratti che siano espressione dell'autonomia negoziale dei privati. Si afferma, in particolare, che «*(...) la norma relativa alla risoluzione, cioè l'articolo 1453 c.c., è dettata per i contratti– negozi d'autonomia, mentre qui il contratto è dovuto* [46]». È chiaro, comunque, che, in alcuni frangenti, il ricorso all'art. 1032, comma 3, cod. civ., e, dunque, all'eccezione d'inadempimento, potrebbe non rilevarsi sufficiente a garantire gli interessi in capo al titolare del fondo servente.

La posizione sostenuta dalla giurisprudenza, anche recentemente, è di segno avverso rispetto alle conclusioni finora illustrate, che ruotano attorno al concetto di indennità quale corrispettivo. A prescindere dalla sussistenza o meno di un legame di natura sinallagmatica tra le due prestazioni, l'idea di fondo è che l'indennità rivesta una funzione di carattere risarcitorio [47]. Ad esempio, per quanto concerne la servitù di passaggio coattivo, è stato affermato che «(…) *l'indennità dovuta dal proprietario del fondo in cui favore è stata costituita la servitù di passaggio coattivo non rappresenta il corrispettivo dell'utilità conseguita dal fondo dominante, ma un indennizzo risarcitorio da ragguagliare al danno cagionato al fondo servente, cosicché per la sua determinazione si deve tenere conto del pregiudizio subito dal fondo servente, in relazione alla sua destinazione, a causa del transito di persone e di veicoli*» [48]. In sintesi, la tendenza giurisprudenziale è quella di identificare nell'indennità una prestazione di carattere risarcitorio, la cui misura deve essere necessariamente ragguagliata, non solamente al pregiudizio causato dalla servitù sull'area oggetto di occupazione, ma a qualsiasi altro pregiudizio derivante da circolazione di macchine o beni all'interno del terreno stesso [49].

Una parte della dottrina si è posta in una posizione intermedia tra le due prospettive sopra illustrate (la teoria sinallagmatica e la teoria risarcitoria). Si tratta, nello specifico, di un'impostazione minoritaria in forza della quale l'indennità rappresenta una somma equivalente, che va a sostituire, nel patrimonio del soggetto titolare del fondo servente, il valore che il fondo ha, di fatto, perduto a seguito della costituzione della servitù [50]. Non è chiaro come il concetto di equivalenza debba essere prospettato sul piano dogmatico. Sembre-

---

[45] G. GROSSO e G. DEIANA, *Servitù prediali*, cit., 333; *contra* G. BRANCA, *sub art. 1032*, cit., 84 s.

[46] G. BRANCA, *sub art. 1032*, cit., 84.

[47] Tra le più recenti: Cass., 22 settembre 2022, n. 27719, in *Guida dir.,* 2022, 44; Cass., 11 marzo 2022, n.7972, in *Foro it.,* 2022, II, 1681: "In altri termini (e a tale principio di diritto dovrà uniformarsi il giudice di rinvio) l'indennità dovuta dal proprietario del fondo in cui favore è stata costituita la servitù di passaggio coattivo, pur non rappresentando il corrispettivo dell'utilità conseguita dal fondo dominante, costituisce un indennizzo dovuto da ragguagliare al danno cagionato al fondo servente, sicché, per la sua determinazione, non può aversi riguardo esclusivamente al valore della superficie di terreno assoggettata alla servitù, dovendosi tenere altresì conto di ogni altro pregiudizio (come nei sensi prima esemplificativamente precisati) subito dal fondo servente in relazione alla sua destinazione a causa del transito di persone e di veicoli»; Cass., 9 ottobre 2020, n.21866: "Del resto è pacifico nella giurisprudenza di questa Corte (cfr., tra le tante, Cass. n. 3649/2007 e Cass. n. 10269/2016) che l'indennità dovuta dal proprietario del fondo in cui favore è stata costituita la servitù di passaggio coattivo non rappresenta il corrispettivo dell'utilità conseguita dal fondo dominante, ma un indennizzo risarcitorio da ragguagliare al danno cagionato al fondo servente, sicché, per la sua determinazione, non può aversi riguardo esclusivamente al valore della superficie di terreno assoggettata alla servitù, dovendosi tenere, altresì, conto di ogni altro pregiudizio subito dal fondo servente in relazione alla sua destinazione a causa del transito di persone e di veicoli»; Cass., 10 aprile 2018, n.8817; Cass., 18 maggio 2016, n.102; Cass. 16 febbraio 2007, n.3649; nel merito: Trib. Arezzo, 16 luglio 2015, n. 863, in *DeJure* Giuffrè, 2023;

[48] Cass., 22 settembre 2022, n. 27719, cit.

[49] Cass., 16 febbraio 2007, n.3649. Sulla stessa linea di recente R. TRIOLA, *Le servitù. Artt. 1027-1099*, cit., 101.

[50] F. MESSINEO, *Le servitù (artt. 1027-1099 cod. civ.),* cit., 81 e sulla stessa linea anche R. ALBANO, *sub art. 1032 c,c*., in AA.VV., *Della proprietà,* in *Comm. Cod. civ. redatto a cura di magistrati e di docenti,* Libro III, t. 2 (Art. 957-1999), II ed. ricevuta ed aggiornata, Torino, 1958, 358.



rebbe, tuttavia, che tale ricostruzione venga accuratamente ricollegata ai presupposti stessi della servitù coattiva e, in particolare, al peso imposto con la costituzione della servitù, che deve essere strettamente connesso ad un bisogno o interesse permanente e non temporaneo del proprietario del fondo dominante [51]. Di conseguenza, l'indennità viene semplicemente concepita come il ristoro rispetto alla perdita di valore del terreno, derivante dall'imposizione stessa della servitù [52]. L'idea di corrispettivo, seguendo questa linea interpretativa, deve essere completamente abbandonata, alla luce dell'impostazione per cui alla base dell'indennità non vi è un atto di carattere volontario volto all'assunzione dell'obbligo in oggetto [53]. In ogni caso, al di là delle questioni concernenti la natura dell'indennità, si ritiene che le parti possano, comunque, di comune accordo, escludere la corresponsione dell'indennità e, conseguentemente, decidere di stipulare un contratto a carattere gratuito. Secondo una parte della dottrina, come si avrà modo di approfondire successivamente, tale contratto dovrebbe essere qualificato alla stregua di un contratto di donazione, con tutte le conseguenze in tema di vincoli formali e di revocabilità da parte del donante stesso [54].

4 – Nell'illustrare la costituzione delle servitù coattive si è detto che il contratto produce effetti di carattere reale, perché immediatamente costitutivo del diritto. In virtù di tali considerazioni, la dottrina ha messo in luce la necessità che la convenzione rispetti il requisito della forma scritta *ex* art. 1350 n. 4 cod. civ. e sia soggetta alla trascrizione ai sensi di quanto sancito dall'art. 2643, n. 4. e 2644 cod. civ. In assenza di trascrizione, infatti, il contratto costitutivo della servitù non potrà produrre i propri effetti nei riguardi dei terzi, che abbiano acquistato i propri diritti sul fondo servente sulla base di un atto, che sia stato trascritto oppure iscritto in data anteriore rispetto alla trascrizione del contratto di cui sopra [55].

Il carattere di realità degli effetti pone il problema di verificare se, in questa specifica ipotesi, le parti possano ricorrere all'art. 1333 c.c., disciplinante il contratto con obbligazioni del solo proponente. Si tratta di una questione che da sempre solleva un ampio dibattito e che, in questo specifico caso, necessita di ulteriori considerazioni. Le servitù coattive sono, infatti, previste per legge e il consenso alla stipulazione del contratto da parte del proprietario del fondo servente rappresenta l'adempimento ad un obbligo di legge.

Per comprendere la problematica in oggetto è necessario, innanzitutto, analizzare sotto il profilo prettamente strutturale tale istituto. Ai sensi di quanto sancito dall'art. 1333 cod. civ. [56], la proposta diretta a con-

[51] F. MESSINEO, *Le servitù (artt. 1027-1099 cod. civ.),* cit., 81.

[52] F. MESSINEO, *Le servitù (artt. 1027-1099 cod. civ.),* cit., 36.

[53] F. MESSINEO, *Le servitù (artt. 1027-1099 cod. civ.),* cit., 36.

[54] R. ALBANO, *sub art. 1032 c.c.,* cit., 355.

[55] Tra gli altri, sul tema v. le riflessioni di M. COMPORTI, voce *Servitù* (dir. priv.), cit., 305. L'Autore evidenzia come nella pratica la costituzione della servitù sia spesso inserita in una clausola all'interno di un contratto più ampio. In questa ipotesi, sarà necessaria, secondo l'Autore, la trascrizione specifica della clausola, non essendo sufficiente la trascrizione del solo contratto; più recentemente in maniera esaustiva sull'argomento F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in (a cura di) E. GABRIELLI, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, v. I, Torino, 2012, 190 s., che mette in evidenza la possibilità in caso di mancata trascrizione del contratto e, conseguentemente, di impossibile opponibilità ai terzi acquirenti, l'opportunità di ricorrere in sede giudiziale. In questa ipotesi, però, devono pur sempre essere presenti i requisiti previsti dalla legge per la costituzione della servitù coattiva, come, ad esempio, l'interclusione del fondo nell'ambito della servitù di passaggio. Secondo l'Autore, in particolare, il carattere di coattività della servitù, infatti, non può venir meno là dove sia stato stipulato precedentemente un altro contratto, avente ad oggetto il medesimo diritto.

[56] Le origini di tale disposizione sono da rintracciare nell'art. 36, comma 4, del Codice del Commercio, concernente il regime dell'obbligatorietà nell'ambito delle promesse unilaterali. Secondo tale disposizione, nell'ambito dei contratti unilaterali, le promesse sono obbligatorie appena giungano a notizia della parte cui sono fatte. Le discussioni dottrinali sul punto sono state piuttosto ampie ed articolate, soprattutto in relazione alla considerazione per cui la formulazione della norma ne escludeva l'applicabilità all'ambito



cludere un contratto da cui derivino obbligazioni per il solo proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza del destinatario, che può rifiutare la proposta nel termine stabilito dalla natura degli affari o dagli usi. In mancanza di rifiuto, il contratto è concluso.

La prima considerazione che emerge dall'analisi della norma è che il contratto con obbligazioni del solo proponente presenta una struttura che si potrebbe definire anomala rispetto alla definizione di contratto, di cui all'art. 1321 c.c., basato sull'accordo di due o più parti e finalizzato alla produzione di effetti giuridici e, altresì, in relazione all'art. 1326 c.c., che delinea lo schema tipico di formazione del contratto attraverso lo scambio tra proposta e accettazione [57]. Ai sensi dell'art. 1333 c.c., la conclusione del contratto, avviene, infatti, senza necessità di accettazione, una volta che, decorso il termine stabilito dagli affari o dagli usi, l'oblato non abbia rifiutato la proposta a lui indirizzata [58]. Si tratta di una fattispecie peculiare, che, in base alla lettera della norma, si instaura attraverso due possibili sequenze: una negativa, rappresentata dalla sequenza proposta-rifiuto, ed una positiva, costituita dalla proposta seguita dal mancato rifiuto da parte dell'oblato. In quest'ultimo caso, il contratto potrà dirsi legittimamente concluso tra le parti [59].

Al di là della collocazione sistematica dell'articolo 1333 cod. civ., inserito dal legislatore sotto il capo I, dedicato all'accordo tra le parti [60], la dottrina ha assunto posizioni confliggenti rispetto alla qualificazione strutturale dell'istituto. Nello specifico, si sono formate due diverse correnti dottrinali a seconda del riconoscimento o meno di una promessa unilaterale oppure di una fattispecie di natura contrattuale [61]. Cerchiamo, dunque, di ricostruire in termini sintetici i principali punti di tale dibattito.

Parte della dottrina rifiuta in termini categorici la qualificazione contrattuale dell'art. 1333 cod. civ. Nello specifico, il mancato rifiuto da parte dell'oblato non può essere concepito come una manifestazione tacita di accettazione [62] oppure come un mero comportamento di carattere negativo, che acquista, in base alle circostanze, il valore di accettazione oppure semplicemente valore di carattere negoziale [63].

---

di formazione del contratto (v. all'epoca lo scritto di V. SCIALOJA, O*sservazioni sull'art. 36 del Codice di Commercio*, in *Per cinquantesimo anno di insegnamento di Enrico Pessina*, v. III, *Studi giuridici varii,* Napoli, 1899, 3 s.). Per i riferimenti dottrinali sul tema v. tra le altre le recenti ricostruzioni di G. CONTE, *sub art. 1333,* in *La formazione del contratto. Artt. 1326-1330 e 1333-1335,* in *Comm. Cod. civ. Schlesinger – Busnelli*, Milano, 2018, 399 s.; A. ORESTANO, *La conclusione del contratto per mancato rifiuto della proposta,* in *Tratt. contr. Roppo*, v. I, (a cura di) C. GRANELLI, *Formazione*, 2° ed., Milano, 2023, 195 s.; U. PERFETTI, in *Il contratto in generale*, II, *La conclusione del contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* CICU, MESSINE, MENGONI, SCHLESINGER, Milano, 2015, 468.

[57] A. DIURNI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente: la tutela dell'oblato*, in *Riv. dir. civ*., 1998, 681 s.

[58] A. DIURNI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente: la tutela dell'oblato*, cit., 681 s.

[59] A. DIURNI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente: la tutela dell'oblato*, cit., 681. Parla di diverse sequenze già G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 122 s.

[60] Come evidenziato in maniera chiara da A. ORESTANO, *La conclusione del contratto per mancato rifiuto della proposta,* cit., 199 (v. anche nota n. 13 per ulteriori riferimenti bibliografici): «Sebbene la fattispecie venga disciplinata all'interno della sezione dedicata all'"accordo tra le parti", in realtà rimane dubbia proprio la possibilità di riconoscere la presenza di un accordo tra i due protagonisti della vicenda. Ciò in quanto il comportamento tenuto dal destinatario della "proposta", normativamente rilevante ai fini della "conclusione", è il mero silenzio; e se anche può probabilmente ammettersi che il mero silenzio talvolta si atteggi alla stregua di fatto concludente, di manifestazione tacita di volontà negoziale, ciò può accadere soltanto ove ricorrano elementi e circostanze ulteriori rispetto alla semplice inerzia, che valgono ad imprimere al contegno omissivo quella univocità che, per definizione, ad esso è estranea».

[61] Per una ricostruzione sintetica e compiuta del dibattito v. G. GALLO, *Sub art. 1333* cod. civ., in *Comm. Cod. civ. Gabrielli*, in (a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, *Dei Contratti in generale*, v. I: Artt. 1321-1349 c.c., Torino, 2011, 385 s. e già A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333*, in *Riv. dir. civ.,* 1989, 535 s.

[62] Si rifiuta così l'impostazione seguita tra gli altri da A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, v. I, Milano, 1966, 348 s., secondo il quale ci si trova di fronte ad una disposizione legislativa che incide direttamente sul procedimento formativo del contratto, riconoscendo il perfezionamento dello stesso a prescindere da una manifestazione espressa di volontà. In particolare, la dichiarazione



Queste argomentazioni, infatti, si baserebbero esclusivamente sulla volontà di salvare la supremazia del contratto quale strumento generale di autonomia negoziale, trascurando che, ragionando in tali termini, si ricorrerebbe ad una vera e propria finzione. Sarebbe, infatti, una mera finzione il tentativo di ravvisare nel silenzio una dichiarazione di accettazione da parte dell'oblato. Il silenzio, infatti, potrebbe assumere il valore di una manifestazione di volontà solamente nel caso in cui si tratti di silenzio circostanziato, vale a dire là dove ci siano delle particolari circostanze – relative ad un rapporto già costituito – che consentano di interpretare il silenzio come una manifestazione di volontà negoziale [64]. Sulla base di tali osservazioni, si giunge a qualificare la fattispecie di cui all'art. 1333 cod. civ. nei termini di promessa unilaterale gratuita, nel senso che chi offre la conclusione del contratto senza prestazioni per la controparte, offre una prestazione di carattere gratuito [65]. Tale qualificazione si presta, però, ad un vero e proprio ripensamento rispetto al principio di tipicità delle promesse unilaterali. Di fronte a tali considerazioni, si è imposta, dunque, la necessità di distinguere tra promesse unilaterali tipiche, di cui all'art. 1987 cod. civ. e promesse unilaterali atipiche, rientranti, invece, nell'ambito applicativo dell'art. 1333 [66].

La maggioranza della dottrina ritiene, al contrario, che l'art. 1333 cod. civ. configuri una fattispecie di natura esclusivamente contrattuale. Si afferma, in particolare, che il contratto con obbligazioni del solo proponente, al pari di quanto avvenga nell'ambito del contratto con sé stesso e della donazione obnuziale, sia un vero e proprio contratto, anche se l'accordo si perfeziona con la dichiarazione di una sola parte. Restano, dunque, senza alcuna valenza dogmatica le diverse argomentazioni volte ad attribuire il valore di accettazione alla situazione di inattività, che sia riscontrabile nel comportamento proprio dell'oblato [67]. In particolare, l'esame della storia e delle esperienze sovranazionali dimostra come il contratto, sul piano concreto, non consta necessariamente di una proposta seguita da un'accettazione, né si identifica obbligatoriamente con una coppia di comportamenti di natura commissiva [68]. Il requisito della bilateralità viene, infatti, limitato, sotto il profilo prettamente legislativo, a determinate fattispecie contrattuali, come, ad esempio, i contratti sinallagmatici, che constano necessariamente di una proposta e di un'accettazione, i contratti che si perfezionano attraverso un particolare atto di esecuzione a formazione bilaterale, così come avviene nell'ambito dei contratti reali, nonché le donazioni formali [69].

---

con effetti di carattere sostanziale è rappresentata dal comportamento silenzioso della parte, che viene qualificato dall'Autore come comportamento legalmente tipizzato, nel senso che ad esso la legge attribuisce un significato predeterminato.

[63] Su questo punto sono interessanti le posizioni espresse da R. SCOGNAMIGLIO, *sub art. 1333 c.c.*, in *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ. G. Grosso – F. Santoro-Passarelli*, Milano, 1977, 165, secondo il quale il comportamento materiale di carattere omissivo deve considerarsi, alla stregua della legge come atto conclusivo del contratto stesso. Secondo l'illustre Autore, dunque, non sarebbe configurabile una forma di accettazione tacita dell'accordo. Nell'ipotesi di cui all'art. 1333 cod. civ.il contratto si concluderebbe attraverso la sequenza proposta –mancato rifiuto del destinatario, che, per effetto di legge, assume valore negoziale. Sul tema v. anche le più recenti considerazioni di E. DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000, 225, che definisce il silenzio della parte come contegno negozialmente rilevante. Il silenzio viene, dunque, valutato come una dichiarazione legale tipica, cui sarebbero applicabili le normali disposizioni in materia di vizi del consenso in una prospettiva di tutela dell'oblato.

[64] C.M. BIANCA, *Diritto civile,* 3, Il contratto, III ed., Milano, 2019, 230.

[65] C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 230.

[66] Sul tema e per riferimenti bibliografici v. le riflessioni di A. DIURNI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente: la tutela dell'oblato*, cit., 688 s.

[67] F. CARRESI, *Contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 403 s.

[68] Su questa linea sembrerebbe anche C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici bilaterali*, Napoli, 1972, 128 s. che critica in maniera piuttosto esaustiva quella parte della dottrina che individua nella fattispecie di cui all'art. 1333 cod. civ., un negozio di tipo unilaterale, anziché una modalità differente di formazione del contratto.

[69] R. SACCO, G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, t. 2, in *Tratt. dir. priv, Rescigno*, 10, IV ed., 2018, 21 s. Sulla stessa linea, tra gli altri: V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica – Zatti*, II ed., 2011, 120; più recentemente, invece, AM. Benedetti, *Autono-*



A questo punto, seguendo l'impostazione della dottrina maggioritaria, si tratta di comprendere come la realità degli effetti possa giudicarsi compatibile con lo schema di cui all'art. 1333 cod. civ, [70] Si è detto, infatti, che il contratto costitutivo di una servitù di carattere coattivo rientra di buon grado nel novero dei contratti ad effetti reali, perché dà immediatamente origine al diritto di servitù. Le problematiche circa l'applicabilità dell'art. 1333 cod. civ., a tale fattispecie nascono sia sotto il profilo strutturale, posto che il contratto *ex* art. 1333 cod. civ., si perfeziona con la dichiarazione del solo proponente, sia sotto il profilo meramente dogmatico, considerato che la produzione degli effetti reali esige la sussistenza di un accordo tra le parti, in virtù del principio consensualistico, sancito dall'art. 1376 del Codice civile [71]. A ciò si aggiunge, sotto il profilo letterale, che l'art. 1333 cod. civ. fa unicamente riferimento al contratto da cui derivino obbligazioni per il solo proponente. Da tale formulazione potrebbe, dunque, emergere una restrizione dell'applicabilità dell'art. 1333 cod. civ. ai soli contratti produttivi di effetti obbligatori in capo al proponente [72].

Prima di affrontare tale analisi bisogna, però, evidenziare come il problema relativo all'applicabilità dell'art. 1333 cod. civ., nel caso di contratti costitutivi di servitù coattive riguarda esclusivamente l'ipotesi in cui l'indennità, di cui si è trattato, sia configurabile in termini risarcitori così come sostenuto dalla giurisprudenza. Là dove, al contrario, si configurasse l'indennità come corrispettivo rispetto all'obbligo di mettere il fondo a disposizione del titolare del fondo servente, la questione non avrebbe alcuna ragione di porsi. In tale ipotesi, infatti, avremmo un nesso di sinallagmaticità tra le due prestazioni, che, come visto precedentemente, esclude l'ambito di applicabilità dell'art. 1333 cod. civ.

Per poter comprendere la questione è necessario, anzitutto, confrontarsi con il principio del consenso traslativo. In forza di tale principio, l'effetto traslativo è subordinato alla legittima manifestazione del consenso delle parti e viene immediatamente prodotto per effetto del consenso stesso. La *ratio* di tale principio risponde alle regole di rapidità nella circolazione dei traffici attraverso l'istituzione di uno strumento circolatorio in grado di realizzare tale finalità. Al contempo, in forza di tale principio, è possibile far fronte al principio di libertà che governa gli scambi e i traffici tra i privati, in virtù del quale nessuno può essere privato di un proprio diritto se non in forza di un consenso legittimamente e liberamente manifestato e, soprattutto, in virtù di un'operazione che compensi la perdita patrimoniale mediante la previsione di un vantaggio (idoneo a giustificare lo svantaggio subito) [73].

La necessità del consenso legittimamente manifestato da entrambe le parti pone di sicuro delle grosse cri-

---

mia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti, Milano, 2002, sostiene che la conclusione del contratto abbia luogo attraverso la combinazione tra un atto di carattere commissivo, rappresentato dalla proposta e un atto di tipo omissivo, costituito dal mancato rifiuto da parte dell'oblato. L'omissione in quest'ottica rappresenta un atto giuridico di carattere negativo che attribuisce la forza di consolidare il contratto con obbligazioni del solo proponente.

[70] Sul problema generale dell'applicabilità dell'art. 1333 cod. civ. vedi la ricostruzione di F. Rossi, *Il contrato con obbligazioni del solo proponente*, Napoli, 2005, 51 s.

[71] Art. 1376 c.c.: «Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato». Sul principio consensualistico v. tra altre la ricostruzione di M. Franzoni, *sub art. 1376,* in *Degli effetti del contratto. Artt. 1374-1381*., v. II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Comm. Cod. civ*. fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, II ed., Milano, 2013, 344 s.

[72] Sul punto tra gli altri: R. Sacco, G. De Nova, *Obbligazioni e contratti*, cit., 30: «(…) la lettera dell'art. 1333, che restringe il proprio campo ai contratti ad efficacia obbligatoria è un residuato del linguaggio formatosi allorché tutti i contratti producevano solamente effetti obbligatori (…) o invece deve essere interpretato in modo letterale, escludendone l'applicabilità a quelle proposte che mirano a produrre effetti reali?».

[73] Tra gli altri: C. Camardi, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli,* in *Studi in onore di P. Rescigno*, v. III, *Diritto Privato*, t. 2 *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, 239 s.



ticità rispetto alla possibilità di utilizzare a fini traslativi l'art. 1333 c.c., considerato che, come più volte evidenziato, in questa ipotesi mancherebbe l'espressione di volontà propria dell'oblato, ma il contratto si perfezionerebbe in ogni caso. Il primo giurista, in ordine di tempo, ad affrontare compiutamente la questione è stato Rodolfo Sacco negli anni Sessanta del secolo scorso [74]. L'illustre Autore muove dalla constatazione per cui, ammettendo l'applicabilità dell'art. 1333 c.c., si dovrebbe, al contempo, affermare che il trasferimento dei diritti da un soggetto ad un altro potrebbe avvenire solamente in forza di una dichiarazione emessa dal proponente, senza la manifestazione di volontà propria dell'accettante. Al pari di quanto affermato anche negli scritti successivi, Sacco sostiene la necessità di una rigorosa lettura del dato normativo e ciò, come approfondito precedentemente, lo porta ad escludere i contratti ad effetti reali dall'ambito applicativo dell'art. 1333 cod. civ. [75].

Vi sono, tuttavia, delle ragioni di carattere razionale che porterebbero, comunque, a tali conclusioni. L'acquisto di diritti reali porterebbe, infatti, ad assumere, di fatto, obbligazioni e responsabilità da parte dell'oblato, così come avviene tipicamente nelle ipotesi di usufrutto, uso e abitazione. Alla luce di tali considerazioni, l'acquisto di diritti reali potrebbe avvenire in base all'art. 1333 cod. civ. solamente nell'ipotesi in cui tale acquisto non generi conseguenze di carattere negativo in capo all'oblato. Il trasferimento del diritto, in assenza di accettazione, potrebbe essere giustificato solamente nel caso in cui l'acquisto del diritto non sia in grado di recare pregiudizio all'acquirente [76].

L'unica soluzione prospettabile in questo caso, oltre ovviamente alla scelta dello schema consueto di conclusione del contratto, sarebbe quella di verificare l'esistenza di un precedente consenso dell'acquirente rispetto all'acquisizione del diritto e, dunque, una sua consapevolezza rispetto agli svantaggi collegati all'acquisto. Questa condizione può essere, ad esempio, riscontrabile nel caso in cui Tizio possieda *animo domini* il bene che Caio abbia intenzione di trasferirgli oppure là dove Tizio abbia trascritto un proprio atto di acquisto sul bene, inefficace perché *a non domino* [77].

Un'altra recente impostazione si basa, invece, su un particolare collegamento tra la categoria degli effetti reali, in relazione alla loro costituzione e al loro trasferimento, e la necessità o meno di un accordo e, conseguentemente, di un'accettazione da parte dell'oblato. Muovendo dall'idea per cui l'art. 1333 cod. civ. ha ne-

---

[74] R. Sacco, *Contratto, e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di P. Greco*, II, Padova, 1965, 933 s. L'Autore muove la propria analisi a partire dalla concezione bilaterale o plurilaterale del negozio giuridico, che sembrerebbe già mettere in crisi l'applicabilità dell'art. 1333 cod. civ., anche se in realtà la dottrina preferisce limitare l'applicazione della norma in esame, piuttosto che rinunciare al dogma della bilateralità. Per un'analisi esaustiva dell'evoluzione dottrinale a partire dal pensiero di Sacco (anche in riferimento alla giurisprudenza) v. A. Palazzo, *Profili di invalidità del contratto unilaterale*, in *Riv. dir. civ*., 2002, 589 s.

[75] R. Sacco, *Contratto, e negozio a formazione bilaterale*, cit., 982.

[76] R. Sacco, *Contratto, e negozio a formazione bilaterale*, cit., 984 e R. Sacco, G. De Nova, *Obbligazioni e contratti*, cit., 30 s. Questa impostazione si ritrova anche nella giurisprudenza più recente: (in materia di usufrutto) Cass., 18 giugno 2018, n. 15997, in *Corr. giur*., 2019, 320 s., con nota critica di C. Natoli, *La Cassazione sulla questione dell'ammissibilità dei contratti con obbligazioni del solo proponente ad effetti reali*, in *NGCC*, 2018, 1745, con commento di S. Gatti, *Limiti alla possibilità di costituire l'usufrutto tramite il procedimento dell'art.1333 cod. civ*., in *Jus Civile,* 2019, 185, con commento di F. Bertelli, *Sulla pretesa irrealizzabilità di effetti traslativi mediante l'atto unilaterale soggetto a rifiuto ex art. 1333 c.c*.,: «Sulla stessa linea è la giurisprudenza di questa Suprema Corte, secondo cui la ratio dell'art. 1333 cod. civ. "risiede nel fatto che al destinatario della proposta dal contratto possono derivare soltanto vantaggi" (Cass. n. 5748/1987). In contrasto con tali principi la corte d'appello non solo ha riconosciuto l'applicabilità dell'art. 1333 cod. civ. anche se il diritto reale trasferito o costituito importi oneri ed obblighi per il beneficiario, ma ha giustificato tale insostenibile posizione sulla base del rilievo che gli oneri e gli obblighi dell'usufruttuario discendono dalla legge e non dal contratto. Al contrario la presenza di tali oneri e obblighi legali è esattamente la ragione che giustifica la essenzialità dell'accettazione dell'oblato al fine dell'acquisto o della costituzione del diritto reale di usufrutto»; Cass., 4 dicembre 2020, n. 27857, in epoca più risalente: Cass., 30 giugno 1987, n.5748, in *Giust. civ*., 1988, I, 1023.

[77] R. Sacco, *Contratto, e negozio a formazione bilaterale*, cit., 984 e R. Sacco, G. De Nova, *Obbligazioni e contratti*, cit., 30 s.



cessità di un'applicazione, che potremmo definire controllata, e che deve essere calibrata sullo schema proprio dell'accordo tra le parti, là dove la proposta determini degli effetti vantaggiosi a carico del destinatario, l'accettazione risulterebbe di fatto inutile rispetto all'esigenza di tutela dell'oblato stesso. Si parla, a tal proposito, di una presunzione non tecnica di "normalità", che giustificherebbe l'abbandono di schemi contrattuali, che vengono definiti "pesanti" rispetto all'ipotesi in esame e vengono richiesti principalmente nell'ambito dei contratti sinallagmatici [78]. La situazione si presenta, invece, differente nell'ipotesi in cui vi sia l'attribuzione di un diritto reale a titolo gratuito. In questa fattispecie, infatti, l'acquisto del diritto determina a carico dell'oblato un insieme di oneri e pesi, che possono essere anche di natura non esclusivamente patrimoniale e, conseguentemente la necessità di ricorrere all'utilizzo di schemi contrattuali "pesanti", quale per l'appunto la previsione ordinaria di cui all'art. 1326 cod. civ. [79].

Detto ciò, in assenza di riferimenti di carattere giurisprudenziale, che si riferiscano in maniera specifica alle servitù coattive, si tratta di comprendere se effettivamente lo schema di conclusione di cui all'art. 1333 cod. civ. sia applicabile in caso di contratto costitutivo di una servitù coattiva. Alla luce delle argomentazioni dottrinali sopra prospettate, l'art. 1333 cod. civ. non potrebbe applicarsi in tale fattispecie, posto che il titolare del fondo dominante sarebbe pur sempre obbligato al risarcimento del danno attraverso il pagamento dell'indennità. L'acquisto del diritto comporterebbe, dunque, degli svantaggi rilevanti sul piano fattuale. Non dobbiamo, però, dimenticare che si tratta di una servitù coattiva e che, conseguentemente, manca la volontarietà rispetto alla conclusione del contratto. Al contempo, l'accordo tra le parti consente di determinare le modalità di esercizio della servitù, e la stessa misura dell'indennità, che altrimenti sarebbero rimesse esclusivamente alla decisione del Giudice.

Inoltre, come detto nella parte introduttiva, le parti potrebbero escludere la corresponsione dell'indennità e qui, secondo Alcuni [80] si profilerebbe un'ipotesi di donazione, soggetta alle regole formali di cui all'articolo 782 del Codice civile e, dunque, alla necessità di accettazione da parte del donatario. La dottrina, però, non ha analizzato in maniera puntuale l'esistenza o meno dello spirito di liberalità che dovrebbe caratterizzare l'applicazione sul piano strutturale e disciplinare del contratto di donazione. Potrebbe, infatti, accadere che il contratto permanga a titolo gratuito, ma non sia configurabile alcuno spirito di liberalità, come nell'ipotesi in cui il proponente intenda costituire gratuitamente il vincolo di servitù a svantaggio del proprio fondo per conseguire determinati vantaggi, riguardanti lo stesso fondo oppure direttamente la propria persona [81]. In tutti questi, non si potrebbe far riferimento alla disciplina in materia di donazione, ma dovrebbe continuare a trovare applicazione lo schema di conclusione del contratto di cui all'art. 1333 c cod. civ. [82].

---

[78] AM. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti,* cit., 102 s. La distinzione tra "accordi a struttura leggera" e "accordi a struttura pesante" si ritrova espressa ed elaborata da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 120 s. F. REALMONTE, *La formazione del contratto con obbligazioni del solo proponente,* in *Tratt. Bessone*, *Il contratto in generale*, v. XIII, t. 2, Torino, 2000, che parla dell'art. 1333 cod. civ. come di un procedimento di formazione del contratto che viene definito "semplificato".

[79] AM. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti,* cit., 105. L'Autore ritiene che tale valutazione sia applicabile non solamente ai contratti ad effetti reali, ma ai contratti con effetti di carattere obbligatorio: "Anche per i contratti ad effetti obbligatori, del resto, vale la stessa regola; nel senso che l'interprete è chiamato a valutare il contenuto concreto della proposta ricevuta dall'oblato, escludendo il ricorso allo schema in esame tutte le volte in cui il destinatario della proposta è esposto ad un qualche svantaggio; se la proposta di *patronage* può essere accettata *ex* art. 1333 cod. civ. (…), *la datio in solutum*, per l'effetto estintivo del credito di cui il creditore era titolare, deve essere accettata espressamente dall'oblato Ed ancora: la proposta di novazione, se l'obbligazione che sorge in luogo dell'estinta è a solo carico del debitore, può dar luogo a contratto col mancato rifiuto del creditore; nonché, una proposta di modifica del rapporto contrattuale in corso che comporti, per l'altra parte, effetti solo vantaggiosi; ovvero, ancora, una proposta di opzione senza corrispettivo (…)».

[80] R. ALBANO, *sub art. 1032* cod. civ., cit., 355.

[81] Sul tema v. le interessanti riflessioni di M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Milano, 1972, 393.

[82] M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, cit., 393.



5 – Rispetto a quanto finora analizzato, la situazione si presenta totalmente differente per quanto concerne l'applicabilità dell'art. 1411 cod. civ. – riguardante il contratto a favore di terzo – alle ipotesi di costituzione di servitù aventi carattere volontario.

Innanzitutto, si è in presenza di un contratto a favore di terzo nel momento in cui una parte, definita stipulante, designa un soggetto terzo quale avente diritto alla prestazione dovuta dalla controparte, che assume la denominazione di promittente. Il terzo acquista il diritto nei confronti del promittente per effetto del contratto, ma lo stipulante conserva, comunque, la possibilità di revocare o modificare la disposizione a favore del terzo fino al momento in cui quest'ultimo dichiara di volerne profittare [83].

Analogamente a quanto avvenuto per il contratto con obbligazioni del solo proponente, anche in questa fattispecie si è posto il problema di applicabilità rispetto ai contratti con effetti reali [84], considerata l'operatività del consenso traslativo di cui all'articolo 1376 del Codice civile. In virtù di tale disposizione, infatti, non è ammessa la produzione di effetti reali nei confronti dei soggetti che non abbiano fatto parte del contratto. Vi sarebbero, anche, alcuni ostacoli di ordine letterale rispetto all'applicabilità dell'art. 1411 cod. civ. a tali fattispecie. Infatti, nella disciplina codicistica in materia di contratto a favore di terzo, il legislatore utilizza in maniera costante il termine "prestazione" e, in riferimento al primo periodo dell'art. 1411 cod. civ., si parla espressamente di «acquisto contro il promittente per effetto della stipulazione» [85]. Secondo Alcuni, inoltre, la produzione di effetti reali da parte dell'art. 1411 cod. civ. determinerebbe l'ammissibilità all'interno del nostro ordinamento giuridico dei c.d. negozi traslativi astratti. Infatti, mentre il promittente aliena il proprio diritto in base ad un valido rapporto causale – costituito dal contratto concluso con lo stipulante – l'acquisto da parte del terzo sarebbe privo di giustificazione sotto il profilo causale [86]. A ciò si aggiunge l'idea per cui il contratto a favore di terzo ha un'efficacia di carattere costitutivo. Ciò comporta, secondo i critici, che il diritto attribuito al terzo, per effetto di tale contratto, debba sorgere per la prima volta in capo al

---

[83] C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 518 s.

[84] In materia v. l'importante trattazione di F. GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi,* Milano, 1965, 140 s. e più recentemente, tra gli altri l'importante contributo di M. SESTA, *Contratto a favore di terzo e trasferimento di diritti reali*, in *Studi in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, 1101 s.; M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in (a cura di) E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, v. II, in *Tratt. contratti Rescigno*, Torino, 2006, II ed., 1227 s.; A. FUSARO, *Contratto e terzi*, in *Tratt. contratto Roppo*, v. III, *Effetti,* Milano, 2006, 192 s.; L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi. Artt. 1411-1413,* in *Comm. Cod. civ. Schlesinger, Busnelli*, II ed., Milano, 2013, 121 s.

[85] Sul tema, tra gli altri: U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 2010, 131 s., che ricostruisce in maniera esaustiva anche le posizioni espresse sotto il vigore del Codice civile del 1865: «(…) potrebbe obiettarsi che proprio l'art. 1376 sembra escludere l'efficacia traslativa del contratto a favore altrui, stabilendo che la trasmissione e l'acquisto del diritto si hanno per effetto del consenso legittimamente manifestato: posto che il terzo, per definizione, non è parte e non manifesta il proprio consenso, non pare – a voler stare alla lettera del codice – che egli possa acquistare il diritto in base ad un contratto stipulato a suo favore. Volendo, indugiare, ancora su considerazioni di carattere letterale è da osservare come gli artt. 1411 e segg. sembrano alludere esclusivamente all'ipotesi dell'efficacia obbligatoria sia per l'uso del termine "prestazione" sia per la relatività dei rapporti tra terzo e promittente»; v. più recentemente anche l'analisi di F. ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi*, *in Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2004, 99 s. Per la trattazione del problema sotto il Codice civile del 1865, tra gli altri: L. COVIELLO JUNIOR, *L'art. 1228 cod. civ. e la stipulazione a favore di terzi con contenuto reale*, *in Foro it.,* 1935, IV, 240 s.; A. GIOVENE, *L'art. 1228 cod. civ. e la stipulazione a favore di terzi con contenuto reale*, in *Foro it.,* 1939, 273 s.

[86] U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, cit., 138: «(…) è da notare che la validità di un contratto a favore altrui con efficacia traslativa aprirebbe una breccia all'ammissibilità (…) dei negozi traslativi astratti. (…) l'effetto traslativo a favore del terzo consentirebbe una frattura del fenomeno del trasferimento, per cui la dismissione del diritto da parte dell'alienante avrebbe un fondamento giuridico diverso da quello che giustifica l'acquisto del diritto da parte del terzo. (…) la dismissione del diritto da parte del promittente si opera in virtù della *causa negoziale* che è alla base del contratto con lo stipulante, lo acquisto da parte del terzo verrebbe (…) a prescindere da un'espressa giustificazione causale. (…) la causa del contratto di base, pur essendo idonea a giustificare l'acquisto da parte dello stipulante non lo è, invece, per giustificare l'acquisto ad opera di un terzo».



terzo stesso e tale situazione non potrebbe verificarsi nella misura in cui si trattasse di un diritto di natura reale [87].

Tali considerazioni sono state pienamente confutate da parte della dottrina maggioritaria e la stessa giurisprudenza ha ormai assunto in prevalenza una posizione favorevole rispetto all'ammissibilità degli effetti reali. Per quanto concerne il presunto contrasto tra l'art. 1376 cod. civ. e l'art. 1411 c.c., si è fatto riferimento nello specifico all'interpretazione autentica della disposizione. Nelle intenzioni del legislatore vi sarebbe stata, infatti, la volontà di non restringere l'ambito applicativo dell'istituto. Non può essere, dunque, seguita un'interpretazione soggettivamente restrittiva della norma, senza tener conto del fatto che il legislatore ha inteso attribuire al principio consensualistico lo stesso valore già riconosciuto dalle codificazioni precedenti, che non avevano espresso alcuna riserva riguardo l'ambito di applicabilità del principio [88]. In riferimento alle altre argomentazioni, si è affermato che la tesi in materia di negozi traslativi astratti non sarebbe di per sé sufficiente ad escludere gli effetti reali. Infatti, a prescindere da considerazioni di carattere puramente generale, la teoria sopra esposta non tiene conto della causalità nella stipulazione a favore altrui ed eccede nello «*smembramento della fattispecie*» [89]. Nello specifico, il principio relativo all'invalidità dei negozi astratti è per sua natura flessibile e, al contempo, la stipulazione a favore di terzi trova, comunque, una propria giustificazione causale, che deriva da una valutazione in termini unitari della fattispecie [90].

Osserviamo ora la posizione assunta dalla giurisprudenza in materia, considerato che, come detto inizialmente, i Giudici si sono mostrati favorevoli rispetto alla produzione di effetti reali da parte del contratto a favore di terzo.

Dall'analisi del dato giurisprudenziale emerge come uno dei maggiori ambiti applicativi abbia per l'appunto riguardato la costituzione di servitù volontarie [91]. Nelle pronunce si riscontra unanimemente la tendenza a riconoscere gli effetti reali sopra indicati nella misura in cui sussistano le seguenti condizioni: la stipulazione avvenga per iscritto; il vincolo reale sia costituito a carico del fondo del promittente ed a favore di quello del terzo; la costituzione del vincolo ed il conseguente vantaggio per il terzo siano previsti e voluti dai contraenti; sia determinato (o determinabile con certezza) il fondo dominante (e quindi il proprietario) e, infine, lo stipulante abbia un interesse anche di natura non patrimoniale rispetto alla costituzione della servitù [92]. La sussistenza di detto interesse richiama esplicitamente la previsione di cui all'art. 1411 cod. civ., che

---

[87] F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, v. XXI, t. 1, Milano, 1987, 306 s.

[88] F. GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi,* cit., 166 s.

[89] Così testualmente: F. GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi,* cit., 153.

[90] F. GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi,* cit., 154: «Sostenuta come premessa l'inammissibilità assoluta dei negozi astratti, il problema si pone in termini di alternatività e cioè o la stipulazione a favore altrui fa eccezione al principio, oppure, rientrandosi nel principio, è nulla ed allora le norme che la regolano vanno sottoposte ad un processo ermeneutico abrogante. (…) si deve credere che il principio relativo all'invalidità dei negozi astratti è flessibile e che la stipulazione a favore di terzi è causale, stante il modo unitario in cui detta fattispecie va considerata. (…) questa teoria non solo non può essere accettata da chi aderisce al principio di causalità della stipulazione per altri, ma rende perplessi perché eleva un elemento costitutivo della fattispecie a rango di ragione giuridica del patto. Pare che quanto asserito in tema di unicità della causa della stipulazione sia sufficiente per respingere l'opinione che vede un'astrazione nell'attribuzione del diritto del terzo da parte dello stipulante». In posizione critica anche M. SESTA, *Contratto a favore di terzo e trasferimento di diritti reali*, cit., 1108 s., secondo il quale deve sempre rinvenirsi una giustificazione di carattere causale nel contratto a favore di terzo, da identificarsi nella relazione tra stipulante e soggetto terzo.

[91] Tra le altre v.: Cass., 27 giugno 2011, n.14180; Cass., 30 ottobre 2006, n.23343, in *Riv. giur. edilizia* 2007, I, 965; Cass., sez18 maggio 2000, n. 6450; Cass., 11 maggio 2000, n.6030, in *Riv. giur. edilizia* 2000, I, 827 (s.m.); Cass., 1° settembre1994, n.7622; Cass., 13 febbraio1993, n.1842; Cass., 27 gennaio 1992, n. 855; Cass., 28 novembre 1986, n.7026; Cass.,14 febbraio1986, n.6688; Cass., 7 gennaio 1984, n.104, *in Riv. giur. edilizia,* 1984, I, 229; Cass., 13 luglio1983, n.4778, in *Foro it.* 1983, I,3054; Cass., 14 dicembre1982, n.6871; Cass., 16 luglio1981, n.4643; Cass, 25 febbraio 1980 n. 1317, in *Riv. dir. comm.,* 1980, II, 339, con nota di A. GUARNIERI, *Costituzione di servitù e stipulazione a favore di terzo*, Cass. 3 luglio 1979, n. 3749.

[92] Cass., 30 ottobre 2006, n.23343, cit.



ricalca i principi generali in materia contrattuale. Lo stipulante, infatti, così come ogni contraente, deve avere interesse alla prestazione secondo quanto stabilito dall'articolo 1174 del Codice civile [93].

Si deve ritenere, però, che tali conclusioni giurisprudenziali non siano applicabili per quanto concerne la costituzione delle servitù coattive. Il contratto a favore di terzo deve essere visto come un'esplicazione dell'autonomia contrattuale. Infatti, seguendo quanto stabilito dall'art. 1411 c.c., il privato può impegnare la controparte ad eseguire la prestazione nei confronti del terzo, anziché a proprio vantaggio, ma il rapporto instaurato conserva la propria origine contrattuale e continua ad essere regolato dalla disciplina generale [94]. Come si è visto nella parte introduttiva, la situazione si presenta diversa nell'ambito delle servitù coattive, dove la prestazione del consenso risponde all'adempimento di un obbligo di legge e, sebbene le parti possano disciplinare le modalità di esercizio della servitù e la misura dell'indennità, la disciplina di riferimento è pur sempre quella prevista dal Codice civile per le singole servitù coattive.

Inoltre, in linea generale, con riferimento alle servitù volontarie, appare difficilmente condivisibile la tendenza dottrinale [95] volta ad individuare una simmetria tra l'art. 1411 cod. civ. e l'art. 1333 cod. civ. Tale simmetria dovrebbe giustificare la creazione immediata della servitù anche attraverso lo schema di cui all'art. 1333 cod. civ. In entrambe le ipotesi, infatti, il beneficiario della prestazione, in un caso, e l'oblato, nell'altro, non manifestano la propria volontà. L'unica differenza ravvisata tra i due casi si basa sul fatto che, ai sensi dell'art. 1411 c.c., il beneficiario acquista una situazione giuridica rilevante prima ancora di ricevere o di riconoscere la dichiarazione contrattuale che lo riguarda [96]. L'accostamento tra le due fattispecie è stato oggetto di critica, avendo riguardo agli effetti concretamente prodotti. Nel contratto a favore di terzo, infatti, quest'ultimo avrebbe sempre la possibilità di rifiutare l'acquisto e il diritto non potrebbe mai costituirsi in via definitiva, senza una manifestazione di volontà a suo favore. Dall'altra, invece, con riguardo all'art. 1333 cod. civ., il diritto si consolida in maniera definitiva nel momento in cui il destinatario della proposta non abbia espresso il proprio rifiuto in ordine all'acquisto del diritto. Di conseguenza, l'acquisto potrebbe perfezionarsi in maniera definitiva senza che l'oblato abbia espresso la propria volontà in merito [97].

[93] R. Sacco, G. De Nova, *Obbligazioni e contratti*, cit., 473.

[94] M. Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, cit., 389 s.

[95] R. Sacco, G. De Nova, *Obbligazioni e contratti*, cit., 471 s.

[96] R. Sacco, G. De Nova, *Obbligazioni e contratti*, cit., 472 s. In questo senso, dunque, la suddetta dottrina giustifica espressamente la previsione di cui all'art. 1411 cod. civ. come compatibile rispetto al principio di efficacia relativa del contratto. La sua presenza tra le norme codicistiche, infatti, non va ad intaccare la definita armonia del sistema più di quanto non faccia l'articolo 1333 cod. civ. nei termini di cui si è detto.

[97] M. Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, cit., 390.

JUS CIVILE



ANDREA NATALE

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi di Parma[*]

IL PEGNO AVENTE A OGGETTO UN CREDITO FUTURO

SOMMARIO: *1. La disponibilità di diritti futuri. – 2. Il pegno su un bene insuscettibile di impossessamento. – 3. Il pegno di crediti. – 4. Il pegno non possessorio di crediti futuri. – 5. Il conflitto fra titolari di "pretesa" sul credito futuro. – 6. L'omessa notifica al futuro debitore.*

1. – Da tempo, il giurista si interroga sulla possibilità di disporre di un bene che spera venga ad esistenza: antichissima, è la *emptio rei speratae*, agevolmente riconosciuta nel diritto romano, sul presupposto della compravendita quale negozio a esclusiva efficacia obbligatoria [1]. Il vigente Codice civile, all'art. 1472, detta una regola per disciplinare l'acquisto della proprietà di un bene futuro, che "si verifica non appena la cosa viene ad esistenza". La dottrina prospetta l'inesistenza del bene, al momento della conclusione del contratto, quale inesistenza giuridica più che come inesistenza materiale: così, si finisce per sostituire la cosa, con il diritto sulla cosa.

Il riferimento alle "cose", operato dalla norma richiamata, sarebbe sintetico e tecnicamente non preciso, volendo la legge riferirsi ai diritti futuri, ivi compresi i diritti di credito [2].

Seguendo questa impostazione, la norma potrebbe assurgere a regola generale, valida per tutti gli atti di disposizione che abbiano a oggetto un bene o un diritto futuro, con la conseguenza che il relativo effetto si realizzerebbe "non appena la cosa [o il diritto] viene ad esistenza".

Tuttavia, l'allargamento della figura della vendita di cosa futura, fino a comprendere l'atto di disposizione di un credito futuro, è sembrato da respingersi [3]: l'espressione venire ad esistenza, invero, non può riferirsi al

[*] Dipartimento di Giurisprudenza, Studî politici e Internazionali. Dipartimento di Eccellenza 2023-2027, finanziato con fondi del Ministero dell'Università e della Ricerca.

[1] Nella manualistica, è canonica la distinzione tra *emptio rei speratae* ed *emptio spei*, la cui configurazione nell'uno, o nell'altro senso, non dipende dalle particolarità dell'oggetto, bensì dalla volontà delle parti e dal modo in cui è determinato il prezzo: M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, II ed. agg. da L. Capogrossi Bolognesi e G. Finazzi, Milano, 2013, 287.

[2] La deducibilità del credito, a oggetto del diritto, è un dato acquisito all'esperienza giuridica: deve, quindi, considerarsi oggetto qualsiasi bene giuridico, vale a dire qualsiasi realtà materiale ideale, concreta e ipotetica, idonea a produrre utilità, presente o futura, nel patrimonio della persona. In questo senso, deve leggersi anche la decisione della Corte cost., 10 marzo 2006, n. 95, in *Giur. cost.*, 2006, 969, la quale ha precisato che il diritto di credito costituisce un bene e, come tale, idoneo a circolare senza che ne sia coinvolto il debitore. Fra gli altri, osserva A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Dig. IV*, Sez. civ., 1988, 287, che, in quanto esercizio della disponibilità del credito, la cessione non può che essere ricondotta – quale specie al genere – nell'àmbito della categoria degli atti di disposizione volontaria di diritti, "e non può quindi che venire accostata all'altra specie di questo genere, l'alienazione dei diritti reali".



diritto sulla cosa, bensì alla cosa in senso materiale; inoltre, la disposizione sembra finalizzata a determinare l'acquisto della proprietà della cosa, non già all'acquisto di un diritto di credito.

D'altra parte, comprendere la cessione di un credito futuro nel campo di applicazione della norma richiamata, è sembrato inutile: invero, le regole della circolazione del credito, anche futuro, prescindono dall'applicazione del disposto dell'art. 1472 cod. civ. [4]. Codesta norma – dettata per la compravendita – potrà, al limite, trovare applicazione analogica per i negozî traslativi di diritti futuri [5]; non già per tutti i negozî dispositivi, per i quali occorrerà individuare, per ogni singola fattispecie, le regole inerenti alla produzione dei relativi effetti.

Ammettere che i diritti futuri possano essere oggetto di atti di disposizione, non risolve il problema della conseguente disciplina; il meccanismo acquisitivo del diritto futuro, e, in particolare, il suo perfezionamento, anche verso i terzi, necessita di un'indagine volta risolvere i potenziali conflitti fra soggetti diversi; conflitti che, altrimenti, sarebbero retti solo dal momento di venuta ad esistenza del diritto, regola che – più che risolvere – crea il conflitto stesso.

È noto come, in via generale, il dettato dell'art. 1348 cod. civ. stabilisca che la prestazione di cose future possa essere dedotta in contratto, ammettendo la legittimità di una contrattazione relativa a una ricchezza ancora non esistente [6]; il dato cronologico della "futurità" coinvolge, non soltanto la *res*, correlata ai diritti reali, ma anche altre categorie di situazioni patrimoniali produttive di utilità, idonee a soddisfare interessi giuridici rilevanti, come tali deducibili nel quadro del sistema del "valore-bene" [7]. Salvo ipotesi eccezionali (si pensi, a modo di esempio, al limite posto dall'art. 771 cod. civ. [8]), deve ritenersi che il "diritto futuro" possa essere

---

[3] Recentemente, E. Russo, *Della vendita. Disposizioni generali. Delle obbligazioni del venditore*, in *Cod. civ. Commentario* fond. da P. Schlesinger e dir. da F.D. Busnelli, Milano, 2013, 57, secondo il quale la lettera dell'art. 1472 cod. civ., è inequivoca, e il termine "cosa" viene utilizzato nella rubrica e ben tre volte nel corpo della disposizione, in correlazione con l'espressione "venire ad esistenza", che non può essere riferita diritto, ma alla cosa in senso materiale. Nel nostro ordinamento, la vendita è, alternativamente, ad efficacia reale o ad efficacia obbligatoria con effetto reale differito.

[4] La cessione del credito non è negozio retto *tout court* dalle norme sulla compravendita, tanto che la relativa disciplina è stata inserita fra le norme che regolano le obbligazioni in generale (collocazione che rappresenta una novità rispetto al precedente assetto risultante dal Codice abrogato, ove l'istituto era trattato all'interno della normativa dettata in tema di vendita): sia consentito il richiamo ad A. Natale, *La cessione del credito*, in *Le vicende traslative del credito* a cura di A. Natale, Milano, 2020, 26 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici. Sull'assenza di autonomia negoziale, strutturale e causale della cessione del credito, e sulla necessità di riferirsi al negozio con il quale si attua il trasferimento, salva l'integrazione normativa della disciplina, v. L. Ambrosini, *La vendita del credito con garanzia di solvenza*, Milano, 2003, 35.

[5] Le ricostruzioni dottrinali del trasferimento di cosa futura, che si sono susseguite negli anni, hanno spaziato dalla "inversione cronologica dell'ordine di formazione della fattispecie" alla fattispecie a formazione progressiva; dalla teoria del negozio condizionato a quella del negozio ad effetti meramente obbligatori. In ogni caso, si è convenuto sulla circostanza che l'acquisto del diritto coincida necessariamente con la venuta ad esistenza della cosa: D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti preliminari*, Milano, 1939, 86.

[6] Il dato positivo è ritenuto inconfutabile fondamento della tesi della generale disponibilità, salvi i particolari divieti stabiliti dalla legge, oltre che delle cose materiali future, anche dei diritti futuri: C. Coppola, *La rinunzia ai diritti futuri*, Milano, 2005, 126, secondo la quale dalla norma si desume l'autorizzazione, per i privati, a prevedere un'inversione cronologica degli elementi della fattispecie.

[7] In questi termini, C. Verde, *La circolazione dei crediti futuri*, Napoli, 2012, 10, secondo il quale sono deducibili a oggetto dei negozi giuridici, oltre che i diritti presenti, anche i diritti futuri, correlati a situazioni giuridiche patrimoniali (oggettive) non presenti nel momento in cui sussiste la fonte costitutiva del rapporto contenente la regolamentazione e la sorte di un "bene" futuro.

[8] Il fondamento della nullità della donazione, avente a oggetto beni futuri, viene ravvisata nello sfavore dell'ordinamento per le attribuzioni a titolo gratuito, anche al fine di porre un freno alle liberalità compiute con avventatezza: A. Torrente, *La donazione*, a cura di U. Carnevali, A. Mora, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, e cont. da P. Schlesinger, Milano, 2006, II ed., 407. Si precisa, peraltro, come la previsione di tale divieto paia "stonata" se solo si tiene conto che l'ordinamento, da una parte, tende a frenare la prodigalità del donante, creando così una evidente eccezione al principio generale dell'art.



oggetto di un atto di disposizione, inteso quale negozio che opera immediatamente una modificazione sul relativo diritto [9].

La circostanza che il diritto ancora non esista – e, quindi, scaturisca da una fattispecie non ancora iniziata, o non ancora produttiva di effetti preliminari – non sembra vietare di ammettere la disponibilità, in senso tecnico, dello stesso, incidendo, la futurità, esclusivamente sul modo di formazione del negozio [10]. Una volta ammesso come, la norma posta all'art. 1348 cod. civ., escluda impedimenti sostanziali all'astratta configurabilità di atti di disposizione su diritti futuri, il problema si sposta sull'aspetto strutturale del fenomeno, proprio perché non sembra che, la regola sulla vendita di cose future, possa valere per tutti gli atti di disposizione di diritti futuri.

Fra gli atti di disposizione di diritti, rilevano – oltre a quelli di trasferimento – quelli di costituzione di garanzia [11]; a dispetto di quanto possa immaginarsi, questi ultimi hanno un oggetto meno ampio, rispetto ai primi. Invero, possono essere concessi in pegno solo cose e diritti che siano, nel contempo, alienabili (vale a dire, trasferibili) ed espropriabili, qualità che non sempre coesistono [12].

In altri termini, non possono essere concessi in garanzia i crediti di fare e di non fare, che sono inespropriabili perché non valutabili economicamente, se non con riguardo alla persona dell'originario titolare [13]. Il diritto di credito futuro, da questo punto di vista, è – astrattamente – un diritto espropriabile [14]; tuttavia, sarà pignorabile solo se collegato a un preesistente rapporto giuridico, che consenta di identificarne tutti gli elementi oggettivi e soggettivi, tale da creare la concreta aspettativa che la somma, dovuta per le relative presta-

---

1348 cod. civ., mentre, dall'altra, consente la donazione universale, avente a oggetto tutti i beni presenti del donante stesso: G. BONILINI, *L'oggetto della donazione*, in *Tratt. successioni e donazioni* dir. da G. BONILINI, vol. VI, Milano, 2009, 437.

[9] Nell'àmbito della categoria dei negozi su beni futuri, si rileva come, anche un'obbligazione non ancora esistente, possa integrare il requisito oggettivo della fattispecie. A titolo di esempio, si evoca la problematica connessa alla vendita di cosa futura, visto che l'effetto traslativo presuppone il verificarsi di un evento futuro e incerto: ciò che difetta non è l'oggetto del contratto, ma l'oggetto della prestazione. Così, autorevolmente, si supera la tesi della vendita obbligatoria, in favore della tesi che vede nella vendita della cosa futura una fattispecie completa strutturalmente, ma temporaneamente inefficace per la presenza di una *condicio iuris*: P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futur*i, I, *La compravendita di "cosa futura",* Napoli, 1962, 151 ss.

[10] Il vantaggio della disponibilità del diritto futuro, si traduce, all'interno della teoria degli effetti giuridici preliminari, nella possibilità di creare un vincolo di irrevocabilità, concepito come stato di soggezione, vale a dire come impossibilità di impedire che una propria manifestazione di volontà, già espressa, produca successivamente una determinata modificazione giuridica: D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti preliminari*, cit., 277.

[11] La categoria dei contratti commutativi, vale a dire quelli che – nella definizione data dall'articolo 1098 del Codice Civile abrogato – miravano a costituire o sciogliere un vincolo di diritto, dovrebbe dividersi in due specie, secondo che la modificazione da essi operata riguardi il diritto materiale o il diritto processuale. A questa seconda specie, appartengono – osserva F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 19 – i cosiddetti contratti di garanzia, fra i quali il pegno: questi non sono, almeno direttamente, strumenti di circolazione.

[12] È necessario il requisito della espropriabilità del diritto, secondo D. RUBINO, *Il pegno*, in D. Rubino, G.P. GAETANO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno. I privilegi*, in *Tratt. dir. civ. it*., dir. da F. VASSALLI, Torino, 1956, II ed., 205, dal momento che anche la vendita e l'assegnazione della cosa data in pegno, costituiscono esecuzione forzata.

[13] Sarebbero, invece, espropriabili, e quindi anche assoggettabili a pegno – secondo P. DI PACE, *Il pegno dei crediti*, Padova, 1939, 54 – anche quei crediti di dare che si riferiscono a cose diverse dal denaro.

[14] Lo conferma, anche recentemente, la Suprema Corte: Cass., 27 ottobre 2022, n. 31844, in *www.ilprocessocivile.it*, con nota di R. VASTA, *I crediti eventuali sono pignorabili?* Segnatamente, il Collegio ha ribadito come possano formare oggetto di espropriazione presso terzi, anche i crediti eventuali, purché riconducibili ad un rapporto giuridico identificato e già esistente, in quanto dotati di capacità satisfattiva futura, concretamente prospettabile nel momento della assegnazione. Interessante ricordare il ragionamento della Corte: l'art. 553 cod. proc. civ. non richiede, quale condizione della pignorabilità del credito, la sua esigibilità, potendo formare oggetto dell'espropriazione forzata non solo un bene suscettibile di esecuzione immediata, ma anche una posizione giuridica attiva dell'esecutato, purché dotata di una capacità satisfattiva futura, prospettabile nel momento dell'assegnazione o per via di vendita e successiva aggiudicazione: Cass., 11 luglio 1962, n. 1835; conforme Cass., 22 giugno 1972, n. 2055; Cass., 4 dicembre 1987, n. 9027; Cass., 15 marzo 2004, n. 5235; Cass., 4 dicembre 1987, n. 9027; Cass., Sez. lav., 10 settembre 2009, n.19501.



zioni, diverrà esigibile, una volta verificatesi le condizioni previste dal rapporto giuridico sostanziale da cui nasce il credito del debitore esecutato verso il terzo pignorato [15]. Inoltre, eventuali limiti alla espropriabilità del diritto futuro – si pensi alla impignorabilità di stipendi, salari e paghe, dovuti ai dipendenti pubblici o privati, quale corrispettivi dell'opera prestata nei servizi da questi resi, disposto dall'art. 1, d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180 – varranno quale limite alla costituzione di garanzia pignoratizia sugli stessi [16].

Solo i crediti sperati, in quanto aleatorî, non possiedono alcuna capacità satisfattiva futura e non sono, dunque, pignorabili [17]; coerentemente, non potranno essere oggetto di pegno, diritti spettanti su una successione non ancora aperta, per più ordini di ragioni, non ultima la violazione del divieto di patti successorî (art. 458 cod. civ.).

Particolare è la situazione del credito così detto eventuale (a titolo di esempio, quello litigioso [18]): questo può formare oggetto di espropriazione, solo se derivante da un rapporto giuridico delineato in tutti i suoi elementi e suscettibile di capacità satisfattiva futura, concretamente prospettabile nel momento dell'assegnazione.

In breve: oggetto dell'atto di disposizione – e di cessione, in particolare, secondo l'opinione dominante [19] – può essere anche un diritto futuro: dunque, se è ammissibile la cessione del credito futuro, deve ritenersi ammissibile – laddove codesto diritto possa essere oggetto di espropriazione [20] – il pegno sullo stesso, a nulla ostando la circostanza che si tratterebbe di un "diritto su diritto futuro".

In entrambe le ipotesi, secondo un'opinione accreditata anche in giurisprudenza, si tratterebbe di una fattispecie a formazione progressiva [21]; in forza dei princìpi generali, d'altra parte, è valido il negozio avente un

---

[15] Cass., 22 giugno 2017, n. 15607; Cass., 10 ottobre 2019, n. 25421.

[16] Particolarmente rigorosa, è la giurisprudenza della Suprema Corte, secondo la quale la costituzione volontaria di pegno su stipendi, salari, pensioni ed altri emolumenti di dipendenti pubblici, anche in ragione della sua causa concreta, ravvisabile *ex latere creditoris* nel vincolo sulla disponibilità degli emolumenti a garanzia del credito, è vietata *ex* art. 1, d.P.R. n. 180 del 1950, in forza dell'assimilazione funzionale di essa al pignoramento di crediti vietato, dalla citata norma, allo scopo di garantire la permanente destinazione dei detti emolumenti alla loro naturale funzione di fronteggiare i bisogni propri del dipendente e della sua famiglia: Cass., 29 gennaio 2021, n.2151, in *Foro it*., 2021, I, 1708, la quale conclude per la nullità funzionale della pattuizione di siffatto pegno per illiceità della causa.

[17] Oggetto del negozio dispositivo, non sarebbe il diritto finale, bensì una situazione giuridica attuale, caratterizzata dall'incertezza dell'utilità che ne può derivare al titolare, e come tale di valore economico inferiore: U. STEFINI, *La cessione del credito*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, già dir. da L. Mengoni e cont. da P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI, Milano, 2020, 233; riferisce dell'aspettativa quale "diritto al diritto", P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., 33.

[18] Si ritiene che anche il credito eventuale, in veste di credito litigioso, sia idoneo a determinare – vuoi che si tratti di un credito di fonte contrattuale oggetto di contestazione giudiziale, vuoi che si tratti di credito risarcitorio da fatto illecito – l'insorgenza della qualità di creditore che abilita all'esperimento dell'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 2901 cod. civ.: Cass., Sez. Un., 18 maggio 2004, n. 9440, in *Foro it*., 2004, I, c. 2366. Nella circostanza, la Suprema Corte ha precisato come il credito soggetto a condizione sospensiva sia un credito eventuale, potenziale, che conferisce al titolare un'aspettativa.

[19] Sul fondamento ontologico della cedibilità dei crediti futuri, al pari di quelli esistenti, nonché sulla portata del dibattito dottrinale in merito alla incidenza della "futurità" del bene-diritto dedotto ad oggetto del procedimento alienativo, v. C. VERDE, *La circolazione dei crediti futuri*, Napoli, 2012, 7 ss., il quale evidenzia il fenomeno della «doppia futurità», vale a dire quella inerente a rapporti-fonti futuri ed ai conseguenti crediti necessariamente futuri.

[20] L'unico limite derivante dall'inesigibilità del credito pignorato, attiene in concreto alla fase esecutiva, ovvero al momento in cui il creditore assegnatario porterà ad esecuzione l'ordinanza di assegnazione: Cass., 27 ottobre 2022, n. 31844, cit.

[21] Sulla circostanza che il pegno di cosa futura rappresenti una fattispecie a formazione progressiva, già D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti preliminari*, cit., 90; in particolare, secondo questa prospettazione, la fattispecie a formazione progressiva trarrebbe origine dall'accordo delle parti (accordo in base al quale vanno determinate la certezza della data e la sufficiente specificazione del credito garantito), a meri effetti obbligatorî e si perfeziona con la venuta a esistenza della cosa, e la consegna di questa al creditore. In giurisprudenza, v. Cass., 26 marzo 2010, n.7257, in *Riv. not*., 2010, 1566, secondo la quale, in tale circostanza, la volontà delle parti è già perfetta nel momento in cui nell'accordo sono determinati sia il credito da garantire che il pegno da offrire in garanzia, mentre l'ele-



oggetto futuro, purché si rispetti il requisito della sufficiente determinabilità posto dalla norma espressa all'art. 1346 cod. civ [22]. Per quanto concerne il diritto di credito, come effetto giuridico concreto, questo è individuato dalla fattispecie che lo farà sorgere: la determinabilità di un credito, dunque, è senz'altro raggiunta nel momento in cui è iniziata la formazione della fattispecie produttiva di questo [23].

Il negozio di disposizione su un diritto futuro, ove non fosse vietato, configurerebbe un negozio di disposizione in senso tecnico: ovviamente, nella fattispecie, vi è una impossibilità giuridica che l'effetto reale, vale a dire la modificazione sul diritto, si produca nel momento della manifestazione di volontà, perché in quel momento il diritto ancora non esiste; d'altra parte, la immediata modifica del diritto nemmeno è voluta dalle stesse parti [24].

Sulla base di queste premesse, dovrà essere verificato – per quanto riguarda i negozî con funzione di garanzia, aventi a oggetto un credito futuro – il momento del sorgere della eventuale prelazione, i suoi elementi costitutivi e la sua struttura, la sua opponibilità ai terzi e le regole sottese a risolvere i conflitti con altri creditori privilegiati.

2. – Le prime considerazioni in merito alla ammissibilità di un pegno avente a oggetto diritti futuri, non possono che trarre origine dal pegno su cosa futura [25]: la giurisprudenza lo ha ritenuto ammissibile – e validamente costituito tra le parti, *ab origine* – ancorché il sorgere della prelazione non possa prescindere dall'avvenuta esistenza della cosa e dalla sua consegna al creditore, venendosi a produrre, fino a quel momento, solo effetti obbligatorî tra le parti [26].

Opportunamente, si sono rilevate differenze, a seconda che il bene oggetto del pegno sia, oppure no, suscettibile di impossessamento [27]: laddove trattasi di bene suscettibile di impossessamento, il titolo avrebbe

---

mento che deve verificarsi in futuro, per il completamento della fattispecie, è meramente materiale, consistendo esso (oltre che nella venuta ad esistenza della cosa) nella consegna di questa al creditore.

[22] La Suprema Corte esclude che esista una norma che vieti la disponibilità dei diritti futuri, perché meramente eventuali; così, la venuta in essere del diritto futuro integra un requisito di efficacia della cessione, ma non della sua validità: Cass., 10 dicembre 2018, n. 31896, in *Dir. giust.,* fasc. 218, 7. Nello stesso senso, in tema di cessione di credito, si osserva che la situazione soggettiva in senso lato creditoria, può essere esistente al momento della cessione quanto eventuale o futura, purché naturalmente determinabile: P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Cod. Civ*., a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1982, 13, secondo il quale, tuttavia, la particolare funzione socio-giuridica che, con la cessione, si intende concretamente realizzare, può incidere sulla sfera di operatività dell'istituto data la presenza nel nostro ordinamento di norme, seppur eccezionali, che vietano o limitino gli atti dispositivi su beni futuri. Al di fuori di queste ipotesi, comunque, la cessione può, al pari di qualsiasi atto dispositivo di situazioni patrimoniali, riferirsi anche alle situazioni creditorie future.

[23] Significativa, da questo punto di vista, è la giurisprudenza: pronunziandosi sulla determinabilità del credito futuro, Trib. Milano, 16 ottobre 1989, in *Riv. it. leasing*, 1990, 182, ha ritenuto sufficiente anche la sola indicazione della fonte "futura" obbligatoria, o di altri elementi idonei a poterla individuare; analogamente, Cass., 8 maggio 1990, in *Foro it*., 1991, I, c. 2489, secondo la quale è sufficiente che si indichino il futuro debitore e i fatti dei quali, presumibilmente, il credito verrà ad esistenza.

[24] Quando si precisa che negozio di disposizione è quel negozio che opera immediatamente una modificazione, in senso lato, sul diritto, il termine immediatamente non è tanto un valore cronologico, quanto un valore funzionale: sarebbe stato più corretto, osserva D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti preliminari,* cit., 402, sostituirlo col termine direttamente. Così, detto termine non significa la necessità che la modificazione sul diritto si produca nel momento in cui viene manifestata la volontà, ma solo significa che tale modificazione si produce nel momento in cui è completa la complessiva fattispecie del negozio di disposizione.

[25] Sul credito considerato quale oggetto di scambio, si rinvia a P. SCHLESINGER, *Il «primato» del credito*, in *Riv. dir. civ*., 1990, I, 825 ss.

[26] Cass., Sez. Un., 2 ottobre 2012, n. 16725, in *Banca, borsa tit. cred*., 2013, 601, con nota di G. GUZZARDI, *Ammissibilità ed efficacia del c.d. pegno sul "credito all'acquisto e alla consegna di titoli*", la quale pronunzia conferma come, il pegno di cosa futura, rappresenti una fattispecie a formazione progressiva.

[27] F. REALMONTE, *Il pegno*, in *Tratt. dir. priv*., dir. da P. RESCIGNO, vol. XIX, Torino, 1997, II ed., 807, il quale riporta l'ipotesi



solo effetti obbligatorî e la costituzione del diritto reale di pegno avverrebbe con la venuta ad esistenza e lo spossessamento del bene stesso; viceversa, nel caso di diritto di credito o altro diritto, si ritiene che l'effetto reale segua già alla formazione del titolo, qualora siano rispettate le formalità previste agli articoli 2800 ss. cod. civ. La distinzione sarebbe giustificata, secondo questa dottrina, sia per la materiale impossibilità che quelle formalità precedono la venuta ad esistenza del diritto, sia per la ritenuta inapplicabilità analogica dell'art. 2823 cod. civ., sul presupposto che la *ratio*, del divieto di iscrizione ipotecaria prima della venuta ad esistenza del bene, vada ricondotta alla difficoltà di descrizione del bene futuro nella nota di iscrizione dell'ipoteca [28]. Nondimeno, si osserva che le conclusioni sarebbero diverse (e le formalità andrebbero ritenute attuabili solo con la venuta ad esistenza del diritto), qualora la *ratio* di quel divieto venisse piuttosto ricondotta all'impossibilità di un diritto reale su un bene non ancora venuto ad esistenza [29].

In ogni caso, la idoneità di un bene futuro a formare oggetto di un valido titolo per la costituzione del pegno presuppone che le parti siano consapevoli dell'attuale inesistenza del bene: invero, un titolo formato nell'erronea convinzione dell'attuale esistenza del bene, sarebbe nullo per mancanza di oggetto [30].

Data l'assenza dello spossessamento, nel caso di costituzione di pegno su bene futuro, è possibile che altri soggetti, diversi dal creditore pignoratizio, possono acquisire taluni diritti sul medesimo bene [31]; ciò sarà particolarmente complesso, nell'ipotesi in cui oggetto di garanzia sia un credito futuro, e in particolare nel caso in cui il medesimo credito sia oggetto di cessione in garanzia in favore di altro creditore, o di altra garanzia non possessoria [32]. È noto, infatti, che, in base al disposto dell'art. 2807 cod. civ., spetta al pegno di crediti il diritto di seguito, che costituisce una delle caratteristiche tipiche del diritto reale di garanzia e, in ragione del

---

del pegno irregolare su incassi futuri, presa in esame da Trib. Parma, 6 giugno 1990, in *Dir. fall*., 1990, II, 132 (ove, peraltro, fu esclusa l'efficacia del pegno su crediti, per la mancata realizzazione delle indispensabili condizioni poste dall'art. 2800 cod. civ.).

[28] G. Gorla, P. Zanelli, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, IV ed., 19.

[29] F. Realmonte, *Il pegno*, cit., 807, il quale rimarca come, in presenza di titolo valido, non sussistano ostacoli alla sua qualificazione come definitivo anziché come preliminare, atteso che la realità del pegno non implica affatto la realità del titolo costitutivo.

[30] D. Rubino, *Il pegno*, cit., 208.

[31] Non può essere messa in dubbio, secondo autorevole dottrina, l'appartenenza del pegno di crediti alla categoria dei diritti reali di garanzia: E. Gabrielli, *Il pegno*, in *Tratt. dir. civ*., dir. da R. Sacco, Torino, 2005, 203. Sul tema, v. D. Rubino, *Il pegno*, cit., 213, il quale, per accertare l'ammissibilità di un diritto reale di pegno anche sui crediti, prende le mosse dal problema dell'ammissibilità di diritti su diritti, vale a dire di diritti che abbiano per oggetto un altro diritto, per giungere alla conclusione che, se la distinzione tra cose e diritti soggettivi si può porre nel senso che "cosa è tutto ciò che è capace di fornire un'utilità all'uomo, mentre il diritto soggettivo è il mezzo per attribuire tale utilità ad una determinata persona per proteggere questa attribuzione", allora si può rilevare che – ai fini e dagli effetti della garanzia – anche il credito dato impegno può appagare il creditore pignoratizio con la sua vendita giudiziale, con il che si dimostra che "se non è vero che tutti i diritti siano sempre suscettibili di essere trattati come cose, tuttavia a determinati diritti possono anche divenire "cose" rispetto ad altri determinati diritti, e quindi fungere da oggetto di questi ultimi".

[32] Il legislatore, con le disposizioni previste dagli artt. 2800 e ss. cod. civ., ha voluto soddisfare anche con riguardo al credito, quale possibile oggetto di pegno, l'esigenza di ovviare al pericolo di perdere – mediante sottrazioni o alienazioni – l'oggetto del vincolo sul quale esercitare la funzione di garanzia, predisponendo a tal fine opportune tecniche e modalità, ovviamente diverse rispetto a quelle adottate per il pegno di cosa mobile, ma ciò nonostante ugualmente adeguate allo scopo, sia nei rapporti *inter partes*, sia sul piano della circolazione dei diritti e del conflitto con gli altri creditori singolari o concorsuali. Con l'introduzione nell'ordinamento di fattispecie di garanzie non possessorie – osserva D. Messinetti, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1991, 802 – "non crescono affatto le probabilità di processi inclusive di conflitti, ma (…) si sposta il punto di vista sotto il quale i conflitti possono presentarsi: si modifica, cioè, l'aspetto fenomenico di tali conflitti. Così, i modelli di garanzia non possessori, naturalmente, non contengono strutture ordinate sulla forma di circolazione (per così dire, coatta) dei beni che fanno capo a trasferimenti dei diritti tramite possesso (art. 1153 cod. civ.) ma si combinano in effetti giuridici diretti a incidere (a creare modificazioni) essenzialmente nella circolazione libera, cioè fondata su dispositivi negoziali, dei beni: processi, questi, che la garanzia possessoria non fa propri come strategia concettuale immanente, ma sui quali interviene, di riflesso, nel momento in cui funziona come tecnica di opponibilità dei conflitti (opponibilità del vincolo ai successivi acquirenti del bene)".



quale, l'immediatezza del potere va intesa in senso non fisico, bensì giuridico, sia per quanto attiene alla natura del potere, sia per quanto inerisce alla immediatezza di esso. Nel pegno di crediti, la titolarità permane in capo al costituente, il quale può liberamente disporre del credito stesso (ma non potrà rinunziarvi o riscuotere lo stesso [33]), anche se risulterà gravato da quel vincolo di destinazione caratteristico delle garanzie reali; viceversa, nessun potere dispositivo è riconosciuto il creditore garantito, titolare di un semplice diritto reale di garanzia.

3. – Sono note le difficoltà nel ricostruire una nozione coerente di pegno di crediti, concepito quale «diritto su diritti», categoria dogmatica sulla cui (ammissibilità e) utilità è sorto un acceso dibattito [34]; inoltre, ne è sempre stata discussa la sua effettiva «realità» [35].

Diverso, invece, è il problema dell'identificazione del credito garantito: in assenza di una specifica disciplina, si ritiene che una prima indicazione possa trarsi dal principio fondamentale – in tema di garanzia del credito in genere e, in particolare, di garanzie reali – dall'accessorietà della garanzia medesima [36]. In breve, se il credito, a garanzia del quale viene costituito un pegno, deve essere esistente e determinato, consegue che non dovrebbe essere possibile costituire il pegno a garanzia di un credito non ancora sorto, in quanto siffatta garanzia sembrerebbe, *prima facie*, porsi in contrasto con il menzionato principio di accessorietà della garanzia reale [37]. Non sorprende, quindi, che la giurisprudenza dichiari la nullità del così detto pegno *omnibus* se la scrittura costitutiva non contenga idonei riferimenti per la sufficiente indicazione del credito garantito [38]. Non di meno, si ritiene sufficiente – per l'ammissibilità di un pegno in relazione ad un credito futuro – che sia esistente, al momento della costituzione della garanzia, il rapporto giuridico dal quale possa eventualmente nascere il credito medesimo [39].

In questa sede, tuttavia, rileva, non già l'identificazione del credito futuro, garantito dal pegno, quanto, piuttosto, il pegno avente a oggetto un credito futuro.

---

[33] P. Di Pace, *op. cit*., 179 ss. ricorda come il debitore non possa frustrare l'interesse del creditore pignoratizio.

[34] Sulla questione, tradizionalmente controversa, in senso affermativo, v. A. Cicu, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, 5; in senso contrario: S. Pugliatti, voce *Cosa (teoria gen.)*, in *Enc. dir*., XI, Milano, 1962, 85. Con specifico riferimento al pegno di crediti, in favore della qualifica nei termini di un diritto su diritti, v. Salv. Romano, *Natura giuridica del pegno di crediti*, Milano, 1928, 47; ritiene, invece, che la figura realizzi una fattispecie di cessione *pro solvendo* del credito, E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 199.

[35] Il diritto che si pretende costituito su un altro diritto, in realtà, ha il medesimo bene che l'oggetto dell'altro diritto, o una particolare utilità di questo, ma non il diritto stesso: M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm*., già dir. da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, e cont. da P. Schlesinger, Milano, 2011, II ed., 124. Si tratta, in sostanza, della compatibilità o coesistenza di due diritti aventi ad oggetto un medesimo bene o le utilità di esso: compatibilità che può esistere rispetto ai vari modi d'essere del bene. In tal modo, la pretesa costituzione di un diritto su altro diritto realizza invece una ipotesi di successione derivativa-costitutiva da un diritto più ampio a un diritto di contenuto minore limitato nei suoi poteri e facoltà e pertanto qualitativamente diverso dal primo.

[36] Cfr. D. Rubino, *Il pegno*, cit., 188: "il riferimento ad un credito da garantire è un presupposto necessario dell'atto che fa sorgere il credito"; M. Tamponi, *Sulla clausola estensiva della garanzia pignoratizia ai crediti presenti e ai crediti futuri*, in *Riv. dir. civ*., 1974, II, 219, secondo il quale l'indicazione del credito garantito è sempre necessaria, e non solo per la prelazione, ma per il sorgere medesimo del credito.

[37] In questi termini, G. Stella, *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Padova, 2003, 91.

[38] Recentemente, v. Trib. Milano, 30 luglio 2019, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, 47, con nota di M. Natale, *Brevi note in tema di pegno* omnibus *e nuovo pegno non possessorio*.

[39] La validità ed efficacia del pegno, diritto reale accessorio, presuppone l'esistenza del credito da garantire, vale a dire "la sussistenza del rapporto giuridico da cui derivano i reciproci diritti ed obblighi delle parti": G. Stolfi, *Sul pegno per crediti indeterminati*, in *Studi di diritto privato*, Milano, 1980, 736.



Attuale, quindi, è il tema dell'ammissibilità di un "diritto su diritto"; d'altra parte, non si è dubitato che, se si potesse concludere per l'esistenza di un diritto reale di pegno anche sui crediti, sì da mantenere l'unità giuridica dell'istituto del pegno, questa sarebbe la soluzione migliore [40].

Analoghi dubbî, *a fortiori*, riguardano la configurabilità di un pegno su credito futuro [41]: quest'ultimo, come è noto, è definito quale credito non attualmente esistente nel patrimonio di alcuno, sicché deve distinguersi dal credito altrui [42]. Nel primo caso, si tratta di un credito che deve ancora venire ad esistenza; nel secondo caso, si tratta di un credito che esiste, ma è attualmente esistente nel patrimonio di altri. Inoltre, il credito futuro si distingue dal credito esistente, ma inesigibile, o per il quale – esistente – non è ancora sorto l'obbligo di eseguire la prestazione.

La distinzione tra crediti futuri e crediti esistenti, ma non ancora esigibili, è particolarmente delicata, soprattutto quando si tratti di crediti derivanti da prestazioni periodiche o continuative, che matureranno nell'ambito di un rapporto di durata, sovente trattati dalla giurisprudenza come crediti futuri. Andrà valutata la causa del negozio da cui sorge il credito, e l'incidenza del tempo nella maturazione del diritto alla prestazione, per individuare se il credito sia unitario (e quindi già sorto, ancorché non esigibile), o sia piuttosto possibile identificare diversi diritti che sorgano in tempi diversi (dei quali, quindi, sarebbe possibile disporre come diritti futuri) [43].

Coerentemente, la dottrina distingue tra le fattispecie in cui, sul rapporto, incide solo il decorso del tempo quale fattore certo (a titolo di esempio: canoni di locazione, interessi a fronte di un mutuo), e le fattispecie in cui, sul rapporto, incidano anche altri fattori, certi o incerti: in questo secondo caso, i crediti sorgerebbero man mano che ne maturi la ragione costitutiva. Quindi, senz'altro sarebbe possibile disporne come crediti futuri, o disporre dell'aspettativa alla loro maturazione [44].

A titolo di esempio, è noto che la disposizione dell'art. 2350 cod. civ. attribuisca, al titolare di partecipazioni sociali, il diritto a una parte proporzionale degli utili netti (e del patrimonio netto risultante dalla liquidazione della società) [45]. Non di rado, questa "aspettativa" di distribuzione di futuri utili (se realizzati) è co-

---

[40] Favorevole all'ammissibilità di diritti su diritti, vale a dire di diritti che abbiano per oggetto un altro diritto, è D. RUBINO, *Il pegno*, cit., 213: il diritto soggettivo può subire, in dati casi, una certa oggettivazione, come dimostrato dalla possibilità che venga trasferito, cioè che divenga oggetto di un negozio di trasferimento. Il pegno, infatti, limita semplicemente, e non annienta, i poteri del creditore concedente, tanto che, estintosi il pegno, il diritto impegnato ritorna automaticamente nella pienezza del suo contenuto per il suo titolare; d'altra parte, anche durante l'esistenza del pegno, il creditore concedente conserva, e può esercitare, qualche potere, come quello di cedere il credito, sia pure gravato dal pegno. Si ritiene, quindi, dimostrato che, "se non è vero che tutti i diritti siano sempre suscettibili di essere trattati come cose, tuttavia determinati diritti possono anche divenire "cose" rispetto ad altri determinati diritti, e quindi fungere da oggetto di questi ultimi".

[41] Il connotato della futurità, invero, deve essere riferito alla fattispecie costitutiva, non all'effetto e presuppone che la prima non si sia ancora perfezionata. Pure con riferimento alla diversa fattispecie del negozio soggetto a termine di efficacia, la futurità del credito è stata revocata in dubbio, sulla base, tra l'altro, dell'art. 1185, secondo comma, cod. civ., che prevede l'irripetibilità di quanto pagato anticipatamente dal debitore: S. RUPERTO, *Efficacia giuridica. Appunti per una lezione di diritto privato*, in *Jus*, 2007, 420 ss. In altri termini, un credito soggetto al termine di adempimento o al termine di efficacia non può quindi essere definito futuro. Sul piano ontologico, va ribadito che altro è la futurità del bene, altro è la futurità del rapporto, come viene confermato dall'art. 1348 cod. civ., che ammette la validità del negozio avente quale oggetto prestazioni di cose future, ponendo il bene materiale all'esterno della fattispecie. Ciò ha contribuito a supportare la tesi dell'estraneità del bene dal negozio e l'autonomia delle nozioni di oggetto del negozio e di oggetto del rapporto, che costituiscono un dato acquisito del nostro sistema giuridico; sul tema, per tutti, v. N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it*., XI, Torino, 1963, 798 ss.

[42] Per una compiuta ricostruzione del credito futuro, v. S. TROIANO, *La cessione dei crediti futuri*, Padova, 1999, *passim.*

[43] U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., 232, secondo il quale un indizio può consistere nella certezza, o meno, del verificarsi dei fatti da cui dipende il diritto alle singole prestazioni.

[44] S. TROIANO, *op. ult. cit*., 171.

[45] G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm*., 1963, 412, il quale, riconosciuta la libertà della socie-



stituita a garanzia di un finanziamento, come nel caso di un mutuo finalizzato all'acquisizione della partecipazione da parte dei soci [46]; garanzia diversa dalla costituzione di pegno sulle quote o azioni della società (disciplinate dalla norma affidata all'art. 2806 cod. civ. [47]), e che può concorrere con questa. In verità, il problema riguarderebbe – man mano che i singoli esercizi sociali chiudano con un utile – la contrapposizione fra il diritto dell'azionista al dividendo, e la possibilità di un legittimo autofinanziamento dell'impresa sociale; di qui, l'esigenza di trovare un giusto punto di equilibrio tra l'interesse dell'azionista alla remunerazione dell'investimento (e, quindi, al dividendo) e quello della società all'autofinanziamento [48].

Non di meno, parte della dottrina nega che il cosiddetto diritto agli utili rappresenti la qualificazione formale di un autonomo interesse individualizzato al completamento di una presunta fattispecie a formazione progressiva [49]; indubbia, tuttavia, è l'incertezza che caratterizza, non solo la misura degli utili, ma, altresì, della loro realizzazione. Il diritto attuale del socio, alla futura remunerazione dell'investimento, presuppone la realizzazione di un utile sociale, e la successiva fase procedimentale di accertamento, che si realizza nell'approvazione del bilancio, e che si conclude con la delibera di distribuzione.

Considerazioni, queste ultime, che – con riferimento al dividendo dei futuri esercizi sociali [50] – pongono il socio in una situazione di mera aspettativa, difficilmente associabile – salve le responsabilità per *mala gestio* degli amministratori – a un qualunque fenomeno rilevante sotto il profilo giuridico [51]; talché, si dovrebbe escludere la configurabilità di un pegno, che abbia a oggetto siffatta attesa [52].

---

tà di determinarsi in ordine alla scelta del comportamento da seguire, afferma che tale determinazione "deve pur sempre ispirarsi a taluni criteri fondamentali, che debbono presiedere in ogni caso all'azione dei soggetti che vivono in uno stesso aggregato sociale".

[46] La nozione di aspettativa, e la sua rilevanza giuridica, risultano in dottrina e giurisprudenza tra le più tormentate, discutendosi perfino sull'autonoma configurabilità giuridica di una situazione di aspettativa, la quale designerebbe situazioni rilevanti esclusivamente sul piano del fatto: R. SCOGNAMIGLIO, voce *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 226 ss. Certamente, la nozione evoca una situazione di attesa, giustificata dalla probabilità del verificarsi di un determinato evento, che, già in chiave extragiuridica, si collega all'idea di una vicenda destinata svolgersi nel tempo e comunque giammai esaurentesi *uno actu*.

[47] Recentemente, conferma come la costituzione in pegno delle quote di società a responsabilità limitata sia soggetta al disposto della norma dell'art. 2806 c.c., sicché il diritto di pegno risulta costituito con l'iscrizione del relativo atto nel registro delle imprese, Cass., 27 novembre 2019, n. 31051, in *ilsocietario.it*, con nota V. PAPAGNI, *Pegno su quote di s.r.l. costituito con iscrizione nel registro delle imprese,* il quale ricorda anche la diversa tesi (di minoranza), secondo la quale il pegno di quota abbia la natura di cessione del diritto agli utili ed alla quota di liquidazione, qualificandolo dunque come pegno di crediti. Pertanto, per costituire un pegno di quota sarebbe sufficiente un contratto tra debitore e creditore, soggetto a notifica nei confronti della società, ma al solo fine della sussistenza dello *ius prelationis.*

[48] Ricorda il dibattito, sorto tra la fine degli anni Cinquanta e i primi anni Sessanta, avente a oggetto il diritto dell'azionista al dividendo, M. STELLA RICHTER JR, LONG-TERMISM, in *Riv. società*, 2021, 16.

[49] Il diritto agli utili, secondo U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995, 198, costituisce il riflesso soggettivo di un interesse, a rilevanza ultra individuale, solo occasionalmente protetto in riferimento al suo portatore.

[50] Diversa, invece, è la situazione soggettiva nel periodo che separa la delibera di approvazione del bilancio, da quella che ne dispone la distribuzione: in questo lasso di tempo, il socio sembra trovarsi in una situazione di vera e propria aspettativa di diritto, qualificata attraverso l'imposizione a carico della società del dovere di motivare una destinazione degli utili, diversa da quella naturale alla distribuzione.

[51] Osserva C. COPPOLA, *op. cit.*, 53, che la naturale proiezione della situazione di aspettativa, in un momento cronologico e logico diverso dal presente, viene poi contraddetta dall'affermazione di una sua valenza attuale. Nello stesso senso, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, rist. II ed., 524, il quale avverte il pericolo che l'uso dell'espressione aspettativa possa offuscare la sostanza del fenomeno, che non è certo quella dell'esistenza di un diritto attuale, ma dell'eventuale titolarità di un diritto futuro. Proprio la nozione di aspettativa, viene utilizzata in giurisprudenza in senso meramente negativo, in contrapposizione al concetto di diritto soggettivo, per designare situazioni di fatto, assolutamente prive di tutela giuridico-formale, non qualificate da alcuna norma e, pertanto, irrilevanti; in questa prospettiva, Cass., 11 marzo 1993, n. 2525, in *Società*, 1993, 1202, nega l'esistenza di un diritto soggettivo dell'azionista alla percezione degli utili, prima e indipendentemente dalla deliberazione assembleare di distribuzione,



Non sembra di questo avviso la giurisprudenza: come già rilevato, è ammessa la pignorabilità della semplice aspettativa, così come, pacificamente, ne è ammessa la circolazione. In altri termini, anche la aspettativa di distribuzione di dividendi (quale porzione di utili distribuibili agli azionisti), può essere considerata alla stregua di un'aspettativa di un diritto credito – specie se con riferimento a futuri esercizi sociali – e, quindi, può essere oggetto di pegno.

Da altro punto di vista, è opportuno ricordare la distinzione fra il credito futuro in senso stretto, rispetto al credito eventuale [53]: nel primo caso, si tratta di crediti maturandi, con origine da un unico e già esistente rapporto-base, quali i crediti di lavoro; nel secondo caso, si tratta di crediti non necessariamente identificati in tutti gli elementi oggettivi e soggettivi [54]. Ciò che conta, secondo attenta dottrina, non sarebbe già la effettiva attualità della fonte obbligatoria, quanto la determinatezza o determinabilità del credito, attraverso l'indicazione del futuro debitore, nonché dei fatti e delle modalità con cui presumibilmente il credito sarebbe venuto ad esistenza: nel credito futuro, secondo questa impostazione, rientrerebbe anche il credito sperato, meramente eventuale [55].

In mancanza di una precipua indicazione dei criterî, alla cui stregua individuare il credito non attuale, vale a dire l'individuazione di un'unitaria operazione negoziale, la previsione di disporre di crediti eventuali – per le sottese esigenze di tutela dei terzi – dovrebbe ritenersi inefficace, almeno *erga omnes*: dunque, ai fini della costituzione della garanzia pignoratizia su credito eventuale, il vincolo potrà essere solo preliminare, con necessità di un successivo atto efficace *erga omnes*.

Viceversa, nel caso di credito futuro in senso stretto, sembra ammissibile un atto di disposizione con efficacia *erga omnes*: la costituzione di un pegno, su codesto diritto, sarà semplicemente condizionata – ferma la necessità delle formalità menzionate dall'art. 2800 cod. civ. – alla venuta a esistenza del credito oggetto di garanzia (non già di altri) [56].

Non è di ostacolo, invero, alla configurazione di un pegno su credito futuro, la disposizione che vieta l'ipoteca su cosa futura prima che la stessa venga ad esistenza (art. 2823 cod. civ.); d'altra parte, ammettere la possibilità di costituire il pegno su crediti futuri sembra conforme al principio dettato dall'art. 2740 cod.

---

affermando espressamente che "prima di tale momento, vi è una semplice aspettativa, potendo l'assemblea sociale diversamente impiegare gli utili o anche rinviarne la distribuzione nell'interesse della società".

[52] Lo conferma, indirettamente, la non pignorabilità del bene dell'acquirente con riserva di proprietà: costui vanta, secondo la condivisibile opinione di U. La Porta, *Il trasferimento delle aspettative,* cit., 149, una tutela proporzionale all'intensità dell'interesse sostanziale sotteso; dunque, si tratta di una aspettativa tutelata.

[53] In giurisprudenza, la distinzione è affermata, per la prima volta, da Cass., Sez. lav., 26 ottobre 2002, n. 15141, in *Foro it*., 2003, I, c. 498; in *Banca borsa tit. cred*., 2003, II, 534.

[54] Analogamente, anche in paesi con ordinamento paragonabile al nostro, come quello spagnolo, si sono evidenziati diversi criterî per determinare i crediti futuri: M. I. Feliu Rey-Helena Arias, *Il pegno (*prenda*) di crediti futuri in Spagna,* in *Contr. impresa/Europa*, 2018, 532.

[55] R. Cicala, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 86.

[56] Si osserva come, nella prassi assicurativa, sono diffusi diversi strumenti intesi a consentire al contraente la costituzione di garanzie aventi ad oggetto la polizza vita. Accanto al così detto vincolo di polizza – con il quale il contraente ha la facoltà di attribuire ad un soggetto, il vincolatario, il diritto ad incassare la liquidazione della polizza in caso di sinistro (o al ricorrere di altre circostanze) – il contraente ha la facoltà di costituire pegno sulla polizza *linked*.

È *communis opinio* – osserva recentemente A. Salvador, *Pegno di polizza* unit linked *e obblighi di custodia dell'oggetto della garanzia*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, 115, che siffatta garanzia vada sussunta nello schema del pegno di credito, e come la giurisprudenza abbia condiviso tale qualificazione, precisando che «un accordo così concepito costituisce un pegno di crediti futuri», in cui l'oggetto del pegno sia identificabile nel credito futuro derivante vuoi dalla liquidazione dell'indennizzo o della prestazione assicurativa, vuoi dall'esercizio del diritto di riscatto: Trib. Roma, 23 agosto 1997, in *Arch. civ*., 1997, 996 ss.; in senso conforme, la decisione n. 1173 del 26 febbraio 2014 dell'Arbitro Bancario Finanziario, reperibile sul sito *www.arbitrobancariofinanziario.it*.



civ., la cui norma statuisce come il debitore debba rispondere dei suoi debiti con tutti i suoi beni, presenti e futuri.

Si badi: la ammissibilità di un negozio di disposizione su diritti futuri, non equivale alla produzione del suo effetto reale definitivo nel momento stesso della manifestazione di volontà; piuttosto, la attuale inesistenza del diritto lascia aperto il processo di formazione della fattispecie, vale a dire lascia aperta la possibilità che, ove il diritto sorga successivamente in capo all'attuale disponente, allora il negozio si completerà, producendo *ipso iure* l'effetto reale definitivo [57].

Ho osservato come, anche un credito futuro, possa essere concesso in pegno, secondo le regole codicistiche, sempre che si tratti di credito sufficientemente determinato o determinabile, analogamente a quanto richiesto per il credito garantito [58]. Anche per il credito futuro, infatti, rimane ferma l'esigenza di specialità – che deriva dalla natura del pegno, quale garanzia specifica [59] – così che deve escludersi la possibilità di un pegno generale su tutti i crediti futuri di un determinato soggetto.

Dovrebbe attendersi, invero, per il sorgere della prelazione, che il credito effettivamente venga ad esistere; prima di quel momento – accogliendo la ricostruzione del pegno su credito futuro quale fattispecie a formazione progressiva – si produrrebbero effetti meramente obbligatorî [60]; dunque, fino alla venuta ad esistenza del credito, non sussisterebbe la prelazione, anche perché non esiste l'oggetto della garanzia [61].

Con la costituzione del pegno su credito futuro, sorgerebbe l'obbligazione, del costituente il pegno, di far venire ad esistenza il credito: conseguentemente, dovrà porsi il problema dell'applicabilità delle regole sulla impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Il problema, peraltro, sarà particolarmente sentito, laddove l'inadempimento del costituente sia antecedente alla scadenza dell'obbligazione garantita. Invero, se il sorgere del futuro credito dato in pegno sia divenuto impossibile per causa imputabile al debitore costituente, si configura un inadempimento, rispetto al quale il creditore oppignorante potrà senz'altro avvalersi dei rimedî espressamente previsti.

Quanto all'onere, in capo al creditore pignoratizio, di "compiere gli atti conservativi del credito ricevuto in pegno" (art. 2802 cod. civ.), è noto che vi siano ricompresi tanto gli atti di mera gestione, quanto quelli di

---

[57] Osserva R. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 403, che, nel processo di formazione della fattispecie, l'esistenza del diritto generalmente precede, in ordine cronologico, la manifestazione di volontà. Secondo questa dottrina, è possibile attuare, per iniziativa delle parti, una inversione cronologica nel processo di formazione della fattispecie, "solo ove sia (ipoteticamente) autorizzata dalla norma".

[58] In questi termini, C.M. Bianca, *Diritto civile.* 7. *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 222. Analogamente a quanto previsto in tema di pegno di cosa futura, anche laddove oggetto di pegno fosse un credito futuro, l'espressione potrebbe far riferimento sia un credito ancora non venuto ad esistenza, sia ad un concetto di relazione (quindi, ad un credito esistente, ma che attualmente non faccia parte del patrimonio del concedente); quanto a quest'ultima ipotesi, si pensi all'acquisto di un portafoglio di crediti deteriorati, finanziati da un investitore che – prima di concedere il finanziamento – voglia ottenere il pegno sui crediti che saranno acquistati, a garanzia del proprio finanziamento.

[59] Sul principio di specialità, sebbene con riferimento all'oggetto del pegno, v. S. Ciccarello, voce *Pegno (dir. priv.*), in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 684.

[60] Cass., Sez. Un., 2 ottobre 2012, n. 16725, cit., la quale si è pronunciata riguardo al problema dell'efficacia del pegno di credito con riferimento all'acquisto e alla consegna dei titoli di Stato non ancora emessi. La Suprema Corte, infatti, affermandone la natura di credito futuro, ha stabilito che – a differenza del pegno di credito di denaro o di altre cose fungibili, ove valgono le norme poste all'art. 2803 cod. civ. – i titoli dematerializzate non sono esistenti fino a quando non viene formato il documento che li incorpori; pertanto, fino alla sua consegna, si producono effetti meramente obbligatorî e la prelazione, in capo al creditore, sorge solo dopo la specificazione e la consegna.

[61] M. Di Marzio, *Il pegno*, Milano, 2019, 147, il quale evidenzia il diverso regime, pur in riferimento al credito per la consegna di titoli, fra pegno di credito alla consegna di denaro o altra cosa fungibile già esistente al momento della convenzione, rispetto al pegno su titoli di Stato in regime di dematerializzazione.



conservazione "in senso dinamico", ossia finalizzati a mantenere «inalterato nel tempo il valore economico o finanziario dell'oggetto della garanzia». Solo questi ultimi, in astratto, sembrano riferibili al creditore pignoratizio di credito futuro: difficile, ad ogni modo, immaginare atti che il creditore si trovi in condizione di dover compiere tempestivamente, in relazione all'esclusività dello *jus exigendi*, essendo non attuale il diritto da tutelare; inoltre, si esclude l'onere a carico del creditore con riferimento a quegli atti che il costituente sarebbe in grado di realizzare autonomamente (per i quali, il creditore ha la facoltà ma non l'obbligo di compierli).

È proprio in materia di pegno di crediti, che la distinzione tra titolo per la costituzione e costituzione del diritto di pegno, distinzione che segna la conformazione strutturale dell'istituto, si manifesta con particolare evidenza [62]. Peculiare circostanza, nel pegno di credito futuro, è l'aggiunta di un ulteriore elemento, vale a dire il momento della venuta ad esistenza del credito.

In breve, nel pegno di credito futuro, gli elementi rilevanti per la formazione della fattispecie sono tre: quello della costituzione del titolo (secondo la dottrina, sarebbe sufficiente la dichiarazione unilaterale del costituente); quella della notifica o accettazione al terzo debitore; quello della venuta ad esistenza del credito, che, nella disciplina codicistica, è presupposto (e, quindi, ne costituisce un antecedente logico, non giuridico).

Al pari di quanto avviene per la costituzione di pegno sul credito attuale, anche quello che abbia a oggetto il credito futuro si costituisce con la notifica, anche verbale, al terzo debitore del credito dato in pegno (analogamente quanto dispone l'art. 1284 cod. civ.), o con l'accettazione da parte di quest'ultimo, ai sensi degli artt. 1264 e 1265 cod. civ., con atto di data certa [63].

Trattandosi, nel caso di credito futuro, di fattispecie a formazione progressiva, dovrebbe ritenersi che la prelazione (vale a dire, la costituzione del diritto di pegno), si perfezioni con la venuta ad esistenza del credito: si è già rilevato come, in assenza di credito, non sussisterebbe l'oggetto della garanzia.

Certamente, anche nel caso di pegno su credito futuro, la notifica o l'accettazione sono necessarie, non solo per il sorgere del diritto di prelazione, ma anche per rendere il pegno efficace di fronte al debitore del credito impegnato, il quale, prima della notifica, può liberarsi pagando al suo creditore [64].

Giova osservare che, mentre nel caso di pegno di credito il problema è stato quello di riconoscere l'ammissibilità di un diritto reale su un diritto, nel caso di pegno su credito futuro, il quesito sarà quello di riconoscere l'ammissibilità di un diritto reale su un diritto futuro [65]. Tuttavia, le stesse ragioni, che valgono ad ammettere il pegno su cosa futura, faranno propendere per la ammissibilità del pegno di crediti futuri: l'unica differenza riguarda l'esistenza del terzo elemento costitutivo della fattispecie, vale a dire la venuta ad esistenza del credito. Proprio per questo, come già rilevato, il vincolo di garanzia, avente a oggetto un diritto che ancora non esiste *in rerum natura*, potrà avere unicamente effetti obbligatorî: la costituzione del diritto reale, dunque, avviene con la venuta ad esistenza del credito. Ovviamente, non si pone il problema, che var-

---

[62] G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit*., 154; nello stesso senso, E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., 2005, 199, il quale ricorda come la distinzione tra titolo per la costituzione e costituzione del diritto di pegno, sia ormai accettata e riconosciuta dalla dottrina prevalente, e abbia contribuito alla nascita e alla evoluzione di numerose ricostruzioni sulla natura dell'istituto, sul quale la dottrina si è, per lungo tempo, impegnata.

[63] Il legislatore – osserva G. GABRIELLI, *I negozi costitutivi di garanzie reali*, in *Banca, borsa tit. cred*., 1996, 149 ss. – si è preoccupato di disciplinare non tanto il profilo costitutivo, quanto le condizioni per il sorgere della prelazione, la cui efficacia è subordinata al concorso di due condizioni formali: il pegno deve risultare da atto scritto, e la sua costituzione deve essere stata notificata al debitore del credito dato in pegno, ovvero deve essere stata accettata da quest'ultimo mediante scrittura avente data certa.

[64] In perfetto parallelismo con la cessione dei crediti, la notifica o la cosiddetta accettazione sono necessarie anche per l'efficacia di fronte ad altri aventi causa dal concedente, vale a dire per stabilire chi acquista il diritto a preferenza dell'altro: D. RUBINO, *Il pegno*, cit., 234.

[65] Ne contesta l'ammissibilità, fra gli altri, P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri,* cit., 295.



rebbe per il pegno di cose mobili, della successiva sottrazione della sua disponibilità al patrimonio del costituente, ma quello della formazione del titolo, nel rispetto delle formalità poste agli artt. 2800 e 2801 cod. civ [66].

Si badi: la disciplina richiamata non impone che la notifica al debitore del credito dato in pegno (o la di lui accettazione con scrittura avente data certa), sia successiva alla venuta a esistenza del credito stesso. Se è vero che deve negarsi, alla notifica o alla accettazione dell'atto di disposizione di un diritto futuro, valore di "prenotazione" capace di antidatare gli effetti dell'atto dispositivo stesso, ad un momento precedente a quello in cui il negozio è compiuto, questo non significa che la notifica o accettazione debba essere successiva alla venuta ad esistenza del diritto [67].

A titolo di esempio, si pensi alla costituzione in pegno dei crediti dell'appaltatore, nascenti dal contratto di appalto (crediti futuri, in forza del principio di postnumerazione del corrispettivo, espresso dall'art. 1665 cod. civ.), al fine di garantire il finanziamento ottenuto dall'appaltatore: il terzo finanziatore dell'opera, garantito dai crediti sorgenti dall'appalto stesso, potrà notificare al committente la costituzione della garanzia, prima della venuta ad esistenza del credito dell'appaltatore, che solitamente avviene con il collaudo. Così, venuti ad esistenza i crediti, si perfezionerebbe l'efficacia reale del pegno: anche in questo caso, si tratterebbe di una fattispecie a formazione progressiva [68]. Inoltre, con la notifica della "costituzione" del pegno anticipata, rispetto al sorgere del credito, il creditore garantito potrebbe evitare che un pagamento parziale del committente (che abbia a oggetto una singola partita: art. 1666 cod. civ.) o il versamento di un acconto, eseguito in favore dell'appaltatore, abbia efficacia liberatoria per il creditore garantito.

Una rilevante conseguenza riguarda la possibilità che tale situazione giuridica soggettiva intermedia (*i.e.* la circostanza che il creditore sia effettivamente garantito da pegno su crediti, una volta che questi vengano a esistenza), sia a sua volta suscettibile di formare oggetto di atti di disposizione, prima della realizzazione del diritto reale atteso: in breve, si tratta di valutare se il creditore garantito possa trasferire il suo credito, unitamente ad una garanzia in corso di formazione. Anche in questo caso, la risposta dovrà essere affermativa: la situazione di attesa, ancorché non qualificabile quale diritto reale, potrà comunque rientrare fra gli "altri accessori" del credito oggetto di disposizione (art. 1263, primo comma, cod. civ.): non servirà l'assenso del costituente il pegno, poiché la fattispecie, prevista dal capoverso dell'art. 1263 cod. civ., è ispirata al rapporto fiduciario esistente tra costituente il pegno e possessore della cosa, per la conservazione della cosa, a volte particolarmente preziosa o deteriorabile. Se ne deduce, che codesta regola attenga solo al pegno di beni mobili e di titoli di credito, non già al pegno di credito e di altri diritti che non siano cartolari [69].

---

[66] La notifica al debitore – a differenza di quanto avviene nel caso di cessione di credito – dovrà essere eseguita a mezzo ufficiale giudiziario; il che può far sorgere qualche perplessità, stante la analogia fra le due notifiche. Addirittura – se la gerarchia delle forme dovesse essere rispettata – avrebbe maggior senso che la notifica a mezzo ufficiale giudiziario fosse per la cessione del credito (così com'è nel caso in cui il debitore ceduto fosse la Pubblica Amministrazione), piuttosto che per la costituzione del pegno: si dispone maggiormente trasferendo la titolarità di un credito, piuttosto che concedendolo in garanzia. Invero, la giurisprudenza di merito ha ritenuto che notificazione imposta dall'art. 2800 cod. civ., analogamente a quella prevista dall'art. 1264 cod. civ. (in materia di cessione del credito), non pretenda le forme processuali, bensì sia atto a forme libere: Trib. Modena, 12 gennaio 2012, in *dejure.it*. Il tema, oggi, sembra essere di minor interesse, posto che – con la riforma dell'art. 137 cod. proc. civ. – è divenuto attuale l'obbligo di notificare gli atti giudiziali civili e stragiudiziali tramite Posta Elettronica Certificata a imprese, professionisti e pubbliche amministrazioni.

[67] In tema di cessione del credito, si ritiene sufficiente che l'accettazione abbia per oggetto la notizia dell'avvenuta cessione: F. MARANI, *Notifica, accettazione e buona fede nella cessione dei crediti*, Modena, 1977, 239.

[68] Osserva R. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 88, che, fra gli elementi rilevanti per la produzione dell'effetto, alcuni possano realizzarsi successivamente alla manifestazione di volontà. Così è per l'esistenza materiale della cosa, la quale può realizzarsi successivamente alla manifestazione di volontà del negozio che ha per oggetto la cosa stessa; analogamente si ha, normalmente, laddove il negozio di disposizione non riguardi l'esistenza materiale della cosa, ma la titolarità del diritto.

[69] P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, cit., 142.



4. – Come è noto, negli ultimi decenni – sulla spinta di esigenze di modernizzazione del sistema delle garanzie reali – sono state introdotte, nel nostro Ordinamento, fattispecie di pegno senza spossessamento, sia con riguardo a beni oggetto di processi di produzione, sia con riguardo a beni dematerializzati, quali gli strumenti finanziari che formano oggetto di operazioni del mercato creditizio e finanziario [70].

Anche il credito, per ciò che rileva in questa sede, può essere oggetto di una particolare forma di garanzia, di recente introduzione, denominata "pegno non possessorio" [71]: lo ammette lo stesso legislatore, laddove – al secondo comma dell'art. 1, l. 3 maggio 2016, n. 59 – prevede che codesta garanzia possa essere costituita "sui crediti derivanti da o inerenti" l'esercizio dell'impresa.

Si aggiunga, che il debitore (o il terzo) concedente il pegno è autorizzato sia a trasformare, sia ad alienare i beni mobili dati in garanzia: "in tal caso il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia". In altri termini, in forza della clausola di sostituzione *ex lege*, se il bene oggetto di pegno non possessorio venga alienato, il pegno avrà a oggetto – in sostituzione del bene – il corrispettivo della vendita; è fatta salva la possibilità che il costituente incassi il corrispettivo, al fine acquistare altro bene, da costituire a sua volta in pegno [72].

Giova porre attenzione alla locuzione "corrispettivo della cessione del bene gravato", quale oggetto del pegno non possessorio, in sostituzione del bene alienato.

Si può osservare come, proprio l'ipotesi dell'alienazione del bene dato in garanzia, apra le porte al pegno non possessorio di un credito futuro: il corrispettivo della cessione, invero, è un credito che – al momento della costituzione del pegno non possessorio – non solo non è determinato, ma neppure è determinabile. L'imprenditore, al momento della costituzione del vincolo, non conosce né il cliente, a cui andrà a vendere il bene oggetto della garanzia (trasformato o meno), e, tanto meno, ne ha già prestabilito il prezzo.

In breve: ove le parti non escludano convenzionalmente – nel caso di alienazione del bene dato in garanzia – la clausola di sostituzione *ex lege*, il pegno non possessorio avrà necessariamente, quale oggetto, un credito futuro, se non, addirittura, un credito eventuale (il che, è conferma di come anche codesta fattispecie di credito possa essere oggetto di pegno).

L'ammissibilità del pegno non possessorio di credito e, in particolare, l'estensione della garanzia dal bene originario al credito conseguente alla alienazione, sembra rispondere a una logica: è l'unico modo, invero, per poter ammettere l'alienazione dei beni in garanzia. Altrimenti, contestualmente alla vendita del bene in

---

[70] Ricorda la forte spinta verso una regolamentazione comune, all'interno dei singoli Stati membri dell'Unione Europea, in materia di garanzia pignoratizia, C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realità e obbligatorietà del vincolo*, Padova, 2012, 8. Secondo l'A., la clausola di rotatività del bene oggetto di pegno, non stravolge le caratteristiche essenziali della figura codicistica del pegno: "la clausola, infatti, si limita a comportare un diverso procedimento costitutivo della garanzia, ricollegando sorgere del diritto reale un effetto retroattivo a far data dalla conclusione dell'accordo".

[71] Osserva M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno" ma non troppo*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2018, 704, che il pegno non possessorio – configurato dalla legge come un sotto-tipo di pegno – non è semplicemente un pegno senza trasferimento del possesso al creditore, ma anche un pegno rotativo, un pegno *omnibus*, un pegno su beni e crediti futuri, un pegno assistito da patto marciano ed altre modalità avanzate di autotutela esecutiva.

[72] Il funzionamento del meccanismo sostitutorio, operante *ex lege*, è sembrato potersi ammettere con la sola formale indicazione del valore dei beni oggetto di pegno e dell'importo massimo garantito, ma senza un'originaria configurazione programmatica in sede di costituzione della garanzia reale, mercé la quale le parti fissino gli elementi di funzionamento della rotatività e selezionino gli indici idonei all'individuazione dei beni e/o diritti che potranno avvicendare quello iniziale, con la proficua finalità di mantenere inviolata la prelazione e l'opponibilità ai terzi nel rispetto delle regole di validità e di opponibilità imposte dal legislatore idonei a soddisfare i rigorosi criteri normativi che l'ordinamento ha fissato in materia: R. FRANCO, *Pegno "non-possessorio" e "rotativo" tra attività d'impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti*, in *Jus civile*, 2021, 341.



garanzia, il debitore garantito dovrebbe estinguere il proprio debitore, quantomeno per evitare la sequela della garanzia: il che ben difficilmente può essere, perché, di solito, l'incasso del corrispettivo è posticipato, rispetto all'alienazione del bene (è possibile, infatti, considerare acquisita l'abitudine fisiologica di pagamento, fra imprese, superiore ai sessanta giorni, oltre ai ritardi patologici).

In altri termini, nel lasso di tempo intercorrente fra la vendita del bene concesso in garanzia e il pagamento del relativo corrispettivo, si rischia di assistere a un difetto di tutela per il creditore. Invero, se non fosse riconosciuto il trasferimento della garanzia sul corrispettivo della cessione, ci si troverebbe nella situazione in cui il creditore, nel momento in cui il costituente il pegno alieni il bene, o perda la garanzia pignoratizia (ma non è immaginabile che un atto di alienazione, eseguito dal garante, estingua la garanzia reale), o la stessa garanzia persista, e quindi – in forza del diritto di sequela – il creditore mantenga il diritto di procedere all'esecuzione forzata sul bene, anche nei confronti del terzo acquirente (ma rendendo, di fatto, il bene non alienabile). Ecco, quindi, spiegata l'esigenza di sostituire il bene in garanzia, con il corrispettivo dell'alienazione stessa.

Quanto alla determinazione dell'estensione della garanzia al corrispettivo, derivante dall'alienazione dei beni *ab initio* oppignorati, si è ritenuto che assuma rilievo la questione se sia imprescindibile la corrispondenza diretta con il diritto sui beni vincolati, oppure se il creditore possa escutere anche crediti dell'imprenditore che non costituiscono il corrispettivo dei beni su cui aveva costituito il proprio rapporto di garanzia.

Potrebbe immaginarsi, invero, un funzionamento flessibile del meccanismo di sostituzione e conseguentemente riconoscersi, al creditore, la possibilità di soddisfarsi su crediti anche differenti da quelli che rappresentano il corrispettivo dell'alienazione dei beni su cui lo stesso aveva costituito inizialmente il diritto di pegno [73]: tutti i creditori pignoratizi, in questa ipotesi, risulterebbero legittimati a esecutare il complesso delle situazioni creditorie di cui è titolare il datore di garanzia in seguito alla cessione dei beni vincolati. A siffatta soluzione, tuttavia, conseguirebbero gravi inconvenienti, e una sostanziale alterazione delle posizioni tra diversi creditori a favore dei quali è stato costituito il pegno su beni aziendali; si pensi al caso in cui siano vincolati beni appartenenti a differenti categorie merceologiche, con conseguenti riflessi delle caratteristiche dei singoli cespiti sulle possibilità e sulle condizioni di alienazione degli stessi [74].

Tali considerazioni inducono a ritenere preferibile che il "prolungamento" del pegno sul credito, che costituisce il corrispettivo dei beni vincolati, sia circoscritto all'importo derivante dall'alienazione degli stessi: ogni creditore pignoratizio potrà escutere esclusivamente i crediti derivanti dalla cessione dei beni su cui insisteva il proprio diritto di garanzia [75]. Sicuramente, è rilevante il problema della individuazione della portata

---

[73] Si pone il dubbio, M. CAMPOBASSO, *op. ult. cit*., 719, nota 35, anche con riferimento al caso in cui il bene non sia stato alienato a fronte di un corrispettivo, o non siano stati rinvenuti liquidità o crediti pecuniari sufficienti a pareggiare l'originario valore della garanzia.

[74] L'esempio è di P. PISCITELLO, *Il pegno rotativo* ex lege, in *Banca, borsa tit. cred*., 2022, 337 ss.: l'imprenditore Caio ha costituito una pluralità di pegni senza spossessamento, caratterizzati dalla rotatività *ex lege*, a favore di due diversi creditori A e B su beni con caratteristiche eterogenee ed impiegati in differenti linee di produzione. I beni vincolati a favore di A sono di agevole alienazione e non sono soggetti ad oscillazioni di mercato, diversamente da quanto accade per quelli costituiti in pegno in favore di B. Palese è come, in tal caso, il riconoscimento ad entrambi i creditori pignoratizi della possibilità di riscuotere di crediti derivanti dal corrispettivo potrebbe danneggiare il creditore titolare di un pegno costituito su cespiti di agevole alienazione e non suscettibili di sensibili alterazioni di valore, che si troverebbe a concorrere sui crediti derivanti dall'alienazione dei beni vincolati con uno o più creditori titolari di una garanzia meno sicura. Il pregiudizio appare ancora più evidente se si considera che, molto probabilmente, il credito era stato concesso a determinate condizioni in considerazione dell'agevole possibilità di alienazione dei beni oppignorati e della circostanza che, non essendo gli stessi soggetti ad oscillazioni di mercato, rendevano più sicura la tenuta della garanzia, anche nell'ipotesi di alienazione e di trasferimento della stessa sul corrispettivo della vendita dei cespiti

[75] La conclusione, condivisibile, di P. PISCITELLO, *op. ult. cit*., 337 ss., ha reso necessario precisare le modalità dell'estensione del



dell'estensione del pegno, laddove i beni vincolati vengono ceduti a terzi unitamente ad altri, su cui non insiste il diritto di prelazione (o insiste una prelazione di terzi. In tale ipotesi, diviene necessario scorporare il corrispettivo ottenuto in seguito alla cessione dei beni oppignorati, sui quali si attua il prolungamento, da quello ricevuto per gli altri cespiti. Si tratta di problema la cui soluzione – dal punto di vista teorico – non dovrebbe comportare particolare difficoltà, risolvendosi in un'operazione matematica, in forza della quale l'importo totale viene diviso in relazione alla quantità di beni oggetto del diritto di pegno; d'altra parte, un principio analogo è posto dall'art. 939 cod. civ., nel caso di unione o commistione di beni non separabili "senza notevoli deterioramenti", laddove il nuovo bene è attribuito in proporzione del valore delle cose spettanti a ciascuno.

Diversamente, ho già rilevato come il riconoscimento della legittimazione all'esercizio dei diritti di credito relativi al corrispettivo derivante dall'alienazione dei beni garantiti, a tutti i creditori pignoratizi, condurrebbe a una pericolosa alterazione delle rispettive posizioni: si pensi al caso in cui un soggetto abbia una garanzia che copra solo una frazione minima del valore del proprio credito, ipotesi in cui la sua posizione verrebbe modificata *in melius*, con conseguente, probabile, alterazione *in peius* delle possibilità di soddisfazione integrale degli altri creditori pignoratizi.

Da altro punto di vista, opportuno è rilevare come la struttura della fattispecie del pegno non possessorio, come configurata dal legislatore anche per il caso in cui abbia a oggetto crediti futuri, mal si concili con la fattispecie a formazione progressiva, operante per il pegno ordinario di credito futuro.

Invero, la Suprema Corte – inquadrando il pegno ordinario su bene futuro, quale fattispecie a formazione progressiva [76] – l'ha ritenuto ammissibile e validamente costituito tra le parti già *ab origine*, ancorché il sorgere della prelazione non possa prescindere dalla venuta ad esistenza del credito e alla sua notifica (o accettazione), secondo le modalità previste dall'art. 2800 cod. civ.: sino ad allora, il pegno produrrà solo effetti obbligatorî tra le parti. Se questa impostazione fosse condivisa anche per il pegno non possessorio concesso su un credito futuro, se ne dovrebbe dedurre che questo non potrebbe neanche essere iscritto presso il relativo registro, dovendosi attendere, normalmente, per tale attività (necessaria ai fini del sorgere della prelazione), la sottoscrizione dell'atto di alienazione dello stesso bene oggetto di garanzia.

Tuttavia, la stessa disciplina positiva, del 2016, chiarisce che il pegno non possessorio – ai fini dell'efficacia *inter alios* della garanzia – prenda grado e sia opponibile ai terzi dal momento dell'iscrizione nel registro: detta iscrizione è consentita anche se il bene, e quindi relativo credito, non sia ancora venuto ad esistenza.

Non si può che rilevare, a questo punto, come le due fattispecie di pegno sui crediti futuri, ordinario e non possessorio, abbiano struttura parzialmente diversa; il che sarà ammissibile, non essendo – la regola dettata dall'art. 1472 cod. civ. – applicabile ad ogni ipotesi di atto di disposizione su diritto futuro. Segnatamente, nel pegno ordinario, gli effetti sono subordinati alla venuta a esistenza del credito e notifica o accettazione della costituzione della garanzia sul credito al debitore, con la conseguenza che il diritto di prelazione opera nei confronti dei terzi soltanto a partire dal momento della notifica della costituzione del pegno sul credito da parte del creditore; diversamente, nell'ipotesi di pegno non possessorio, il diritto di prelazione opera dalla data dell'iscrizione nel registro, a prescindere dalla notifica al debitore o dalla sua accettazione.

---

pegno sul credito derivante dall'alienazione che, a seconda delle caratteristiche dell'operazione, possono dar luogo a problemi complessi, la cui definizione risulta essenziale per la precisazione dei confini del meccanismo di continuazione dell'originario rapporto e, più in generale, per la ricostruzione della posizione del creditore.

[76] *Supra*, § 2. Segnatamente, v. Cass., Sez. Un., 2 ottobre 2012, n. 16725, cit., nella quale si afferma che il pegno di cosa futura (nel caso di specie, si trattava proprio di un credito futuro, relativo a crediti materializzate in documenti che non erano ancora stati formati e che li avrebbero incorporati) rappresenta una fattispecie a formazione progressiva.



Così, con riferimento ai beni futuri, la tesi della fattispecie a formazione progressiva non è sembrata adattarsi al pegno non possessorio [77]; qui, invero, la venuta ad esistenza della *res* non sembra più incidere sul perfezionamento della fattispecie, quanto, piuttosto, sul piano degli effetti, con la conseguente retrodatazione dell'efficacia *inter alios* del contratto al momento dell'iscrizione nel registro dei pegni non possessori [78]. Stesso è a dirsi per il credito futuro: l'efficacia *inter alios* della garanzia produce effetti immediatamente costitutivi al momento dell'iscrizione, condizionata alla venuta ad esistenza del credito; come notato, invece, nell'ipotesi di pegno ordinario su credito futuro, la notifica o l'accettazione, *ex* art. 2800 cod. civ., può avvenire in un momento antecedente l'esistenza stessa del credito, ma la costituzione della prelazione avverrà solo in questo secondo momento.

In altri termini, deve ritenersi che la costituzione di pegno senza spossessamento su crediti futuri produca effetti immediatamente costitutivi, considerato non solo che, *inter partes*, è sufficiente la conclusione del contratto scritto, ma anche tenuto conto che il grado e l'opponibilità del diritto di garanzia dipendono dalla data di iscrizione nel registro informatizzato, e non dalla venuta ad esistenza del credito [79]. Analogamente a quanto avviene per il bene futuro, anche per ciò che concerne la garanzia non possessoria su credito futuro, ove regolarmente iscritta, questa sarà opponibile – una volta venuto ad esistenza il credito – direttamente dalla data dell'iscrizione nel registro: la fattispecie, invero, risulta già perfezionata con la stipula del contratto consensuale di pegno [80].

In altri termini, tenendo ferma la formazione progressiva del pegno "ordinario" di credito futuro, si dovrebbe riconosce che il creditore da questo garantito avrebbe una posizione certamente recessiva, rispetto al creditore garantito dal pegno non possessorio sul medesimo credito futuro.

Il primo, invero, dispiegherebbe effetti "prenotativi" sul futuro credito, ma si perfezionerebbe solo nel momento della venuta ad esistenza dello stesso credito; il secondo – vale a dire il creditore garantito da pegno non possessorio – risulterebbe titolare di un diritto di prelazione sempre su quel medesimo credito, ma di data più risalente, corrispondente a quella della costituzione della garanzia sul primo bene e poi surrogata. In breve: il creditore, titolare di pegno non possessorio su crediti futuri, preverrebbe su quello titolare di pegno ordinario sul medesimo credito.

5. – Il legislatore non ha indicato alcun criterio per la risoluzione del possibile conflitto tra creditori garantiti dal medesimo credito futuro [81].

---

[77] E. BATTELLI, *Il pegno sui beni immateriali. Contributo allo studio del pegno non possessorio sugli* intangible assets, Milano, 2021, 217.

[78] R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, 762; S. ADDABBO, *Destrutturazione del pegno ordinario e autotutela satisfattoria dell'interesse creditorio*, in *Riv. dir. impresa*, 2018, 376.

[79] Ricorda L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, 246, come il negozio su cosa futura operi sulla scorta del meccanismo della condizione sospensiva e, segnatamente, della *condicio iuris*, ove la venuta a esistenza del bene (ovvero la costituzione del diritto oggetto di disposizione), rappresenta proprio l'evento futuro, che le parti deducono in contratto al fine di condizionarne sospensivamente l'efficacia giuridica.

[80] Si dovrebbe ritenere, quindi, superata la tesi accolta in passato in giurisprudenza, che considera il pegno su beni futuri una fattispecie a formazione progressiva: E. BATTELLI, *op. cit.*, 218, secondo il quale il pegno non possessorio è da qualificarsi come negozio sospensivamente condizionato alla venuta desistenza del bene.

[81] In verità, in tema di pegno non possessorio, si è osservato come uno degli aspetti più problematici della disciplina risieda nei conflitti tra il creditore pignoratizio e gli ulteriori aventi causa o creditori privilegiati rispetto al medesimo bene. La frammentarietà in



Non si tratta, in verità, solo del concorso tra pegno ordinario di credito futuro, pegno non possessorio e cessione in garanzia dello stesso, ma anche del possibile conflitto con il privilegio posto – in favore dei soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, sui beni mobili, ivi inclusi i crediti, del concessionario – dall'art. 186 Codice appalti: si noti la particolare previsione posta al quarto comma del richiamato articolo, per il quale, se il privilegio non sia esercitabile nei confronti del terzo acquirente, "il privilegio si trasferisce sul corrispettivo"; anche in questo, il privilegio speciale avrà, quale oggetto, un credito futuro. Inoltre, le garanzie sopra ricordate potranno concorrere con i privilegi previsti dal testo Unico bancario, all'art. 44, lett. *c)* (in tema di credito agrario peschereccio, dove è previsto che il privilegio si estenda anche ai crediti futuri derivanti dalla vendita dei beni gravati dal privilegio speciale [82]) nonché all'46, lett. *d)* (in materia di credito alle imprese [83]).

Una regola, per disciplinare codesti conflitti, muove dalla constatazione di come il pegno dia luogo a un fenomeno complesso, che coinvolge diversi rapporti singoli, ad un estremo dei quali sta sempre il creditore pignoratizio, mentre all'altro estremo stanno, a seconda dei vari rapporti, determinati soggetti: il debitore pignoratizio, il terzo debitore, i creditori chirografari [84]. A ognuno di questi rapporti è collegabile una diversa disciplina; a titolo di esempio, non è indifferente tanto al rapporto creditore pignoratizio-terzo debitore, quanto all'altro creditore pignoratizio-altri creditori chirografari, la notificazione della costituzione del pegno, mancando la quale, non dovrebbe aver luogo la prelazione [85].

Così, in caso di conflitto tra pegni eterogenei su crediti, si è ritenuto – in forza di applicazione analogica di quanto stabilito in tema di cessione del credito – che "prevale (e deve essere soddisfatto in preferenza) il creditore pignoratizio che ha per primo realizzato le formalità necessarie per rendere opponibile all'altro l'esistenza del proprio diritto"; vale a dire, a seconda dei casi, l'iscrizione al registro, nel caso di pegno non possessorio, o la notifica al debitore ceduto o l'accettazione da parte di quest'ultimo, nel caso di pegno di diritto comune su credito [86].

Il ruolo della notifica o dell'accettazione del debitore, con data certa, è fondamentale nel rapporto tra creditore garantito dal pegno sul credito futuro, e gli altri creditori: la prelazione, invero, è espressamente subordinata all'esistenza di elementi di certezza relativi all'oggetto, al credito e alla data della costituzione. Non è sembrato in contraddizione il riconoscere il potere di espropriare il terzo acquirente, e l'impossibilità di far valere la prelazione contro gli altri creditori del debitore pignoratizio [87]: la posizione del creditore pi-

materia di cause di prelazione e i diversi regimi di pubblicità delle medesime generano non pochi dubbi interpretativi: M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno" ma non troppo*, cit., 703.

[82] Dispone, infatti, l'art. 44, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, che "i finanziamenti a breve e medio termine di credito agrario e di credito peschereccio sono assistiti da privilegio legale sui seguenti beni mobili dell'impresa finanziata: a) frutti pendenti, prodotti finiti e in corso di lavorazione; b) bestiame, merci, scorte, materie prime, macchine, attrezzi e altri beni, comunque acquistati con il finanziamento concesso; c) crediti, anche futuri, derivanti dalla vendita dei beni indicati nelle lettere a) e b)".

[83] La concessione di finanziamenti a medio e lungo termine da parte di banche alle imprese, può essere garantita – secondo la previsione dell'art. 46, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 – da privilegio speciale su beni mobili, comunque destinati all'esercizio dell'impresa, non iscritti nei pubblici registri. Il privilegio può avere a oggetto: a) impianti e opere esistenti e futuri, concessioni e beni strumentali; b) materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, prodotti finiti, frutti, bestiame e merci; c) beni comunque acquistati con il finanziamento concesso; d) crediti, anche futuri, derivanti dalla vendita dei beni indicati nelle lettere procedenti.

[84] In questo senso, v. D. RUBINO, *Il pegno*, cit., 184.

[85] L'esempio è di F. RUSCELLO, *Il pegno sul credito. Costituzione e prelazione*, Napoli, 1984, 49, secondo il quale taluni rapporti sono eventuali, ma non influenti per il retto intendimento del fenomeno. I creditori chirografari possono mancare; ciò nonostante, al rapporto tra questi e il creditore pignoratizio si collega un profilo importante, quale quello della prelazione.

[86] M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno" ma non troppo*, cit., 705 ss.

[87] F. MARANI, *op. cit.*, 99.



gnoratizio nei confronti del terzo acquirente è identica a quella di un normale creditore che può ancora effettuare il pignoramento, perché la cessione non gli è opponibile.

Tuttavia, la notifica e l'accettazione del debitore sembrano irrilevanti nel caso di pegno non possessorio, il quale, come già osservato, si perfeziona con l'iscrizione del contratto costitutivo della garanzia; senz'altro, quest'ultimo potrebbe avere a oggetto originario, non già il credito futuro, ma uno specifico bene, che poi si "trasforma" in credito. Più precisamente, nella costituzione del pegno non possessorio è riconosciuta, fra l'altro, un'ampia possibilità di descrizione dei beni da parte dei privati, la fisiologica rotatività della garanzia nonché ampi poteri gestorî, financo dispositivi e di trasformazione del bene, in capo a debitore, con le relative clausole di estensione della garanzia, sia verticale, sia orizzontale.

Le clausole di estensione della garanzia hanno rilevante importanza, per ampliare il possibile oggetto della garanzia: con l'espressione "verticale", si individuano tutti quei meccanismi, legali o convenzionali, alla cui stregua il prodotto originario sottoposto a pegno, in seguito ad uno o più processi di lavorazione, si trasforma in altro da sé. In questa sede, peraltro, rilevano le clausole di estensione orizzontale: con questa espressione, comunemente, si intendono quelle clausole contenenti la disciplina di estensione del pegno alle somme o ai crediti (evidentemente futuri) originati dal trasferimento dei beni originari oggetto di pegno [88].

In presenza della clausola di estensione orizzontale del vincolo, il pegno su credito futuro –con effetti obbligatorî e *inter partes* – diviene immediatamente opponibile ai terzi con l'esecuzione dell'iscrizione nel relativo registro, del contratto che individuava i beni oggetto di garanzia, antecedentemente al loro trasferimento. Non sarà agevole, per il creditore pignoratizio, dimostrare l'estensione del pegno su codesti crediti futuri; laddove vi riesca, avrà il vantaggio di una notevole retrodatazione della garanzia.

Nel silenzio della l. 3 maggio 2016, n. 59, pare potersi applicare, al pegno non possessorio, anche l'art. 2805 cod. civ., a norma del quale, in caso di pegno di crediti, è consentito al *debitor debitoris* di opporre al creditore pignoratizio le stesse eccezioni opponibili al suo creditore, atteso che, a tal fine, non osta l'assenza della *traditio* del bene; più complessa l'eccezione di compensazione, per la quale solo per analogia potrà applicarsi l'art. 1248 cod. civ.

Da ultimo, si osservi che, sempre in tema di pegno non possessorio, al principio generale di risoluzione delle controversie dato dall'anteriorità dell'iscrizione al registro dei pegni non possessori del gravame, il legislatore ha posto una eccezione: anche se anteriormente costituito e iscritto, codesto gravame non è opponibile a chi abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato che sia destinato all'esercizio dell'impresa e sia garantito da riserva della proprietà sul bene medesimo o da un pegno anche non possessorio (successivo), a condizione che il pegno non possessorio sia iscritto nel registro e che, al momento della sua iscrizione, il creditore ne informi i titolari di pegno non possessorio iscritto anteriormente (art. 1, comma quinto, l. 3 maggio 2016, n. 59). Ove oggetto della garanzia fosse un credito futuro, può ragionevolmente porsi, per il creditore pignoratizio, il rischio di vedere frustrata la propria pretesa a fronte di un vincolo successivamente perfezionatosi [89].

---

[88] A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliare non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000, 41; E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm*., 2017, 260, secondo il quale codeste clausole rappresentano una forma di surroga negoziale, talché "la cosa si prolunga nel credito per il prezzo".

[89] Per poter ridurre l'esposizione del creditore pignoratizio a tale rischio, ed evitare che ciò costituisca un disincentivo dirimente ai fini della (in)operatività del pegno non possessorio – osserva M. ROSITO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex d.l. n. 59/2016: regole e modelli*, in *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura*, a cura di S. Landini, N. Lucifero, Torino, 2023, 27 – sarà necessario un accurato intervento in sede di predisposizione del contratto costitutivo della garanzia, prevedendo, in particolare, specifici



6. – È ben noto come, per quanto riguarda l'opponibilità ai terzi, sia la cessione sia il pegno ordinario di crediti (anche futuri) mantengano la stessa struttura: si perfezionano con la notifica o accettazione del debitore. In assenza della notifica, difetta l'opponibilità ai terzi (nel caso di cessione), o comunque il sorgere della prelazione (nel caso di pegno ordinario) [90]. In ogni caso, a prescindere dalla partecipazione al negozio di garanzia da parte del debitore, si ritiene che, dall'accordo concluso tra creditore garantito e debitore – avente a oggetto vuoi la cessione, vuoi la costituzione del pegno su credito futuro – nasca in ogni caso un vincolo, salvo poi non individuare esattamente gli effetti che dal vincolo dovrebbero sorgere [91]. Così, si rileva che l'opponibilità del pegno, anche ai successivi acquirenti, è indipendente dalla notifica al debitore o dalla sua accettazione, e che tale effetto permane integro se il terzo acquirente non notifica sua volta il proprio acquisto o non ottiene dal debitore l'accettazione [92]. Viceversa, in una serie di vicende notificate o accettate, l'acquirente è soggetto all'espropriazione solo se il creditore pignoratizio ha notificato (od ottenuto l'accettazione), e l'ha fatto in data precedente, rispetto all'acquirente.

Diverso, come osservato, è il pegno non possessorio su crediti (anche futuri), ove l'opponibilità ai terzi si ha con l'esecuzione dell'iscrizione nel relativo registro (non già con il successivo verificarsi dell'evento della venuta a esistenza del credito, che ne condiziona la efficacia) [93].

Una particolare operazione economica, basata sulla cessione del credito futuro quale garanzia di un finanziamento, prevede che le parti escludano la notifica al debitore, e che il cessionario – titolare del credito, ma solo con efficacia *inter partes* – conferisca al cedente mandato irrevocabile all'incasso [94]: quest'ultimo, incassato il credito nell'interesse dell'effettivo titolare, trasferisce quanto incassato al cessionario del credito [95]. Si tratta della così detta cessione *not notification*: alla programmata mancata notifica al debitore ceduto consegue, *ex lege*, l'inopponibilità della cessione ai terzi, compresi fra questi la liquidazione giudiziaria del cedente. In ogni caso, non può ritenersi esservi un'assoluta incompatibilità tra la stipulazione di una cessione del credito in garanzia e la clausola di *not notification* [96]: appare plausibile, infatti, che il cessionario in ga-

---

impegni in capo al datore di pegno (*negative covenants*), tali da disinnescare l'alea di una eventuale deroga al principio di anteriorità dell'iscrizione al registro.

[90] Si interroga, circa gli effetti del diritto di pegno di credito, in assenza di notifica, F. MARANI, *op. cit.*, 97: vi sarebbe, anzitutto, un vincolo fra le parti, da cui deriva il diritto di ottenere la ricostruzione del pegno, ogni volta che questo sia venuto a mancare di oggetto per fatti ricadenti nella sfera di colui che lo ha costituito; inoltre, saranno inefficaci gli atti di remissione e di rinunzia effettuati dal creditore che ha costituito il pegno.

[91] F. RUSCELLO, *op. cit.*, 35, secondo il quale gli effetti che derivano dall'accordo costitutivo del pegno su credito non notificato, o non accettato, non esauriscono la loro incidenza tra le parti: "con la possibilità di espropriare anche il terzo acquirente (…), si amplia la garanzia coinvolgendo terzi estranei alla vicenda costitutiva".

[92] In una serie di vicende non notificate – osserva F. MARANI, *Notifica, accettazione e buona fede nella cessione dei crediti*, cit., 36 – il pegno è perfettamente opponibile ai successivi cessionari del credito: fermi i princìpi generali in tema di data certa dell'eventuale scrittura, costoro dovranno subire l'espropriazione del credito.

[93] Per tutti, R. FRANCO, *op. cit.*, 65, ove ulteriori riferimenti bibliografici; in senso contrario, sembra A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 957, secondo il quale la norma permette il pegno su cosa determinata futura, ma non prevede espressamente un'iscrizione anteriore alla sua venuta inesistenza, come avviene per l'ipoteca concessa su navi e aeromobili in costruzione (artt. 566 e 1028 cod. nav.), e per l'ipoteca concessa su edificio in costruzione (art. 2825-*bis* cod. civ.): "nel negozio costitutivo e nell'iscrizione, infatti, deve essere contenuta la descrizione del bene dato in garanzia".

[94] Sul mandato irrevocabile all'incasso, anche di credito futuro, con funzione di garanzia, v., *supra*, § 3.

[95] L'operazione, in concreto, è strutturata in due fasi, entrambe a rilevanza interna: cessione del credito senza notifica al debitore ceduto, e contestuale mandato all'incasso senza rappresentanza. Il cedente agisce, nei confronti del debitore, quale creditore apparente (art. 1189 cod. civ., cui segue l'efficacia liberatoria del pagamento), ma è legittimato all'incasso in forza del mandato senza rappresentanza: il trasferimento della titolarità del credito, quindi, ha solo efficacia interna fra cedente e cessionario.

[96] In questo senso, E. GINEVRA, *Il c.d. "mandato irrevocabile all'incasso" della prassi bancaria*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2000, 173 ss., il quale riporta l'affermazione, di F. ANELLI, *La cessione del credito in garanzia*, intervento al convegno *Le garanzie nei rapporti finanziari e commerciali*, svoltosi a Milano dal 23 al 26 febbraio 1999.



ranzia sia tenuto a rispettare la clausola, e quindi a non provvedere alla notifica (rispettando le esigenze di segretezza del cliente), solo fino al momento in cui l'impresa del debitore non manifesti evidenti segni di crisi; nel qual caso, procederà senz'altro alla notificazione in parola, alla vigilia di un'eventuale dichiarazione di insolvenza.

Questa stessa operazione, in verità, potrebbe essere più agevolmente posta in essere utilizzando il pegno non possessorio del credito futuro (la cui estensione temporale, fra l'altro, permette operazioni di finanziamento di lungo termine: dieci anni dalla iscrizione, con possibilità di rinnovo, contro i ventiquattro mesi previsti dalla disciplina speciale in tema di cessione dei crediti futuri: art. 3, l. 21 febbraio 1991, n. 52).

Brevemente, è possibile accennare ai vantaggi di siffatta operazione, basata sul pegno non possessorio del credito futuro, in luogo di quella basata sulla cessione dello stesso: quest'ultima, se non notificata al debitore ceduto, si presta a un utilizzo malizioso da parte del cedente, il quale potrebbe o disinteressarsi dell'incasso, o "trattenere" quanto ricevuto dal debitore ceduto sino alla sua dichiarazione di insolvenza. Si assisterebbe a questo scenario: il credito del cessionario sarà un credito chirografario sia nei confronti del debitore ceduto (in caso di inerzia del mandatario ad incassare), e sia nei confronti del mandatario-cedente, in caso di *default* dello stesso, prima di aver trasferito le somme incassate [97].

Diverso, è caso di pegno non possessorio su credito futuro: ho osservato come, ai fini del sorgere della garanzia, sia sufficiente l'iscrizione dell'atto costitutivo nel Registro dei pegni non possessori (quindi, non occorre né la notifica, né l'accettazione del debitore oppignorato). Il privilegio sarà opponibile ai terzi a prescindere dalla circostanza che il debitore conosca, o non conosca, l'esistenza del pegno stesso: nell'ipotesi di *default* del debitore oppignorato, prima che esegua il pagamento, il finanziatore potrà insinuarsi al passivo e far valere l'esistenza di un privilegio, ancorché costituito tempo addietro; lo stesso vale nell'ipotesi in cui ci sia stato l'incasso diretto da parte del costituente il pegno, successivamente dichiarato insolvente, ma prima che abbia rimborsato il creditore pignoratizio.

Agevole, dunque, rilevare le differenti conseguenze fra le due forme di garanzia, in caso di insolvenza del soggetto garantito (che abbiano ricevuto il pagamento ma non lo abbiano ritrasferito), nell'ipotesi descritta di omessa notifica della cessione: il credito sarà privilegiato, nel caso di pegno non possessorio; chirografario, invece, in caso di cessione priva di notifica e contestuale mandato irrevocabile all'incasso. In quest'ultima ipotesi, infatti, non sembra trovare applicazione l'art. 1706 cod. civ., in forza del quale, il mandante diverrebbe immediatamente titolare dei beni mobili non registrati acquistati dal mandatario *nomine proprio* e potrebbe rivendicarli dal mandatario stesso con un'azione di natura reale: la norma, invero, non sembra applicabile ai beni fungibili, e al denaro in particolare.

Il privilegio nascente dal pegno non possessorio, invece, si estende anche sulle somme incassate dal datore di pegno: quindi, la garanzia rimarrebbe sulle somme che sono state incassate dal debitore pignoratizio, in luogo del creditore. Inoltre, attraverso il pegno non possessorio del credito futuro, si elimina il problema della così detta "decanalizzazione": qualsiasi sia il conto corrente di destinazione delle somme pagate dal terzo debitore, se di titolarità del datore del pegno, questo sarà a garanzia del creditore pignoratizio. Come osserva-

[97] La prassi conosce alcuni strumenti di mitigazione del rischio: da una parte, la costituzione di un pegno sul conto corrente del cedente destinatario del pagamento (nei limiti della sua ammissibilità e della complessità operativa di questo tipo di pegno); dall'altra la canalizzazione dei pagamenti ricevuti dal cedente su un determinato conto, e il relativo ordine di trasferimento immediato degli incassi, su altro conto di titolarità del cessionario. Entrambi questi strumenti di mitigazione del rischio, tuttavia, vengono meno attraverso il comportamento fraudolento del cedente di "decanalizzazione" dei pagamenti, vale a dire la indicazione al debitore di un luogo diverso ove eseguire il pagamento. Sugli schemi negoziali della cessione del credito e del mandato in *rem propriam,* v. E. Restori, *Revoca unilaterale della linea di credito autoliquidante e opponibilità del patto di compensazione al concordato preventivo*, in *Banca borsa tit. cred*., 2022, 715.



to, infatti, il pegno si trasferisce sul corrispettivo della cessione del bene gravato, senza che ciò comporti la costituzione di una nuova garanzia.

Un ultimo rilievo sembra opportuno in merito al pagamento liberatorio da parte del debitore oppignorato o ceduto, in assenza di notifica o di accettazione della costituzione del pegno: nessun dubbio, che le regole dettate in tema di creditore apparente – poste dall'art. 1189 cod. civ. – troveranno applicazione, tanto nel caso di cessione del credito futuro, quanto nel caso di pegno ordinario sullo stesso [98]. La pubblicità costitutiva del pegno non possessorio (data dall'iscrizione nel relativo Registro), invece, pone il dubbio sulla conoscibilità del vincolo pignoratizio da parte del debitore, quantomeno in termini di assenza di buona fede; infatti, la giurisprudenza esclude la scusabilità dell'errore in tutti i casi in cui l'ordinamento prevede, per una certa situazione giuridica, la predisposizione di un regime di pubblicità [99]. In tali ipotesi, il debitore non potrebbe essere considerato in buona fede – e quindi esente da colpa [100] – qualora non si sia premurato, prima di effettuare il pagamento, di accertare, nei pubblici registri, se effettivamente l'*accipiens* fosse legittimato a ricevere la prestazione; ciò nonostante, l'esigenza di certezza dei traffici giuridici sembra suggerire, al titolare del pegno non possessorio su credito futuro, l'onere di notificare al debitore stesso la costituzione del vincolo, appena possibile.

[98] Riconosce l'effetto liberatorio, al pagamento del terzo debitore non notificato e non accettante, in favore del proprio creditore, sebbene questi – per effetto del pegno – non abbia più il *ius exigendi* né la legittimazione a ricevere il pagamento, F. MARANI, *op. cit*., 97. Infatti, il pagamento al titolare del credito dato impegno, che abbia perduto la legittimazione a ricevere, libera il debitore nei limiti in cui sono presenti le condizioni poste all'art. 1264 cod. civ.; invero, ricorrono le stesse ragioni di tutela del debitore ignaro della modificazione che ispirano le condizioni di validità del pagamento al cedente, anziché quelle, più rigorose per il debitore, dettate dall'art. 1189 cod. civ. In breve, secondo questa dottrina, il creditore pignoratizio può, provando la *scientia* del debitore, paralizzare l'efficacia liberatoria del pagamento eseguito da costui, e costringerlo ad un nuovo pagamento.

[99] Cass., 5 aprile 2016, n. 656, in *dejure.it*.

[100] Non può essere invocata la norma, posta all'art. 1189 cod. civ., ogni volta in cui si riscontri l'esistenza di un atteggiamento colposo o di un errore non scusabile del s*olvens*: M. GIORGIANNI, *Creditore apparente*, in *Noviss. Dig. it*., vol IV, Torino, 1959, 1156.

JUS CIVILE



ANTONELLO IULIANI

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi di Siena

LA DIFFIDA AD ADEMPIERE TRA PLURALITÀ DEGLI STATUTI RISOLUTORI E FATTISPECIE IMPLICITA DI RISOLUZIONE IMMEDIATA DEL CONTRATTO

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. La diffida ad adempiere: pluralità degli statuti risolutori. – 3. Profili comuni, tratti differenziali e (presunti) elementi tipizzanti: la menzione dell'effetto risolutivo. – 4. La persistenza dell'interesse della parte fedele all'adempimento quale presupposto della diffida ad adempiere: congruità del termine e valutazione implicita di non scarsa importanza dell'inadempimento. – 5. Inutilità dell'adempimento tardivo e scioglimento immediato del contratto: intorno alla definitività e alla non scarsa importanza dell'inadempimento. – 6. Conclusione.*

1. – Queste pagine, intendono raccogliere alcune minime riflessioni attorno allo statuto della diffida ad adempiere, al fine di indagare, sollecitate dal confronto con l'esperienza riformatrice francese [1], la possibilità di rinvenire nel nostro sistema una fattispecie implicita di risoluzione che, per l'ipotesi di ritardo nell'inadempimento, consenta alla parte adempiente di sciogliersi immediatamente dal vincolo contrattuale. Un potere unilaterale di scioglimento dal contratto da far valere in via di azione [2], specularmente a quanto la giurisprudenza già consente di svolgere in via di eccezione, accordando rilievo al rifiuto dell'offerta tardiva dell'adempimento ed esonerando la parte adempiente, che non abbia interesse a coltivare una domanda restitutoria, dall'onere di domandare la risoluzione in via riconvenzionale [3]; un potere unilaterale di scioglimento dal contratto da riconoscere oltre i confini dei contratti di durata [4] nei quali l'essenzialità temporale della prestazione inadempiuta rende evidente l'irrecuperabilità dell'inadempimento (parziale) [5] e di quelli segnati dagli artt. 1463 [6] e 1385 cod. civ., ove la risoluzione assume, quanto alla forma di esercizio, le sembianze del recesso.

---

[1] Un'ampia e accurata analisi è offerta da M. DELLACASA, *La nuova résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione*, in *Riv. dir. civ*., 2017, 1539 s.; S. PAGLIANTINI, *La risoluzione per inadempimento tra legge e giudizio (studio sull'inadempimento definitivo)*, in *La risoluzione per inadempimento*. *Poteri del giudice e poteri delle parti*, a cura di C. CONSOLO, I. PAGNI, S. PAGLIANTINI, V. ROPPO, M. MAUGERI, Padova, 2018, 99 s.

[2] In dottrina giungono a tale esito I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 340 s.; M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ*., 2015, 40 s.; S. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni*, in *Oss. dir. civ. comm*., 2016, 9 s.; M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2003, *passim*.

[3] Per i riferimenti giurisprudenziali cfr. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale)*, cit., 18 s.

[4] Per una generalizzazione del recesso per inadempimento nei contratti di durata cfr. F. PADOVINI, *Risoluzione e recesso*, in *Obbl. contr*., 2012, 86 s.

[5] G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1974, 743 s.

[6] Cfr. S. PAGLIANTINI, *Commento* sub-*art. 1463 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, Dei contratti in generale, Torino, 2011, 557 s.



Da questo punto di vista, l'art. 1226 *code civ.* offre una significativa testimonianza dell'evoluzione del sistema dei rimedi contro l'inadempimento verso la stragiudizialità; vi si trovano contemplate due alternative: la prima conduce alla risoluzione mediante un procedimento bifasico. Il creditore che voglia, «à ses risques et périls», risolvere il contratto deve dapprima costituire in mora il debitore, avvertendolo della conseguenza del persistere dell'inadempimento e, successivamente, comunicargli la risoluzione del contratto, menzionando espressamente i motivi che la giustificano. La seconda fattispecie non è compiutamente regolata ma si ricava per riduzione degli elementi della prima: in caso di urgenza, infatti, il creditore può sciogliersi unilateralmente e immediatamente dal contratto.

Per apprezzare appieno l'esistenza di un'analoga fattispecie nel nostro ordinamento e rendere così proficuo il confronto con l'esperienza francese, ci sembra opportuno non arrestare l'analisi alla sola disciplina dell'art. 1454 cod. civ. ma estenderla anche ad altre fattispecie contenute nella disciplina dei singoli tipi negoziali.

2. – Si segnalano, da questa prospettiva, una pluralità di statuti risolutori, non omogenei quanto alla disciplina e alla funzione. La vendita di beni mobili annovera, a esempio, l'art. 1517 cod. civ. il quale accorda al venditore e al compratore, che abbiano preventivamente offerto la consegna del bene o il pagamento del prezzo: (a) la facoltà di risolvere il contratto entro otto giorni dalla scadenza del termine fissato per l'adempimento delle obbligazioni di consegna e di pagamento del prezzo, qualora il venditore o il compratore, prima della scadenza del termine stabilito, abbiano offerto preventivamente l'adempimento dell'obbligazione e l'altra parte non abbia adempiuto alla scadenza; (b) e, al solo venditore, la facoltà di risolvere il contratto entro otto giorni dalla scadenza del termine fissato per l'adempimento della consegna, nell'ipotesi in cui il termine per il pagamento del corrispettivo non sia ancora scaduto e il compratore non si presenti per ritirare il bene preventivamente offerto, ovvero lo rifiuti.

La fisionomia del rimedio in commento sollecita un accostamento ora con l'istituto della diffida ad adempiere (preventiva, giacché l'inadempimento, in entrambi i casi, non è ancora attuale al momento in cui la diffida interviene) alla quale fa seguito, nell'ipotesi prevista dal secondo comma, un potere di risoluzione che è anch'esso anticipato (giacché reagisce ad un pericolo di inadempimento, presunto dalla mancata consegna [7]); ora, limitatamente alla fattispecie recata dal primo comma, un confronto con il termine essenziale, unilateralmente determinato dalla parte nel corso del rapporto; con la peculiarità, in entrambi i casi, di uno scioglimento non automatico del contratto, ma condizionato all'esercizio di un potere unilaterale e stragiudiziale [8].

L'accostamento con la diffida ad adempiere riesce persuasivo, almeno con riferimento alla fattispecie recata dal primo comma dell'art. 1517 cod. civ.: l'offerta di adempimento ha, infatti, la funzione di dialettizzare, in via preventiva, l'essenzialità del termine, mediante un comportamento capace di manifestare, in modo univoco, l'interesse del venditore ad un adempimento temporalmente esatto [9] e da questo punto di vista, per-

[7] Detto altrimenti: la mancata cooperazione del compratore è «rubricata alla stregua di un indice qualificato della volontà di non provvedere al successivo pagamento»; in questi termini S. PAGLIANTINI, *Le obbligazioni del compratore*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, I-Vendita e vendite, Milano, 2014,148.

[8] Classici i riferimenti a C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino 1993, 947; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1952, 716.

[9] Rileva PAGLIANTINI, *Le obbligazioni del compratore*, cit., 145, come l'art. 1517, comma 1, cod. civ. asseconda l'interesse del venditore di «prevenire un adempimento che sia *tardivo*» ed è espressivo «di una specie di *induzione o di sollecito ad adempiere prontamente*».



ciò, essa svolge la medesima funzione che l'art. 1454 cod. civ. riserva all'intimazione ad adempiere successiva all'inadempimento. L'accostamento del rimedio previsto dal primo comma dell'art. 1517 cod. civ. all'istituto della diffida ad adempiere disciplinato dall'art. 1454 cod. civ. trova, d'altronde, conferma anche sul piano storico: la dottrina [10] è infatti concorde nell'individuare le origini della diffida ad adempiere nella fattispecie di risoluzione di diritto disciplinata dal primo comma dell'art. 67 cod. comm., poi confluito dapprima nell'art. 307, comma 2 del progetto D'Amelio del codice di commercio del 1925, quindi, negli artt. 253 e 254 del progetto preliminare del Libro delle Obbligazioni.

Meno scontato è, invece, l'apparentamento con la diffida ad adempiere della fattispecie prevista al secondo comma: si potrebbe infatti ragionevolmente negare che l'offerta preventiva abbia, in questo caso, la funzione di oggettivare l'interesse del venditore ad un adempimento tempestivo, considerato che la risoluzione si collega alla mancata cooperazione del debitore e non già all'inadempimento all'obbligo di pagamento del prezzo. Si potrebbe allora reputare che la norma accordi al venditore un potere di scioglimento immediato del contratto per l'ipotesi di mancato adempimento all'obbligo di prendere in consegna il bene; l'offerta preventiva, in questa prospettiva, avrebbe la più limitata funzione di informare il compratore, qualora il bene si trovi in un luogo diverso dal domicilio di quest'ultimo, che il bene è pronto per essere ritirato e diviene dunque irrilevante qualora l'obbligazione di consegna debba essere adempiuta presso il domicilio del compratore. Si potrebbe, tuttavia, ragionare anche diversamente e riconoscere che l'offerta ha qui la funzione di dialettizzare (ovvero di oggettivare) l'interesse alla tempestività dell'adempimento, non già all'obbligo di pagamento del corrispettivo, bensì a quello di prendere in consegna il bene, considerate le esigenze del venditore di liberare tempestivamente il proprio magazzino e di non sostenere ulteriormente i costi di custodia del bene [11]. Si potrebbe, infine, riconoscere all'offerta del venditore la funzione di oggettivare quel pericolo d'inadempimento (sul tempestivo adempimento all'obbligo di pagamento del corrispettivo) che, nei contratti di durata, a esecuzione prolungata o a esecuzione differita, consente di risolvere anticipatamente il contratto.

Apprezzata in questi termini, la norma avrebbe una funzione non dissimile da quella svolta dall'art. 1662 cod. civ., il quale consente al committente – sebbene non sia ancora scaduto il termine di consegna dell'opera – di fissare un termine all'appaltatore entro il quale correggere i difetti nell'esecuzione, spirato inutilmente il quale, il contratto si intenderà automaticamente risolto. La dottrina maggioritaria, che discorre di un rimedio contro un pericolo attuale di un inadempimento futuro [12] apparentabile alla diffida ad adempiere, ha trovato il dissenso di altra opinione, incline ad inquadrare la risoluzione come rimedio contro l'inadempimento attuale di un obbligo preparatorio capace di istituire un giudizio prognostico sull'incapacità dell'appaltatore di adempiere all'obbligazione di consegna [13]; un rimedio che sarebbe irriducibile allo schema

[10] Cfr. A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 75 s.

[11] RUBINO, *La compravendita*, cit., 735, secondo il quale «presumibilmente, il criterio seguito dalla legge, è che l'interesse del venditore a sbarazzarsi della cosa merita di essere tutelato col più energico strumento della risoluzione solo quando il prezzo non sia ancora stato pagato».

[12] L'espressione è di D. RUBINO, G. IUDICA, *L'appalto*, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2007, 304.

[13] A. VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica «anticipata»*, in *Contr. impr.*, 2015, 461 s. La differenza starebbe nel fatto che, mentre la diffida ad adempiere manifesta il disinteresse del creditore ad un adempimento che intervenga oltre il termine intimato, la minaccia di risoluzione, *ex* art. 1662 c.c., viceversa, mirerebbe ad evitare l'inadempimento definitivo della prestazione, mediante un'attività conformativa che arricchisce il contenuto del rapporto obbligatorio. Ci sembra, però, che in entrambi i casi – e specie qualora si colleghi l'intimazione ad un inadempimento attuale – l'intimazione manifesti l'interesse del creditore all'attuazione del rapporto fino al limite dell'adempimento entro il termine convenuto, il cui trascorrere testimonia, da



della diffida ad adempiere. Ci sembra, però, che anche aderendo a quest'ultima ricostruzione, la quale ha posto meritoriamente in risalto l'autonomia degli obblighi preparatori e/o strumentali anche sul piano della loro distinta esigibilità [14], non trova ostacolo la riconduzione del rimedio in esame alla diffida ad adempiere, considerato che il mancato adempimento all'obbligo strumentale nel termine assegnato dal committente svolge la funzione di dialettizzare, oggettivandolo, quel pericolo di inadempimento che giustifica il disinteresse del commettente alla prosecuzione del rapporto [15]. La fattispecie dell'art. 1662 cod. civ. si piega ad una valutazione non dissimile da quella propria dei contratti di durata, nei quali il giudizio sulla rilevanza dell'inadempimento ai fini risolutori è sempre declinato in termini di potenzialità lesiva dell'interesse creditorio, apprezzato però nella dimensione dell'intero rapporto contrattuale; la valutazione sulla importanza dell'inadempimento, muovendo dall'inadempimento della singola prestazione, si proietta infatti sulla futura capacità del debitore di adempiere alle successive prestazioni.

3. – Le fattispecie alle quali si è fatto sinora cenno presentano elementi comuni e tratti di disomogeneità sui quali è bene fermare l'attenzione:

a) la *stragiudizialità* costituisce un sicuro elemento che accomunare le fattispecie sinora esaminate all'art. 1454 cod. civ.; in dottrina trova, d'altronde, frequente riscontro l'affermazione secondo la quale la diffida ad adempiere rappresenta un «mezzo concesso dalla legge al creditore insoddisfatto per ottenere una rapida risoluzione del rapporto» ed evitare quindi le lungaggini processuali [16];

b) la *funzione preventiva*: si tratta di un elemento che, se pure può dirsi ricorrente in tutte le fattispecie sinora passate in rassegna, inclusa quella generale contemplata all'art. 1454 c.c., varia in funzione del termine di riferimento. In taluni casi, l'intimazione ad adempiere interviene prima che l'inadempimento si sia verificato e consente di stimolare l'inadempimento e al contempo di prevenirlo; altre volte non solo l'intimazione, ma anche la risoluzione intervengono in un momento in cui l'inadempimento (all'obbligo primario assunto) non è ancora attuale; in ogni caso si può dire che la diffida ad adempiere svolga una generale funzione di prevenzione della compromissione dell'interesse creditorio;

c) l'*automaticità dell'effetto risolutivo* si ritrova nelle fattispecie recate agli artt. 1454 e 1662 cod. civ. ma è estraneo alle ipotesi contemplate dagli artt. 1517 e 2224 c.c.; in questi casi, invero, la risoluzione è l'effetto – successivo all'intimazione ad adempiere – dell'esercizio di un potere unilaterale (oltre che stragiudiziale);

---

un lato, il disinteresse ad un adempimento oltremodo tardivo, dall'altro lato la perdita di fiducia del creditore. Anche l'asserita diversità sotto il profilo del contenuto della condotta debitoria ci pare controvertibile, considerato che anche l'adempimento tardivo può comportare un incremento dell'attività debitoria.

[14] Sia consentito, sul punto, il rinvio ad A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Milano, 2018, 332 s.

[15] Esclude del tutto la rilevanza del giudizio sulla gravità dell'inadempimento VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto*, cit., 491; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1967 166. Reputano, invece, essenziale la valutazione circa la gravità dell'inadempimento, così da evitare che la risoluzione possa prodursi anche in ipotesi di inadempimento marginale o di irregolarità di mero dettaglio, RUBINO, IUDICA, *L'appalto*, cit., 307; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002, 156 s.; V. PUTUORTÌ, *La risoluzione mediante diffida ex artt. 1454 e 1662 c.c.*, in *Le Corti Fiorentine*, 2017, 14 s.; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 574 s.

[16] In questo senso, a esempio, G. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950; 148; M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. SCIALOJA, G. BRANCA, diretto da F. GALGANO, Bologna-Roma, 1990, 433; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Il contratto in generale, Tomo VIII**, La risoluzione, Torino, 2011, 130.



d) l'*interesse alla prestazione*: in tutte le ipotesi di diffida adempiere il creditore, al momento dell'intimazione, ha ancora interesse – entro un termine stimato dal creditore oltre il quale risulterebbe compromessa (o seriamente pregiudicata) la realizzazione del proprio interesse – a che la prestazione venga eseguita dall'altra parte; il presupposto sui cui si fonda questo strumento di risoluzione è che l'adempimento sia tuttora utile, ma che questa utilità possa venire a mancare entro un certo lasso di tempo, più o meno breve;

d) la *tipologia di inadempimento*: le diverse ipotesi di diffida ad adempiere non trovano esclusivo fondamento in un'inesattezza temporale dell'esecuzione della prestazione; l'art. 1662 c.c., in particolare, sembrerebbe smentire l'opinione, autorevolmente sostenuta, che restringe l'ambito di applicazione della diffida ad adempiere alle sole ipotesi di inadempimento assoluto o di ritardo. In senso contrario, d'altro canto, si è affermato che l'intimazione contenuta nella diffida può avere ad oggetto l'esatta esecuzione della prestazione senza che sorgano problemi di compatibilità [17]. Tale affermazione merita, tuttavia, di essere meglio precisata: là dove l'intimazione ad adempiere (com'è nella fattispecie dell'art. 1662 c.c.), pur muovendo da un inadempimento attuale, si proietta, per così dire, sul futuro adempimento e, dunque, assolve alla funzione di oggettivare l'interesse allo scioglimento anticipato del contratto, l'ambito di applicazione si estende anche alle ipotesi di inesattezze di tipo qualitativo; là dove, invece, l'intimazione si rivolge al passato, nel senso che resta confinata ad un inadempimento già intervenuto e del quale si domanda l'eliminazione, l'ambito di applicazione resta confinato all'ipotesi di ritardo. Si può dire, dunque, che il tempo assuma un duplice rilievo nell'economia della diffida ad adempiere: per un verso esso è, per così dire, estrinseco rispetto all'interesse alla prestazione e il suo inutile decorso consente di formulare quel giudizio prognostico sul futuro adempimento dal quale dipende possibilità di risolvere anticipatamente il contratto; per altro verso, esso è, invece, intrinseco all'interesse alla prestazione, nella misura in cui il decorso infruttuoso del termine concesso con la diffida rende rilevante (ai fini risolutori) lo specifico interesse del creditore a che l'inadempimento (qualificato sotto il profilo temporale) non si protragga ulteriormente.

Gli è, allora, che, se l'inadempimento è, invece, tale sotto il profilo qualitativo, qualora esso sia di scarsa importanza, il decorso del termine assegnato dal creditore (per rimediare a tale inesattezza) non sarà capace di attribuire al persistere dell'inadempimento alcun effetto sul piano della risoluzione, così come, specularmente, qualora l'inadempimento sia di non scarsa importanza, già di per sé potrà legittimare lo scioglimento del contratto, indipendentemente dalla concessione di un termine ulteriore al debitore. Ciò non esclude, tuttavia, che l'inesatto adempimento possa apprezzarsi, rispetto alla successiva attività necessaria per correggere l'inadempimento, sotto il profilo temporale, nel qual caso a divenire rilevante sarà, però, la tempestività nell'adempimento all'obbligo conformativo. Da questo punto di vista è possibile apprezzare gli artt. 13 e 16 della dir. 771/19 che consentono al compratore di risolvere il contratto qualora il venditore abbia dichiarato, o risulta chiaramente dalle circostanze – a es. si rende irreperibile dal consumatore o indisponibile al ritirare il bene – che non procederà al ripristino della conformità del bene entro un periodo ragionevole, o senza notevoli inconvenienti per il consumatore. Il rimedio risolutorio se, infatti, mediatamente, reagisce pur sempre all'imperfezione dell'effetto traslativo che si manifesta con la consegna di un bene difforme, trova, però, immediato presupposto nel pericolo di inadempimento all'obbligazione succedanea di riparare il bene entro un ragionevole periodo di tempo, il che consente al consumatore – in alternativa alla facoltà concessagli dall'art. 13, comma 4, lett. c) in caso di difformità «talmente grave» – di risolvere anticipatamente il contratto senza attendere gli esiti della successiva attività ripristinatoria del venditore;

[17] M. DELLACASA, *Le risoluzioni di diritto: la diffida ad adempiere*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V. RIMEDI-2, a cura di V. ROPPO, Milano 2006, 276.



e) la *menzione dell'effetto risolutivo*: mentre l'art. 1454 cod. civ. ricollega espressamente l'effetto risolutorio ad un preventivo avvertimento del debitore, le altre disposizioni passate in rassegna tacciono a riguardo. Di qui l'interrogativo, apparentemente marginale ma denso in realtà di risvolti sistematici, sulla necessità che il debitore sia informato delle conseguenze dell'esito infruttuoso della diffida ad adempiere (cioè a dire la risoluzione) [18].

L'opinione maggioritaria, com'è noto, si esprime in senso favorevole [19]; la comunicazione preventiva al debitore assume, a esempio, un rilievo centrale nell'opinione di quell'autorevole dottrina [20], la quale, nell'ipotesi di ritardo nell'adempimento, affida la valutazione sulla risoluzione a due requisiti alternativi: l'esistenza di un danno rilevante per il creditore, la comunicazione preventiva al debitore dell'effetto risolutivo. L'opinione in discorso muove, infatti, dalla premessa secondo la quale, il giudizio di gravità dell'inadempimento, se inteso come valutazione sull'interesse del creditore, avrebbe senso unicamente se riferito all'ipotesi di inadempimento inesatto; rispetto al ritardo nell'adempimento, al contrario, troverebbe rilievo unicamente l'interesse del debitore a non essere colto di sorpresa di fronte all'esito risolutorio. Tale interesse troverebbe adeguata tutela, nel caso di risoluzione giudiziale, mediante un adattamento del criterio della gravità dell'inadempimento, di modo che un ritardo di lieve entità al momento della domanda di risoluzione, che non abbia leso in misura rilevante l'interesse del creditore, diventerà grave se il debitore dovesse lasciare trascorrere un congruo termine dalla domanda di risoluzione senza offrire l'adempimento [21]. La tesi che assegna all'intimazione la funzione di avvertire il debitore delle conseguenze del persistere dell'inadempimento ha trovato il dissenso di altra dottrina [22]: la tesi in parola, si è detto, avrebbe il difetto di proporre alla base dell'art. 1455 cod. civ. una duplice *ratio*, a seconda che la norma trovi applicazione al ritardo, ovvero alle altre ipotesi di inadempimento; la definitiva scomparsa delle disposizioni in tema di dilazione e di onere di avviso dal codice del 1942 testimonierebbe il disinteresse del legislatore per il profilo della "sorpresa"; con la previsione della diffida ad adempiere non si sarebbe affatto inteso tutelare l'interesse della parte inadempiente ad evitare la risoluzione di sorpresa, bensì dotare la parte fedele di un rapido strumento privato di risoluzione.

Se si assume – come meglio si dirà in seguito – che la diffida ad adempiere ha la funzione di dialettizzare l'interesse della parte fedele a sciogliersi dal contratto in difetto di un tempestivo adempimento, dunque di oggettivare il requisito della gravità dell'inadempimento (il quale assolve alla funzione di evitare non già l'effetto risolutorio a "sorpresa" ma che una parte possa approfittare dell'inadempimento dell'altra parte per rimeditare la convenienza dell'affare); ebbene, se ci si colloca in tale prospettiva, si dovrà reputare che la minaccia preventiva dell'effetto risolutivo non assume rilievo alcuno (tantomeno quello di elemento costitutivo della risoluzione). Del resto, la circostanza che l'intimazione di cui all'art. 1454 c.c., consenta, nei fatti, al debitore di essere preventivamente informato del possibile scioglimento del contratto è soltanto una conseguenza dalla scissione tra l'esercizio del potere di risoluzione, contestuale all'intimazione, e rispetto al quale soltanto si pone un problema informativo, e la produzione dell'effetto risolutorio (sospensivamente

[18] In senso favorevole BIANCA, *La vendita*, cit., 943; in senso contrario RUBINO, *La compravendita*, cit., 720.

[19] G. IUDICA, *Le asimmetrie dell'art. 1662 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 321; RUBINO, IUDICA, *Appalto*, cit., 307 (ma v. l'opinione contraria precedentemente espressa da D. RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1954, 394); LUCCHINI-GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto*, cit., 162; *contra* GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 167; VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto*, cit., 479.

[20] G. AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 655 s.

[21] AULETTA, *op. ult. cit.*, 668 s.

[22] SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 389 s.



condizionato all'esito infruttuoso dell'intimazione) di modo che, là dove – come nel caso dell'art. 1517 cod. civ. – la risoluzione discende dall'esercizio di un potere stragiudiziale successivo all'intimazione ad adempiere, l'avviso preventivo non ha alcuna ragion d'essere. Va, semmai, osservato come proprio l'automaticità dell'effetto risolutorio conseguente all'esito infruttuoso dell'intimazione ad adempiere finisca per assegnare a quest'ultima anche una funzione *lato sensu* compulsoria [23] e che tale funzione si attenua sino a scomparire là dove la risoluzione non è automatica ma è l'effetto dell'esercizio di un potere unilaterale successivo alla intimazione ad adempiere. Così è nella disciplina francese, la quale, da questo punto di vista, si mostra assai più incline ad assicurare una trasparenza di protezione giacché l'art. 1226 *code civ.*, non soltanto prevede che l'atto unilaterale di risoluzione faccia espressa menzione delle ragioni a fondamento della risoluzione, ma che la messa in mora preventiva – necessaria salvo l'ipotesi di urgenza – «mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat».

4. – f) la *non scarsa importanza dell'inadempimento*: testualmente, né l'art. 1454 c.c., né le altre norme prese in considerazione sinora, menzionano espressamente tale requisito. Ciononostante, la dottrina maggioritaria [24] e la giurisprudenza prevalente lo annoverano tra i requisiti della diffida ad adempiere, sul presupposto che quest'ultima si limiti ad apprestare uno strumento di definizione stragiudiziale delle controversie relative all'applicabilità del rimedio risolutorio, e si dividono unicamente sul momento al quale riferire il giudizio di gravità, se quello della ricezione della diffida ovvero quello della scadenza del termine. Tale opinione parrebbe ricevere ulteriore conforto dalla lettera dell'art. 1224 *code civ*. che, come noto, pone espressamente a fondamento della risoluzione per atto unilaterale prevista dall'art. 1226 *code civ*. un inadempimento sufficientemente grave. Meno univoche appaiono, invece, le norme convenzionali: sia gli artt. 49 e 64 della CISG, sia gli artt. 114, 115,134 e 135 CESL nel distinguere tra la risoluzione immediata, conseguente a un inadempimento grave, e la risoluzione mediante diffida ad adempiere in caso di ritardo nella consegna, parrebbero far ritenere che in questa seconda ipotesi la gravità dell'inadempimento sia quantomeno implicita nell'inutile decorso del tempo concesso dalla parte adempiente.

L'opinione maggioritaria non è, tuttavia, incontrastata [25]: un'autorevole dottrina reputa, a esempio, che la funzione della diffida ad adempiere si risolva nell'offrire ai contraenti un rimedio attraverso il quale fuoriuscire dall'incertezza di una situazione in cui non si sa ancora se il contratto avrà esecuzione o rimarrà definitivamente ineseguito [26]. La centralità che nell'opinione in commento riveste la funzione di superamento dell'incertezza rende irrilevante il giudizio sulla gravità dell'inadempimento, nel senso che si prescinde da esso, e la diffida ad adempiere diviene strumento necessario anche al creditore che abbia definitivamente perso l'interesse a ricevere la prestazione.

Secondo una diversa opinione [27], l'irrilevanza del giudizio di gravità dell'inadempimento discenderebbe

[23] Cfr., sul punto, G. F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, 187 s.

[24] Cfr., *ex multis*, TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., 135 s.; COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento* cit. 434 s.; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, 297 s.; G. SICCHIERO, *Diffida ad adempiere*, voce, in *Dig. disc. priv*., Agg. 6, Torino, 2011, 329. In giurisprudenza, tra le tante, si v. Cass. 16 dicembre 2021, n. 40325; Cass. 8 settembre 2015, n. 17784; Cass. 4 settembre 2014, n. 18696.

[25] Si è già detto dell'autorevole opinione di AULETTA, *Importanza dell'inadempimento*, cit., *passim*, per il quale nella diffida ad adempiere si prescinde dalla gravità dell'inadempimento (meglio, del ritardo), giacché sarebbe già soddisfatta l'esigenza di evitare che il debitore subisca senza preavviso la risoluzione.

[26] È la nota opinione di G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, 118 s.

[27] DELLACASA, *Le risoluzioni di diritto*, cit., 284 s.



dalla funzione complessa che è destinata ad assolvere la diffida ad adempiere nella sequenza procedimentale che conduce alla risoluzione del contratto: una funzione coercitiva, che si risolve nell'intimare al debitore di adempiere la prestazione, e una funzione preventiva (dell'inadempimento definitivo), che consente al creditore di sciogliersi dal vincolo e di concludere un contratto sostitutivo prima che abbia perduto interesse alla prestazione. La funzione di prevenzione dell'inadempimento definitivo, propria della diffida ad adempiere, suggerisce alla dottrina in commento di escludere che l'inadempimento debba essere importante, sia al momento dell'intimazione ad adempiere, sia al momento dello scadere del termine intimato. All'opinione appena richiamata, ampiamente condivisibile nell'impostazione di fondo, potrebbe obiettarsi che l'esigenza di consentire alla parte fedele di sciogliersi dal contratto, così da stipulare tempestivamente un contratto sostitutivo – nell'ottica di prevenire l'inadempimento definitivo – è assicurata ancor più che dalla diffida ad adempiere – che, comunque presuppone il persistere, seppure entro un certo termine, dell'interesse all'adempimento e che, dunque, assolve, in pari tempo, una funzione coercitivo-preventiva – dalla possibilità per il contraente fedele di sciogliersi unilateralmente e in via stragiudiziale dal contratto, e che tale facoltà è subordinata proprio al ricorrere di un inadempimento di non scarsa importanza. In secondo luogo, che l'affermata irrilevanza di una valutazione *ex* art. 1455 cod. civ. sembra dettata dall'implicito convincimento che l'inadempimento sia importante soltanto quando abbia pregiudicato del tutto l'interesse del creditore, e non anche, come suggerisce la lettera dell'art. 1455 cod. civ., allorquando il ritardo pregiudichi in maniera rilevante, senza ancora comprometterlo del tutto, la realizzazione dell'interesse dedotto in contratto.

Alla parte fedele si offrono due alternative: risolvere immediatamente il contratto, qualora il ritardo – e ciò, indipendentemente dalla sua consistenza temporale – sia tale da compromettere la realizzazione dell'interesse creditorio; intimare alla parte inadempiente di adempiere entro un congruo termine, pena la risoluzione del contratto, qualora il ritardo non pregiudichi ancora la realizzazione dell'interesse dedotto in contratto e il creditore abbia ancora interesse a ricevere la prestazione dal debitore. La prima alternativa, che reputiamo implicita nel sistema, asseconda, per un verso, l'interesse del creditore a stipulare tempestivamente un contratto sostitutivo e, per altro verso l'interesse dell'inadempiente ad essere risarcito qualora il giudice dovesse accertare la scarsa importanza dell'inadempimento. La seconda consente, invece, alla parte fedele, che abbia ancora interesse all'esecuzione della prestazione, di insistere per l'adempimento avvertendo il debitore che la persistenza dell'inadempimento oltre un certo termine rischia di pregiudicare, senza necessariamente comprometterlo del tutto, l'interesse alla prestazione. In entrambi i casi, tuttavia, lo scioglimento del contratto presuppone il ricorrere di un inadempimento di non scarsa importanza: se nella prima ipotesi, la rilevanza dell'inadempimento ai fini risolutori è rimessa all'accertamento (sia pure *ex post*, e dunque eventuale) del giudice, nel secondo caso esso può dirsi implicito nell'inutile spirare del termine concesso dal creditore; che, dunque, si apprezza non soltanto con riguardo alla capacità del debitore di adempiere alla prestazione in ritardo, ma anche in relazione all'esonero dell'accertamento giudiziale dell'esistenza della gravità dell'inadempimento: l'attitudine del ritardo dell'interesse creditorio è espressamente dialettizzata, ai fini risolutori, dalla concessione di un congruo termine.

L'instaurarsi di una dialettica tra la risoluzione per atto unilaterale e la risoluzione mediante diffida trova conforto nella disciplina dei due principali contratti tipici: al committente è consentito di esperire, in alternativa al rimedio dell'art. 1662 c.c., il recesso di cui all'art. 1671 c.c., il quale, proprio perché *ad nutum*, è capace di comprendere anche la sfiducia nei confronti dell'appaltatore, collegata all'inadempimento di quest'ultimo [28]. Con la conseguenza che il committente, convenuto per l'adempimento della propria presta-

[28] Lo evidenzia PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione*, cit., 140; in giurisprudenza è nota Cass. 30 marzo 1985, n. 2236, in



zione o per il risarcimento del danno potrà dedurre, opponendola in via di eccezione, la non scarsa importanza dell'inadempimento dell'appaltatore quale causa del recesso. La dialettica che, nella fase esecutiva, si instaura tra una risoluzione per atto unilaterale e una risoluzione mediante diffida ad adempiere, si apprezza anche nel momento successivo alla scadenza del termine convenuto per l'adempimento; in caso di ritardo nell'esecuzione della prestazione, ovvero di ritardo nella consegna dell'opera ultimata, ma non ancora accettata, così come in presenza di vizi e difformità, il committente potrà ricorrere alla diffida ad adempiere – nella prima ipotesi anche nella forma dell'art. 1662 cod. civ. – ovvero potrà sciogliersi immediatamente dal vincolo, dando prova della gravità dell'inadempimento [29].

Anche la disciplina del contratto di vendita reca, agli artt. 1515-1516 c.c., un rimedio (la compravendita in danno) che, se si esclude l'apparentamento con l'area della tutela in natura (dei rimedi *lato sensu* satisfattivi del diritto di credito della parte adempiente) [30], può essere ricondotto all'area della risoluzione (stragiudiziale) del rapporto, nel quadro di una forma complessa di autotutela privata contro l'inadempimento [31]. Una risoluzione che, però, può essere vista sia come il presupposto (implicito) [32] del procedimento che si completa con la compravendita di rimpiazzo, sia come l'esito (seppur contestuale alla vendita di rimpiazzo) di tale procedimento; di qui l'ulteriore problema di stabilire se l'eventuale avviso del venditore abbia la funzione, oltre che di consentire al compratore di valutare, nel caso di beni non aventi valore di mercato, la correttezza delle operazioni di vendita, di rendere edotto quest'ultimo della risoluzione già avvenuta ovvero di consentirgli di adempiere tardivamente, evitando lo scioglimento del contratto. Di là dalla qualificazione giuridica del rimedio, nel quale più realisticamente convivono i tratti propri dell'esecuzione e della risoluzione, merita di rimarcare come la giurisprudenza e la dottrina accordino al venditore la possibilità, in alternativa alla vendita in danno, di ricorrere alla c.d. rivendita libera, ammettendo dunque la facoltà del venditore di risolvere unilateralmente e stragiudizialmente il contratto, a condizione che l'inadempimento sia di non scarsa importanza [33].

5. – Le considerazioni che precedono sollecitano un più generale interrogativo: nell'ipotesi in cui il creditore non abbia interesse a ricevere la prestazione in ritardo, egli può sciogliersi immediatamente dal contratto (giudizialmente o stragiudizialmente), o, viceversa, è necessario che costituisca preventivamente in mora il debitore?

Si potrebbe, anzitutto, pensare di fondare una distinzione sulla natura della prestazione: se la prestazione è

Giust. civ., 1986, 511 s., con nota di M. LIPARI, *Inadempimento dell'appaltatore, «ordine di sospensione dei lavori» e recesso del committente*.

[29] PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione*, cit., 140.

[30] In questo senso, F. FERRARA JR., *L'esecuzione coattiva della compravendita commerciale*, Milano, 1937, 90; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 204 s.; RUBINO, *La compravendita*, cit., 707, che la definisce come una forma di «esecuzione, sia pure in forma anomala», ancorché (ivi, 733) riconosca come sia più «armonica per la rivendita che per la ricompera la costruzione nel senso di esecuzione coattiva anticipata».

[31] Un atto di autotutela contrattuale che rimpiazza il contratto inadempiuto e liquida l'ammontare del danno per il mancato guadagno e le spese da rimborsare; così BIANCA, *La vendita*, cit., 954.

[32] Di risoluzione implicita discorre M. GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contr. impr*., 1991, 63.

[33] In questo senso, M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2015, 151 s., spec. 152, ove si legge che «la scelta di rivendere il bene sul mercato presuppone la risoluzione del contratto che richiede, a sua volta, un inadempimento grave del compratore».



di dare, nella specie dell'obbligo di consegna, si darebbe la possibilità di una risoluzione immediata; là dove, invece, la prestazione è di fare, il ritardo non sarebbe di per sé grave, dovendo il debitore costituire necessariamente in mora il debitore. La distinzione poggerebbe su un fondamento incerto: nell'appalto, a esempio, il ritardo nella consegna non consente all'appaltatore di liberarsi dal contratto con la stessa facilità con la quale il compratore può risolvere il contratto, sicché parrebbe più persuasivo fondare la distinzione sull'esistenza o meno di costi rilevanti per il debitore nell'esecuzione della prestazione. Uno spunto in tal senso parrebbe provenire dall'art. 61 cod. cons. [34], giacché si potrebbe reputare che l'obbligo, (previsto dal comma 3) in capo al compratore che voglia sciogliersi dal contratto, di concedere al venditore un termine supplementare per adempiere, sussista – come suggerisce il considerando n. 52 della dir. 2011/83 – soltanto nell'ipotesi in cui il professionista abbia confezionato o acquistato appositamente per il consumatore i beni venduti, sostenendo perciò costi rilevanti; con la conseguenza, allora, di ammettere il consumatore a risolvere immediatamente il contratto, anche oltre le ipotesi contemplate dal comma 4. Le caratteristiche del contratto d'appalto e la specificità della qualità di consumatore, che parrebbero limitare l'interesse del creditore ad uno scioglimento immediato in caso di semplice ritardo, lasciano spazio una disciplina del contratto di vendita assai più elastica, perlomeno a livello codicistico. I testi normativi internazionali, nei quali la risoluzione figura come potere stragiudiziale unilaterale, anche in reazione ad un inesatto adempimento, contengono, infatti, norme meno univoche: se l'art. 64 CISG distingue tra un inadempimento essenziale, che legittima il venditore a risolvere immediatamente il contratto, e un inadempimento tardivo, che consente al venditore di risolvere il contratto dopo aver concesso al debitore un termine di tolleranza; l'art. 135 CESL, nel discorrere di un ritardo di per sé non grave, che consente alla parte fedele di sciogliersi dal contratto dopo che il termine di tolleranza sia spirato inutilmente, parrebbe, per contro, consentire la risoluzione in presenza di un mero ritardo.

Le disposizioni appena richiamate potrebbero, allora, essere intese sia nel senso di considerare la diffida ad adempiere solo uno strumento a disposizione della parte fedele qualora essa abbia ancora interesse al ricevimento della prestazione, con l'alternativa, dunque, di una risoluzione immediata (e stragiudiziale), qualora il contraente fedele non abbia più interesse a riceverla, sia nel senso di escludere che il semplice ritardo possa condurre di per sé alla risoluzione del contratto, dovendo la parte fedele dialettizzare la perdita di interesse mediante l'esperimento di una diffida ad adempiere.

Il ragionamento potrebbe svolgersi in questi termini: la mancanza di un termine essenziale, di una clausola risolutiva espressa (che fissi le modalità temporali dell'inadempimento), di una preventiva diffida ad adempiere (anteriore alla scadenza del termine) sarebbero indici impliciti della non definitività dell'inadempimento e, dunque, dell'impossibilità di risolvere il contratto. Dalla disciplina della diffida ad adempiere sarebbe allora dato di ricavare, seguendo questo ragionamento, un principio generale, che impone al debitore di tollerare l'altrui ritardo: rispetto alla dinamica giudiziale tale principio andrebbe tradotto, ora nell'onere di una preventiva costituzione in mora del debitore, ora nell'obbligo di tollerare l'adempimento tardivo, in ragione della parificazione tra la domanda di risoluzione e la diffida ad adempiere [35]; ora, infine, in una valuta-

[34] Cfr., sul punto, S. PAGLIANTINI, *La norma incompiuta dell'art. 61 cod. cons.: consegna e recesso in autotutela*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 1002 s.

[35] Secondo V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2001, 974 «leggere la domanda di risoluzione come diffida ad adempiere può avere un altro apprezzabile senso pratico: attenua il rigore della preclusione a carico del convenuto, consentendogli di adempiere (e così salvare il contratto) anche dopo la domanda di risoluzione, purché lo faccia entro un termine non più lungo di quello corrispondente a un termine «congruo». Ciò può suonare poco rispettoso dell'art. 1453[3]: ma è coerente con la massima giurisprudenziale secondo cui l'adempimento successivo alla domanda di risoluzione, pur non cancel-



zione dinamica della importanza dell'inadempimento che, superando la preclusione dettata dall'art. 1453, comma 3, cod. civ., tenga conto anche della condotta successiva delle parti [36].

La diffida ad adempiere, assecondando questo modo di ragionare, lungi dal tutelare l'interesse del creditore all'adempimento tardivo, si limiterebbe ad offrire un rimedio più rapido alla parte fedele che intenda sciogliersi dal contratto e non abbia interesse a domandare la restituzione o il risarcimento del danno. In tal modo, risulterebbe valorizzata la funzione più strettamente di autotutela assolta dalla risoluzione stragiudiziale, a discapito della funzione di compulsione all'adempimento, che è dato di scorgere, sia pur indirettamente, ponendo l'accento sulla intimazione ad adempiere (che muove dal persistente interesse del creditore all'adempimento) e sull'automaticità dell'effetto risolutivo che consegue alla mancata soddisfazione di quest'ultimo.

A tale modo di ragionare – che avrebbe il difetto di generalizzare una soluzione che potrebbe rivelarsi in talune ipotesi irragionevole – si potrebbe contestare la scelta di declinare il giudizio sulla definitività dell'inadempimento allo stesso modo, sia che sia diretto a governare il rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione, sia che sia, invece, volto a regolare il passaggio dalla domanda di adempimento a quella di risarcimento. La definitività dell'inadempimento – cioè a dire la possibilità per la parte fedele di rifiutare l'adempimento tardivo [37] – si atteggia diversamente a seconda che il rifiuto dell'adempimento sia prodromico alla domanda di risarcimento del danno o a quella di risoluzione. Nel secondo caso, il rifiuto soddisfa l'interesse del contraente a liberarsi dal vincolo [38] per stipulare tempestivamente un contratto sostitutivo; nel primo caso asseconda l'interesse a mutare unilateralmente l'oggetto dell'obbligazione e a dare completamento allo scambio nella forma per equivalente [39]. L'offuscamento di tale distinzione riflette il modo abituale di intendere la risoluzione, quale rimedio necessariamente complementare al risarcimento del danno [40]

---

lando l'inadempimento verificatosi, può essere apprezzato dal giudice come *fattore che lo riporta sotto la soglia della scarsa importanza*».

[36] Il superamento della preclusione dettata dall'art. 1453, comma 3, cod. civ. è tuttavia prevalentemente intesa in senso sfavorevole al debitore, nella misura in cui, in presenza di una sua contestazione, egli è chiamato ad adempiere anche successivamente, con la conseguenza che un inadempimento valutato di non scarsa importanza al momento della proposizione della domanda di risoluzione non può essere considerato di scarsa importanza a seguito del persistere dell'inadempimento. Così U. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Il contratto in generale, Tomo VIII**, La risoluzione, cit., 104.

[37] Così A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, I, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, diretto da F. Galgano, cit., 127.

[38] Diversamente da quanto reputa la giurisprudenza – cfr., a esempio, Cass. Sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510, in *Contratti*, 2014, 755 s., con nota di M. DELLACASA, *"Ius variandi" e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali* – secondo la quale «L'interesse del contraente deluso che domanda la risoluzione non è soltanto quello di ottenere lo scioglimento del vincolo contrattuale per un difetto funzionale sopravvenuto, di eliminare cioè il regolamento contrattuale in quanto fonte di prestazioni corrispettive e di essere in tal guisa liberato dalla prestazione su di lui gravante».

[39] Cfr. L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, XII, 2019, 75 s., secondo il quale mentre risoluzione e adempimento sono rimedi alternativi ma non omogeni, azione di adempimento e risarcimento, sono invece rimedi omogeni ma non alternativi, là dove l'omogeneità indica la perdurante identità del fine, pur nella contingente variabilità del mezzo, mentre l'alternatività, indica non la mutevolezza del mezzo, ma il mutamento del fine. Contrariamente a quanto diffusamente si reputa, allora, «Il risarcimento sostitutivo si presenta, dunque, incompatibile con la risoluzione del contratto. E non è, quindi, a quest'ultima che può essere affidato il passaggio dall'adempimento in natura al risarcimento del danno commisurato al valore della prestazione»; così F. PIRAINO, *Il risarcimento sostitutivo tra adempimento in natura e risoluzione*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. GRISI, Napoli, 2019, 578. Come a dire che la risoluzione non determina la definitività dell'inadempimento nel rapporto tra azione di adempimento e risarcimento sostitutivo.

[40] Così Cass., Sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510, cit.: «la tutela risarcitoria, quantunque non legata da un rapporto di consequenzialità logico-giuridica alla domanda di risoluzione, concorre nondimeno ad integrare e a completare le difese del contrente in regola,



ma che, nondimeno, appare discutibile, considerato che la risoluzione non soddisfa (garantisce effettività a) l'interesse del creditore all'attuazione dello scambio (si tratta, come messo in luce da autorevole dottrina di un potere dispositivo-novativo [41]) ma quello, del tutto contrario, allo scioglimento dal vincolo [42]. L'inadempimento definitivo si connota diversamente nei due casi; nel primo caso esso coincide con un inadempimento protrattosi oltre un certo margine di tolleranza il quale, più propriamente, discende dal principio della priorità dell'adempimento in natura; nel secondo caso, la definitività dell'inadempimento coincide, viceversa, con la non scarsa importanza dell'inadempimento, di cui ne coglie il profilo soggettivo della rilevanza dell'interesse del creditore. Occorre, in secondo luogo, evitare di scambiare quello che – nella dialettica tra adempimento e risarcimento del danno – è un principio connaturato alla struttura del rapporto obbligatorio, a quello che – nel rapporto tra adempimento e risoluzione – è una scelta, storicamente determinata, di politica del diritto volta a consentire, al debitore di somma di denaro un certo margine di tolleranza nell'adempimento [43].

La concreta dinamica negoziale suggerisce che il creditore perseguirà la strada dell'adempimento in natura-risarcimento del danno, là dove, ad un iniziale inadempimento che non pregiudica la soddisfazione dell'interesse creditorio, faccia seguito o la definitiva impossibilità di eseguire la prestazione o la definitiva compromissione dell'interesse creditorio e non sussista la possibilità di stipulare tempestivamente un contratto sostitutivo. Qualora tale possibilità sussista, la parte fedele non solo avrà interesse a liberarsi dal contratto per stipulare tempestivamente un contratto sostitutivo, così da soddisfare altrove il proprio interesse, ma sarà obbligata ad agire in tal senso, giacché, in difetto, non potrà domandare il risarcimento sostitutivo di un danno che sarebbe stato evitabile.

Il problema si risolve, dunque, nello stabilire quando l'inadempimento (temporalmente inesatto) sia di non scarsa importanza; quando cioè l'interesse (non dialettizzato) del creditore a liberarsi immediatamente dal contratto per soddisfare, mediante la stipula di un contratto sostitutivo, il proprio interesse, assuma rilevanza ai fini risolutori. Nel discorso generale, trova frequente riscontro l'opinione secondo la quale il giudizio sull'importanza dell'inadempimento assumerebbe a parametro tanto il peso che la prestazione ha nell'economia del contratto, quanto l'interesse del creditore all'esatto adempimento (in particolare nei termini convenuti). Si precisa, poi [44], come non si tratti di due valutazioni distinte, ma di un unico giudizio che, muovendo dagli interessi che lo specifico contratto intende realizzare, si incentra sulla misura della compromissione dell'interesse dedotto in contratto, il quale dunque diviene un *posterius* variabile in funzione del primo

costituendo un coelemento, un tassello di un sistema complessivo di tutela». In dottrina la tesi risale a G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, rist. inalt., Napoli, 2020, 168, secondo il quale «la risoluzione serve a soddisfare un interesse del creditore, almeno equivalente a quello che doveva essere soddisfatto mediante l'adempimento, e superiore a quello che verrebbe attuato mediante il risarcimento e la esecuzione forzata, cioè mediante le sanzioni comuni disposte per proteggere l'interesse del creditore; la risoluzione vinee così a porsi naturalmente fra gli istituti disposti per attuare, almeno per equivalente, l'interesse difeso mediante la costituzione del rapporto da contratto bilaterale».

[41] È la nota tesi formulata da B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, 1973 che individua nella risoluzione un potere dispositivo-novativo.

[42] Tale conclusione potrebbe trovare conferma, per un verso, nell'irrilevanza ai fini dello scioglimento del contratto di un giudizio sull'imputabilità dell'inadempimento – v., sul punto, le considerazioni di COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 437, secondo la quale se «correttamente si accoglie la tesi che lo scioglimento del contratto costituisca solo un rimedio ai difetti del sinallagma, la rilevanza dell'imputabilità rimane circoscritta alle conseguenze risarcitorie», nonché di MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento* cit., 24; M. GIORGIANNI, voce *Inadempimento* (diritto privato), in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 886 s. – e, per altro verso, nella determinazione del risarcimento del danno, il quale lungi dall'essere parametrato all'interesse positivo, discende dalla violazione di un obbligo di non causare l'inefficacia sopravvenuta del contratto: un obbligo *lato sensu* di protezione che si colloca di là dalla sua conclusione. In tal senso, cfr. F. PIRAINO, *Il danno da risoluzione*, in *Le Corti fiorentine*, 2017, 49 s.

[43] Cfr., a riguardo, A. DI MAJO, voce *Termine* (diritto privato), in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 215.

[44] Così, tra gli altri, L. SITZIA *Importanza dell'inadempimento*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. X, Torino, 2016, 305.



elemento. Si apprezza così l'infondatezza di quelle ricostruzioni inclini ad attribuire rilevanza al ritardo unicamente valutandone la sua consistenza temporale, così a esempio giudicando grave un ritardo protratto oltre un certo termine, senza assegnare prioritario rilievo all'interesse creditorio, quale parametro al quale riferire la consistenza in sé dell'inadempimento. Deve trattarsi naturalmente di un interesse obiettivato nel contratto: così ragiona la dottrina, la quale, muovendo dall'esigenza di sottrarre all'arbitrio del creditore lo scioglimento del vincolo contrattuale ha impostato il dibattito sulla rilevanza dell'interesse creditorio intorno all'alternativa, più apparente che reale, tra una valutazione soggettiva e una oggettiva dell'interesse creditorio, e ha finito poi per trovare una inconsapevole sintesi nella rilevanza assegnata alla rilevanza della prestazione nell'economia complessiva del contratto. In questa prospettiva, da alcuni autori si è condivisibilmente fatto riferimento alla regola della prevedibilità, che, seppur rilevante ai soli fini del risarcimento del danno, istituisce, al pari della importanza dell'inadempimento, un collegamento tra l'oggetto della prestazione e l'interesse del creditore. Invero, se l'art. 1225 cod. civ. guarda a questa collegamento in positivo, assecondando, sotto il profilo risarcitorio, la specifica destinazione del bene nell'economia individuale del creditore, l'art. 1455 cod. civ., svolge il medesimo collegamento in negativo, dal momento che ai fini dello scioglimento del vincolo si richiede la rottura di quel nesso prestazione-interesse per come essa emerge dallo specifico contenuto negoziale: cioè a dire, per modo d'esempio, dell'interesse del venditore a rivendere il bene acquistato solo che dal contratto risulti il carattere professionale del compratore [45]. Il nesso tra ritardo e interesse ad un adempimento tempestivo consente di approdare alla risoluzione anche se l'inadempimento non ha ancora impedito la realizzazione delle finalità perseguite con il contratto: non si tratta di affermare, come pure è stato sostenuto in dottrina, che quand'anche l'interesse sia di scarsa importanza non per ciò andrebbe esclusa la risoluzione atteso che l'art. 1455 assumerebbe a parametro non già l'interesse all'attuazione dello scambio, bensì quello allo scioglimento [46], quanto di riconoscere che il ritardo potrà essere considerato rilevante ai fini risolutori indipendentemente da un giudizio sulla definitiva compromissione dell'interesse creditorio [47]. Si rivela, pertanto, affrettata, sia una soluzione che dovesse riconoscere, di per sé, capacità risolutoria al semplice ritardo di un giorno, sia quella che dovesse negare, in modo altrettanto assoluto, tale capacità, senza avere riguardo al concreto interesse che il creditore mirava a soddisfare mediante il contratto [48].

---

[45] Attribuiscono rilevanza all'art. 1225 c.c., in sede di concretizzazione del giudizio di gravità dell'inadempimento, anche M. DELLACASA, *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione «atipica»*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 522; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1324; *contra* MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 51, il quale fa impropriamente discendere tale conclusione dalla giusta considerazione circa l'estraneità della colpa tra i presupposti della risoluzione.

[46] A. KLITSCHE DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 28 s.

[47] SITZIA, *Importanza dell'inadempimento*, cit., 317 s.; BASINI, *Risoluzione e sanzione dell'inadempiente*, cit., 203; in generale occorre considerare che la «non scarsa importanza dell'inadempimento» testimonia «l'intenzione del legislatore di tenere, in via generale, piuttosto bassa la soglia d'ingresso dell'azione di risoluzione e che, comunque, essa precluda all'interprete una delimitazione di tale soglia in guisa tale che la risoluzione finisca con l'essere una sorta di *ultimum subsidium*, cioè di "rimedio straordinario"»; così BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 1324; C. GRANELLI, *Uno strumento di (dubbia efficacia) di risoluzione stragiudiziale: la diffida ad adempiere*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit., 215, il quale reputa che «con riferimento alla diffida ad adempiere, l'art. 1455 cod. civ. potrebbe essere interpretato nel senso di ostare alla legittimità di quelle *sole* intimazioni che, per il fatto di essere effettuate a fronte di inadempienze marginali e non suscettibili di ulteriori aggravamenti (inadempienze, appunto, di «scarsa importanza»), risultano oggettivamente espressione della volontà, di certo contraria a «buona fede», di sciogliersi, evidentemente per ragioni diverse dal suo inadempimento, da un contratto che ha sostanzialmente realizzato l'operazione economica con lo stesso divisata».

[48] Come a dire che «il semplice fatto dell'inadempimento imputabile al debitore va, di per sé, considerato inidoneo a dare ingresso all'azione di risoluzione, nel senso che, ad esempio, scaduto un termine non essenziale il ritardo di un giorno non comunica, di per sé solo, […] l'insorgere di un effetti bisogno del creditore di porre ai rischi poc'anzi accennati» (cioè a dire, a esempio, il rischio



Una conferma della rilevanza dell'interesse, oggettivato nel contratto, ad un tempestivo adempimento si ricava, d'altronde, proprio dalla giurisprudenza in tema di termine essenziale, incline ad assegnare rilevanza, oltre che alla espressa qualificazione del termine in tal senso, alla natura e all'oggetto della prestazione, nella sua destinazione funzionale [49]. Si può dire, anzi, che proprio la propensione della giurisprudenza ad attribuire rilevanza alla prestazione, apprezzata nel contesto del concreto assetto di interessi che le parti intendevano realizzare, ha finito per attrarre alla disciplina del termine essenziale quelle ipotesi di ritardo che, forse più correttamente, avrebbero potuto essere ricondotte alla fattispecie – implicita, per quanto si è detto – di risoluzione unilaterale. L'accentuazione dell'elemento oggettivo nella valutazione sull'essenzialità del termine manifesta una certa diffidenza verso la risoluzione stragiudiziale e si risolve nello spostamento del baricentro della norma – sollecitato anche dal vano tentativo di segnare con nettezza i confini rispetto alla fattispecie della clausola risolutiva espressa – dall'autonomia privata alla valutazione giudiziale, peraltro incentrata su una nozione di gravità dell'inadempimento che coincide con la definitiva compromissione dell'interesse creditorio. Non sarebbe peregrino valutare l'opportunità di considerare, in controtendenza con l'opinione dominante, l'art. 1457 cod. civ. una semplice specificazione dell'art. 1456 cod. civ., e di limitarne il campo di applicazione soltanto a quelle ipotesi in cui le parti, pur senza riconnettere all'inadempimento l'effetto risolutivo, abbiano esplicitamente qualificato come essenziale il termine, mediante l'uso di formule inequivoche [50], così sottraendo l'effetto risolutivo all'accertamento della non scarsa importanza dell'inadempimento; e dunque, di escludere dal campo di applicazione della norma sia le ipotesi in cui l'essenzialità discende dal collegamento esplicito (così, a esempio, la prenotazione di un servizio di trasferimento per l'aeroporto per una determinata ora, accompagnata dall'indicazione – peraltro frequentemente richiesta – dell'orario di partenza del volo) o anche implicito, ma ricavabile, secondo una valutazione social-tipica, dalla natura della prestazione (il classico esempio del vestito di nozze da consegnare entro un dato giorno) con un evento determinato collocato nel tempo; sia quelle ipotesi in cui l'essenzialità del termine si ricava dalla specifica destinazione della prestazione (l'esempio classico della rivendita del bene). Che si accolga o meno questa ricostruzione, resta il fatto che – di là dai rapporti di durata, nei quali il termine, facendo riferimento al singolo rapporto inadempiuto, e non all'intero contratto, difficilmente potrebbe condurre alla risoluzione dell'intero rapporto – resterebbero attratte alla fattispecie del recesso stragiudiziale tutte quelle ipotesi nelle quali «sulla destinazione e uso della prestazione influiscono circostanze sopravvenute» [51], sconosciute al momento della conclusione del contratto, ma prevedibili: è il caso della rivendita del bene, solo potenziale al momento della conclusione del contratto e che si è concretizzata nell'immediatezza dell'inadempimento.

«che all'attesa dell'adempimento consegua la disorganizzazione dell'assetto patrimoniale del creditore»); così BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 1321.

[49] Cfr., anche per i riferimenti giurisprudenziali, M. DELLACASA, *Il termine essenziale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, RIMEDI-2, cit., 326 s.

[50] Spunti interessanti in D. CARUSI, *Commento* sub-*art. 1457 c.c.*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Dei contratti in generale, a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, cit., 452-453.

[51] AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 408, si domanda, denunciando l'incongruità di un sistema che, per il caso di perdita di interesse del creditore, non consentisse lo scioglimento immediato dal contratto: «quando la prestazione non compiuta è divenuta inutile per il creditore, come può questi, senza ledere in pieno il suo interesse, fissare un termine per l'adempimento tardivo?» e, ivi, 419, ove si legge che «se il giudizio sulla gravità dell'inadempimento deve compiersi tenendo presenti tutte le successive circostanze, bene esso potrà non coincidere col giudizio che avrebbero formulato le parti al momento della conclusione, tenendo presenti solo le circostanze allora esistenti».



6. – Le riflessioni maturate sinora consentono di raccogliere alcune brevi conclusioni: la disciplina dei contratti tipici di vendita e di appalto lascia scorgere una dialettica tra una risoluzione che consegue all'intimazione ad adempiere ed una risoluzione immediata per atto unilaterale; l'intimazione ad adempiere sorregge l'interesse del creditore all'adempimento tardivo e là dove non è prospetticamente rivolta a palesare il pericolo del futuro inadempimento, svolge la funzione di oggettivare il disinteresse del creditore alla esecuzione della prestazione oltre un certo termine, offrendo prova implicita della gravità dell'inadempimento; qualora il ritardo nell'adempimento pregiudichi (ancorché senza comprometterlo) l'interesse alla prestazione del creditore, quest'ultimo ha interesse a sciogliersi immediatamente dal vincolo; l'inadempimento, sotto il profilo temporale, è di non scarsa importanza anche là dove circostanze sopravvenute, ma prevedibili al momento della conclusione del contratto, rendano intollerabile un adempimento tardivo. Emerge, dunque, quella fattispecie immediata di risoluzione che può dirsi implicitamente contenuta nell'art. 1454 c.c.: ancorché non dialettizzato, l'interesse del creditore a liberarsi immediatamente dal vincolo diviene meritevole di tutela, ogniqualvolta il semplice ritardo abbia gravemente pregiudicato il suo interesse alla permanenza del vincolo [52]. Si tratta di una conclusione che potrebbe ricevere conforto, oltre che dalla disciplina dei singoli tipi negoziali esaminati, proprio dall'art. 1226 *code civ.*: vero è che la norma solleva il creditore dall'onere della costituzione in mora soltanto in caso di urgenza, là dove, in presenza di un inadempimento sufficientemente grave lo scioglimento del vincolo è subordinato alla concessione di un termine di dilazione; tuttavia, la dottrina – in linea con la giurisprudenza precedente e successiva [53] – è concorde nel parificare all'urgenza anche l'inutilità di una prestazione tardiva; inutilità – ci sembra – che altro non rappresenta che la declinazione soggettiva dell'interesse della parte fedele alla prestazione [54]. Ci sembra, piuttosto, da rimarcare, tornando alla fattispecie esplicita, come la variabile di una messa in mora che non determini automaticamente la risoluzione del contratto, assecondi sì l'interesse del creditore all'adempimento, ma senza mostrare quella effettiva capacità coercitiva che è propria della diffida ad adempiere tratteggiata dall'art. 1454 cod. civ. La possibilità che il creditore, spirato il termine di tolleranza, insista nell'esigere l'adempimento se, da un lato, rafforza certamente la sua libertà di scelta, invece preclusa dall'automaticità dell'effetto risolutorio, dall'altro lato certamente attenua la capacità compulsoria dell'istituto.

[52] È l'esito cui giunge PAGLIANTINI, *La risoluzione per inadempimento tra legge e giudizio*, cit., 1111: «perché non immaginare che il disposto dell'art. 1454 cod. civ. annoveri due forme di stragiudizialità extraconvenzionale, una con termine dilatorio e l'altra no, per il principio che, quando un adempimento correttivo non si dia più, il contraente fedele deve poter procedere *de lui-meme* e con una notifica in quanto atto *suffisante*?».

[53] Cfr., *ex multis*, rispettivamente Cass. civ., 28 octobre 2003, 01-03.662 e Cass. civ., 9 juillet 2019, 18-14.029.

[54] T. GENICON, O. DESHAYES, Y.M. LAITHIER**,** *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, Paris, 2016, 503.



MARIA SAMANTHA ESPOSITO

Ricercatrice di Diritto privato – Politecnico di Torino

NULLITÀ DEL CONTRATTO E SOPRAVVIVENZA DI CLAUSOLE «AUTOSUFFICIENTI»

SOMMARIO: *1. L'oggetto di indagine. – 2. Sull'inquadramento giuridico delle clausole autosufficienti: l'autonomia funzionale e il collegamento negoziale. – 3. Il legame con il rapporto principale e l'indipendenza delle c.d. clausole contratto. – 4. Alcuni esempi di clausole contratto e applicazione della ricostruzione proposta.*

1. – Nel contesto dei problemi di natura ermeneutica che la fattispecie della nullità solleva vi è quello della possibile «sopravvivenza» di alcune pattuizioni accessorie nell'ipotesi di nullità integrale del contratto: l'interrogativo riguarda, in particolare, l'individuazione dei presupposti in presenza dei quali è consentito il mantenimento in vita di «qualche regola contrattuale di contorno» [1] rispetto al contratto di riferimento; ancor prima, è opportuno indagare la qualificazione giuridica da riconoscere a tali patti.

I dubbi derivano principalmente dal fatto che il nostro ordinamento sancisce la nullità integrale ogniqualvolta l'invalidità colpisca un elemento qualificabile quale principale [2] per la struttura del contratto [3], mentre consente una verifica circa l'essenzialità della previsione nel caso concreto nell'ipotesi in cui l'invalidità riguardi una pattuizione accessoria [4]; così, ove la pattuizione accessoria colpita dal vizio non risulti rilevante per il perseguimento degli interessi avuti di mira dai contraenti, il regolamento contrattuale può continuare a operare per il resto [5].

---

[1] Così, R. SACCO, *Le invalidità*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*[4], Utet, 2016, 1514.

[2] In merito alla distinzione tra elementi principali e secondari v. il par. successivo.

[3] Cfr. art. 1418 cod. civ.

[4] Cfr. art. 1419, comma 1, cod. civ. È invero opinione pressoché condivisa che l'art. 1419, comma 1, cod. civ., si riferisca alle sole clausole qualificabili come accessorie. In proposito v., più ampiamente, oltre *sub* nt. 13.

[5] La disciplina si ritiene espressione del principio di conservazione del negozio cui è informato il nostro codice, per cui «*l'attività negoziale deve potersi mantenere in vigore il più che possibile al fine della realizzazione dello scopo pratico perseguito*»: così L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, 1966, 395 e *ivi* anche un richiamo alle altre disposizioni che esprimono tale principio. In questo senso v., altresì, tra gli altri, G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Giuffrè, 1959, 103 ss., per il quale l'art. 1419, comma 1, cod. civ., sarebbe diretto ad assicurare l'impiego più economico dei mezzi giuridici e il rispetto dell'interesse e della volontà dei contraenti; più recentemente, accolgono tale conclusione, tra gli altri, M. RABITTI, *Sub art. 1419-Nullità parziale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale (artt. 1387-1424),* a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, Utet, 2012, 590 s.; V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, *Artt. 1418-1423*, Giuffrè, 2015, 159; R. PETTINELLI, *Patto di non concorrenza – La clausola di recesso unilaterale apposta al patto di non concorrenza è nulla? Così è (se vi pare)*, in *Giur. it.*, 2020, 11, 2523. Per un'analisi delle diverse opinioni espresse al riguardo v. P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, Edizioni Scientifiche



In questa prospettiva, dunque, una volta accertata l'essenzialità della clausola [6] invalida – siccome principale o essenziale nell'economia dell'accordo – e dichiarata la nullità dell'intero contratto, non sembra esserci spazio per affermare la sopravvivenza di una diversa pattuizione meramente strumentale rispetto al regolamento contrattuale definito dai contraenti [7].

Peraltro, sia in dottrina che in giurisprudenza [8] si ipotizza l'esistenza di alcune pattuizioni accessorie che, sebbene inserite all'interno di un più ampio contratto, sono in grado anche di vivere vita autonoma al di fuori di esso [9].

È il caso, ad esempio, della clausola compromissoria, della clausola penale, del patto di non concorrenza o, ancora, del patto di scelta del foro competente [10]. A tali pattuizioni si è invero riconosciuta la possibilità di

---

n. 2314, entrambe in *One Legale*. Sul principio di conservazione in generale v., inoltre, C. GRASSETTI, voce *Conservazione (Principio di)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1961, 173, per il quale tale principio si fonderebbe sulla generale esigenza di economia dei mezzi e sulla presunzione della serietà di propositi di chi emette una dichiarazione di volontà, privata o statuale. In merito al giudizio di cui all'art. 1419, comma 1, cod. civ., v., più ampiamente, oltre *sub* par. 3.

[6] Il legislatore non fornisce una diretta definizione del termine clausola, impiegando piuttosto il termine con una pluralità di significati (v. al riguardo quanto osservato da C. GRASSETTI, voce *Clausola*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, 1960, 184, per il quale a fronte della pluralità di significati che il termine ha assunto nel linguaggio legislativo sarebbe vano tentare di ridurlo a unità). Nell'ambito delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sono emerse, tuttavia, due principali ipotesi di significato del termine clausola. Per clausola si intende, anzitutto, ciascuna delle proposizioni di cui consta il contratto. In questo senso, dunque, il termine designa ciascuna dichiarazione espressa dalle parti per manifestare la propria volontà che, nel loro insieme, formano il testo contrattuale. La clausola contrattuale è in tal modo delineata sotto il profilo formale per indicare ogni proposizione linguistica dei contraenti, rimanendo irrilevante l'eventuale autonomia sostanziale di ciascuna di esse (v., tra gli altri, C. GRASSETTI, *op. loc. cit*., 184, il quale evidenzia come tale termine sia impiegato dal legislatore, ad esempio, nell'ambito delle disposizioni in tema di interpretazione del contratto. In particolare, l'art. 1363 cod. civ. si riferisce al primo momento del processo interpretativo diretto a ricercare la volontà delle parti sulla base delle proposizioni linguistiche da esse enunciate. Per tali motivi, il termine clausola impiegato in questo contesto indica necessariamente un'autonomia meramente formale della proposizione negoziale e non un autonomo precetto, dal momento che quest'ultimo è ancora in corso di accertamento; M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, parte I, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1978, 137). L'espressione può essere poi intesa sotto il profilo sostanziale come precetto negoziale inscindibile, pur potendo risultare dalla combinazione di più proposizioni linguistiche. In questa prospettiva, la clausola rappresenta un singolo imperativo dotato di propria individualità rispetto al contenuto complessivo del contratto, il quale sarà il risultato della coordinazione di tutte le clausole-precetto (in giurisprudenza, punto di riferimento in merito alla clausola precetto è Cass. sez. un., 16 ottobre 1958, n. 3294, in *Giust. civ.*, 1959, I, 311, ove, nell'ambito di un giudizio concernente la disciplina di cui all'art. 1419, comma 2, cod. civ., si definisce clausola contrattuale quel «*precetto dell'autonomia privata, isolato od isolabile nel contesto complesso di un contratto, che la legge non considera scindibile nelle sue varie proposizioni*»). Per una disamina delle soluzioni offerte al riguardo v., altresì, P. M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, cit., 935 s. Ai fini della presente indagine interessa aver riguardo alla clausola in senso sostanziale e, dunque, al precetto negoziale che, solo o unitamente ad altri precetti, plasma il regolamento contrattuale verso la produzione di determinati effetti (v., tra gli altri, G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Cedam, 2003, 45 s.). Sul presupposto che la forza precettiva spetta agli effetti delle norme giuridiche, è stato ulteriormente chiarito che la clausola precetto è diretta a definire le proposizioni delle parti valevoli a configurare un successivo effetto negoziale disposto da una norma giuridica. In questo senso la nozione di clausola coincide con quella di patto, pure impiegata in alcuni casi dal legislatore per delineare le determinazioni contrattuali delle parti dirette alla produzione di determinati effetti (in proposito v. C. GRASSETTI, *op. loc. cit*., 185, il quale fornisce alcuni esempi di disposizioni in cui il termine clausola viene inteso quale sinonimo di patto).

[7] Cfr. G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 253.

[8] In questo senso, tra gli altri, M. FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, 313 s.; G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 241 ss. In giurisprudenza, *ex multis,* Cass. 14 aprile 2000, n. 4842, in *One Legale*. V., inoltre, la dottrina e la giurisprudenza citate oltre, in particolare *sub* par. 4.

[9] Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*[2], in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Giuffrè, 2011, 433.

[10] Con il quale le parti nell'ambito di un contratto stabiliscono, nei limiti consentiti dalla legge, l'autorità giudiziaria territorialmente competente per le controversie che dovessero sorgere in relazione al negozio (v. artt. 28 e 29 cod. proc. civ.). Affermano la natura autonoma della clausola derogativa della competenza territoriale, tra gli altri, S. SATTA, *sub* Art. 29, in *Commentario al codice di procedura civile,* I, Giuffrè, 1959, 135; T. SEGRÈ, *Della competenza per territorio*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, I, 1, Utet, 1973, 297, il quale evidenzia come, a fronte della sua autonomia, la clausola rimanga efficace anche



continuare a operare nonostante l'invalidità (o la risoluzione) del contratto in cui sono inserite, ogniqualvolta esse trovino in sé la propria ragione, definendo obblighi separati e autonomi, e siano, al contempo, in grado di conservare un'autonoma funzione idonea a sorreggerne indipendentemente la vitalità.

Tratto distintivo dei patti [11] oggetto di indagine è, dunque, la presenza di una duplice e apparentemente contraddittoria caratteristica: da un lato, si tratta di patti che presuppongono un contratto, al quale si accostano con il loro effetto (nota di accessorietà), dall'altro lato, i medesimi patti presentano caratteristiche di indipendenza, potendo in alcuni casi sopravvivere fuori dal regolamento contrattuale cui accedono (nota di indipendenza) [12].

Si tratta allora di ricostruire la natura giuridica di tali pattuizioni accessorie concluse dai contraenti e di verificare i presupposti in presenza dei quali esse possono ritenersi idonee a produrre effetti autonomi nonostante la patologia che colpisca il contratto che le contiene.

2. – Al fine di offrire una ricostruzione giuridica dei patti in esame è necessario muovere dalla struttura del contratto, quale sintesi delle clausole che lo compongono. In particolare, per comprendere le ragioni dell'indipendenza di tali patti occorre, in primo luogo, cogliere la posizione di ciascuna delle clausole che formano il testo contrattuale e i legami tra di esse intercorrenti.

Il regolamento contrattuale si presenta, invero, il più delle volte complesso; accanto a un contenuto minimo essenziale per la realizzazione dello schema negoziale prescelto, può convivere un contenuto accessorio, contenente gli elementi particolari previsti dai contraenti per governare la vicenda realizzata con il contratto.

A tale duplicità di contenuto corrisponde, nei contratti nei quali sia dato riscontrarla, la distinzione tra clausole principali e secondarie [13], con le quali si concreta, rispettivamente, il contenuto necessario e quello

---

nell'ipotesi di invalidità, risoluzione o rescissione del contratto principale; A. LEVONI, voce *Competenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. Sez civ*., III, Utet, 1988, 126. Nello stesso senso, più di recente, F. AULETTA, A. PANZAROLA, *Della competenza per materia e valore. Della competenza per territorio. Art. 7-30*-bis, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Zanichelli, 2015, 386, per i quali si tratterebbe di un negozio autonomo, con conseguente irrilevanza delle vicende che riguardano il rapporto principale; U. COREA, *Clausola di deroga alla competenza territoriale*, in *Clausole negoziali*, a cura di M. Confortini, Utet, II, 2019, 185. In giurisprudenza v., tra le altre, Cass. 21 luglio 2011, n. 16006, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, 1220; Trib. Roma 2 marzo 2020, n. 4559, in *De Jure*. Per la tesi contraria, diretta ad affermare la natura accessoria della clausola di scelta del foro competente, v., tra gli altri, G. ANDREOTTI, *Le metaclausole*, Giuffrè, 2021, 229 s., per il quale si tratterebbe di una clausola accessoria legata alla causa del contratto cui accede, sebbene al contempo dotata di funzioni proprie (nello specifico tale patto rientrerebbe in un gruppo particolare di clausole accessorie che l'A. definisce «metaclausole». In proposito v., più ampiamente, oltre, *sub* nt. 26). Con riferimento, invece, alla clausola compromissoria, alla clausola penale e al patto di non concorrenza v. quanto più ampiamente evidenziato oltre, *sub* par. 4.

[11] In merito all'impiego di tale termine v. sopra *sub* nt. 6, nonché le osservazioni di M. TAMPONI, *Contributo*, parte I, cit., 133, il quale evidenzia come l'uso indistinto dei vocaboli «clausola» e «patto» sia possibile solo ove ci si riferisca a una «determinazione contrattuale delle parti», con esclusione dunque, delle ipotesi in cui il termine clausola sia impiegato per designare il precetto di una norma imperativa.

[12] Evidenziano la duplice caratteristica che connota tali patti, tra gli altri, G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 241 ss.; G. ANDREOTTI, *Le metaclausole*, cit., 1.

[13] La distinzione è emersa, in particolare, nell'ambito delle riflessioni sul tema della nullità parziale di cui all'art. 1419, comma 1, cod. civ. Tale partizione riveste, invero, fondamentale importanza al fine di distinguere le fattispecie che ricadono, rispettivamente, nella previsione di cui all'art. 1418 cod. civ. e in quella di cui all'art. 1419, comma 1, cod. civ.: nel silenzio della legge, l'opinione sicuramente maggioritaria ritiene che la prima disposizione riguardi le sole clausole qualificabili come principali, laddove la seconda si riferisce, invece, alle sole clausole secondarie. In questo senso, può affermarsi che la nullità della clausola principale incide necessariamente sull'intero contratto, laddove la valutazione dell'incidenza dell'invalidità di una clausola solo secondaria impone la verifica di cui all'art. 1419, comma 1, cod. civ. Per tale soluzione cfr., tra gli altri, R. TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*,



di carattere accessorio del contratto. Le clausole principali indicano le determinazioni qualificative del tipo di contratto posto in essere dalle parti e dalle quali non può pertanto prescindersi per l'esistenza e la validità dell'accordo [14]; le clausole secondarie, invece, riguardano quell'ambito in cui l'ordinamento riconosce ai privati la possibilità di regolare i propri interessi in maniera peculiare rispetto a quella delineata dallo schema negoziale di riferimento, tipico o atipico e, per questo motivo, la loro assenza non impedisce la configurabilità di una struttura contrattuale [15].

Particolare rilevanza ai fini della distinzione tra clausole principali e accessorie assume il ricorso al criterio causalistico, che consente di individuare le clausole principali dalla definizione normativa che qualifica i contratti nominati e ne descrive la funzione economica sociale, ovvero, con riferimento ai contratti innominati, dalla funzione sociale che li caratterizza [16]. Le clausole accessorie sono, invece, rappresentate da tutte quelle pattuizioni inserite dai contraenti in aggiunta allo schema negoziale di riferimento per il perseguimento di interessi a esso strumentali.

Tale soluzione sembra mantenere una propria utilità anche laddove si guardi, sulla scorta delle più recenti [17] – e condivisibili – sollecitazioni, al di là del modello astratto, per cogliere il diverso rilievo che i vari elementi assumono all'interno del contratto nel caso concreto [18]. In questo contesto, la distinzione tra deter-

---

XXVIII, Giuffrè, 1978, 902; M. TAMPONI, *Contributo*, parte I, cit., 145 ss.; G. CRISCUOLI, *Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperative nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1161 ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Giuffrè, 1974, 23; G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 218 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 37, il quale distingue tra clausole essenziali e accidentali. Con riferimento alla distinzione tra clausole principali e accessorie v., inoltre, M. DOSSETTO, *Autonomia contrattuale, clausole contrattuali principali ed accessorie, condizioni generali e particolari di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 252 s. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass. 5 luglio 2000, n. 8970, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2782.

[14] Più precisamente, la nullità delle clausole principali non consente di limitare la caducazione alla parte colpita dal vizio, potendo tuttavia il contratto, ricorrendone i presupposti, perseguire comunque risultati utili compatibili con l'originario atto di autonomia quale fattispecie atipica ovvero a seguito di conversione in un tipo diverso. Al riguardo cfr., altresì, le osservazioni di M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto*, cit., 27; A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Jovene, 1990, 140; A. D'ADDA, *Nullità parziale*, cit., 37.

[15] La distinzione tra clausole principali e accessorie è pertanto compiuta, in un primo momento, in astratto, avendo riguardo alla corrispondenza del negozio posto in essere dai contraenti con la fattispecie di riferimento, potendo poi la clausola secondaria assumere rilievo essenziale come clausola *sine qua non* rispetto all'operazione economica voluta dai contraenti (v., tra gli altri, G. CRISCUOLI, *Clausola illecita,* cit., 1161 s.). Sul punto v. anche oltre, *sub* par. 3. In merito alla rilevanza della distinzione tra clausole principali e secondarie v., inoltre, le osservazioni di M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Il codice civile. Commentario,* diretto da P. Schlesinger, Artt. 1374-1381, Giuffrè, 1999, 41, il quale evidenzia, altresì, come la distinzione si riveli in realtà inutile e meramente definitoria allorché la legge preveda la sostituzione automatica di una clausola contrattuale difforme da quella imposta.

[16] In questo senso cfr. M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto*, cit., 23, il quale evidenzia come per i contratti innominati tale criterio di identificazione risulti a volte problematico e, per questo motivo, occorre in tal caso ricorrere ad altri criteri di «tipizzazione» mediante l'individuazione di dati qualificanti. In particolare, l'A. precisa come nei contratti nominati la loro qualificazione normativa consente di porne in luce gli effetti caratterizzanti, delineandone in tal modo la struttura essenziale. In presenza di contratti atipici, invece, l'individuazione delle clausole principali andrebbe effettuata seguendo una gerarchia di criteri: innanzitutto, riferendosi alle fattispecie tipiche più prossime, e, in caso di concorrenza di più fattispecie, attribuendo prevalenza all'intento pratico, successivamente valutando schemi contrattuali generali (ad esempio, instantaneità o durata; gratuità, sinallagmaticità) e, nell'ambito di tali schemi, riferendosi allo scopo pratico perseguito dai contraenti nel caso concreto. V., inoltre, G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 232; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Giuffrè, 1971, 13, per il quale nei contratti nominati le clausole principali sarebbero quelle rientranti nella loro definizione legislativa, mentre in relazione ai contratti innominati si tratterebbe delle clausole che valgono a qualificarli come tali.

[17] Per una disamina delle diverse impostazioni proposte sul tema della causa v., tra gli altri, E. NAVARRETTA, *Sub art. 1343-Causa illecita*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale (artt. 1321-1349),* a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, Utet, 2011, 590 ss.; di recente, C. CALABRETTA, *Il ruolo della causa nell'attuale esperienza giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

[18] V., tra i tanti, G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, 355 ss., il quale ha individuato nella



minazioni principali e secondarie porta ad annoverare fra le prime quelle che risultino indispensabili per il conseguimento dello specifico assetto di interessi avuto di mira dalle parti.

Nell'ambito delle diverse prospettive offerte, il meccanismo valutativo al fine di distinguere tra clausole principali e accessorie sembra, dunque, essere il medesimo [19], consentendo di qualificare come secondaria quella clausola che non elimini la capacità strutturale della parte residua del contratto di perseguire il proprio risultato (tipico o atipico).

Stante la molteplicità di interessi che le parti intendono soddisfare, piuttosto raramente, dunque, l'operazione negoziale avuta di mira dai contraenti può essere realizzata mediante uno schema negoziale semplice ma è necessaria la conclusione di una pluralità di patti ognuno diretto a soddisfare un diverso bisogno [20]. Tali patti, pur rientrando nella medesima operazione economica complessivamente intesa, devono essere valutati in modo diverso a seconda della funzione che ciascuno riveste e del tipo di legame tra di essi intercorrente [21].

I patti conclusi dalle parti possono, invero, in primo luogo inserirsi all'interno della struttura di un dato contratto per il perseguimento di scopi a esso strumentali. In tal caso essi, quali frammenti della normativa negoziale cui accedono [22], condividono la medesima causa del negozio di cui fanno parte, senza assumere una funzione economica individuale.

In altri casi può accadere che una determinata pattuizione presenti tutti gli elementi necessari per integrare

---

causa la «*funzione economico-individuale*» del contratto; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, 1966, rist., 1974, 196 s.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile. Fatti e atti giuridici*, Utet, 1986, 701 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*[3], in *Diritto civile*, III, Milano, 2019, 410 ss., per il quale la causa del contratto è la causa concreta, ossia «*l'interesse che il contratto stipulato dalle parti è in concreto diretto a realizzare*»; ID., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 251 ss. Per una puntuale analisi delle diverse elaborazioni in merito alla causa del contratto v. M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, 2015, 59 ss. In giurisprudenza, tra le prime decisioni ad aver accolto la concezione della causa «in concreto» v. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contratti*, 2007, 621 ss., alla quale hanno fatto seguito numerose altre decisioni: v., *ex multis*, Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *De Jure*; Cass. sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Banca, borsa, tit. cred.* 2010, 257 ss.; Cass. sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *De Jure*; Cass. 26 settembre 2018, n. 22903 e Cass. 9 luglio 2020, n. 14595, entrambe in *One Legale*. Con riferimento alla giurisprudenza di merito v., tra le tante, Trib. Trieste 7 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2014, 1613, con nota critica di E. GABRIELLI, *Causa in concreto e patti parasociali*; Trib. Monza 17 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 2, 139, con nota di D. TOMMASINI, Interest rate swap *con funzione di copertura e causa concreta del contratto*. Per un'attenta disamina della giurisprudenza che negli ultimi anni ha utilizzato, con sempre maggior frequenza, la categoria della causa in concreto v., inoltre, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 957 ss.; M. MARTINO, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo* idolum fori, in *Corr. giur.*, 2013, 11, 1441 ss.; F. DELFINI, *Causa ed autonomia privata nella giurisprudenza di legittimità e di merito: dai contratti di viaggio ai derivati sul rischio di credito*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 6, 1358 ss.

[19] Al riguardo cfr., altresì, le osservazioni di G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 234 ss., il quale evidenzia come la distinzione tra autosufficienza dell'atto in relazione a un modello tipico o, piuttosto, con riferimento al risultato concreto perseguito dalle parti, sfumi ove si tenga conto, tra l'altro, che al legislatore non preme la coincidenza dei modelli adottati dai privati con quelli tipici, quanto il controllo sul risultato in concreto perseguito. Da qui, dunque, l'irrilevanza del mero raffronto tra la parte residua e i modelli tipici, potendo ritenersi secondaria ogni clausola la cui eliminazione non impedisca alla parte residua di mantenere i connotati minimi di un valido contratto, ancorché, in ipotesi, debba qualificarsi come atipico. Sul rilievo della distinzione tra causa in astratto e causa in concreto v., più ampiamente, ID., *Il contratto con causa mista*, Cedam, 1995, 178 e 202 s.

[20] In proposito v. anche G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., 351 ss., il quale evidenzia come il negozio giuridico sia nella maggior parte dei casi integrato da elementi personali, clausole e condizioni, che le parti inseriscono per meglio realizzare i loro interessi.

[21] In questo senso v. quando evidenziato, tra gli altri, da F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, XXI, I, Giuffrè, 1973, 723; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, 306 s.

[22] Cfr. M. FRAGALI, *Clausole*, cit., 313.



un'autonoma fattispecie negoziale. Queste manifestazioni dell'autonomia privata si allontanano, quindi, dal tipo contrattuale previsto dal legislatore o dalla prassi, presentandosi sovrabbondanti rispetto a esso [23].

Per dar conto di questo aspetto si è proposta la distinzione tra clausole «parte» e clausole «contratto», a seconda che, rispettivamente, esse poggino sulla medesima causa di un dato contratto e, dunque, siano da esso non-autosufficienti [24], ovvero siano dotate di una causa propria, configurando in tal caso negozi autonomi sebbene inseriti all'interno di un più ampio regolamento contrattuale avuto di mira dai contraenti (anche c.d. clausole autosufficienti) [25].

Le clausole contratto, dunque, poggiando su una causa singolare, configurano autonomi negozi che si accostano con il loro effetto al contratto in cui risultano dedotte. L'autonomia causale consente, pertanto, di individuare la presenza di una pluralità di negozi distinti, sebbene inseriti all'interno dell'unitario regolamento contrattuale [26].

Queste conclusioni richiamano, a ben vedere, quella corrente di pensiero che individua nella causa il criterio di riferimento per risolvere il problema dell'unità o della pluralità di contratti [27]. Sul presupposto che il principale elemento distintivo di ciascun negozio giuridico è rappresentato dalla funzione economica dell'operazione cui ciascuno di essi è diretto a realizzare, secondo tale opinione, al fine di valutare la sussistenza di uno o più contratti occorrerebbe aver riguardo alla causa stessa [28]. In questa prospettiva, in presenza di una fattispecie ne-

---

[23] V., tra gli altri, F. Di Sabato, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 414.

[24] È il caso, ad esempio, della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 cod. civ.

[25] A sostegno di tale soluzione cfr., tra gli altri, V. Roppo, *Il contratto*, cit., 433; G. Sicchiero, *La clausola contrattuale*, cit., 241 ss.; E. Capobianco, *La determinazione del regolamento*, in *Regolamento*, II, a cura di G. Vettori, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Giuffrè, 2006, 238; G. Criscuoli, *La nullità parziale*, cit., 185, per il quale, mentre le clausole parte si inquadrano nell'unità negoziale sotto il profilo della medesima causa, le clausole negozio rappresentano specifici negozi autonomi siccome caratterizzate da una funzione propria; M. Fragali, *Clausole*, cit., 313, per il quale si ha una clausola-negozio ogniqualvolta una manifestazione di volontà diretta a realizzare un concreto interesse delle parti presenti le caratteristiche di una fattispecie completa di tutti gli elementi necessari per la produzione degli effetti previsti dall'ordinamento, consentendo in tal modo di ritenerla quale figura autonoma, tipica o atipica. In tal caso, dunque, la clausola presenta una causa propria, che si coordina soltanto a una funzione più generale propria dell'atto in cui è dedotta; M. Tamponi, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419*, parte II, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1978, 483 s.

[26] Critica, tuttavia, il richiamo alla nozione di causa della clausola N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, 1964, 252 ss. In senso critico v. anche C. Colombo, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Cedam, 1999, 238 s. Contrario alla soluzione indicata nel testo, altresì, di recente, G. Andreotti, *Le metaclausole*, cit., *passim*, il quale critica, in particolare, l'individuazione nella causa il tratto distintivo per spiegare la natura autonoma delle clausole in esame. A sostegno di ciò, l'A. richiama quella corrente di pensiero che ha espresso censure rispetto alla considerazione della causa come elemento tipizzante, evidenziando come in alcune ipotesi la causa non rappresenta un elemento sufficiente per individualizzare e distinguere un negozio da un altro (v., tra gli altri, G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, rist., Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, 59 ss.). Esclusa la qualifica di negozi autonomi, l'A. ricostruisce tali pattuizioni come patti aggiunti al contratto, siccome diretti a perseguire effetti accessori, ossia scopi strumentali rispetto alla causa del negozio di riferimento. L'A. evidenzia al riguardo che, al pari delle altre clausole accessorie, tali patti producono effetti complementari, ossia funzioni ulteriori ma comunque strumentali a quelle perseguite con il negozio; di conseguenza, anch'essi dovrebbero considerarsi parte della struttura del negozio e non negozi autonomi. Per altro verso, questi patti svolgono, tuttavia, anche una funzione autonoma in grado di reggersi da sé e, dunque, si mostrano sotto questo aspetto indipendenti rispetto alla causa del negozio, a differenza delle altre clausole accessorie che svolgono solo funzioni complementari, ossia dipendenti dalla causa del contratto. In altre parole, la funzione strumentale, sebbene caratteristica comune ad entrambi i tipi di clausole accessorie, si distinguerebbe nelle due ipotesi a seconda che si presenti autonoma ovvero dipendente rispetto alla causa del contratto di riferimento. A fronte delle particolari caratteristiche dei patti in esame, dotati di funzione strumentale autonoma, le pattuizioni in grado di sopravvivere alle patologie del contratto cui accedono configurerebbero, nella ricostruzione offerta, un *tertium ens*, distinto dalle altre figure richiamate e, dunque, formerebbero un gruppo speciale di clausole accessorie che l'A. definisce «metaclausole». Per l'unità della fattispecie v., inoltre, C. Di Nanni, *Collegamento negoziale*, cit., 293, nt. 23.

[27] Il problema si è posto, in particolare, nell'ambito degli studi dedicati al collegamento negoziale.

[28] A tale conclusione aderiscono, seppur con alcune differenze argomentative, tra gli altri, A. Venditti, *Appunti in tema di negozi*



goziale che si presenta sovrabbondante rispetto al tipo delineato dal legislatore o dalla prassi, è necessario distinguere i casi in cui l'effetto giuridico diverso è pur sempre omogeneo rispetto agli effetti previsti per quel determinato tipo di negozio, tipico o atipico, o comunque concorra al loro raggiungimento dando luogo a una diversa fattispecie atipica, dai casi in cui esso presenti, invece, una propria autonomia funzionale, dando luogo a un mutamento giuridico diverso e autonomo rispetto a quello astrattamente previsto per il tipo. Nel primo caso si sarà pertanto in presenza di un unico negozio, laddove nel secondo caso si sarà in presenza di una pluralità di negozi.

L'accento posto sull'eventuale autonomia funzionale delle diverse pattuizioni concluse dai contraenti consente, dunque, di rispondere al primo interrogativo in precedenza formulato in merito all'inquadramento giuridico di quei patti in grado di conservare la propria efficacia nonostante l'invalidità che colpisca il contratto cui risultano legati.

La particolarità di tali patti si coglie, invero, nella specifica funzione che ciascuno di essi persegue, la quale non coincide con quella propria del contratto cui risultano legati nell'ambito della complessiva operazione economica ma è diretta a regolare in modo indipendente una determinata situazione.

L'autosufficienza causale costituisce, pertanto, presupposto necessario agli effetti dell'autonomia dei patti conclusi dalle parti, nonché della loro eventuale [29] sopravvivenza nonostante l'invalidità che colpisca il contratto cui accedono.

Diversamente, infatti, ove si individuasse la presenza di un unico contratto, troverebbe necessaria applicazione la regola di cui all'art. 1419, comma 1, cod. civ., per cui l'invalidità di una o più clausole secondarie non interessa [30] l'intero contratto, a meno che le stesse non possano considerarsi essenziali nell'economia dell'atto [31]. Senonché, a ben vedere, l'applicazione di tale disciplina non giustificherebbe l'eventuale salvezza della clausola autosufficiente. Ciò in quanto, in quest'ultimo caso non si sarebbe in presenza di un contratto che sopravvive senza la parte nulla, quanto, piuttosto, di un contratto che cade interamente, salvandosi solo una clausola che, tuttavia, non coincide con quel regolamento contrattuale cui la norma si riferisce [32].

---

giuridici collegati, in *Giust. civ.*, 1954, I, 259 ss.; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 359 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, 1960, 375 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, 1962, 48 s.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale*, cit., 307 s.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 324; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Jovene, 1983, 39 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*[3], II, a cura di N. ZORZI GALGANO, Cedam, 2020, 251. In giurisprudenza, tra le altre, Cass. 17 novembre 1983, n. 6864, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1460, ove si evidenzia che: «*nel caso in cui più dichiarazioni contestuali aventi, se considerate l'una indipendentemente dalle altre, individualità ed efficacia proprie, occorre distinguere l'ipotesi in cui ciascuna dichiarazione viene in considerazione come un distinto negozio giuridico, per cui alla pluralità di dichiarazioni corrisponde una molteplicità di negozi, da quella in cui le varie dichiarazioni risultino combinate fra loro, sì da dar vita ad un negozio giuridico unitario. Mentre in quest'ultima ipotesi si ha un solo negozio, complesso o misto, caratterizzato dall'unificazione dell'elemento causale, nella prima ipotesi si ha invece un insieme di negozi che possono essere collegati funzionalmente o anche solo occasionalmente*». Sul tema, più recentemente, tra le altre, Cass. 26 marzo 2010, n. 7305 e Cass. 18 luglio 2003, n. 11240, entrambe in *One Legale*. Per l'inutilizzabilità della causa quale criterio discretivo tra unità e pluralità contrattuale v., tuttavia, tra gli altri, C. COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit., 117 s. Per una disamina dei diversi criteri proposti dalla dottrina al fine di distinguere tra unità e pluralità di contratti v., tra gli altri, F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, cit., 415 ss. Con riferimento alle diverse ricostruzioni proposte nel corso del tempo dalla giurisprudenza v. invece, tra gli altri, A. IZZO, *Il collegamento contrattuale: note in materia civile, arbitrale internazionale e di conflitti di legge*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 71 s.

[29] Come si dirà oltre, l'autonomia causale non è invero ancora sufficiente a giustificare il mantenimento in vita delle clausole in esame nonostante il venir meno del rapporto per il resto.

[30] In proposito si è osservato come non sia corretto parlare di estensione, comunicazione o propagazione della nullità di una parte all'intero contratto, in quanto ciò presupporrebbe l'esistenza di un contratto in origine valido e solo successivamente reso invalido dalla singola clausola viziata, laddove invece il contratto nasce già, in ipotesi, totalmente o parzialmente invalido. In questo senso, tra gli altri, M. TAMPONI, *Contributo*, parte I, cit., 114; G. CRISCUOLI, *Clausola illecita*, cit., 1158.

[31] In merito al criterio interpretativo sollevato dall'art. 1419, comma 1, cod. civ., v., più ampiamente, oltre, par. 3.

[32] V., altresì, G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 253.



Nelle ipotesi in esame si è in presenza, dunque, di una pluralità di contratti – due almeno – uno dei quali costituito dalla clausola autosufficiente e un altro costituito dal contratto in cui la prima è dedotta.

La natura autonoma non spiega, tuttavia, il vincolo giuridico che lega i patti in esame al contratto cui si riferiscono e, dunque, l'accessorietà che li caratterizza.

Al riguardo può osservarsi come la presenza di una pluralità coordinata di contratti che conservano ciascuno un'autonoma causa, sebbene nel loro insieme siano diretti ad attuare un'unitaria e complessa operazione economica, consente di ricondurre il rapporto tra di essi intercorrente al fenomeno del collegamento contrattuale [33-34].

In questa prospettiva, si tratterà, in primo luogo, di individuare in quale misura sia possibile applicare le regole affermate in tema di collegamento negoziale, al fine di verificare l'idoneità della clausola contratto a «sopravvivere» nonostante la patologia che colpisca il rapporto di riferimento.

Dalle osservazioni che precedono emerge, dunque, l'esigenza di tenere distinti due diversi aspetti che interessano le c.d. clausole contratto: quello della loro autonomia e autosufficienza e quello della loro indipendenza [35].

Come visto, l'autonomia discende dal costituire, tali patti, negozi strutturalmente distinti rispetto al contratto in cui sono dedotti e al quale risultano legati da un nesso di collegamento. L'effettiva indipendenza di tali patti, con la conseguente possibilità di sopravvivenza di fronte alla patologia che interessa il residuo rapporto, dipende, invece, come si avrà modo di verificare, dalla natura e dall'intensità del nesso che li lega al contratto in cui sono inseriti e dalla possibilità di individuare una specifica funzione idonea a giustificarne il mantenimento in vita in modo indipendente [36].

---

[33] Con riferimento ai patti in esame, in generale v., tra gli altri, G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 254 s.; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., 242. Per tale soluzione in relazione a specifici patti v., inoltre, la dottrina citata oltre *sub* par. 4. Può inoltre osservarsi come nonostante sia opinione costante quella per cui il collegamento non richiede necessariamente la contestualità formale degli accordi (cfr., tra gli altri, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 368), nell'ipotesi in esame tale requisito è invece piuttosto frequente, dal momento che di norma la clausola contratto è contenuta nel medesimo documento del contratto cui inerisce. Al riguardo v., altresì, le osservazioni di G. SICCHIERO, *op. loc. cit*., 255.

[34] Per lungo tempo oggetto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, il collegamento negoziale sembra aver trovato, in più occasioni, altresì, riconoscimento normativo (in argomento v., tra gli altri, G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 233 s.; C. COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit., 17 ss.; A. BUONFRATE, voce *Contratti collegati*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III agg., I, Utet, 2007, 287). È il caso, ad esempio, della disciplina di cui all'art. 1469-*ter* cod. civ., in materia di clausole vessatorie inserite nei contratti con i consumatori, successivamente trasfusa nell'art. 34 cod. cons. V., tuttavia, quanto osservato da R. SACCO, voce *Contratto collegato*, in *Dig. disc. Priv., sez. civ.*, VI agg., Utet, 2011, 240.

[35] Con specifico riferimento alla clausola compromissoria v., tra gli altri, A. MARINI, *Note in tema di autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1993, 3, 415, il quale in senso critico evidenzia come a seguito dell'affermazione dell'autonomia della clausola compromissoria si sia giunti alla riduzione a unità di due problemi distinti: quello dell'autonomia e quello dell'indipendenza della clausola rispetto al contratto cui accede; F. CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità ad arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, in *Riv. arb.*, 1998, 278, per il quale «*l'affermazione dell'autonomia della clausola non può arrivare al punto di predicare una sorta di extravaganza di essa rispetto al regolamento sostanziale, laddove, nella prospettiva di una ponderata valutazione dell'indipendenza della clausola rispetto al contesto dei patti non si sarebbe certo potuto prescindere da un'indagine sull'essenzialità*» (che l'A. riconduce all'art. 1419, comma 1, cod. civ.).

[36] V., altresì, A. MARINI, *Note*, cit., 413, per il quale, mentre il riferimento all'autonomia della clausola serve a evidenziare la specifica funzione da essa assolta rispetto a quella del contratto cui accede, il problema dell'influenza dell'invalidità del rapporto principale riguarda, invece, la misura e l'intensità del collegamento esistente tra la clausola e il contratto; G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 259.



3. – Nel precedente paragrafo si è dato atto di come l'indipendenza delle c.d. clausole contratto e, dunque, la loro capacità di sopravvivenza sia legata, in primo luogo, all'intensità del rapporto che le unisce al negozio in cui sono inserite.

Ciò richiede di indagare brevemente le regole individuate in tema di collegamento negoziale al fine di verificare il nesso che intercorre tra più negozi inclusi nell'ambito di un'operazione economica complessa per il perseguimento di uno scopo unitario e le conseguenze che ne derivano.

La definizione tradizionale [37] identifica il collegamento negoziale nell'operazione economica realizzata dai contraenti attraverso una pluralità di distinti negozi, i quali – pur mantenendo una propria individualità – sono legati da un nesso di interdipendenza, tale per cui le vicende patologiche dell'uno si ripercuotono sull'altro condizionandone la validità e l'efficacia. Tale affermazione è stata tuttavia da tempo sottoposta a vaglio critico, sul presupposto che le diverse ipotesi di collegamento riscontrabili nel caso concreto non possono essere comprese in una nozione unitaria [38]. La prassi sempre più frequente di realizzare operazioni economiche complesse mediante l'impiego di più schemi negoziali impone, invero, il ricorso a regole operative in grado di far fronte ai diversi problemi che emergono nel caso concreto, riguardanti, in particolare, la qualità del nesso intercorrente tra i negozi, nonché la natura degli effetti che derivano da tale collegamento e la loro ampiezza [39].

A fronte dei diversi legami che possono interessare i contratti conclusi dai contraenti nel contesto della medesima operazione negoziale è pertanto necessario, di volta in volta, individuare il tipo di collegamento che li caratterizza e le conseguenze che ne discendono.

In questa prospettiva, le principali ipotesi di collegamento tra negozi individuate dalle classificazioni maggiormente ricorrenti rappresentano un utile riferimento al fine di ricostruire il rapporto tra le diverse pattuizioni nel caso concreto [40].

L'analisi della complessa operazione economica conclusa dai contraenti potrà, invero, far emergere la presenza di un mero collegamento occasionale tra le diverse pattuizioni, siccome strutturalmente e funzionalmente autonome e solo casualmente riunite nell'unità del documento in cui sono contenute o da altre circostanze estrinseche. In tali ipotesi, l'unione tra i diversi contratti non influenzerà, pertanto, la disciplina dei singoli rapporti [41].

---

[37] In dottrina v., tra gli altri, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 321 ss. In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass. 11 giugno 2001, n. 7852, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1165; Cass. 5 luglio 1991, n. 7415, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 7; Cass. 15 dicembre 1984, n. 6586, *ivi*, 1984, 12; Cass. 15 febbraio 1980, n. 1126, *ivi*, 1980, 2. Manca invece un'espressa definizione a livello normativo.

[38] V. G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1986, II, 256 ss., per la quale non bisognerebbe parlare di un unico collegamento negoziale ma di molteplici collegamenti negoziali. V. anche G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Giuffrè, 1999, 3 ss.

[39] Pongono l'accento su tale esigenza, tra gli altri, G. FERRANDO, *I contratti collegati*, cit., 262; ID., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 234 ss.; A. IZZO, *Il collegamento contrattuale*, cit., 69 s.

[40] Per una disamina delle diverse soluzioni proposte nel tempo da parte della dottrina v., tra gli altri, C. COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit., 6 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., 161 ss.

[41] Sul collegamento occasionale v., tra gli altri, G. FERRANDO, *Recenti orientamenti*, cit., 234; R. SACCO, voce *Contratto collegato,* cit., 239; F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, cit., 49 s., G. SCHIZZEROTTO, *op. ult. cit.,* 163, il quale evidenzia come si tratti di un'unione tra negozi meramente materiale, diversa dal fenomeno del collegamento in senso proprio, in quanto lascia i singoli negozi indipendenti l'uno dall'altro senza che vi sia alcuna reciproca influenza; A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, cit., 265 s.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale*, cit., 315 s. In giurisprudenza cfr., tra le altre, Cass. 21 settembre 2011, n. 19211, in *De Jure*; Cass. 27 marzo 2007, n. 7524, in *Contratti*, 2008, 2, 132; Cass. 11 giugno 2001, n. 7852, cit., ove si afferma che: «*Nel caso di negozi collegati, il collegamento deve ritenersi meramente occasionale, quando le singole dichiarazioni, strutturalmente e funzionalmente autonome, siano solo casualmente riunite, mantenendo l'individualità propria di ciascun tipo negoziale in cui esse si inquadrano, sicché la loro unione non influenza la disciplina dei singoli negozi in cui si sostanziano*». V. anche Cass. 13 febbraio



Il nesso che caratterizza le diverse pattuizioni all'interno del regolamento contrattuale potrebbe altrimenti riguardare il loro processo di formazione, risultando in tal caso una dipendenza di tipo meramente logico e temporale, con esclusione di una diretta influenza delle rispettive vicende in fase di svolgimento del rapporto [42].

In altri casi, invece, potrebbe individuarsi un legame maggiormente intenso e, di conseguenza, in grado di variamente influire sui profili relativi agli effetti di ciascuno contratto e, dunque, sul loro svolgimento e i relativi rapporti [43]. In questo contesto, solo un'attenta indagine del programma economico realizzato dai contraenti, ovvero della natura e della funzione dei contratti conclusi [44], consentirà di individuare il tipo di rela-

---

1992, n. 1751, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1076, con nota di De Mari; Cass. 5 luglio 1991, n. 7415, cit.; Cass. 17 novembre 1983, n. 6864, cit.

[42] Si tratta del c.d. collegamento genetico, al quale si riconducono quei contratti che per la loro natura e funzione sono destinati a esercitare un influsso sulla vita di un altro contratto, determinandone la costituzione, la modificazione o l'estinzione, ovvero sono a esso legati da una dipendenza sul piano funzionale, senza pertanto influire sul funzionamento dello stesso (per alcuni esempi generalmente ricondotti a tale ipotesi di collegamento v., tra gli altri, A. Buonfrate, voce *Contratti collegati*, cit., 293, nt. 19). La categoria del collegamento genetico è stata, tuttavia, criticata dalla dottrina maggioritaria, la quale ne ha rilevato il carattere marginale rispetto all'indagine sui contratti collegati, dal momento che incide sul solo negozio e non sul rapporto giuridico. In questa prospettiva, si ritiene che di collegamento in senso proprio si possa parlare soltanto quando tra i negozi esista un nesso di tipo funzionale e, dunque, capace di influire sullo svolgimento del rapporto. In questo senso cfr., tra gli altri, F. Messineo, voce *Contratto collegato*, cit., 49 s., il quale, pur ritenendo la rilevanza del collegamento genetico marginale rispetto a quella del collegamento funzionale, non esclude del tutto la sua importanza: in tali casi, infatti, la nascita del secondo negozio e, dunque del rapporto, non avrebbe luogo se si prescindesse dal primo; G. Lener, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 14 s.; A. Izzo, *Il collegamento contrattuale*, cit., 73 s. Particolarmente critico è poi F. Di Sabato, *Unità e pluralità di negozi*, cit., 434 ss., per il quale la categoria del collegamento genetico sarebbe del tutto priva di contenuto. Un'ulteriore distinzione proposta, questa volta diretta a porre in risalto la direzione operativa del nesso, è quella tra collegamento unilaterale e bilaterale, a seconda che solo uno dei negozi sia sensibile alle vicende dell'altro ovvero che tra i negozi intercorra una reciproca dipendenza (riassunta nella regola *simul stabunt simul cadent*) (in argomento v., tra gli altri, G. Schizzerotto, *Il collegamento negoziale*, cit., 162 ss.).

[43] È il c.d. collegamento funzionale, da molti considerato come l'unica ipotesi di collegamento vero e proprio in quanto da esso deriva un nesso giuridicamente rilevante tra i diversi contratti. A differenza del passato ove, sul presupposto che l'effetto del collegamento e dell'interdipendenza fra diverse prestazioni non fosse possibile al di fuori di uno stesso negozio (cfr., tra le tante, Cass. 5 agosto 1977, n. 3545, in *Mass. Giur. it.*, 1977), oggi la rilevanza del collegamento funzionale emerge, altresì, dalla definizione di collegamento negoziale ripetutamente accolta da parte dei giudici, in cui si individuano tre elementi caratterizzanti: la pluralità di distinti negozi; l'esistenza di un nesso funzionale intercorrente fra gli stessi; la comunicazione delle vicende di un contratto all'altro sul piano degli effetti. È ricorrente, infatti, l'affermazione per cui: «*Le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, possono dar vita a distinti e diversi contratti, contestuali o non contestuali, i quali, pur caratterizzandosi ciascuno in funzione della propria causa, conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale e rimanendo sottoposti alla relativa disciplina, vengono concepiti e voluti funzionalmente e teleologicamente collegati fra loro e posti in rapporto di reciproca interdipendenza, sì che le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità o l'efficacia*», così Cass. 6 settembre 1991, n. 9388, in *Mass. Giur. it.*, 1991. V. anche Cass. 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 912; Cass. 12 febbraio 1980, n. 1007, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1357; nonché le decisioni richiamate sopra *sub* nt. 37.

[44] Nell'ambito di tale tipo di collegamento si distingue, infatti, tra collegamento necessario e collegamento volontario, a seconda della diversa fonte da cui trae origine il fenomeno in discorso (in proposito v., tra gli altri, A. Izzo, *Il collegamento contrattuale*, cit., 74). Il collegamento necessario, definito anche strutturale o collegamento per volontà della legge, trova la sua fonte nella natura stessa dei contratti, nella loro struttura o nella funzione che l'uno adempie nei confronti dell'altro, per cui un contratto obiettivamente e necessariamente presuppone l'esistenza dell'altro, ovvero direttamente nella legge (v. però quanto osservato da R. Scognamiglio, voce *Collegamento negoziale*, cit., 378, per il quale anche con riferimento ai negozi collegati necessariamente il legame andrebbe ricondotto, seppur in via mediata, all'autonomia privata, giacché è ad essa che compete in concreto la scelta degli strumenti negoziali). Diverso da tale tipo di collegamento è il collegamento per volontà delle parti, in cui l'interdipendenza tra i diversi contratti nell'ambito del complessivo regolamento è unicamente frutto dell'autonomia privata (si evidenzia, tuttavia, come nella maggior parte dei casi i contraenti intendono unicamente perseguire determinati interessi, senza alcuna consapevolezza di porre in essere una pluralità di contratti. Per tali osservazioni cfr., tra gli altri, R. Scognamiglio, *op. loc. cit.*, 380. Nello stesso senso cfr. C. Di Nanni, *Collegamento negoziale*, cit., 342). In tal caso, dunque, sono gli stessi contraenti che nella libera determinazione dei loro interessi possono



zione esistente tra le pattuizioni, non potendosi assumere come regola generale quella della necessaria influenza delle vicende patologiche che le riguardino [45].

La pluralità di forme che il collegamento negoziale può assumere e le diverse conseguenze che ne possono derivare giustifica, a ben vedere, la critica mossa da una parte della dottrina nei confronti di una generale applicazione del principio *simul stabunt simul cadent* e, dunque, contro l'affermazione circa la necessaria dipendenza delle sorti di un contratto da quelle dell'altro, nel senso che le vicende relative alla validità, efficacia ed esecuzione dell'uno si ripercuoterebbero immediatamente sull'altro [46- 47].

---

concludere più contratti, i quali, pur conservando le caratteristiche del tipo cui appartengono e la loro autonomia, vengono tra di loro coordinati in vista di un fine economico che si presenta, nel suo complesso, unitario.

[45] Diversi sono i problemi interpretativi che emergono a seconda che si tratti di collegamento necessario ovvero di collegamento volontario (v. nota precedente). Nel collegamento necessario è, invero, dalle stesse norme di legge che regolano i diversi contratti che si può desumere la disciplina, l'intensità e le conseguenze del collegamento (al riguardo v., tra gli altri, A. Izzo, *Il collegamento contrattuale*, cit., 74, il quale evidenzia come il problema del collegamento necessario sia di fatto un problema di interpretazione della legge; A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*[5], Giappichelli, 2019, 244). Diversamente, nel collegamento volontario, ove la relazione tra due o più contratti strutturalmente autonomi nasce dalla direzione che i privati hanno loro impresso, si pongono problemi di accertamento, sia in merito all'esistenza in concreto di un programma economico unitario, sia con riferimento agli effetti che esso determina sui singoli contratti che ne rappresentano distinti momenti attuativi, per i quali sarà pertanto necessaria un'attenta analisi dell'operazione economica nel caso concreto (con riferimento ai criteri per condurre tale giudizio, l'orientamento più recente ritiene che la ricerca del nesso di collegamento non possa (solo) risolversi in un'indagine sulla volontà dei contraenti ma debba anche riguardare la verifica dell'esistenza di un elemento ulteriore di tipo oggettivo, costituito dall'esistenza di uno scopo economico comune che le parti devono aver inteso perseguire mediante la conclusione di diversi contratti. In proposito, cfr. A. Izzo, *op. ult. cit*., 74 e 78 s.; G. Lener, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 9 ss. e 18 ss., per il quale l'accertamento dell'esistenza di un collegamento negoziale dovrebbe risolversi nella ricerca della volontà obiettivata nell'atto; C. Colombo, *Operazioni economiche*, cit., 253 ss., il quale invita a tener distinto il profilo relativo al fondamento della rilevanza del collegamento funzionale non necessario, da quello della sua concreta individuazione. Sul punto cfr., altresì, G. Ferrando, *Recenti orientamenti*, cit., 237, per la quale proprio in quanto il collegamento costituisce un particolare modo di esplicazione dell'autonomia privata, la sua ricostruzione è questione di interpretazione della funzione economica e sociale che le parti intendevano attribuire ai contratti nel contesto dell'operazione economica. La giurisprudenza è ormai unanime nell'affermare che al fine di poter ravvisare un collegamento negoziale tra negozi è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra più negozi, tutti diretti alla regolamentazione degli interessi delle parti nell'ambito di una finalità pratica unitaria, sia quello soggettivo, inteso quale comune intenzione delle parti di realizzare non solo l'effetto tipico di ciascun negozio ma anche uno scopo unitario, come derivante dal loro coordinamento: cfr., *ex multis,* Cass. 16 marzo 2006, n. 5851, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3; Cass. 17 dicembre 2004, n. 23470, *ivi*, 2004, 12. V., inoltre, Cass. 25 agosto 1998, n. 8410, in *De Jure*; Cass. 27 gennaio 1997, n. 827, in *Foro* it, 1997, I, 1142. Per l'impostazione meno recente, per la quale era necessaria la dimostrazione positiva della volontà delle parti diretta alla creazione di un nesso tra i contratti, v., per tutte, Cass. 22 luglio 1971, n. 2404, in *Giust. civ.*, 1971, 1536 ss.).

[46] Hanno invece affermato la necessaria influenza delle vicende patologiche, tra gli altri, L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., 329 s.; F. Messineo, voce *Contratto collegato*, cit., 52 s.; A. Venditti, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, cit., 271; M. Tamponi, *Contributo*, parte II, cit., 512. V., però, quanto osservato da C. Di Nanni, *Collegamento negoziale*, cit., 331 ss. e G. Schizzerotto, *Il collegamento negoziale*, cit., 195 s., per i quali il venir meno di un negozio per qualsiasi causa di invalidità non reagisce direttamente sull'altro, ma rende impossibile la realizzazione della finalità conseguita e, di conseguenza, il negozio collegato al primo diviene inutile. In senso critico verso l'applicazione generalizzata della regola richiamata, invece, tra gli altri, G. Ferrando, *Recenti orientamenti*, cit., 237 s.; A. Izzo, *Il collegamento contrattuale*, cit., 76 s.; G. Criscuoli, *La nullità parziale*, cit., 179, per il quale: «*Non si può* (…) *stabilire* a priori *che, venendo meno uno dei negozi collegati, il collegamento tra gli altri negozi non possa più sussistere e tutti debbano cadere nel nulla. Bisogna giudicare di volta in volta, in concreto, della essenzialità della partecipazione di tutti i negozi*»; N. Gasperoni, *Collegamento e connessione tra negozi*, cit., 385 s., il quale limita l'automatica ripercussione ai soli casi di negozi necessariamente connessi; A. Cataudella, *I contratti*, cit., 243 s. In giurisprudenza cfr., tra le altre, Cass. 1 ottobre 2014, n. 20726; Cass. 10 luglio 2008, n. 18884, entrambe in *One Legale*. Diversa è, invece, la soluzione di G. Lener, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 217 ss., per il quale nell'ambito dei contratti collegati i vizi, genetici o funzionali, devono essere valutati e assumono rilievo nell'ambito del regolamento complessivo, ossia devono essere valutati come se si avesse un unico contratto.

[47] Nello specifico, mentre con riferimento al collegamento necessario, a fronte della struttura stessa dell'insieme negoziale, è senz'altro possibile dedurre una dipendenza – reciproca ovvero unilaterale, ove sussista un rapporto di accessorietà – delle vicende che interessano i contratti collegati, la cui intensità andrà poi valutata alla luce delle disposizioni normative di riferimento, per il col-



Limitando l'analisi al tema oggetto di indagine, le osservazioni poc'anzi formulate consentono pertanto di ammettere, superando soluzioni aprioristiche, la configurabilità di ipotesi di nullità parziale anche nell'ambito del collegamento negoziale e, dunque, di situazioni in cui a fronte della nullità che colpisca uno solo dei negozi collegati l'operazione possa ancora sussistere per il resto. Invero, poiché la sorte di ciascun contratto è «variamente legata [48]» all'esistenza o alla sorte dell'altro o degli altri, la nullità di uno di essi può, a seconda dei casi, reagire sugli altri negozi collegati o limitare i suoi effetti al negozio viziato [49]. Tale soluzione risulta, del resto, maggiormente rispettosa dell'autonomia privata nonché rispondente all'esigenza di economia dei mezzi giuridici [50].

Al fine di verificare l'effettiva indipendenza, nel caso concreto, del contratto collegato non colpito dal vizio e, dunque, la sua capacità di mantenere una autonoma vitalità, possono, in particolare, farsi proprie le conclusioni cui è pervenuto l'annoso dibattito sviluppatosi in relazione al criterio interpretativo sollevato dall'art. 1419, comma 1, cod. civ [51].

Sebbene debba escludersi la diretta applicabilità di tale disposizione nell'ambito del collegamento negoziale, essendo stata dettata con specifico riferimento al singolo contratto [52], alle regole in essa previste può,

---

legamento volontario, rappresentando un modo di esplicazione dell'autonomia privata, è necessario, invece, aver riguardo al diverso rapporto tra i contratti come oggettivizzato nel regolamento contrattuale nel caso concreto. In tal caso, dunque, è dall'esame del complesso dell'operazione economica creata dai contraenti che è possibile individuare il tipo di relazione esistente tra i contratti collegati, non potendo assumersi come regola generale quella della necessaria influenza delle vicende patologiche che li riguardino.

[48] Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*[9], rist., Jovene, 1985, 216.

[49] V., al riguardo, le osservazioni di G. CRISCUOLI, *La nullità parziale*, cit., 179, per il quale occorre valutare, di volta in volta, l'essenzialità della partecipazione del negozio nullo, in quanto non può escludersi che secondo l'intento delle parti l'assetto di interessi perseguito in generale non possa perseguirsi con gli altri negozi.

[50] In questo senso, sulla regola di conservazione di cui all'art. 1419, cod. civ., G. CRISCUOLI, *op. ult. cit*., 103 ss. V. anche sopra, *sub* nt. 5.

[51] Al riguardo cfr., altresì, S. POLI, *Appunti in tema di nullità parziale e di clausole di non concorrenza*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 44, per il quale l'applicazione dell'art. 2596 cod. civ. alle clausole di non concorrenza inserite all'interno di un più ampio contratto dovrebbe essere ricollegata all'effettiva indipendenza funzionale di tali patti rispetto al loro contenitore, da valutare con i criteri proposti per il giudizio di nullità parziale (i quali guarderebbero, secondo l'A., all'assetto di interessi obiettivizzato dalle parti all'interno del contratto, tenuto conto sia del principio di buona fede e correttezza sia del comportamento delle parti).

[52] La questione in merito alla diretta applicabilità dell'art. 1419, comma 1, cod. civ., al collegamento negoziale non ha, invero, incontrato unanimità di opinioni. Per la tesi negativa v., tra gli altri, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 365, il quale, richiamando motivi meramente formali, evidenzia come la disposizione in commento si riferisca alla parte di un unico negozio. Altri autori, partendo dall'osservazione per cui la disposizione in esame costituisce espressione del principio di conservazione del contratto, hanno evidenziato come nel collegamento negoziale operi un principio esattamente opposto, dal momento che ogni singolo negozio deve ritenersi essenziale per il conseguimento dello scopo economico complessivamente programmato dalle parti. L'invalidità di un negozio collegato renderebbe impossibile, infatti, la realizzazione del risultato prefissato, con conseguente inutilità degli altri contratti non colpiti dal vizio, in applicazione del principio *utile per inutile vitiatur*. In questo senso, cfr. G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., 197 e C. DI NANNI, *Collegamento negoziale*, cit., 292 ss. Per la tesi positiva v., invece, tra gli altri, F. CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità ad arbitri*, cit., 278; R. SACCO, voce *Contratto collegato*, cit., 240. Una diversa opinione, pur negando la diretta applicabilità della disposizione in commento, ritiene che dall'art. 1419, comma 1, cod. civ., in combinato disposto con l'art. 1424 cod. civ., sia possibile ricavare un principio generale per cui «*l'iniziativa economica espressa in una pluralità di atti collegati debba mantenersi, seppure nella misura ridotta conseguente alla nullità di uno dei negozi, quando ciò sia conforme all'originario programma contrattuale*»: così G. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 415 ss., il quale evidenzia, altresì, come a nulla varrebbe sostenere che per tale via si andrebbe ad applicare un criterio non espressamente previsto con riferimento al collegamento negoziale. Poiché, invero, la stessa elaborazione di quest'ultima figura è il risultato di un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, svolta sulla base del concreto atteggiarsi dell'esperienza, allo stesso modo è necessario ricavare dal sistema i principi in grado di regolarla in modo coerente all'assetto di interessi perseguito con l'affare. Per questa soluzione v., altresì, E. ZERELLA, *La nullità parziale*, in *Giust. civ.,* 1985, II, 390. Anche per G. CRISCUOLI, *La nullità parziale*, cit., 174 ss., il principio *utile per inutile non vitiatur,* da più parti ritenuto desumibile dall'art. 1419, comma 1, cod. civ., avrebbe una portata generale, applicabile anche al fenomeno del collegamento contrattuale, ove a cambiare è solo la struttura considerata; F. FESTI, *La*



invero, riconoscersi portata generale siccome espressione del principio di conservazione del negozio cui è informato il nostro ordinamento [53], con conseguente operatività anche rispetto ai contratti collegati, caratterizzati dall'unitarietà dell'interesse perseguito dai contraenti.

La disposizione in tema di nullità parziale stabilisce, come in precedenza evidenziato [54], che la nullità di singole clausole, ove non qualificabili quali principali [55], comporta la nullità del rapporto residuo «solo se risulta che i contraenti non l'avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità» [56].

Nella selezione dei criteri per il giudizio sull'essenzialità della pattuizione accessoria viziata, in grado, in caso di esito positivo, di giustificare la nullità totale del contratto in assenza di espresse indicazioni delle parti [57], sia da parte della dottrina che della giurisprudenza sono state in un primo momento elaborate soluzioni di stampo subiettivo, dirette a indagare la volontà effettiva dei contraenti ovvero la loro volontà ipotetica [58]. Emersi tuttavia i limiti di tali soluzioni, l'orientamento ad oggi prevalente, e senz'altro maggiormente condivisibile, ha accolto, criteri di tipo oggettivo [59], che guardano alla volontà delle parti come oggettivizzata nel-

---

clausola compromissoria, Giuffrè, 2001, 48 s.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 600. In giurisprudenza, confermano l'applicabilità al collegamento negoziale delle regole desumibili dall'art. 1419, comma 1, cod. civ., stante la necessità di una considerazione unitaria della fattispecie, *ex multis*, Cass. 6 luglio 2015, n. 13888, in *One Legale*; Cass. 12 dicembre 1995, n. 12733, in *De Jure*; Cass. 30 maggio 1987, n. 4822, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2883, ove si è ritenuto di poter far riferimento alla disciplina in commento nell'ipotesi di negozi collegati in ragione della loro interdipendenza che determina una situazione di unitarietà teleologica; Cass. 12 febbraio 1980, n. 1007, cit.; nella giurisprudenza di merito, tra le altre, Trib. Arezzo 16 aprile 2020, n. 279, in *De Jure*.

[53] In proposito v. sopra, *sub* nt. 5.

[54] V. sopra par. 1.

[55] In merito alla riferibilità dell'art. 1419, comma 1, cod. civ., alle sole clausole accessorie e, dunque, alle sole clausole non essenziali per la stessa esistenza del contratto, v. quanto evidenziato sopra *sub* nt. 13.

[56] In proposito v., altresì, A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, *I contratti in generale*[2], II, a cura di E. Gabrielli, Utet, 2006, 1550, il quale evidenzia come la regola dettata dalla disposizione in esame, che fa leva sulla volontà delle parti, abbia in realtà carattere supplettivo, in quanto oltre alle ipotesi di sostituzione della clausola, in molti casi la conservazione del rapporto residuo non colpito dal vizio è imposta dalla legge (è il caso, ad esempio, dell'art. 1229 cod. civ.) (si è al riguardo parlato di nullità parziale legale, in contrapposizione a quella prevista dall'art. 1419, comma 1, cod. civ., detta volontaria).

[57] Nell'ambito del regolamento contrattuale i contraenti possono inserire, invero, un patto di inscindibilità al fine di escludere il mantenimento in vita del rapporto residuo ove solo una parte di esso risulti viziato, ovvero, al contrario, possono indicare la non essenzialità di una pattuizione in relazione all'accordo tra loro stipulato, al fine di evitare l'eventuale giudizio di nullità totale che risulterebbe dall'analisi dell'operazione economica nel caso concreto (o, ancora, senza esprimersi sull'essenzialità della pattuizione, possono escludere in via preventiva l'estensione dell'eventuale nullità parziale all'intero contratto); in quest'ultimo caso, la previsione della clausola non elimina, tuttavia, la necessità di un preventivo giudizio di carattere strutturale al fine di verificare l'autosufficienza del regolamento ridotto. In argomento v., tra gli altri, G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 261 ss.; R. TUCCILLO, *Clausole volte a escludere l'estensione della nullità parziale*, in *Clausole negoziali*, a cura di M. Confortini, I, Utet, 2017, 1281 ss.

[58] In un primo momento, facendo maggiormente leva sulla lettera della norma, sono invero prevalse letture attente al dato psicologico della volontà dei contraenti e, dunque, alla loro intenzione. In questo contesto, esclusa la possibilità di individuare la volontà reale delle parti, ossia cosa i contraenti avrebbero voluto in caso di invalidità di una singola parte del negozio, ad eccezione delle ipotesi di un'espressa dichiarazione in tal senso (v. però, per tale soluzione, tra gli altri, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 365 ss.; E. SARACINI, *Nullità*, cit., 23 ss.; M. FRAGALI, *Clausole*, cit., 324 s., per il quale assume tuttavia rilevanza anche la ricostruzione della volontà ipotetica, quale mezzo supplettivo, rispetto alla ricerca della volontà effettiva, dell'indagine in merito alla volontà delle parti), secondo le prime riflessioni avanzate in merito al criterio per decidere sulla conservazione del negozio l'interprete dovrebbe tener conto della c.d. volontà ipotetica (v., tra gli altri, A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Giappichelli, 1943, 155 s.). L'estensione della nullità andrebbe pertanto valutata sulla base del probabile e presumibile intento dei contraenti, tenuto conto dell'*id quod plerumque accidit*. In giurisprudenza sembra potersi riconoscere un'impronta di tipo soggettivo in, *ex multis*, Cass. 4 settembre 1980 n. 5100, in *Mass. Giur. it.,* 1980; Cass. 8 giugno 1979, n. 3268, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 6.

[59] Più recentemente sia la giurisprudenza che la dottrina hanno, invero, evidenziato i limiti della precedente impostazione, stante, tra l'altro, l'impossibilità pratica di accertare quello che i contraenti vollero in relazione all'ipotesi che una parte del regolamento pat-



l'accordo [60]. In questo contesto si ha riguardo agli interessi che le parti hanno inteso conseguire con l'operazione economica nel suo complesso, al fine di verificare l'essenzialità della clausola nulla e, dunque, la «perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti [61]».

Il giudizio di cui all'art. 1419, comma 1, cod. civ., così interpretato, impone, pertanto, di ricercare il senso dell'operazione economica che le parti hanno inteso raggiungere, al fine di verificare non solo la possibilità, da un punto di vista strutturale, ma anche l'opportunità di salvare il negozio privato della clausola viziata siccome comunque in grado di realizzare la finalità perseguita dai contraenti [62].

---

tuito si fosse rivelato viziato e, dall'altro lato, la stessa contraddizione insita in tale riferimento, giacché le parti, nel momento in cui concludono un contratto, vogliono stipularlo con tutte le sue clausole (A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 149 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale*, cit., 58 s.). Si è pertanto preferito far ricorso a criteri di carattere oggettivo per l'interpretazione dei contratti colpiti da nullità parziale. In particolare, pur con varietà di soluzioni, secondo questo orientamento l'indagine in merito alla volontà delle parti non dev'essere condotta sulla base di elementi psichici ma avendo riguardo alla struttura stessa del negozio, ossia verificando se il contratto residuo sia comunque compatibile con gli interessi perseguiti dalle parti: per tale soluzione v., tra gli altri, A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 407, per il quale occorre individuare la funzione concreta perseguita con il contratto, verificando se l'assetto di interessi conseguente all'efficacia parziale sia con essa congruente sebbene non coincidente; R. TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, cit., 903; M. TAMPONI, *Contributo*, parte I, cit., 115 s., secondo il quale per il giudizio sull'essenzialità o meno della parte colpita dal vizio dovrebbe aversi riguardo allo scopo perseguito dai contraenti; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto*, cit., 48, il quale evidenzia come l'art. 1419, comma 1, cod. civ., richieda al giudice di verificare se il regolamento risultante dalla riduzione dei precetti negoziali per effetto del vizio continui a corrispondere all'assetto di interessi perseguito dalle parti, ossia allo scopo pratico che esse si sono proposte; E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 707 ss., per il quale il giudice, chiamato a decidere in merito alla conservazione, dovrà accertare l'economia del contratto alla stregua della clausola di correttezza e buona fede. Accoglie in un secondo momento tale soluzione anche G. CRISCUOLI, *Clausola illecita*, cit., 1164. V., inoltre, A. GENTILI, *op. loc. cit*., 162 ss., per il quale «*la* vis expansiva *del vizio parziale è piuttosto un problema di funzionalità del patto residuo che di volontà dei contraenti*». Il procedimento attraverso cui il giudice giunge a ritenere che le parti avrebbero o meno stipulato il negozio residuo è «*più semplicemente un confronto logico di coerenza e compatibilità tra negozio originario e negozio residuo*», condotto in base al materiale significante del negozio originario (ossia guardando alle dichiarazioni e ai comportamenti dei contraenti). In giurisprudenza, tra le altre, Cass. sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.; Cass. 5 febbraio 2016, n. 2314, cit.; Cass. 11 luglio 2012, n. 11749, in *Corr. giur.*, 2013, per la quale, al fine di stabilire se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale è necessario «*procedere ad un confronto fra lo scopo pratico sotteso al programma originariamente divisato e il diverso assetto d'interessi che risulta dal contratto, depurato della clausola colpita da nullità, e valutare se quest'ultimo è ragionevolmente compatibile, in termini di causa in concreto e di buona fede, con il primo. Ciò non significa, beninteso, mettere fuori gioco la volontà privata e la ricerca della comune intenzione delle parti, fedelmente espressa dal significato delle parole usate nel contratto e del loro comportamento complessivo, anche successivo, dal giudizio di nullità; ma vuoi dire attribuire alla volizione delle parti rilevanza se ed in quanto essa disegna e concretizza l'operazione che, in termini oggettivi ed economici, le parti hanno inteso realizzare*»; Cass. 5 luglio 2000, n. 8970, cit., per la quale l'indagine sull'essenzialità della pattuizione viziata ai fini dell'estensione della nullità richiede «*una valutazione della potenziale volontà delle parti, che non è la volontà manifestata, ma quella obiettivamente ricostruibile sulla base del concreto regolamento di interessi*»; Cass. 1 febbraio 1992, n. 1074, in *Corr. giur.*, 1992, 638; Cass. 19 aprile 1982, n. 2411, in *Mass. Giur. it.,* 1982. Per una disamina delle posizioni espresse nel corso del tempo in merito al giudizio imposto dall'art. 1419, comma 1, cod. civ., v., tra gli altri, A. GENTILI, *op. loc. cit*., 149 ss.; S. POLI, *Appunti in tema di nullità parziale*, cit., 38 ss.

[60] V., al riguardo, le osservazioni di R. SACCO, *Le invalidità*, cit., 1511, il quale invita a non attribuire troppa rilevanza alla contrapposizione tra il criterio di buona fede e quello psicologico. La volontà di contrarre, proprio in quanto ipotetica, verrà infatti valutata con un certo grado di astrazione e, a sua volta, il criterio di buona fede userà quale parametro la volontà ipotetica. Evidenzia come il ricorso a criteri obiettivi non significhi irrilevanza dell'autonomia privata, altresì, M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto*, cit., 34 s., per il quale si tratta di indagare la volontà rivolta allo scopo pratico perseguito dalle parti.

[61] Così Cass. 19 aprile 1982, n. 2411, cit. In senso conforme, tra le tante, Cass. 21 maggio 2007, n. 11673, in *One Legale*; Cass. 5 luglio 2000, n. 8970, cit.; Cass. 1 marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2438; Cass. 1 febbraio 1992, n. 1074, cit., ove al centro del giudizio si è posto «*il permanere o meno dell'utilità del contratto in relazione agli interessi che si intendono attraverso di esso perseguire*».

[62] Al riguardo v., tra gli altri, le osservazioni di A. D'ADDA, *Nullità parziale*, cit., 44 ss., il quale evidenzia come non basti una verifica di ordine strutturale e, dunque, formale, per affermare l'eventuale salvezza del rapporto residuo (sebbene non si possa prescindere da una preventiva verifica della natura dell'atto invalidato), essendo di contro necessaria una seconda fase di giudizio di ordine sostanziale, per verificare il ruolo giocato dalla pattuizione nel complessivo regolamento; G. CRISCUOLI, *Clausola illecita,* cit.,



Considerazioni non dissimili sembrano a ben vedere potersi applicare anche nell'ambito del collegamento negoziale quale unitaria operazione complessa, ove, come detto, ciascun negozio può essere variamente legato agli altri e, di conseguenza, non è sempre possibile stabilirne a priori la sorte nell'ipotesi in cui uno di esso risulti invalido. In questo contesto, dunque, la soluzione in merito alla conservazione dei negozi collegati non colpiti da nullità è strettamente legata al nesso che intercorre tra le diverse pattuizioni e alla funzionalità del regolamento residuo rispetto agli interessi dei contraenti nel caso concreto: la valutazione dovrà pertanto tener conto della qualità e intensità del nesso che tiene stretti i negozi [63], al fine di verificare la scindibilità del contratto nullo dal rapporto residuo [64], e della perdurante possibilità di raggiungere il risultato prefissato nonostante la nullità di uno di essi, ossia della capacità della pattuizione residua di mantenere, nell'economia dell'accordo, un'autonoma vitalità [65].

La valutazione in merito alla nullità totale o parziale nell'ambito di un complesso di negozi collegati non sarà, dunque, tanto diversa da quella necessaria nell'ipotesi di nullità che colpisca solo alcune delle clausole accessorie nell'ambito di un singolo contratto [66]. Individuato il negozio direttamente interessato dalla nullità, è necessario scomporre il regolamento residuo: vi possono essere contratti collegati che pur non viziati cadono direttamente a fronte nel nesso di stretta interdipendenza che già sul piano strutturale li legava al negozio nullo [67]. Mancando, invece, tale inscindibilità, affinché la nullità possa rimanere parziale, ossia limitata alla parte invalida, è necessario, altresì, che l'accordo residuo consenta comunque alle parti di realizzare l'interesse in concreto perseguito attraverso l'operazione economica [68].

1158 ss., per il quale occorrerebbe condurre un giudizio suddiviso in due momenti logici: innanzitutto è necessario accertare l'obiettiva scindibilità della parte colpita dal vizio dal resto del negozio e, successivamente, occorre verificare l'essenzialità o meno della parte nulla per l'economia dell'intero regolamento negoziale e, dunque se risulta giustificabile la conservazione delle sole clausole non colpite dal vizio. Nello stesso senso, M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto*, cit., 46, il quale evidenzia la necessità di un giudizio a due fasi che tenga conto, in primo luogo, della struttura del negozio e, in particolare, della natura della clausola invalida, nonché, in secondo luogo, dell'opportunità di mantenere in vita il rapporto residuo.

[63] V. quanto evidenziato in precedenza in merito ai diversi tipi di collegamento individuati dalle classificazioni tradizionali.

[64] Del pari, con riferimento all'ipotesi di contratto unico v. quanto già evidenziato da Cass. 6 aprile 1970, n. 932, in *Giust. civ.*, 1970, I, 805, per la quale la nullità parziale in luogo di quella totale può configurarsi «*soltanto se la parte o la clausola del contratto non affetta da invalidità persegua un risultato configurabile come distinto ed abbia un'esistenza autonoma, e non se la clausola sia in correlazione inscindibile con il resto e funzioni da* condicio causam dans *o* sine qua non».

[65] Al riguardo v., altresì, F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 48 ss., il quale evidenzia come il principio generale sotteso agli artt. 1419, comma 1 e 1420 cod. civ., se applicato ai contratti collegati, consenta di affermare che la nullità di un contratto influenza l'efficacia dell'accordo connesso solo se il patto invalido risulti essenziale avuto riguardo agli scopi che le parti intendevano perseguire.

[66] In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 12 dicembre 1995, n. 12733, in *De Jure*, ove si legge che: «*l'esistenza di un collegamento funzionale tra più negozi, pur non eliminando l'individualità giuridica dei singoli negozi collegati, che restano conseguentemente soggetti alla disciplina propria del rispettivo schema negoziale, ne impone una considerazione unitaria…In questa prospettiva si afferma che il collegamento reagisce sull'efficacia e sulla validità di ciascuno dei negozi collegati, che dovranno essere conseguentemente verificate avendo riguardo all'interesse globalmente perseguito dalle parti; e che, pertanto, riveste un'importanza marginale stabilire se le pattuizioni intervenute tra le parti siano qualificabili come un unico contratto complesso o come più contratti collegati, posto che nell'uno e nell'altro caso sono applicabili le regole desumibili dall'art. 1419 c.c. in tema di invalidità parziale (e deve quindi ammettersi che l'invalidità di un contratto possa riflettersi sugli altri contratti che siano ad esso collegati, sempre che naturalmente la loro permanenza in vigore non sia compatibile con l'originario programma negoziale…)*».

[67] È il caso in cui la validità di ogni negozio che forma il regolamento contrattuale complessivo costituisca *conditio sine qua non* della conservazione di tutti o, ancora, dell'ipotesi in cui, esistendo un rapporto di subordinazione, l'esistenza del contratto c.d. principale rappresenti il presupposto di fatto per l'efficacia del contratto collegato. Al riguardo, v. anche G. CRISCUOLI, *La nullità parziale*, cit., 180, il quale evidenzia come il giudizio sulla nullità parziale non sia possibile solo in quei casi in cui la partecipazione di tutti i negozi risulti essenziale già sul piano strutturale.

[68] Si osserva al riguardo, con specifico riferimento al problema della nullità parziale nell'ambito del singolo contratto, che «*La nullità del patto residuo è dunque una nullità per mancanza di causa (in concreto)*»: così A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1559.



Per tale via sembra pertanto possibile risolvere il quesito in merito all'eventuale sopravvivenza della c.d. clausola autosufficiente al contratto cui accede. In particolare, nell'ipotesi in cui solo il contratto nel quale la pattuizione accessoria è inserita risulti invalido, una volta esclusa la presenza di un nesso di stretta interdipendenza tra di essi e, di conseguenza, confermata l'oggettiva scindibilità dei due negozi, dovrà verificarsi l'opportunità di mantenere in vita il patto medesimo, siccome ancora idoneo, sotto il profilo funzionale, a soddisfare gli specifici interessi perseguiti dalle parti con la sua previsione [69].

4. – La ricostruzione proposta, in merito al criterio per individuare la capacità di sopravvivenza delle c.d. clausole contratto, può essere verificata richiamando brevemente alcune ipotesi di clausole per le quali, essendo dotate – secondo l'orientamento che chi scrive ritiene maggiormente condivisibile – di una propria autonomia causale, può sorgere il problema della loro sorte in caso di nullità del contratto che le contiene.

Al riguardo viene in considerazione, in primo luogo, la clausola arbitrale, alla quale ormai [70] da più parti si riconosce natura autonoma rispetto al contratto del quale sembra costituire un mero patto accessorio [71].

---

[69] Per tale soluzione v. anche G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 259 ss., il quale invita a tener conto del legame che intercorre tra i patti in esame e il contratto cui accedono, nonché dell'idoneità dei primi a produrre effetti autonomi sulla base del regolamento di interessi nel caso concreto; F. CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità ad arbitri*, cit., 278, il quale richiama il meccanismo di cui all'art. 1419, comma 1, cod. civ., ai fini della verifica dell'effettiva indipendenza della clausola contratto dal resto del regolamento.

[70] Per una disamina del contrario orientamento diffuso in passato, per il quale alla clausola compromissoria avrebbe dovuto riconoscersi una mera posizione accessoria rispetto al contratto di riferimento, v. F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 41 s.; G.B. FERRO, *La clausola compromissoria*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali,* rassegna coordinata da G. ALPA, II, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Utet, 1999, 619 s.; M. ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1987, 424 s.

[71] Per tale soluzione v., tra gli altri, F. CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 327 ss., il quale è stato il primo autore a prendere le distanze dal precedente orientamento diretto ad affermare la natura accessoria della clausola compromissoria. L'A. ha in particolare evidenziato, in primo luogo, come con il termine «clausola» compromissoria il legislatore non abbia inteso stabilire un nesso giuridico tra questa e il contratto, ma solo far riferimento a una convenzione che viene pattuita «contemporaneamente» a un'altra o, più precisamente, in «occasione» di questa. L'autonomia della clausola rispetto al contratto «sostanziale» troverebbe inoltre conferma nella diversa funzione svolta dai due negozi: mentre con il contratto le parti regolano un loro conflitto di interessi, individuando un punto di equilibrio nel quale tale conflitto si compone, con la clausola compromissoria i contraenti intendono invece cercare il giudice più idoneo per la composizione delle controversie. Tali diverse funzioni riflettono, a ben vedere, i differenti piani, sostanziale e processuale, in cui il contratto e la clausola compromissoria operano. Confermano l'autonomia della clausola compromissoria, tra i tanti, F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 42 ss.; G.B. FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., 620 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*[2], Giuffrè, 1982, 135 ss.; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale*, cit., 185, in particolare nt. 92; F. CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità ad arbitri*, cit., 277 s., per il quale il principio in merito all'autonomia della clausola compromissoria avrebbe assunto le vesti di un vero e proprio dogma; G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 241. In giurisprudenza cfr., *ex multis,* Cass. 8 febbraio 2022, n. 3934, in *One Legale*; Cass. 22 gennaio 2020, n. 1439, in *Riv. arb.*, 2020, 2, 283; Cass. 31 ottobre 2011, n. 22608, in *Giust. civ.*, 2012, 3, I, 694 (le quali hanno affermato la sopravvivenza della clausola compromissoria contenuta in un preliminare di compravendita non riprodotta nel contratto definitivo, sul presupposto della natura autonoma della clausola, con funzione distinta dal contratto preliminare); Cass. 30 settembre 2010, n. 20504, in *Giust civ. Mass.*, 2010, 9, 1273; Cass. 11 luglio 2003, n. 10910, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1555; Cass. 14 aprile 2000, n. 4842, cit.; Cass. 12 marzo 1990, n. 2011, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 3. L'autonomia della clausola compromissoria sembra del resto aver trovato, altresì, supporto nella legge, laddove l'art. 808, comma 2, prima parte, cod. proc. civ., dispone che i requisiti di validità di tale clausola devono essere accertati in modo autonomo rispetto a quelli del contratto cui accede. La clausola compromissoria avrebbe invece natura accessoria, tra gli altri, per N. IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 4, 654, secondo il quale l'art. 808, comma 2, prima parte, cod. proc. civ., dando per presupposta la natura accessoria della clausola compromissoria, in quanto «*si riferisce*» ad un contratto, disporrebbe un isolamento normativo del patto. Nello specifico, ai sensi della citata disposizione il giudizio di validità della clausola compromissoria andrebbe svolto in modo autonomo e, dunque, secondo



Si è al riguardo evidenziato, in particolare, che mentre il contratto è diretto a regolamentare un conflitto di interessi tra le parti, la funzione della clausola compromissoria è, invece, quella di individuare il miglior giudice per dirimere una determinata categoria di liti [72].

Tra la clausola arbitrale e il contratto di riferimento può in particolare individuarsi un rapporto [73] la cui rilevanza si esaurisce nella fase di formazione della clausola, con esclusione, dunque, di un legame di dipendenza funzionale. Il nesso che intercorre tra i due negozi deriva, invero, unicamente dalla necessaria dipendenza della clausola in senso logico e temporale dal contratto in cui è inserita [74], rimanendo di regola entrambi insensibili alle vicende che interessano l'altro durante lo svolgimento del rapporto [75].

Fatte salve, dunque, le ipotesi in cui, nel caso concreto, la clausola compromissoria sia direttamente invalida per ragioni esclusivamente proprie [76] ovvero coincidenti con quelle del contratto sostanziale [77], essa rimane valida nel caso di vizio del contratto in cui sia contenuta [78].

L'autonomia causale e l'assenza di un nesso di stretta interdipendenza, se consentono di escludere l'influenza dei vizi, non sono, tuttavia, ancora sufficienti a giustificare, in ogni caso, la capacità della clausola arbitrale di mantenersi in vita nonostante il venir meno del rapporto residuo, essendo di contro necessario indagarne l'eventuale indipendenza anche sotto il profilo funzionale [79], ossia la possibilità di continuare a produrre effetti utili nell'economia dell'accordo.

---

criteri propri del patto, indipendentemente dalle vicende che interessano il contratto. Similmente v. M. CONFORTINI, *La clausola compromissoria*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e processuale*, a cura di G. Alpa e V. Vigoriti, Utet, 2013, 688 ss., anche nt. 30, per il quale l'autonomia della clausola compromissoria, sancita, altresì, da ultimo dal legislatore, sarebbe un predicato del giudizio e non della clausola stessa. In questo senso, la clausola compromissoria sarebbe, dunque, quanto al giudizio di validità, indipendente dal contratto che la contiene, del quale, tuttavia, concorrerebbe a determinare il contenuto e del quale formerebbe parte integrante. Affermano la natura accessoria della clausola compromissoria contenuta all'interno di un contratto, altresì, C. COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit., 241, nt. 204; G. ANDREOTTI, *Le metaclausole*, cit., 194, nt. 30.

[72] Cfr. le osservazioni di Carnelutti richiamate nella nota precedente.

[73] V., al riguardo, P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, 1, 23, il quale individua nella clausola compromissoria un atto bivalente, caratterizzato, al contempo, da «indipendenza funzionale» e «appartenenza strutturale».

[74] Tra la clausola compromissoria e il contratto principale può, infatti, individuarsi una tendenziale, anche se non necessaria, contestualità e una unilaterale implicazione logica.

[75] V., tra gli altri, M. ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, cit., 432 s., per il quale in tal caso il collegamento assumerebbe rilevanza nella sola formazione dei due negozi, ove il contratto rappresenta il presupposto dell'esistenza della clausola arbitrale; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il leasing e altre storie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 4, 1101 s., in particolare nt. 59; ID., *Clausola compromissoria*, in *Arbitrato. Artt. 806-840*[3], commentario diretto da F. Carpi, Zanichelli, 2016, 174 s. V., inoltre, G.B. FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., 623 e, in giurisprudenza, tra le tante, Cass. 31 ottobre 2011, n. 22608, cit.; Cass. 14 aprile 2000, n. 4842, cit., le quali escludono la presenza di un rapporto di dipendenza in senso tecnico, che si concreterebbe nell'impossibilità per il negozio accessorio di esistere separatamente da quello principale.

[76] È il caso, ad esempio, della mancanza di forma scritta.

[77] V. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione d'arbitrato*, in *L'arbitrato*, a cura di L. SALVANESCHI, A. GRAZIOSI, Giuffrè, 2020, 115; N. SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, 2005, 8; A. MARINI, *Note*, cit., 411. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 29 novembre 2021, n. 37266, in *One Legale*; Cass. 28 ottobre 2021, n. 30531, *ivi*; Cass. 8 febbraio 2005, n. 2529, in *Giust. civ.*, 2006, I, 174; Cass. 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it*, I, 1, 154 ss.

[78] In questo senso, dunque, il vizio che riguarda il rapporto principale non coinvolge necessariamente anche la clausola compromissoria, ma è necessaria una autonoma valutazione. Ad esempio, nel caso in cui il contratto principale risulti annullabile perché stipulato da un incapace di intendere e di volere, non necessariamente deve ritenersi viziata anche la clausola compromissoria. Può accadere, infatti, che i due negozi vengano stipulati in momenti diversi e che il soggetto che versa in stato di incapacità di intendere e di volere al momento del contratto stipuli, invece, la successiva clausola in condizioni di piena capacità (al riguardo v., tra gli altri, M. ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, cit., 441); G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 135, il quale evidenzia come la clausola compromissoria sia un autonomo negozio giuridico e pertanto non vive la vita del contratto cui accede. Per l'opposta soluzione condivisa in passato, conseguente all'assunto circa la natura accessoria della clausola compromissoria, cfr. le decisioni e la dottrina richiamati da F. FESTI, *Clausola compromissoria e contratto illecito*, in *Corr. giur.*, 1997, 12, 1434, 1435.

[79] Al riguardo v., tuttavia, le osservazioni di G.B. FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., 625, il quale, pur condividendo la ne-



L'esistenza di un nesso logico e storico [80] tra i due negozi, pur dotati ciascuno di una propria causa, impedisce, infatti, di escludere ogni ricaduta delle vicende patologiche del contratto sull'efficacia della clausola [81], essendo di contro necessario verificare la possibilità per quest'ultima di continuare a soddisfare gli interessi perseguiti dalle parti con la sua previsione.

Nello specifico, perché possa affermarsi la perdurante utilità della clausola compromissoria, è necessario che le parti abbiano inteso affidare agli arbitri anche la decisione relativa al particolare vizio che ha colpito il contratto principale nel caso concreto, giacché, altrimenti, non avrebbe senso mantenere in vita il patto stante l'impossibilità di produrre i propri effetti.

Così, ad esempio, nell'ipotesi in cui tra le controversie che le parti hanno inteso devolvere ad arbitri non vi sono anche quelle relative alla nullità del contratto [82], il mantenimento in vita della clausola arbitrale nonostante la nullità del contratto di riferimento non potrà giustificarsi, in quanto non più in grado di produrre alcun effetto utile [83].

Anche la giurisprudenza è ormai pressocché concorde nell'ammettere la sopravvivenza della clausola arbitrale ogniqualvolta essa trovi in sé la propria ragione, così affermando che «l'eventuale invalidità di un negozio non si estende alla clausola compromissoria che vi acceda, potendo rientrare nella competenza arbitrale la stessa cognizione delle cause di nullità od annullabilità di quel negozio [84]».

A conclusioni parzialmente diverse si perviene, invece, guardando alla clausola penale, le quali tuttavia confermano la ricostruzione proposta in merito alle c.d. clausole contratto.

---

cessità di non confondere il concetto di autonomia della clausola con quello di indipendenza, evidenzia giustamente la necessità di non sottovalutare l'importanza del primo, dal momento che se non si affermasse l'autonomia della clausola rispetto al contratto non si potrebbe neppure discutere della sua indipendenza.

[80] V. le osservazioni di Carnelutti riportate sopra *sub* nt. 71.

[81] In proposito vedi anche quanto evidenziato da F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 47 s., per il quale non è possibile escludere del tutto che il negozio processuale venga influenzato dal rapporto, dal momento che il primo presuppone necessariamente l'esistenza o quanto meno la prospettabilità del secondo; ID., *Clausola compromissoria e contratto illecito*, cit., 1440 s. V., inoltre, A. MARINI, *Note*, cit., 413, per il quale l'autonomia causale della clausola compromissoria non sarebbe sufficiente a risolvere il problema dell'influenza dei vizi, dovendosi anche indagare la misura e l'intensità del collegamento e, dunque, la concreta indipendenza della clausola rispetto al contratto cui accede. Ciò esclude, pertanto, la possibilità di accogliere quelle soluzioni più estreme che, nel porre l'accento sull'autonomia della clausola compromissoria, negano qualsiasi rilevanza giuridica al rapporto tra la clausola arbitrale e il contratto di riferimento (v., ad esempio, G.B. FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., 626 s.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 134 ss.; Cass. 14 aprile 2000, n. 4842, cit.). È necessario poi considerare che a volte è la stessa legge ad attribuire rilievo al carattere di accessorietà della clausola rispetto al contratto, sottoponendola alla disciplina di quest'ultimo. È il caso, ad esempio, dell'art. 808, comma 2, cod. proc. civ., in merito al potere di rappresentanza per la stipula della clausola compromissoria.

[82] Nel silenzio dei contraenti si deve, tuttavia, ritenere che la competenza arbitrale si estenda a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce: cfr. art. 808-*quater*, cod. proc. civ. Anche prima dell'introduzione della citata disposizione da parte del legislatore la giurisprudenza si era già espressa nel senso della più ampia operatività della clausola compromissoria in assenza di indicazioni contrarie da parte dei contraenti: v., *ex multis*, Cass. 20 febbraio 1997, n. 1559, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 280: «*la clausola compromissoria, che si riferisce genericamente alle controversie nascenti dal contratto cui si riferisce, in mancanza di espressa volontà contraria, deve essere interpretata nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte le controversie che si riferiscono a pretese aventi la loro* causa petendi *nel contratto medesimo*. V. anche Coll. arb. 20 giugno 1990 (Roma), in *Riv. arb.*, 1992, 339 ss.

[83] Per tale soluzione v., altresì, F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 50 s. Quanto evidenziato trova applicazione anche per altre situazioni di inefficacia del solo rapporto sostanziale diverse dalla nullità. Ad esempio, la clausola compromissoria è idonea a sopravvivere in caso di simulazione del contratto in cui è inserita, ove non simulata anch'essa, ogniqualvolta tale specifica causa di inefficacia rientri nell'oggetto della convenzione arbitrale stipulata dalle parti. Il medesimo ragionamento vale altresì, tra l'altro, nell'ipotesi di risoluzione del contratto sostanziale (al riguardo, v. F. FESTI, *op. loc. cit*., 51). In giurisprudenza, *ex multis,* Cass. 28 ottobre 2021, n. 30531, cit.; Cass. 19 dicembre 2000, n. 15941, in *One Legale*.

[84] Così, tra le tante, Cass. 12 marzo 1990, n. 2011, cit. (massima).



Anche con riferimento alla clausola penale l'orientamento maggioritario ritiene si tratti di un negozio autonomo [85] in quanto dotata di una propria peculiare funzione giuridica [86], diversa dallo scopo perseguito dai contraenti con il contratto [87] cui accede.

Nonostante la sua autonomia, la clausola penale, presupponendo l'esistenza di un'obbligazione, ha tuttavia funzione accessoria rispetto al rapporto principale [88] cui si riferisce e al quale risulta pertanto necessariamente collegata [89].

---

[85] In questo senso v., tra gli altri, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Giuffrè, 1991, 209 s., il quale evidenzia come con la clausola penale i contraenti intendano perseguire un risultato diverso, anche se talvolta coincidente, rispetto a quello perseguito con il contratto principale, che si sostanzia nella volontà di sottoporre il debitore inadempiente a una determinata prestazione nei confronti del creditore. A parere dell'A., tuttavia, l'alternativa tra autonomia e accessorietà della clausola penale non inciderebbe in modo significativo sulla struttura e sulla funzione del patto; ID., *La clausola penale e la caparra*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, *I contratti in generale*[2], cit., 1016; V. M. TRIMARCHI, voce *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Utet, 1959, 351 s.; ID., *La clausola penale*, Giuffrè, 1954, 27; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, 1960 189 s.; A. MARINI, *La clausola penale*, Jovene, 1984, 69 s., il quale evidenzia come la clausola penale non partecipi alla definizione del regolamento contrattuale ma interviene solo ove quest'ultimo non trovi compiuta attuazione; M. FRANZONI, *La clausola penale*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Giuffrè, 2009, 676; F. GALGANO *Trattato di diritto civile*, cit., 599 s., il quale individua nella clausola penale una causa autonoma, distinta dalla causa del contratto cui si riferisce e al quale risulta legata da un nesso di accessorietà. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 7 marzo 1964, n. 486, in *Mass. Giur. it.*, 1964, 150; Cass. 20 luglio 1960, n. 2036, in *Giust. Civ. Rep.*, 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 63, secondo la quale: «*la clausola penale, anche quando assume il carattere di una pattuizione accessoria rispetto al contenuto di un determinato negozio, presenta, a differenza di ogni altra clausola negoziale, una causa propria e autonoma, anche se eventualmente complementare a quella del contratto principale*»; più di recente, tra le altre, Cass. 24 aprile 2018, n. 10046, in *One Legale*. V., tuttavia, tra gli altri, R. SCOGNAMIGLIO, *I contratti in generale*[3], in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. GROSSO, F. SANTORO-PASSARELLI, IV, II, Vallardi, 1975, 150 s., il quale evidenzia come la ricostruzione diretta ad affermare l'autonomia della clausola penale contrasti con la natura giuridica del patto, giacché esso si conclude, e può operare, solo in stretto riferimento al contratto che prevede l'obbligazione cui si riferisce, completandone così il contenuto sul piano della disciplina delle conseguenze dell'inadempimento; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 219 s.; G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*[3], in *Commentario del codice civile*, IV, II, Utet, 1980, 333. In giurisprudenza accolgono quest'ultima soluzione, *ex multis*, Cass. 26 settembre 2005, n. 18779, in *De Jure*; Cass. 6 novembre 1998, n. 11204, *ivi*. Con riferimento alle diverse conseguenze in tema di prescrizione, nullità e annullabilità, derivanti dall'impostazione seguita, v., tra gli altri, F. CAMILLETTI, *La clausola penale: profili giuridici*, in *Contr. impr.*, 2014, 1, 178 s.

[86] Non vi è invero unanimità di opinioni in merito alla funzione che la penale è chiamata ad assolvere. Per una parte della dottrina la penale avrebbe una funzione risarcitoria, di liquidazione preventiva e forfettaria del danno (cfr., tra i tanti, C.M. BIANCA, *La responsabilità,* in *Diritto civile*, V, Giuffrè, 2021, 242 ss.). Secondo un diverso orientamento la prevalente funzione della penale sarebbe di tipo afflittivo, in quanto, oltre a predeterminare l'ammontare del risarcimento del danno, sarebbe diretta a reprimere l'inosservanza degli obblighi contrattuali (svolgerebbe invece unicamente una funzione punitiva per V.M. TRIMARCHI, voce *Clausola penale*, cit., 351 s. [con riferimento alla c.d. penale pura] e A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., 189, per i quali la clausola penale darebbe vita ad una pena privata). Altri autori hanno evidenziato la duplice funzione della penale, sia coercitiva che risarcitoria (in questo senso cfr., tra gli altri, G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, cit., 334 s.). Un'altra opinione ritiene, invece, che la penale possa esercitare, di volta in volta, funzioni diverse, per cui non sarebbe possibile individuarne una funzione tipica: le parti possono invero inserire una penale per creare convenzionalmente una sanzione, per indurre il debitore ad adempiere, ovvero per limitare il risarcimento o, ancora, per evitare controversie sulla misura del danno (cfr. G. DE NOVA, *Clausola penale*, in *Dig. civ.*, II, Utet, 1988, 379; M. FRANZONI, *La clausola penale*, cit., 673). Per una disamina delle diverse opinioni espresse al riguardo v., tra gli altri, C. M. BIANCA, *op. loc. cit*., 242 ss.; L. BOZZI, *La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 4, 1099 ss.; G. SMORTO, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VIII, Utet, 2013, 142 ss. La giurisprudenza dominante individua nella clausola penale uno strumento per il rafforzamento del vincolo contrattuale e per la liquidazione preventiva della prestazione risarcitoria: cfr., *ex multis*, Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183; in *De Jure*; Cass. 10 giugno 1991, n. 6561, in *Mass. Giur. it.*, 1991; Trib. Pavia 27 aprile 2022, n. 580, in *De Jure*.

[87] Una parte della dottrina ritiene che la clausola penale possa riferirsi anche a obbligazioni di fonte non contrattuale. In questo senso cfr., tra gli altri, A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., 190; G. DE NOVA, *Clausola penale*, cit., 377 s.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 214 ss. Con riferimento alla disciplina previgente v. G. PIOLA, voce *Clausola penale*, in *Dig. it*, VII, Utet, 1987-1902, 365 s. Di avviso contrario, tra gli altri, G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, cit., 333; L. BOZZI, *La clausola penale tra risarcimento e sanzione*, cit., 1092 ss.



Proprio in quanto la funzione della penale è legata all'individuazione degli obblighi il cui inadempimento – in senso stretto ovvero il semplice ritardo nell'adempimento – costituisce il presupposto del suo operare, non sembra ci possano essere spazi per il suo funzionamento separatamente dall'obbligazione contrattuale cui accede; nello specifico, a fronte del collegamento per accessorietà con l'obbligazione cui la penale si riferisce, le vicende patologiche che comportano l'improduttività di effetti del contratto – e, quindi, il mancato sorgere dell'obbligazione – incidono sull'obbligazione accessoria derivante dalla clausola penale, impedendone la produzione degli effetti.

La clausola penale, dunque, non segue automaticamente le sorti del negozio cui accede in quanto patto ad esso accessorio, privo di una causa propria: è l'impossibilità per la clausola, nonostante la propria autonomia, di perseguire la propria funzione economica a impedirne la sopravvivenza alle vicende patologiche che incidono sulla validità dell'obbligazione principale; di conseguenza, essa sarà invece in grado di operare in modo indipendente ogni volta che i vizi dell'obbligazione principale non ostacolino il verificarsi dell'evento cui è subordinato il funzionamento della penale.

Così, ad esempio, la nullità del rapporto principale travolge necessariamente anche la penale. Nell'ipotesi di nullità del contratto di riferimento la clausola penale non è, infatti, più in grado di svolgere la propria funzione economica, dal momento che non sorgerebbero quegli obblighi il cui inadempimento essa è diretta a sanzionare [90].

Di contro, la clausola penale è idonea a produrre i propri effetti in caso di risoluzione del contratto per inadempimento e, dunque, è in grado di mantenere un'autonoma vitalità nonostante il venir meno dell'obbligazione cui si riferisce [91], giacché, in tal caso, il vizio non impedirebbe il verificarsi del presupposto per il suo funzionamento [92].

---

[88] La clausola penale può invero riguardare anche una soltanto, o solamente alcune, delle obbligazioni nascenti dal contratto (cfr. G. De Nova, *Clausola penale*, cit., 377 s.).

[89] Tra la clausola penale e il negozio principale si individua, infatti, un collegamento necessario che si specifica nell'accessorietà della prima rispetto al secondo. In questo senso, v. tra gli altri, A. Zoppini, *La pena contrattuale*, cit., 211; A. Magazzù, voce *Clausola penale*, cit., 190.

[90] Cfr. F. Camilletti, *La clausola penale*, cit., 2014, 1, 180, il quale evidenzia come a seguito della nullità del rapporto principale la clausola penale rimarrebbe priva di causa, dal momento che dai contratti nulli non può sorgere alcun obbligo giuridico alla cui violazione è invece subordinata la penale; A. Zoppini, *La pena contrattuale*, cit., 211 s.; L. Bozzi, *La clausola penale tra risarcimento e sanzione*, cit., 1091. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 15 febbraio 2002, n. 2209, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 248, la cui massima evidenzia come la validità del contratto costituisca un presupposto logico e giuridico della clausola penale e, pertanto, quest'ultima non può operare nell'ipotesi di nullità del contratto. V. anche G. Piola, voce *Clausola penale*, cit., 373.

[91] Confermano la possibilità di far valere la penale per l'inadempimento nell'ipotesi di risoluzione del contratto, tra gli altri, C. M. Bianca, *La responsabilità*, cit., 250; M. Franzoni, *La clausola penale*, cit., 681, il quale evidenzia come nonostante la perdita di efficacia del contratto, in tal caso la clausola penale rimarrebbe in vita al limitato fine di risarcire il danno nella misura predeterminata convenzionalmente; G. De Nova, *Clausola penale*, cit., 380; A. Zoppini, *La pena contrattuale*, cit., 206; P. Iamiceli, *Art. 1382-Effetti della clausola penale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale (artt. 1350-1386),* a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Utet, 2011, 984. Per tale soluzione, al tempo del codice previgente, v. G. Piola, voce *Clausola penale*, cit., 373. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 31 ottobre 2018, n. 27994, in *De Jure*, la quale nell'escludere il cumulo tra la domanda di adempimento della prestazione principale e quella diretta a ottenere la penale per l'inadempimento (a differenza della penale per il ritardo), ammette la possibilità di richiedere contestualmente alla risoluzione del contratto il risarcimento del danno da inadempimento e la penale per il ritardo, ovvero, cumulativamente, la penale per il ritardo e quella per l'inadempimento; Cass. 28 agosto 2007, n. 18195, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratto in genere*, n. 370. In senso conforme, in precedenza, tra le tante, v. Cass. 28 novembre 1989, n. 5185, in *De Jure*, la quale ammette la coesistenza della clausola penale anche con la previsione pattizia della risoluzione di diritto del contratto; Cass. 13 luglio 1984, n. 4120, in *Mass. Giur. it.*, 1984.

[92] La possibilità della clausola penale di mantenere una vitalità propria nonostante la risoluzione del contratto deriva, a ben vedere, dalla sua natura di negozio autonomo.



La questione in merito alla possibile sopravvivenza delle c.d. clausole contratto trova, inoltre, un ulteriore referente nei patti di non concorrenza inseriti come clausola di un diverso e più ampio contratto [93], ai quali, ove non causalmente connessi a quest'ultimo [94], è riconosciuta natura autonoma ai fini della sottoposizione ai limiti di cui all'art. 2596 cod. civ [95].

Il quesito in merito all'autonomia della pattuizione accessoria si è posto, tra l'altro, in relazione a un patto di non concorrenza contenuto all'interno di un contratto di scioglimento di società, al quale la Corte di Cassazione ha riconosciuto natura autonoma, evidenziando come in tal caso il patto sia destinato ad assolvere una funzione diversa dal contratto cui accede: il primo è diretto, infatti, a regolare il rapporto di concorrenza tra più imprenditori, mentre il secondo intende risolvere un rapporto in essere tra di essi e disporre dei beni aziendali. Il patto di non concorrenza è, pertanto, in tal caso destinato a produrre effetti quando la funzione del contratto principale si è compiutamente realizzata e, dunque, in un momento in cui quest'ultima non può più essere integrata [96].

Limitando l'analisi al tema che ci occupa, può osservarsi come anche in tal caso l'affermazione dell'autonomia del patto di non concorrenza non sia sufficiente a giustificarne l'indipendenza funzionale e, di conse-

---

[93] Non sorgono dubbi, invece, in merito all'applicabilità della norma ai patti di non concorrenza autonomi. Al riguardo, cfr., altresì, G. FERRI, voce *Patto di concorrenza*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982, 508.

[94] In tal caso la durata dell'obbligo di non concorrenza coinciderà con la durata del contratto cui accede, anche se superiore al quinquennio previsto dall'art. 2596 cod. civ.

[95] L'orientamento maggioritario ritiene, invero, che i limiti di cui all'art. 2596 cod. civ. non trovino applicazione solo con riferimento a quei patti di non concorrenza che, inseriti come patti aggiunti a un determinato contratto, costituiscano parte integrante della sua funzione economica e, dunque, della causa di quel contratto; di contro, sarebbero soggetti alla norma in esame tutti quei patti che, pur essendo inseriti in un diverso e più ampio contratto, svolgano, tuttavia, una distinta e autonoma funzione. Per tale soluzione in dottrina v., tra gli altri, G. FERRI, voce *Patto di concorrenza*, cit., 508 s.; S. PALMIERI, *Scioglimento della società e patto di non concorrenza: la "causa concreta" approda in Cassazione?*, in *Corr. giur.*, 1998, 1, 83 s., i quali evidenziano come una simile soluzione trovi implicita conferma in numerose disposizioni. È il caso, ad esempio, dell'art. 2105 cod. civ., il quale per tutta la durata del rapporto vieta al prestatore di lavoro di svolgere attività in concorrenza con quella dell'imprenditore, laddove l'art. 2125 cod. civ., prevede, invece, l'applicazione dei limiti temporali di cui all'art. 2596 cod. civ. al patto di non concorrenza stabilito tra i medesimi soggetti per il periodo successivo alla cessazione del rapporto. Nel senso che la disposizione in commento troverebbe applicazione solo per i patti di non concorrenza che si presentino autonomi sebbene inseriti in un contratto più ampio, altresì, S. POLI, *Appunti in tema di nullità parziale*, 44, a parere del quale l'applicazione dell'art. 2596 cod. civ. andrebbe ricollegata alla sussistenza di un'indipendenza funzionale del patto di non concorrenza dal negozio contenitore, da valutare alla stregua dei criteri proposti per il giudizio di nullità parziale; L. ALBERTINI, *Sui patti accessori di non concorrenza*, in *Giust. civ.*, 1998, 816. V., però, T. RAVÀ, *Diritto industriale*, I, Utet, rist., 1986, 200, il quale critica il riferimento alla causa ai fini della valutazione dell'accessorietà del patto in esame rispetto al contratto in cui è inserito. A parere dell'A. occorrerebbe invece aver riguardo agli effetti del patto e, dunque, verificare se il vincolo di non concorrenza sia destinato a operare durante l'esecuzione del contratto di riferimento ovvero in un momento successivo: solo in quest'ultimo caso troverà applicazione il limite temporale di cui all'art. 2596 cod. civ., laddove nel primo caso il vincolo si estenderebbe per tutta la durata del rapporto. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 4 febbraio 2000, n. 1238, in *Foro it.*, 2000, I, 1595; Cass. 6 agosto 1997, n. 7266, in *Corr. giur.*, 1998, 1, 80 ss.; App. Torino 28 settembre 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 38 ss. Non mancano, tuttavia, opinioni di segno contrario, per le quali il limite temporale di cui all'art. 2596 cod. civ. riguarderebbe qualsiasi convenzione restrittiva della concorrenza. In questo senso v., tra gli altri, M. SCARDIGLI, *Patto di esclusiva e limite convenzionale alla libera concorrenza,* in *Foro it.*, 1960, I, 468 s. Il quesito in merito all'applicazione o meno della disposizione in commento non si pone, invece, nei casi in cui è la stessa legge a far coincidere l'obbligo di non concorrenza con la durata del contratto ovvero ad applicare la limitazione temporale prevista dall'art. 2596 cod. civ. Al riguardo cfr. G. FERRI, *op. loc. cit*., 508, e *ivi* anche un elenco delle disposizioni di riferimento.

[96] Cfr. Cass. 6 agosto 1997, n. 7266, cit. Diverso è, invece, il caso in cui il patto di non concorrenza risulti strettamente connesso, sotto il profilo causale, al contratto principale, come nel caso in cui il contratto principale instauri un rapporto di tipo collaborativo tra le parti e la mancanza di concorrenza ne costituisca l'inevitabile corollario. V. anche Cass. 23 settembre 2013, n. 21729, in *Giust. civ. mass*., 2013, ove la Corte ha escluso l'applicazione dell'art. 2596 cod. civ. a una clausola di esclusiva inserita in un contratto di somministrazione, non assumendo la clausola, nel caso di specie, «*una posizione prevalente nell'economia del contratto sino a staccarsi causalmente dal contratto di somministrazione e da fare emergere un'autonoma funzione regolatrice della concorrenza*».



guenza, l'idoneità a mantenere una propria vitalità nonostante l'invalidità che colpisca il contratto di riferimento, ma è necessario indagare il nesso che lega il patto di non concorrenza al contratto, nonché la capacità del primo di produrre, nell'economia dell'accordo, effetti utili anche ove il secondo risulti invalido.

Tra la clausola di non concorrenza e il rapporto principale, pur autonomi e distinti da un punto di vista strutturale, sussiste, infatti, pur sempre, tra l'altro, un nesso logico e storico che impedisce di affermare la sicura l'insensibilità della prima alle vicende che interessano il secondo, essendo invece necessario che si verifichi il presupposto per l'operare del patto accessorio [97].

Per tale via, non può riconoscersi, ad esempio, capacità di autonoma sopravvivenza al patto di non concorrenza che, pur collegato solo occasionalmente al contratto di scioglimento di società dichiarato invalido, non preveda un divieto di concorrenza utile anche per l'ipotesi in cui la società dovesse rimanere in vita: non essendovi un rapporto di concorrenza da disciplinare il patto perderebbe, infatti, la ragione della sua esistenza [98].

[97] Si sofferma sul legame esistente tra il patto di non concorrenza e il contratto di scioglimento della società, tra gli altri, L. ALBERTINI, *Sui patti accessori di non concorrenza*, cit., 819, il quale osserva, tra l'altro, come in taluni casi tale collegamento possa atteggiarsi, nel caso concreto, anche come bilaterale, ove non solo il patto di non concorrenza non avrebbe senso avulso dal contratto principale ma, al contempo, il contratto di scioglimento non sarebbe stato concepito senza la clausola di non concorrenza.

[98] V. anche G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 259.

JUS CIVILE



MONICA PUCCI

Assegnista di ricerca in Diritto privato –Università degli Studi di Perugia

SVILUPPO SOSTENIBILE, *GREENWASHING* E TUTELA DEL CONSUMATORE*

SOMMARIO: *1. L'integrazione della sostenibilità ambientale nelle strategie imprenditoriali. – 2. L'uso distorto della sostenibilità ambientale a fini promozionali: il fenomeno del* greenwashing. *– 3.* Segue. *L'*enforcement *delle regole a tutela del consumatore: le linee guida dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria. – 4.* Segue. *Gli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 5. Considerazioni conclusive.*

1. – Il tema della «sostenibilità» ambientale e la questione dello «sviluppo sostenibile» [1] acquistano sempre maggiore rilevanza nella nostra quotidianità, ponendosi al centro del dibattito contemporaneo [2]: la diffusa sensibilizzazione circa l'emergenza delle problematiche ambientali ha reso il perseguimento di uno sviluppo sostenibile nell'attività d'impresa una delle sfide più accattivanti per tutti i soggetti economici che operano nel mercato [3] e, al tempo stesso, un limite intrinseco all'esercizio di tale attività. Una conferma in tal senso si desume dall'approvazione, nel febbraio dello scorso anno, della legge di riforma costituzionale n. 1 del

* Lo scritto rientra nell'attività di ricerca condotta nell'àmbito dell'assegno di ricerca per il progetto dal titolo «La società e il futuro nell'area ternana. Legami e rischi sociali, spazi di sviluppo e cambiamento: forme di violenza emergenti e strategie di valorizzazione del tessuto cittadino», finanziato dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Terni e Narni.

[1] Il principio dello sviluppo sostenibile inizialmente elaborato in sede internazionale, è stato successivamente recepito tanto a livello comunitario (*ex* artt. 3 e 21 TUE, 11 TFUE e 37 Carta UE), quanto in àmbito nazionale (art. 3 *quater* d.lg. n.152 del 2006, c.d. codice dell'ambiente). In merito alle origini dello sviluppo sostenibile ed all'ascesa di tale principio nel diritto internazionale e comunitario v., *ex multis*, D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Persona e mercato*, 3, 2021, 496 ss. e F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di) *Diritto dell'ambiente*, V ed., Torino, 2021, 181 ss.

[2] In merito all'incidenza dello sviluppo sostenibile nei rapporti contrattuali, M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ*., 2016, 1291 ss. e ID., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb*., 1, 2017, 4 ss., muovendo da un'analisi «ecologica» del diritto contrattuale alla luce dei princípi di solidarietà e di sostenibilità nell'uso responsabile delle risorse naturali, accredita un nuovo paradigma contrattuale, il c.d. «contratto ecologico», in cui l'interesse ambientale penetra nella causa del contratto, quale «strumento attuativo dello sviluppo "umano" sostenibile» idoneo «a regolare il concorso di una pluralità di interessi necessariamente convergenti alla protezione dell'ambiente e delle generazioni future», fonte di rapporti giuridici patrimoniali ecosostenibili. In senso critico, S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, II, 337. L'autore, dubitando che l'interesse ambientale possa incidere «direttamente sul rapporto contrattuale», considera il contratto ecologico «come un'espressione raffinata ma di un valore descrittivo».

[3] In proposito, M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, cit., 1308, riconosce che «l'interesse ambientale è ormai un elemento immanente o un limite interno all'attività d'impresa, al punto che la teoria dell'imprenditore, e la stessa nozione di imprenditore (art. 2082 c.c.), si arricchisce di "valori nuovi e contenuti nuovi", nel segno dello sviluppo sostenibile».



2022[4] attraverso la quale la protezione dell'ambiente è stata espressamente inclusa tra i princípi fondamentali della nostra carta costituzionale. Al previgente art. 9 cost. è stato, infatti, aggiunto un terzo comma ai sensi del quale la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni (…)»; nonché al comma 2 dell'art. 41 è stato disposto che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi «in modo da recare danno all'ambiente» per poi rinviare al legislatore (art. 41, comma 3, cost.) il compito di determinare programmi e controlli perché le attività economiche pubbliche e private possano essere indirizzate e coordinate a fini sociali ed ambientali. In tal modo, la legge costituzionale ha inteso, da un lato, riconoscere all'ambiente il carattere di bene costituzionalmente garantito e protetto[5]; dall'altro, riformarne il rapporto con la proprietà privata e la libertà di impresa[6], con conseguente legittimità di eventuali interventi normativi che, in attuazione del principio di solidarietà[7], impongano alle imprese di conformare i propri processi produttivi alla protezione dell'ambiente.

La prima celebre definizione di sviluppo sostenibile risale alla fine degli anni '80, quando nella stesura del Rapporto «*Our common future*» da parte della Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo[8], lo stesso venne identificato con l'esigenza di soddisfare i bisogni del presente[9] senza compromettere la possibilità delle generazioni future di appagare i propri[10].

La necessità, sottesa a tale accezione di sostenibilità[11], di integrare le esigenze dello sviluppo con quelle di tutela dell'ambiente[12] ha fatto sì che con il passare del tempo si sia diffusa un'ampia consapevolezza in

---

[4] Legge costituzionale, 11 febbraio 2021, n. 1, recante «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente» pubblicata nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 44 del 22 febbraio 2022. Per un commento a tale legge v. G. ALPA, *Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contr. e impr*., 2022, 361 ss.; M.P. POTO, *La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*, in *Resp. civ. prev*., 2022, 1057 ss.; G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, n. 2, 460 ss. In chiave critica v., anche. T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *www.federalismi.it*, 30 giugno 2021 e G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, *ivi*, 1 luglio 2021.

[5] È opportuno porre in rilievo, tuttavia, che la tutela ambientale era già oggetto di riconoscimento da parte della giurisprudenza costituzionale che ne individuava il fondamento normativo negli artt. 9 e 32 cost. relativi, rispettivamente, alla tutela del paesaggio e della salute: cfr. già Corte cost., 15 maggio 1987, n. 167; Corte cost., 25 maggio 1987, n. 191 e Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, consultabili in *www.cortecostituzionale.it*.

[6] Cfr. L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *www.federalismi.it*, 30 giugno 2021.

[7] Per una riflessione in merito al significato di «solidarietà», P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, 433 ss.; ID., *«Depatrimonializzazione» e diritto civile*, in ID., *Scuole, tendenze, metodi*, Napoli 1988, 173 ss.; ID., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ*., 1995, spec. 82 ss.; ID., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003, 305 s. V., anche, V. RIZZO, *Contratto e costituzione*, in *Rass. dir. civ*., 2015, 349 ss., spec., 351.

[8] Cfr. WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (WCED), *Our Common Future*, Oxford, 1987, consultabile in *www.sustainabledevelopment.un.org*. Si tratta del meglio noto Rapporto Brundtland (dal nome del primo Ministro norvegese che presiedeva la Commissione), approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con Risoluzione dell'11 dicembre 1987, un caposaldo della riflessione sulle questioni ambientali e sulla loro connessione con gli squilibri socioeconomici a livello globale. In proposito, v. S. COSIMATO, *Sviluppo sostenibile e imprenditorialità. Competitività e innovazione nelle PMI*, Napoli, 2015, 13 ss.

[9] In proposito, A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir*., Ann. IX, 2016, 350, definisce lo sviluppo sostenibile come la «ricerca e costruzione di un ordine sociale, dentro e fuori dei confini nazionali (…), in cui (almeno) i bisogni elementari dell'esistenza umana siano soddisfatti, e in cui l'accesso alle risorse fondamentali per una vita dignitosa sia il più possibile effettivo e diffuso».

[10] K. BOSSELMANN, *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, Aldershot, I ed., 2008, 9 ss., rileva che l'origine della nozione di sostenibilità, intesa in tale accezione, sia riconducibile al trattato di scienze forestali di H.C. VON CARLOWITZ, *Sylvicultura oeconomica, oder haußwirthliche Nachricht und Naturmäßige Anweisung zur wilden Baum-Zucht*, Leipzig, 1713.

[11] In merito al carattere pluridimensionale della sostenibilità v. M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità"*, in *Persona e mercato*, 2021, 712-714; ID., *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un*



merito all'opportunità che le imprese operanti nell'attuale panorama imprenditoriale garantiscano uno sviluppo sostenibile [13], orientandosi verso l'adozione di nuovi processi economici e strategie produttive [14] che siano adottate tenendo in considerazione non soltanto gli effetti osservabili nel breve periodo, bensì quelli di lungo termine [15]. La c.d. «sostenibilità aziendale» presuppone, in altri termini, un nuovo modo di concepire l'attività d'impresa, il cui fine ultimo non deve essere più rappresentato soltanto dalla massimizzazione del profitto [16]: è necessario, al contrario, ancorare le strategie di ottimizzazione dei guadagni ai princípi fondamentali ed agli strumenti di protezione dell'ambiente [17], al fine di creare benefici a vantaggio tanto degli *stakeholders*, ovvero dei soggetti che a vario titolo interagiscano con l'impresa, quanto delle esigenze delle generazioni future, mediante l'impiego di programmi di sviluppo sostenibile che siano orientati ad una riduzione dell'impatto negativo dell'attività imprenditoriale sull'ambiente [18] e ad una efficace salvaguardia delle risorse naturali [19].

---

diritto dello "sviluppo umano ed ecologico", in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2020, 5 ss.; ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in ID. (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, 287 ss.; ID., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in P. POLLICE (a cura di), Liber Amicorum *per Biagio Grasso*, Napoli, 2015, 473 ss. V., anche, L. VALERA, *La sostenibilità: un concetto da chiarire*, in *Econ. dir. agroalim*., 2012, 39 ss. e P.B. HELZEL, *Principio di sostenibilità e generazioni future: limiti e controversie*, in D.A. BENÍTEZ e C. FAVA (a cura di), *Sostenibilità: sfida o presupposto?*, Milano, 2019, 25 ss.

[12] G. ROSSI, *La "materializzazione" dell'interesse all'ambiente*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, V ed., Torino, 2021, 20 e ID., *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in G. ROSSI, M. MONTEDURO (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, 9, afferma che «l'ambiente può essere non solo compatibile con lo sviluppo ma può e deve diventare un volano per la ripresa economica, da molto tempo stagnante, e per un nuovo tipo di sviluppo», sì che alle «fasi della contrapposizione e a quella della (auspicata) compatibilità si unisce ora quella della possibile sinergia». V., anche, M. PENNASILICO *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, cit., 20, secondo il quale l'interesse ambientale non può più essere considerato «come limite alle operazioni economiche degli attori pubblici e privati, ma come fattore trainante dello sviluppo».

[13] Cfr. l'«Agenda 2030» per lo Sviluppo Sostenibile (consultabile in *www.unric.org*), approvata con Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, che tra i 17 obiettivi da raggiungere entro il 2030 segnala, al n. 12, quello di: «garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo», mediante un cambiamento radicale delle modalità di produzione e consumo di beni e servizi. In proposito, I. LENZI, I. PAIS e A. ZUCCA, *Un patto globale per lo sviluppo sostenibile. Processi e attori nell'Agenda 2030*, Milano, 2015, consultabile in *www.feem.it*. V., anche, A. DE CONNO, *Consumatori e sviluppo sostenibile: il ruolo chiave dell'informazione*, in *www.magazine.cisp.unipi.it*, 6 giugno 2021.

[14] Cfr. M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità"*, cit., 718 ss.

[15] Per un'analisi della teoria della *Corporate Social Responsibility* (CSR) in contrapposizione a quella dello *shareholder value*, v. M. LIBERTINI, *La comunicazione pubblicitaria e l'azione delle imprese per il miglioramento ambientale*, in *Giur. comm*., 2012, 331 ss.

[16] Cfr. P. PERLINGIERI, *Produzione, beni e benessere, in Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Napoli, 2015, 516, secondo il quale: «benessere e sviluppo, (…), concernono la produzione, ma primariamente la persona e richiedono, per essere davvero tali, che si attuino nel rispetto della vita e dell'ambiente anche naturale» e ID., *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, cit., 322 ss.: «se lo sviluppo di un paese non è dato dal PIL (secondo una concezione ragionieristica, economicistica dei rapporti sociali e umani), ma dipende dal grado di realizzazione del benessere e della qualità della vita degli uomini, lo sviluppo è "sostenibile" quando garantisce il pieno e libero sviluppo della persona umana».

[17] In proposito, A. REDI, *L'Ecolabel al crocevia tra ambiente e sviluppo*, in *Riv. quadr. dir. amb*., 2, 2020, 139, rileva che «in un sistema ordinamentale come il nostro, fondato, dal punto di vista assiologico, sulla centralità del valore della persona, (…), lo sviluppo non può coincidere con l'esaltazione del produttivismo e la massimizzazione del profitto, ma dipende dal livello di benessere e qualità della vita, e, quindi, anche dalla salubrità dell'ambiente».

[18] In tale ottica, è auspicabile un superamento della c.d. «obsolescenza programmata», ovvero della strategia adottata dalle imprese – e severamente sanzionata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quale pratica commerciale scorretta *ex* artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del consumo (v. A. GIANNACCARI, *Apple, obsolescenza tecnologica (programmata) e diritti dei consumatori*, in *Merc. conc. reg*., 2019, 149 ss. e G. D'IPPOLITO, A. RE, *Obsolescenza programmata – L'Agcm sanziona* Apple *e* Samsung, in *Media Laws*, 1, 2019, 325 ss.) – volta a definire il ciclo vitale di un prodotto in modo da limitarne la durata ad un periodo prefissato, con



In tale ottica, ed in risposta alla crescente sensibilità ecologista dei consumatori [20], un numero sempre piú considerevole di realtà aziendali, al fine di divenire più virtuose e maggiormente competitive sul mercato, ha iniziato a mutare il proprio modello di *business*, integrando le problematiche ambientali in tutti i processi interni e, in particolar modo, nella funzione del *marketing*.

Il *marketing* orientato alla sostenibilità, c.d. *green marketing*, è diventato la risposta emblematica che le imprese rivolgono al diffuso interesse verso la sostenibilità ambientale: si tratta di una vera e propria strategia di impresa finalizzata a promuovere, produrre e confezionare i propri prodotti in un modo che risulta essere sensibile all'ambiente. Ogni attività di *marketing* è elaborata e realizzata al mero scopo di coinvolgere il consumatore nell'ottica di declinare in «verde» le abitudini e le tendenze del consumo di massa consolidate nel corso degli anni, facendo sorgere nello stesso la consapevolezza che sia possibile optare per un nuovo modo di consumare basato su uno stile di vita eco-solidale, così che orienti le proprie scelte d'acquisto verso prodotti rispettosi per l'ambiente.

Tale obiettivo viene ad essere perseguito attraverso la comunicazione «*green*» che diventa la principale leva del *marketing* in ragione del suo ruolo di strumento primario di divulgazione delle scelte di *business* eco-sostenibile adottate dalle aziende [21]. *Claims* ambientali [22] come «biodegradabile», «100% riciclabile», «*eco friendly*», «a ridotto impatto ambientale», sono diventati un fondamentale strumento pubblicitario mediante il quale le imprese orientano i comportamenti dei consumatori [23] enfatizzando le caratteristiche di so-

---

il fine di aumentarne il tasso di sostituzione e limitarne indebitamente la riparabilità. In proposito, il 25 novembre 2020 il Parlamento europeo ha adottato la Risoluzione (2020/2021(INI) «Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori» (consultabile in *www.europarl.europa.eu*) volta all'incentivazione di modelli di produzione e consumo che siano compatibili con uno sviluppo sostenibile, ribadendo la preventiva necessità di contrastare l'obsolescenza programmata favorendo il riutilizzo e la riparazione dei prodotti. Sul tema, v. anche S. LATOUCHE, *Usa e getta. Le follie dell'obsolescenza programmata*, Torino, 2ª ed., 2015; D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, cit., 507; S. ZOLEA, *Verso un diritto dell'obsolescenza programmata: ipotesi legislative, novità giurisprudenziali e spunti comparativi*, in *giustiziacivile.com*, 12 gennaio 2021; ID., *Obsolescenza programmata e diritto: noterelle comparative*, in *giustiziacivile.com*, 28 maggio 2019; G. NADDEO, *Obsolescenza programmata: una pratica non più "sostenibile"*, in *iusinitinere.it*, 21 dicembre 2020.

[19] M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Persona e mercato*, 2015, 38, evidenzia che «la nozione di "sviluppo sostenibile" (…) porta con sé tensioni antinomiche, poiché, da un lato, postula un'esigenza costante di evoluzione della società verso un maggiore benessere, dall'altro pone un limite di sostenibilità allo sviluppo, che fa riferimento a esigenze tanto di equilibrio nell'uso delle risorse naturali quanto di protezione dell'ambiente».

[20] Nel giugno 2020, la Confederazione delle associazioni dei consumatori nell'UE (B.E.U.C.) ha pubblicato i risultati di un'indagine, condotta in 11 Paesi membri, in merito all'influenza che la sostenibilità riveste nelle scelte di acquisto dei consumatori europei: il 60% degli intervistati ha dichiarato di preferire prodotti *eco-friendly* rispetto a quelli tradizionali: v. THE EUROPEAN CONSUMER ORGANISATION, *One bite at a time: consumers and the transition to sustainable food. Analysis of a survey of European consumers on attitudes towards sustainable food*, consultabile in *www.beuc.eu*, giugno 2020.

[21] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, 25 maggio 2016, consultabile in *www.eur-lex.europa.eu*, in cui si rileva che «i consumatori possono scegliere di prendere in considerazione i vantaggi ambientali quando fanno acquisti, tanto che i professionisti tengono conto in misura crescente di questo fattore per le campagne pubblicitarie e di *marketing*: le dichiarazioni "verdi" sono quindi diventate un potente strumento commerciale».

[22] Sul punto, F. BERTELLI, *I* green claims *tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1, 2021, 286 ss.; B. POZZO, *I "*green claims*", l'economia circolare e il ruolo dei consumatori nella protezione dell'ambiente: le nuove iniziative della Commissione UE*, in *Riv. giur. amb*., 4, 2020, 707 ss.; G. GREGORI, C. PASTURENZI, *I* green claim *e la deriva del* greenwashing*: gli orientamenti delle Autorità competenti per contrastare il fenomeno*, in *Rass. dir. farmaceutico e della salute*, 2020, 239 ss.

[23] In proposito, F. BERTELLI, *I* green claims *tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, cit., 286-287 rileva che «(…) la divulgazione di informazioni relative alla sostenibilità sociale e/o ambientale dei cicli produttivi, dei beni proposti sul mercato o delle stesse aziende produttrici è solo parzialmente imposta da disposizioni precettive e spesso rappresenta una scelta di *disclosure* volontaria, che può sottendere una decisione strategica volta ad orientare i comportamenti dei consumatori».



stenibilità e minore impatto ambientale del prodotto reclamizzato [24], con il fine di incrementare vendite ed introiti facendo leva sulla ormai diffusa consuetudine di ritenere migliore un prodotto rispettoso dell'ambiente piuttosto che uno concorrente privo di tale qualità [25].

2. – Dietro il *green marketing* e la *green communication*, tuttavia, si celano le principali insidie per i consumatori: non sempre, infatti, le aziende che pubblicizzano i propri prodotti come *eco friendly* implementano politiche imprenditoriali realmente compatibili con la declamata sostenibilità [26].

L'uso strumentale (*rectius*, l'abuso) delle asserzioni ambientali espone il professionista a ripercussioni tanto sul piano giuridico quanto economico, integrando – come si vedrà nel prosieguo [27] – una pratica commerciale scorretta [28] meglio nota come *greenwashing* [29].

Con tale neologismo, composto dalle parole *green* («ecologico») e *whitewash* («dare la calce», metafori-

[24] «Le espressioni "asserzione ambientale" e "dichiarazione ecologica" si riferiscono alla pratica di suggerire o in altro modo dare l'impressione (nell'àmbito di una comunicazione commerciale, del *marketing* o della pubblicità) che un prodotto o un servizio abbia un impatto positivo o sia privo di impatto sull'ambiente o sia meno dannoso per l'ambiente rispetto a prodotti o servizi concorrenti. Ciò può essere dovuto alla sua composizione, al modo in cui è fabbricato o prodotto, al modo in cui può essere smaltito o alla riduzione del consumo di energia o dell'inquinamento attesa dal suo impiego»: così si esprime la Commissione Europea al § 5.1 degli *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, cit.

[25] Da un'indagine condotta dall'associazione italiana «Altroconsumo» insieme alle organizzazioni di consumatori di altri 13 Paesi è emerso che l'Italia si collochi al 6° posto nella classifica dei Paesi con stile di vita sostenibile: v. la nota stampa «*Quanto* green *sono gli italiani? Indagine sui comportamenti sostenibili dei cittadini: luci e ombre*», consultabile in *www.altroconsumo.it*, 1° febbraio 2022.

[26] Sul tema, M. Pasquetti, *Ambiente e politiche di* marketing*: innovazione sostenibile e rischio "*greenwashing*"*, in M. Ciani Scarnicci, A. Marcelli, P. Pinelli, A. Romani, R. Russo (a cura di), *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, 2014, 167 ss. V., anche, F. Iraldo, M. Melis, Green marketing*. Come evitare il* greenwashing *comunicando al mercato il valore della sostenibilità*, Milano, 2012.

[27] V., *infra*, § 4.

[28] Un diverso fondamento normativo per contrastare tale fenomeno viene individuato da D. Imbruglia, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, cit., 504 ss. nell'art. 7, lett. *d* della direttiva 2019/771/CE (in argomento, *ex multis*, G. De Cristofaro, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b*-to-*c: l'attuazione della dir. Ue 2019/771*, in *Riv. dir. civ*., 2021, 205 ss.; F. Bertelli, *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Eur. dir. priv*., 2019, 953 ss.; S. Pagliantini, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Giur. it*., 2020, 217 ss.), secondo il quale il bene deve possedere le caratteristiche e le qualità che il consumatore si può ragionevolmente attendere, anche in termini di durabilità, sulla base delle dichiarazioni rese «in particolare nella pubblicità o nell'etichetta». L'a. ritiene che l'eventuale divergenza tra l'effettiva sostenibilità del bene compravenduto rispetto alle dichiarazioni rese dal professionista comporti non soltanto una violazione del divieto di pratiche commerciali sleali, bensí anche dell'obbligo di fornire beni conformi. Ne consegue che «il risultato concreto di questa diversa qualificazione del c.d. *greenwashing* si coglie sul piano delle tutele giacché esso consente l'utilizzo di rimedi individuali previsti per la consegna del bene non conforme (…). La lettura della dichiarazione di sostenibilità come parametro di conformità idoneo a consentire l'invocazione dei rimedi *ex* art. 13 dir. 2019/771/UE apre, infatti, al rimedio sostenibile per eccellenza, ossia quello riparatorio».

[29] L'origine di tale fenomeno risale agli inizi degli anni '90 quando grandi aziende americane chimiche e petrolifere, come *Chevron* e *DuPont*, cercarono di spacciarsi, mediante *spot* pubblicitari, quali imprese *eco-friendly* al fine di distogliere l'attenzione dell'opinione pubblica dal reale inquinamento causato dai propri processi produttivi. Venne così coniato il termine *greenwashing* per indicare la strategia di comunicazione utilizzata da alcune imprese al fine di costruire un'immagine di sé ingannevolmente positiva sotto il profilo ambientale, allo scopo di distogliere l'attenzione dall'impatto ambientale negativo derivante dalle proprie attività o dall'utilizzo dei propri prodotti. In proposito, C. Cellupica, Greenwashing*: l'*eco-friendly *al vaglio dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *diritto.it*, 20 aprile 2021 e M. Riedo, Greenwashing*: quando l'*eco-friendly *diventa un problema*, in *iusinitinere*, 5 aprile 2019. Sul fenomeno del *greenwashing* nell'esperienza americana v. J.P. Nehf, *Regulating Green Marketing Claims in the United States*, in A. Do Amaral Jr, L. De Almeida, L. Klein Vieira (a cura di), *Sustainable Consumption: The Right to a Healthy Environment*, Cham, 2020, 189 ss.



camente inteso come «insabbiare», «nascondere qualcosa»), ci si riferisce ad un'operazione di *marketing* e comunicazione realizzata mediante l'utilizzo di *claims* ambientali, volta ad indurre il consumatore a credere di trovarsi dinnanzi ad un'impresa che sia molto attenta al rispetto dell'ambiente quando, al contrario, la decantata immagine «verde» non trova effettivo riscontro nelle pratiche commerciali e nella reale attività imprenditoriale [30]. Si tratta di una strategia aziendale che si avvale della sostenibilità ambientale come strumento di *marketing* fuorviante [31], in quanto idonea ad ingenerare nel consumatore una falsa percezione delle politiche aziendali mediante un'appropriazione illegittima di pregi ambientali inesistenti o non attendibili, né verificabili, poiché non supportati da riscontri scientifici o da un'adeguata metodologia di verifica [32]. L'obiettivo è la valorizzazione della reputazione ambientale dell'impresa al fine di catturare l'attenzione dei consumatori sempre più attenti alla sostenibilità [33] e, di conseguenza, ottenere benefici in termini di fatturato mediante un aumento del bacino di clientela.

Il rischio che si cela dietro tale fenomeno, caratterizzato dalla non esatta o chiara corrispondenza tra quanto pubblicizzato e la reale natura del prodotto, è che si generi sfiducia nei confronti di qualsiasi messaggio di sostenibilità, anche quando veritiero, con conseguente pregiudizio per lo sviluppo di un'economia sostenibile e per la credibilità del mercato nel suo complesso: la perdita di fiducia dei consumatori di fronte a questo tipo di comportamento, infatti, può allontanarli del tutto da un approccio eco-sostenibile in fase di acquisto di un prodotto, con pesanti ripercussioni sulle dinamiche di mercato.

Sulla base di tali premesse, è necessario procedere ad un inquadramento giuridico del *greenwashing*, nell'ottica di individuare i profili di responsabilità dei professionisti in caso di utilizzo strumentale di dichiarazioni di sostenibilità mendaci.

Il fenomeno si trova al centro di diverse tutele [34] in quanto la medesima condotta potrebbe integrare in astratto: 1) un illecito autodisciplinare; 2) una pratica commerciale scorretta; nonché, nell'àmbito dei rapporti *b2b*, un atto di concorrenza sleale ai sensi della disciplina codicistica [35] ed una forma di pubblicità ingannevole secondo quanto previsto dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145 [36].

---

[30] Quando le asserzioni ambientali «non sono veritiere o non possono essere verificate, la pratica è di frequente definita "*greenwashing*", ovvero appropriazione indebita di virtù ambientaliste finalizzata alla creazione di un'immagine "verde". Il "*greenwashing*" può riguardare tutte le forme di pratiche commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori concernenti gli attributi ambientali dei prodotti o servizi. A seconda delle circostanze, tale pratica può comprendere tutti i tipi di affermazioni, informazioni, simboli, loghi, elementi grafici e marchi, nonché la loro interazione con i colori, impiegati sull'imballaggio, sull'etichetta, nella pubblicità, su tutti i *media* (compresi i siti *Internet*), da qualsiasi organizzazione che si qualifichi come "professionista" e ponga in essere pratiche commerciali nei confronti dei consumatori»: così si esprime la Commissione Europea al § 5.1 degli *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, cit.

[31] In merito al rapporto tra tecniche di *marketing* e pratiche commerciali scorrette, v. E. BACCIARDI, *Tecniche di* marketing *e condizionamento del consumatore: dal* dolus bonus *alle pratiche commerciali «generalmente ammesse»*, in *Persona e mercato*, 4, 2021, 799 ss.

[32] V. FURLANETTO, *L'industria della carità*, Milano, 2018, 156 definisce la pratica di *greenwashing* «una forma di appropriazione indebita di virtù e di qualità ecosensibili per conquistare il favore dei consumatori o, peggio, per far dimenticare la propria cattiva reputazione di azienda le cui attività compromettono l'ambiente».

[33] E. SIMIONATO, *Alcantara-Miko: è condanna al* Greenwashing, in *www.iusinitinere.it*, 23 dicembre 2021, parla di «ambientalismo di facciata» volto a sfruttare la sensibilità dei consumatori per le tematiche *green*.

[34] Cfr. S. DAVINI, S. CONTI, C. ORLANDI, F. CHRISAM, *"*Eco-mark *Era", "*Green-washing*" e pubblicità ingannevole*, in *www.dirittobancario.it*, 3 agosto 2021.

[35] Le asserzioni ambientali che non siano supportate da strategie imprenditoriali orientate alla sostenibilità sono suscettibili di ledere le imprese concorrenti falsando il gioco della concorrenza sul mercato: l'azienda che pone in essere una tale pratica, infatti, tenta di incrementare la propria quota di mercato sfruttando gratuitamente il generale *favor* esistente per i prodotti sostenibili che altre aziende hanno contribuito a costruire sopportandone i relativi costi. Una tale condotta, pertanto, potrebbe qualificarsi anche come atto di concorrenza sleale *ex* art. 2598 cod. civ., n. 3, nella misura in cui vi siano gli elementi per stabilire che la pratica posta in essere



3. – Fino al 2014 non esisteva nel nostro ordinamento giuridico alcun riferimento normativo specifico al *greenwashing*: è all'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (di séguito I.A.P.)[37], che da oltre cinquanta anni persegue l'obiettivo di una comunicazione commerciale «onesta, veritiera e corretta»[38] a vantaggio tanto dei consumatori[39] quanto della leale concorrenza tra le imprese, che si deve l'introduzione di una disposizione *ad hoc*.

Al fine di fronteggiare la rapida espansione del fenomeno e rispondere alla crescente esigenza di controllo dei *green claims*, con la pubblicazione della 58ª edizione del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale[40], lo I.A.P. ha introdotto l'art. 12 rubricato «Tutela dell'ambiente naturale»[41] – immodificato nelle successive versioni della codificazione –, che disciplina espressamente la fattispecie di abuso di dichiarazioni commerciali contenenti rivendicazioni ambientali[42].

---

costituisca un mezzo non conforme ai princípi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare i *competitor* che, alternativamente, o non optano per politiche «*green*» accettando la perdita di importanti quote di mercato o, al contrario, perseguono realmente obiettivi di sostenibilità ambientale, facendosi carico dei maggiori costi e rischi. In merito alla rilevanza delle pratiche di *greenwashing* nell'àmbito dei rapporti tra professionisti v. E. BELLISARIO, *Certificazioni di qualità e responsabilità civile*, Milano, 2011, 168 ss.; F. BERTELLI, *I* green claims *tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, cit., 302 ss.

In giurisprudenza, è il Tribunale di Gorizia ad aver emesso la prima pronuncia in materia di *greenwashing*, il 25 novembre dello scorso anno (v. Trib. Gorizia, 25 novembre 2021, in *www.leggiditalia.it*). Il Giudice ha accolto con ordinanza cautelare il ricorso d'urgenza presentato, *ex* art. 700 c.p.c., dalla società tessile Alcantara S.p.A. nei confronti dell'impresa concorrente Miko S.r.L. – accusata di concorrenza sleale per aver pubblicizzato il prodotto tessile «Dinamica» mediante *claims* ambientali ingannevoli come «La prima microfibra sostenibile e riciclabile», «100% riciclabile», «Amica dell'ambiente», «Microfibra ecologica» – ed ha inibito con effetto immediato la diffusione dei messaggi pubblicitari oggetto di denuncia, nonché «ogni informazione non verificabile sul contenuto di materiale riciclato nel prodotto Dinamica, sia nella versione in italiano che in inglese, in qualsiasi forma ed in qualsiasi contesto e sito, a mezzo *internet* su qualunque sito e *social media*, reti televisive, quotidiani e stampa, riviste, messaggi promozionali televisivi, volantini e in ogni caso veicolati con qualsiasi canale di comunicazione, *online* e *offline*», nonché disposto «l'immediata rimozione da ogni possibile contesto dei predetti messaggi pubblicitari» e la pubblicazione della decisione sull'*home page* del sito *internet* dell'impresa. Per un primo commento del provvedimento, v. E. SIMIONATO, *Alcantara-Miko: è condanna al* Greenwashing, cit. e V. MAGLIONE, Greenwashing*,* alt *del giudice alla pubblicità ingannevole*, in *www.ilsole24ore.com*, 31 dicembre 2021.

[36] Cfr. E. BELLISARIO, *o.u.c.*, 168 ss. che, in caso di asserzioni ambientali non veritiere, riconosce all'impresa concorrente tanto la possibilità di agire in via inibitoria dinnanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, quanto in via ordinaria, *ex* art. 2598 c.c., al fine di conseguire il risarcimento del danno subito e F. BERTELLI, *I* green claims *tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, cit., 304 ss.

[37] L'I.A.P. ha dato vita al Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale (la cui prima edizione risale al 12 maggio 1966), che persegue lo scopo di «assicurare che la comunicazione commerciale, nello svolgimento del suo ruolo particolarmente utile nel processo economico, venga realizzata come servizio per il pubblico, con speciale riguardo alla sua influenza sul consumatore». La versione attualmente in vigore dal 9 febbraio 2021 è la 68ª, consultabile in *www.iap.it*.

[38] Cfr. art. 1, codice I.A.P.

[39] V. GUGGINO, *La dimensione europea dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *CRIO Papers*, n. 29, 2015, 7, consultabile in *www.lex.unict.it*., rileva che «Fino all'attribuzione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di poteri in tema di pubblicità ingannevole (1992), l'Autodisciplina pubblicitaria ha sempre svolto un ruolo di pressoché assoluta centralità nel controllo della pubblicità, e si può senz'altro affermare che, anche sotto il profilo consumeristico, gli interessi dei consumatori ad una pubblicità corretta hanno ricevuto protezione nella misura in cui l'Autodisciplina ha dato loro rilievo e tutela. Infatti, accanto alle capacità del sistema autodisciplinare di porsi ed operare ai fini del buon funzionamento del mercato, si è andata sviluppando nel contempo una vocazione a farsi carico della tutela del consumatore-cittadino, cioè il destinatario dei messaggi pubblicitari».

[40] In vigore dal 27 marzo 2014, consultabile in *www.iap.it*.

[41] In proposito, C. ALVISI, F. COSTA, M.C. REALE, *La tutela del consumatore*, in C. ALVISI, M. BARBUTO (a cura di) *Autodisciplina Pubblicitaria. La* soft law *della pubblicità italiana*, Torino, 2020, 195 ss.

[42] L'introduzione dell'art. 12 nel codice di autodisciplina pubblicitaria conferma la funzione di prevenzione svolta dall'I.A.P., che ha emendato il proprio Codice al fine di incentivare l'adozione spontanea di *best practice* in tema di dichiarazioni ambientali a carattere pubblicitario: cfr. S. DAVINI, S. CONTI, C. ORLANDI, F. CHRISAM, *"*Eco-mark *Era", "*Green-washing*" e pubblicità ingannevole*, cit.



La nuova norma, partendo dal presupposto che i pregi ambientali di un prodotto incidano in maniera decisiva sulle scelte di acquisto dei consumatori, impone *standard* precisi di correttezza al fine di evitare che gli *slogan* ecologici, sempre più diffusi nella pratica del mercato, divengano asserzioni di uso comune inidonee a contraddistinguere e diversificare i prodotti [43]. Si richiede, infatti, che i benefici di carattere ambientale pubblicizzati debbano «basarsi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili» e che la comunicazione debba «consentire di comprendere chiaramente a quale aspetto del prodotto o dell'attività pubblicizzata i benefici vantati si riferiscono».

La disposizione codifica le numerose indicazioni provenienti dalla giurisprudenza autodisciplinare in merito al come utilizzare i *green claims* senza rischiare di incorrere nel *greenwashing*.

Dalle decisioni del Giurì e del Comitato di controllo [44], infatti, è possibile ricavare alcune interessanti linee guida di comportamento: se da un lato, non si esclude che la comunicazione pubblicitaria possa promuovere un'immagine *green* dell'azienda facendo riferimento, in maniera più o meno esplicita, alla relazione tra l'utilizzo del prodotto reclamizzato e la tutela dell'ambiente, dall'altro, è necessario che le asserzioni ambientali utilizzate siano veritiere [45], chiare, accurate, non generiche [46], nonché basate su dati scientifici che siano presentati in modo comprensibile. Ne consegue che sono vietate tanto le comunicazioni oggettivamente ingannevoli, ovvero riportanti informazioni tecnicamente errate, quanto quelle soggettivamente decettive che, se pur formalmente corrette, sono presentate in modo tale da alterare la percezione e la condotta economica del consumatore medio [47].

---

[43] Cfr. G. GREGORI, C. PASTURENZI, *I* green claim *e la deriva del* greenwashing*: gli orientamenti delle Autorità competenti per contrastare il fenomeno*, in *Rass. dir. farmaceutico e della salute*, cit., 240.

[44] Per l'analisi di alcune pronunce del Giurí e del Comitato di controllo in tema di *green claims* v. G. GREGORI, C. PASTURENZI, *o.u.c.*, 241 ss.

[45] V., *ex multis*, Giurì, pronuncia n. 69 del 28 ottobre 2016, consultabile in *www.iap.it*: con riferimento ad alcune comunicazioni commerciali relative ai pannolini «*Nappynat*», che riportavano una serie di indicazioni sulle qualità ecologiche degli stessi – reclamizzati come «100% naturali», «prodotti con materie prime di origine vegetale», «biodegradabili», «compostabili» – smentite dalle stesse informazioni riportate, seppure a caratteri di ridotte dimensioni, sulla confezione del prodotto, il Giurì ne ha riconosciuto la natura ingannevole ed ordinato la cessazione per violazione dell'art. 12 del codice di autodisciplina pubblicitaria, per l'evocazione di vantaggi ambientali che deriverebbero dall'uso del prodotto non rispondenti al vero; Giurì, pronuncia n. 39 dell'11 maggio 2018, *ivi*: il Giurì ha ritenuto ingannevoli, e ne ha ordinato la cessazione, alcune comunicazioni commerciali relative alla linea di prodotti di pulizia «*Chanteclair Vert*», diffuse utilizzando il *claim* «Completamente biodegradabili», accompagnato da immagini e affermazioni atte a suggerire l'idea di una perfetta compatibilità dei prodotti con la protezione dell'ambiente naturale, in quanto suscettibili di ingenerare la convinzione, errata, che i prodotti in questione fossero «integralmente», al «100%» biodegradabili, informazione smentita, tra l'altro, tanto dalle specificazioni contenute nelle confezioni dei prodotti, quanto dalle informazioni reperibili nel sito della stessa azienda; Comitato di controllo, ingiunzione n. 9 del 24 febbraio 2021 che ha ritenuto una comunicazione commerciale relativa ad un servizio di fornitura di luce e gas manifestamente contraria all'art. 12 del codice di autodisciplina pubblicitaria, in quanto i *claims* «gas a zero emissioni» e «luce e gas a impatto nullo» utilizzati inducono «l'erroneo convincimento che la combustione del gas al domicilio non produca emissioni e che l'azienda in questione abbia messo in funzione comportamenti virtuosi capaci già di garantire in assoluto i perentori risultati vantati, laddove invece un'attività produttiva senza alcun impatto sull'ambiente non è di fatto concretizzabile, se non in termini di compensazione».

[46] Cfr. Comitato di controllo, ingiunzione n. 50 del 2 dicembre 2021, che con riferimento all'utilizzo di *claims* come «naturale», «vegan», «sostenibile» per pubblicizzare un prodotto di cosmesi ha ritenuto che «l'affermazione "sostenibile" non risulta in linea con quanto richiesto all'art. 12 del Codice, poiché il messaggio non permette in alcun modo di comprendere con chiarezza per quale aspetto del prodotto o dell'attività pubblicizzata si ottenga il beneficio ambientale vantato in termini perentori, il quale resta quindi del tutto generico, e come tale non ammissibile»; Comitato di controllo, ingiunzione n. 46 del 12 novembre 2020; Comitato di controllo, ingiunzione n. 44 del 22 ottobre 2021, tutte consultabili in *www.iap.it*.

[47] In proposito, v. Trib. Gorizia, 25 novembre 2021, cit., il quale, reputando che un elemento essenziale per valutare la natura di un messaggio pubblicitario sia «l'effetto aggancio sul consumatore», ritiene che costituisca pubblicità ingannevole ogni «messaggio promozionale idoneo ad alterare apprezzabilmente le decisioni commerciali del consumatore a cui è rivolto, facendogli assumere un comportamento che, altrimenti, non avrebbe tenuto, o avrebbe assunto con contorni diversi», specificando che «in una comunicazio-



4. – In linea di continuità con gli orientamenti emersi nell'àmbito della giurisprudenza autodisciplinare, si pongono le pronunce dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di séguito A.G.C.M.), che consentono di inquadrare il fenomeno del *greenwashing* nel *genus* delle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 20 ss. del codice del consumo [48], quale pratica ingannevole [49] soggetta appunto all'esercizio dei poteri investigativi, inibitori e sanzionatori dell'*Antitrust* [50].

Sebbene l'A.G.C.M. non abbia espressamente adoperato il neologismo *greenwashing*, ciò che viene censurato nei diversi provvedimenti è l'utilizzo mistificatorio di *claims* ambientali da parte di aziende che si autoproclamano «amiche dell'ambiente» e qualificano i propri prodotti come ecocompatibili attraverso l'utilizzo di informazioni enfatizzate, confusionarie e non veritiere idonee, in ragione della loro ambiguità, ad indurre il consumatore medio in errore [51], alterandone la capacità di scelta [52].

L'*Antitrust*, considerato che i *green claims* «descrivono o evocano una qualità che vale a distinguere il

---

ne composta da più messaggi, l'interesse dell'operatore potrebbe essere quello di porre in particolare rilievo posizionale o grafico solo uno di essi, quello più positivo ed accattivante, così da catturare l'attenzione del consumatore, "al primo contatto". Il consumatore a quel punto, affascinato dal concetto veicolato, potrebbe decidere di acquistare immediatamente il prodotto/servizio, disinteressandosi degli altri messaggi che gli avrebbero consentito di formarsi una rappresentazione completa della realtà».

[48] In senso conforme, M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, cit., 5 e F. BERTELLI, *I* green claims *tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, cit., 297, il quale rileva che «La disciplina delle pratiche commerciali, del resto, mira a tutelare il mercato preservando l'integrità delle decisioni negoziali del consumatore e ciò dà conto dell'esigenza di sanzionare la mancata corrispondenza tra ciò che è concretamente riscontrabile e ciò che è dichiarato dal professionista, avuto riguardo alle false supposizioni generate dalle informazioni divulgate e ai condizionamenti indiretti da esse prodotti sulle scelte di chi acquista».

[49] Dinnanzi a dichiarazioni di sostenibilità ambientale realizzate mediante l'impiego di *green claims* nell'àmbito di campagne pubblicitarie, «la ragionevole decodifica operata dai consumatori è di trovarsi di fronte ad un produttore (...) che fa della tutela dell'ambiente uno dei suoi principali obiettivi, e verso la quale, nella consapevolezza di una particolare responsabilità sociale, è orientata la propria strategia produttiva». Tali asserzioni, pertanto, «sono suscettibili di indurre in errore i consumatori, ai sensi dell'articolo 21, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo, con riferimento alla vocazione ambientale e alla responsabilità sociale rivendicata dal produttore»: cosí A.G.C.M., 4 agosto 2016, n. 26137, consultabile in *www.agcm.it*.

[50] Cfr. G. GREGORI, C. PASTURENZI, *I* green claim *e la deriva del* greenwashing*: gli orientamenti delle Autorità competenti per contrastare il fenomeno*, cit., 239 ss. e C. CELLUPICA, Greenwashing*: l'*eco-friendly *al vaglio dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.

[51] Cfr. A.G.C.M., 4 agosto 2016, n. 26137, in *www.agcm.it*. Nel caso di specie, l'Autorità ha comminato alle società *Volkswagen Group* Italia S.p.A. e *Volkswagen* AG, coinvolte nel noto caso «*Diesel gate*», una sanzione amministrativa pecuniaria di 5 milioni di euro per aver utilizzato in vari cataloghi informativi diffusi su *internet* tramite i siti dei singoli marchi, nonché tramite la rete dei concessionari e rivenditori, specifici *green claims* che, attribuendo al produttore una particolare sensibilità ambientale o una specifica attenzione al livello delle emissioni inquinanti delle proprie autovetture, alla luce di quanto emerso nel corso del procedimento (ovvero l'installazione negli autoveicoli *diesel* di un impianto di manipolazione in grado di ridurre in maniera illecita in fase di *test* il livello delle emissioni rilevate), sono suscettibili di indurre in errore i consumatori, con riferimento tanto alla vocazione ambientale e alla responsabilità sociale rivendicata dal produttore, quanto alle rivendicazioni del rispetto delle normative vigenti in materia. In proposito, I. GARACI, *Il* dieselgate*. Riflessioni sul* private *e* public enforcement *nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. industriale*, 2018, 61 ss.

[52] Tra le diverse pronunce, v. A.G.C.M., 11 gennaio 2006, n. 15104, in *www.agcm.it*. L'*Antitrust* ha ritenuto che il messaggio pubblicitario relativo ai sacchetti per la spesa Coop descritti come «100% biodegradabili» costituisse una fattispecie di pubblicità ingannevole (con divieto di ulteriore diffusione del messaggio ed irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria), in quanto l'utilizzo dell'espressione «100% degradabile» richiama nell'immaginario collettivo il concetto di biodegradabilità non rispondente, sulla base degli studi scientifici effettuati, alle effettive caratteristiche del prodotto, con il rischio di orientare indebitamente le scelte del consumatore medio inducendolo a ritenere che i sacchetti siano di per sé perfettamente compatibili con la natura e che il marchio associato agli stessi sia un marchio che garantisca la tutela dell'ambiente. V., anche, A.G.C.M., 3 luglio 2013, n. 24438, e A.G.C.M., 15 dicembre 2016, n. 26298, *ivi*, relativi alla diffusione di messaggi pubblicitari incentrati sulla sostenibilità ambientale della linea di pannolini per l'infanzia «Naturaè» e «*Nappynat*», volti ad accreditare il prodotto come avente particolari caratteristiche di ecocompatibilità nella realtà non scientificamente provate e, quindi, ingannevoli in quanto idonei ad indurre il consumatore a ritenere esistenti, contrariamente al vero, delle caratteristiche di completa sostenibilità ambientale dei prodotti reclamizzati.



prodotto offerto sotto un profilo che viene valutato positivamente dai consumatori», rileva che sussista a carico delle imprese, che intendano avvalersi di tali vanti ambientali nelle proprie attività di *marketing*, un «onere informativo minimo imprescindibile (…) di presentarli in modo chiaro, veritiero, accurato, non ambiguo né ingannevole. Tale onere comporta (…) l'esigenza che il *claim* ambientale sia attendibile e verificabile, e non utilizzato in modo generico, privo cioè di precisi riscontri scientifici e documentali» [53].

In particolare, si ritiene indispensabile che all'utilizzo di asserzioni ambientali generiche – come «*ecofriendly*», «*green*», «aiuta a proteggere l'ambiente», etc. – si vengano ad affiancare *claims* di supporto che consentano di percepire con chiarezza quale sia l'effettivo impatto ambientale del prodotto pubblicizzato, al fine di evitare un effetto confusorio nel consumatore circa le sue caratteristiche essenziali e la sua portata ecologica [54]. Di conseguenza, l'uso di *claims* ambientali potrà ritenersi corretto soltanto qualora siano in grado di veicolare informazioni adeguatamente documentate, scientificamente verificabili e circoscritte a specifici aspetti e caratteristiche verificabili in chiave comparativa rispetto a prodotti omogenei.

In tale ottica, l'A.G.C.M. ha irrogato una sanzione di 5 milioni di euro – corrispondente al massimo edittale – alla società Eni S.p.A [55] per la diffusione di messaggi pubblicitari ingannevoli utilizzati nella campagna pubblicitaria del prodotto Eni *diesel*+, esaltato come *diesel* bio, *green* e rinnovabile [56]. L'Autorità, osservando che il consumatore medio, destinatario delle comunicazioni pubblicitarie nelle quali si esaltano i pregi ambientali di un prodotto, tenda ad associare ai termini «*green*» e «rinnovabile» una valenza positiva assoluta, ha ritenuto che i *claims* utilizzati fossero connotati da vaghezza, genericità e da imprecisioni tali da non rendere veritiera l'asserzione ambientale della società [57], tanto in relazione all'affermazione del positivo impatto ambientale legato al suo utilizzo, quanto alle asserite qualità di tale carburante in termini di riduzioni delle emissioni gassose, caratteristiche non risultate confermate nel corso dell'istruttoria e, di conseguenza, non attendibili.

Ciò che in definitiva è possibile ricavare dagli orientamenti dell'A.G.C.M. è l'importanza del ruolo che compete all'informazione rivolta al consumatore [58], che dovrà essere oggettivamente vera, accurata [59], com-

---

[53] Cosí A.G.C.M., 10 dicembre 2009, n. 20559, consultabile in *www.agcm.it.* Nel caso di specie l'*Antitrust* ha ritenuto ingannevoli i messaggi pubblicitari diffusi dalla società Acqua Minerale San Benedetto S.p.A. volti a promuovere le caratteristiche *eco-friendly* delle bottiglie in plastica vegetale in quanto privi «di qualsiasi evidenza documentale attendibile idonea a renderl[i] verificabili». V., anche, A.G.C.M., 8 febbraio 2012, n. 23278 e A.G.C.M., 14 novembre 2012, n. 24046, *ivi*.

[54] Cfr. A.G.C.M., 20 dicembre 2019, n. 28060, consultabile in *www.agcm.it*.

[55] V. A.G.C.M., 20 dicembre 2019, n. 28060, cit.

[56] Il provvedimento è stato recentemente confermato dal Tar Lazio, 8 novembre 2021, n. 11419, in *www.leggiditalia.it*. A parere dei giudici, infatti, «risulta immune dai vizi sollevati dalla società ricorrente l'affermazione dell'A.G.C.M. secondo cui, in assenza di "*claim* di supporto", non è consentito nella comunicazione pubblicitaria considerare "*green*" un gasolio per autotrazione, ovvero un carburante che per sua natura è un prodotto altamente inquinante, né dichiarare che attraverso il suo utilizzo è possibile prendersi cura dell'ambiente». Il Collegio ha respinto il ricorso promosso da Eni S.p.A., avallando la tesi dell'Autorità secondo la quale nei messaggi pubblicitari diffusi il termine «*green*» fosse idoneo a generare una elevata confusione nei confronti dei consumatori, in quanto all'uso del carburante pubblicizzato veniva associato un vantaggio ambientale di carattere assoluto e non relativo, incompatibile con l'intrinseca natura inquinante del *diesel*.

[57] «Nel caso di specie va in primo luogo rilevato che nei messaggi pubblicitari diffusi da ENI i vanti pubblicizzati vengono riferiti a volte alla componente HVO denominata "*Green Diesel*" e a volte al prodotto nel suo complesso, in particolare attraverso il logo "*green* eni *diesel*+", inducendo i destinatari a confondere la stessa componente HVO con il prodotto pubblicizzato Eni*Diesel*+ e ad intendere come attribuibili al prodotto nel suo complesso i vanti ascritti a tale sua componente»: così A.G.C.M., 20 dicembre 2019, n. 28060, cit.

[58] L'attenzione in merito alla necessità che la comunicazione *business to consumer* utilizzata dagli operatori economici veicoli informazioni affidabili e idonee a non indurre in inganno i consumatori è particolarmente crescente anche a livello europeo: cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, 25 maggio 2016, cit. La Commissione, dopo aver qualificato le pratiche di *greenwashing* come *species* del più ampio *genus* delle



pleta e verificabile [60] sulla base di dati empirici accessibili, conferendo al messaggio promozionale veridicità e trasparenza.

Ne consegue che se, da un lato, per le imprese sia divenuto indispensabile comunicare il proprio impegno a favore dell'adozione di politiche ecosostenibili, dall'altro, appare altresì fondamentale che tale comunicazione non sia ingannevole, ovvero che trovi effettivo riscontro nelle strategie produttive aziendali. E ciò a beneficio tanto di una scelta corretta e consapevole del consumatore, quanto dell'impresa che, diversamente, rischia di andare incontro non solo al divieto di ulteriore diffusione della comunicazione commerciale, con applicazione di una penale per inottemperanza ed eventuale ordine di pubblicazione della relativa decisione, ma anche a sanzioni economiche di non poco conto.

5. – Una indagine conoscitiva condotta dalla Commissione Ue con il supporto delle Autorità nazionali di tutela dei consumatori [61] ha, tuttavia, confermato l'ampia diffusione delle pratiche sleali di *greenwashing*. Dallo *screening* «a tappeto» effettuato su diversi siti *web* di aziende operanti in vari settori economici (abbigliamento, cosmetici, elettrodomestici), che affermavano di commercializzare prodotti ecologici, nel complesso è emerso che nel 42% dei casi analizzati vi fosse fondato motivo di ritenere che le asserzioni utilizzate fossero esagerate, se non false o ingannevoli e, pertanto, idonee ad integrare una pratica commerciale sleale a norma della relativa direttiva comunitaria [62].

Nonostante tali dati siano poco rassicuranti, bisogna comunque rilevare che, a fronte di una rapida espansione del fenomeno patologico dell'abuso di asserzioni ambientali, l'*enforcement* delle regole avverso tali pratiche è crescente tanto in àmbito nazionale, quanto comunitario [63], a presidio di un principio generale di

---

pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, fornisce alcune indicazioni pratiche da rispettare per evitare che il *green marketing* degeneri in *greenwashing*, ribadendo la necessità che le dichiarazioni ecologiche siano formulate in maniera chiara, specifica, accurata e inequivocabile.

[59] In proposito, A. De Conno, *Consumatori e sviluppo sostenibile: il ruolo chiave dell'informazione*, cit., rileva che «(…) un'informazione adeguata dovrebbe indurre i cittadini, quando assumono la veste di consumatori, a scegliere sul mercato i beni e i servizi più sostenibili, stimolando così con la propria domanda e il proprio "voto col portafoglio" un'offerta sempre maggiore di prodotti e servizi dotati di tali caratteristiche».

[60] Nello stesso senso dispongono le line guida elaborate dalla *Competition and Markets Authority*, Autorità che nel Regno Unito corrisponde all'A.G.C.M. italiana: cfr. Competition and Markets Authority (CMA), *Draft guidance on environmental claims on goods and services. Helping businesses comply with their consumer protection law obligations*, CMA139, 21 maggio 2021, in *www.assets.publishing.service.gov.uk*.

[61] In proposito cfr. il Comunicato stampa *"*Greenwashing*": lo* screening *dei siti* web r*ivela che la metà delle affermazioni ecologiche è priva di fondamento*, consultabile in *www.ec.europa.eu*, 28 gennaio 2021.

[62] Dall'analisi più approfondita di 344 asserzioni ambientali dubbie è, peraltro, emerso che: 1) in oltre la metà dei casi, non erano state fornite ai consumatori informazioni sufficienti per valutare la veridicità dell'affermazione; 2) nel 37 % dei casi, l'affermazione conteneva formulazioni vaghe e generiche, come «cosciente», «rispettoso dell'ambiente», «sostenibile», miranti a suscitare nei consumatori l'impressione, priva di fondamento, di un prodotto senza impatto negativo sull'ambiente; 3) inoltre, nel 59 % dei casi, il professionista non aveva fornito elementi facilmente accessibili a supporto delle sue affermazioni.

[63] In assenza di una normativa europea di armonizzazione del *marketing* «verde», le dichiarazioni ambientali sono in parte disciplinate a livello comunitario da una normativa specifica intesa a regolamentare l'efficacia ambientale di una categoria di prodotti ed a vietare l'uso fuorviante di dichiarazioni o etichette che si riferiscano a quel settore in particolare. Per gli aspetti non disciplinati da regole specifiche, tuttavia, sarà sempre applicabile la direttiva 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali al fine di valutare se le dichiarazioni pro-ambiente siano fuorvianti e lesive per i consumatori. La stessa, infatti, pur non contenendo disposizioni specifiche sulle asserzioni ambientali, si applica a tutte le dichiarazioni rilasciate nel contesto di pratiche commerciali tra professionisti e consumatori, incluse quelle relative all'ambiente, come specificato nel considerando n. 10, ai sensi del quale la direttiva offre «una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti».



verità e trasparenza del messaggio rivolto al consumatore [64]. Tale considerazione trova conferma, da un lato, nel rigido e pervasivo controllo realizzato tanto dall'A.G.C.M. a tutela del diritto dei consumatori a compiere scelte d'acquisto che siano basate su dati trasparenti, chiari e scientificamente verificabili, quanto dall'I.A.P. in sede autodisciplinare quale prima forma di filtro; dall'altro, nelle molteplici iniziative comunitarie aventi l'obiettivo di dotare i consumatori di mezzi adeguati a compiere scelte sostenibili tra cui, in particolare, merita di essere menzionata la recente Proposta di direttiva per rafforzare il ruolo dei consumatori nella transizione verde [65] finalizzata a rafforzarne i diritti mediante l'introduzione di previsioni normative che garantiscano loro maggiori informazioni in merito alla durabilità ed alla riparabilità di determinati prodotti prima della conclusione del contratto per porli al riparo da pratiche sleali che impediscano acquisti sostenibili attraverso l'utilizzo di strumenti di informazione non trasparenti ed inattendibili ed arginando, conseguentemente, tanto il fenomeno del *greenwashing* quanto quello dell'obsolescenza programmata [66].

È innegabile che il terreno su cui si muovono gli operatori economici sia particolarmente insidioso: pertanto, seppure la tutela dell'ambiente sia divenuta una variabile imprescindibile nelle logiche di *business* che, qualora non sia tenuta in debito conto, rischia di compromettere la sopravvivenza delle imprese nel mercato, le stesse dovranno prestare massima cautela nel pubblicizzare i pregi ambientali dei propri prodotti attraverso comunicazioni che, avendo quale parametro di riferimento il consumatore medio, siano accurate, autentiche ed attendibili.

Quanto ai consumatori cui la *green communication* si rivolge, seppure possano contare su un efficace sistema di controlli e tutele [67] affidato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonché beneficiare dei tradizionali rimedi civilistici inibitori e risarcitori a fronte di pratiche scorrette, è necessario che gli stessi svolgano un ruolo attivo nella individuazione di comportamenti potenzialmente illeciti, ponendo massima attenzione, anche attraverso l'ausilio di sistemi di certificazione ed etichettatura [68] idonei a specificare l'im-

---

[64] In proposito, Trib. Gorizia, 25 novembre 2021, cit., ritiene che, a fronte della diffusione del *greenwashing* sia possibile registrare «la convergenza di una pluralità di soggetti regolatori e di normative di riferimento, tutte accomunate dall'obiettivo di garantire il rispetto di un principio generale di verità del messaggio che abbia anche carattere pubblicitario».

[65] Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione [COM(2022) 143 final del 30.03.2022], consultabile in *www.eur-lex.europa.eu*.

[66] In proposito v., *supra*, nt. 18.

[67] *Contra*, F. BERTELLI, *I* green claims *tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, cit., 300. L'a. rileva la sussistenza di limiti di tutela sottesi alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette ritenendo che «Le maggiori criticità che caratterizzano la disciplina consumeristica delle pratiche commerciali sono sottese ai profili rimediali, che rendono difficoltoso sostenere che la regolamentazione settoriale sia da sola capace di rispondere in maniera effettiva alla necessità di tutelare i consumatori da pratiche di *green marketing* non adeguatamente supportate da condotte attuative orientate verso la sostenibilità». Analogamente, I. GARACI, *Il* dieselgate. *Riflessioni sul* private *e* public enforcement *nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 61 ss., ritiene «il sistema rimediale e sanzionatorio predisposto dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, complessivamente inteso, (…) inadeguato sotto il profilo della deterrenza».

[68] Si tratta di sistemi di riconoscimento che, da un lato, rafforzano l'immagine del prodotto e dell'azienda in quanto idonei a fornire informazioni sul rispetto di determinati *standard* ambientali; dall'altro, forniscono al consumatore una guida per orientare le proprie scelte d'acquisto verso prodotti particolarmente virtuosi sul piano della sostenibilità ambientale. Alcune certificazioni di prodotto sono obbligatorie per legge (come il marchio CE per l'unione europea e l'etichetta energetica per gli elettrodomestici); altre sono a carattere volontario (si pensi, ad esempio, al marchio «Ecolabel», unica etichetta volontaria di tipo I riconosciuta dall'UE: in proposito A. REDI, *L'Ecolabel al crocevia tra ambiente e sviluppo*, cit., 135 ss.), ovvero si ottengono a séguito dell'attivazione volontaria da parte dell'impresa produttrice che sollecita un processo di controllo affidato a soggetti terzi e indipendenti volto a verificare il rispetto di determinati parametri individuati dalla normativa ambientale e da quella specifica del settore di appartenenza. Il controllo da parte di un ente terzo accreditato garantisce l'affidabilità dell'informazione agli occhi dei consumatori, che saranno più propensi a utilizzare tali certificazioni come guida per le proprie scelte d'acquisto. Cfr. A. BENEDETTI, *Profili di rilevanza giuridica delle certifi-*



patto ambientale del prodotto, alla effettiva consistenza delle qualità ecologiche cui i messaggi promozionali si riferiscono.

In tale prospettiva, pertanto, è auspicabile che al potenziamento degli strumenti di informazione a tutela dei consumatori [69] si affianchino strategie che, in considerazione del ruolo cruciale che gli stessi ricoprono nelle strategie di sviluppo sostenibile, siano volte a realizzarne un'adeguata educazione necessaria per acquisire effettiva consapevolezza in merito all'impatto delle proprie scelte di consumo in termini di sostenibilità, nonché una maggiore capacità di comprendere le informazioni disponibili sul mercato – di cui non sempre il consumatore ha piena percezione – che incentivi l'acquisto di prodotti realmente dotati delle qualità ecologiche desiderate [70].

cazioni volontarie ambientali, in *Riv. quadr. dir. amb*., 2012, 1-2, 6; ID., *Le certificazioni ambientali*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 207 ss.; R. CADENAZZI, *Le certificazioni ambientali ed il nuovo codice dei contratti*, in *ambientediritto.it*, 1, 2020, 163 ss.; A. DE CONNO, *Consumatori e sviluppo sostenibile: il ruolo chiave dell'informazione*, cit.

[69] Tale obiettivo è perseguito dalle più recenti strategie europee in materia di sviluppo sostenibile, come la strategia «Dal produttore al consumatore» per il settore agro-alimentare (adottata dalla Commissione Europea il 20 maggio 2020, consultabile in *www.eur-lex.europa.eu*. In tema di diritto all'informazione del consumatore di prodotti agroalimentari, v. R. MARSEGLIA, *Il diritto all'informazione del consumatore tra etichette e pubblicità*, in *Comparazione e diritto civile*, 1, 2021, 177 ss.) e la «Nuova agenda dei consumatori» (presentata dalla Commissione Europea il 13 novembre 2020, consultabile in *www.eur-lex.europa.eu*), adottate in séguito all'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile (v. nt. 13) e sulla scia del *Green Deal* europeo (cfr. C. D'ORTA, Green Deal *2030 un progetto per garantire sostenibilità e promuovere un «ambientalismo maturo»*, in *Comparazione e diritto civile*, 1, 2021, 99 ss.), le quali pongono specifica attenzione al ruolo attivo del consumatore nel raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile e prevedono una serie di interventi volti a migliorarne l'accesso alle informazioni, rendendo così più semplice operare scelte d'acquisto sane e sostenibili. In proposito, A. DE CONNO, *Consumatori e sviluppo sostenibile: il ruolo chiave dell'informazione*, cit.

[70] Cfr. A. DE CONNO, *o.u.c.*



FRANCESCO MASTROBERARDINO

Notaio

L'AUSILIO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE, NELLA GESTIONE DEL PATRIMONIO DIGITALE*

SOMMARIO: *1. L'intelligenza artificiale: un nuovo attore, nella scena giuridica moderna? – 2. I dati personali, e gli averi digitali, nella sfera informatica. – 3. L'impiego del contratto, e l'utilizzo delle tecnologie di intelligenza artificiale, nella gestione dei dati personali, e degli averi digitali. – 4. Considerazioni conclusive.*

1. – «Siete proprio necessario voi? Che cosa siete voi? *Una mano che gira la manovella*. Non si potrebbe fare a meno di questa mano? Non potreste esser soppresso, sostituito da qualche meccanismo?» [1]. Già Pirandello, al principio del secolo scorso, si interrogava sulle sòrti dell'operato dell'uomo, e sull'utilità di un suo intervento, al cospetto dell'ausilio offerto dalla tecnologia, forte del suo inesorabile incedere.

Accanto alla letteratura, nel medesimo periodo, anche la dottrina giuridica – la quale, in molte occasioni, veste gli abiti di spettatore, e, a seguire, di attore privilegiato, immediatamente coinvolto nelle evoluzioni della società – si poneva i medesimi quesiti, benché, pare quasi superfluo sottolinearlo, riferibili a situazioni paragonabili, soltanto in minima parte, all'attuale condizione umana, arricchita dalle più recenti evoluzioni della tecnica. A tal proposito, Antonio Cicu, riflettendo su di un tema, tuttora attuale, come quello della stipulazione di contratti, per il tramite di automi, definiva questi ultimi, nella prospettiva giuridica, alla stregua di «ogni meccanismo […] che rende possibile l'esecuzione di una prestazione senza l'intervento diretto dell'opera del prestante» [2].

Certo, le riflessioni del tempo si concentravano, sostanzialmente, sull'impiego della tecnologia, allora intesa quale semplice tecnica meccanica, ovvero uno strumento utile per l'esecuzione materiale di attività dal sapore, e significato, su tutto, pratico, ma capaci di determinare, al contempo, risvolti giuridici, non sempre di mero contorno. Uno strumento che, pertanto, veniva, solitamente, impiegato per la ripetizione di determinate azioni, sulla base di quanto già definito dalla volontà umana. Chi scriveva, al tempo, non poteva certo figurarsi le opportunità, che sarebbero state, poi, concesse dallo sviluppo tecnologico, giunto, oggi, alla definizione di una nuova figura, dai contorni incerti, e dalle possibilità applicative, apparentemente, illimitate: l'intelligenza artificiale.

* This research has financially been supported by the Programme "FIL-Quota Incentivante" of University of Parma and co-sponsored by Fondazione Cariparma.

[1] L. PIRANDELLO, *Quaderni di Serafino Gubbio operatore*, 1916 (rist. Milano, 2021, IV ed.), 12.

[2] Così, A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, in *Filangieri*, 1901, 561.



Non è dato rinvenire, al momento, una legislazione uniforme dedicata al tema dell'intelligenza artificiale, come, del pari, manca una sua definizione univoca [3]. Come, recentemente, osservato dalla Commissione Europea [4], tra il 1955 – anno in cui venne annunciata la Conferenza di Dartmouth [5], tenutasi, poi, l'anno seguente –, e il 2019, sono state proposte più di cinquanta definizioni di intelligenza artificiale. Una produzione scientifica ben in grado di dimostrare l'elusività del concetto al quale si riferisce, e difficilmente riconducibile a un'unica, o, quanto meno, condivisa, definizione. Epperò, un riferimento, per quanto generico, dall'indubbio valore descrittivo, è stato proposto dalla stessa Commissione Europea, a testimonianza dell'interesse che il tema riveste, su tutto, in àmbito comunitario. Secondo la Commissione [6], infatti, con il termine intelligenza artificiale, si suole fare riferimento ai «sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. I sistemi basati sull'IA possono consistere solo in *software* che agiscono nel mondo virtuale (per esempio assistenti vocali, *software* per l'analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale); oppure incorporare l'IA in dispositivi *hardware* (per esempio in *robot* avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell'Internet delle cose)».

A intricare, ulteriormente, la materia, occorre notare come una spessa coltre di incertezza avvolga, altresì, la natura giuridica da riconoscere a codesta figura. Il dubbio principale, che a essa soggiace, consiste nell'eventuale riconoscimento di una sua soggettività [7], tema che fonda la propria indeterminatezza, su tutto, nelle caratteristiche fondamentali, che contraddistinguono le nuove tecnologie, e, in particolar modo, gli strumenti dei quali la stessa intelligenza artificiale si compone, e di cui, di conseguenza, si nutre. Se l'intelli-

---

[3] A tal riguardo, cfr., in particolare, G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. e impresa*, 2020, 713 ss.

[4] Il documento in esame, intitolato «*AI Watch. Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence*», è stato pubblicato, nel 2020, sul sito della Commissione Europea, ed è rinvenibile, nella sua versione inglese, all'indirizzo https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC118163.

[5] Tradizionalmente, il «*Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*», anche conosciuto come Conferenza di Darthmouth, e il documento con il quale questo venne presentato al pubblico, sono considerati gli elementi primi, e fondanti, dei concetti di intelligenza artificiale, quanto meno nella prospettiva della generalità dei consociati.

Si badi, l'intelligenza artificiale moderna affonda, comunque, le proprie radici nel passato, ove è possibile rinvenire, tenendo a mente le dovute distanze, taluni dei suoi antenati. S. STEFANELLI, *Diritto e Intelligenza artificiale. Alcune riflessioni nell'ambito del paradigma argomentativo*, in *Inf. e dir.*, 1999, 8 ss., richiama, a questo proposito, alcuni esempî: la "*zajria*" araba, una macchina "combinatoria", risalente al periodo medievale; la "*machine à calculer*", ideata da Blaise Pascal. A questi esempî, si deve, inoltre, aggiungere la riflessione di Leibniz, il quale, nel *Ratio corporis juris reconcinnandi*, prospettava la possibilità di racchiudere l'intero diritto di una nazione «in un sol foglio», che riportasse le norme generali, e principali, le quali, tra loro combinate, avrebbero permesso di risolvere qualsiasi fattispecie, pel tramite di un meccanismo, in fatto, non diverso da quello impiegato dall'intelligenza artificiale moderna.

[6] «*L'intelligenza artificiale per l'Europa*», pubblicato il 25 aprile 2018.

[7] R. CLARIZIA, *Mercato, persona e intelligenza artificiale: quale futuro?*, in *Jus civile*, 2020, 689, suggerisce, a tal riguardo, e a ragion veduta, prudenza: «l'*intelligenza artificiale* è giunta ormai ad un tale livello di sofisticazione tecnologica da consentire una completa spersonalizzazione del contratto, fino a far ritenere da taluno possibile il riconoscimento del *robot* quale autonomo soggetto di diritto. Io sarei cauto nel fare siffatte affermazioni. Infatti, fino a quando il robot non sarà titolare di un patrimonio autonomo e potrà quindi rispondere ai sensi degli artt. 2740, 1218 e 2043 cod. civ., non sarà possibile riconoscergli una autonoma soggettività giuridica.

Qualunque sia il grado di sofisticazione tecnologica che consentirà al *robot* di elaborare con la propria intelligenza artificiale la dichiarazione di volontà, di contrattare, di perfezionare e di dare esecuzione al contratto, gli effetti si produrranno in capo al soggetto di diritto (persona fisica o ente) titolare di un patrimonio che risponde delle azioni poste in essere dal suo *robot*».

G.P. CIRILLO, *I soggetti giuridici digitali*, in *Contr. e impresa*, 2020, 585, interrogandosi circa la possibilità di riconoscere la qualifica di "persona" agli agenti digitali, non esclude l'applicabilità, a questi ultimi, là dove compatibili, delle norme dettate dall'ordinamento per le persone giuridiche, e per gli enti di fatto, quanto meno nell'attesa della definizione di una legislazione maggiormente adatta a codeste, nuove, figure.



genza artificiale è in grado di manifestarsi quale frutto del lavoro di una pluralità di soggetti, produttori e utilizzatori, al contempo, questa stessa intelligenza artificiale si caratterizza per i molteplici collegamenti tecnologici, che stanno alla sua base, i quali si rivelano, di per sé, incompleti, privi di autonomia, e soggetti a continui, e necessarî, aggiornamenti [8]. Ebbene, la rapida e costante evoluzione, alla quale è soggetta la materia, e la così ricca moltitudine di contenuti, che ne colorano i tratti, impediscono di ricondurre a unità l'eterogeneo insieme contraddistinto dall'intelligenza artificiale, anche se, forse, a tal proposito, sarebbe più opportuno un riferimento, di più ampio respiro, *alle* tecnologie di intelligenza artificiale.

Non è, di sicuro, questa la sede per addentrarsi oltre in simili interrogativi [9]; eppure, è utile tenere a mente come, nelle recenti progressioni della tecnica, la figura in esame si sia contraddistinta per alcune caratteristiche, capaci di riempirne i lineamenti, ma, al contempo, motivo di riflessione giuridica, e, talvolta, occasione di contenzioso nella vita quotidiana [10]. In particolare, il riferimento va a quella capacità di apprendimento, il così detto *machine learning*, di cui può fregiarsi l'attuale tecnologia, ormai in grado di fondare le proprie capacità sulla conoscenza acquisita, a fronte delle esperienze che la stessa è in grado di accumulare in concreto. Una caratteristica, quest'ultima, che si è ulteriormente evoluta, tanto da delineare una vera e propria capacità di *self-learning* [11], consistente nella possibilità di autoapprendimento di cui la macchina risulta, sovente, dotata, e consistente nell'abilità di assumere decisioni autonome, a fronte di un processo di adattamento, sviluppato nel tempo, proprio sulla base della diretta esperienza pregressa [12].

L'intelligenza artificiale, talvolta interlocutore, e, altre volte, mero strumento asservito al soddisfacimento di bisogni umani [13], si intreccia, ora, con i temi legati alla sfera digitale, ché, rispetto alla riflessione offerta da Cicu [14], l'incedere del progresso ha permesso di ampliare le possibilità della tecnica, non più limitate al-

---

[8] V., in tal senso, U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1246 ss., il quale si sofferma, in modo particolare, sugli orientamenti intrapresi dal Legislatore europeo, a fronte degli ultimi, esigui, interventi normativi in materia.

Cfr., altresì, M. ZANICHELLI, *Ecosistemi, opacità, autonomia: le sfide dell'intelligenza artificiale in alcune proposte recenti della Commissione europea*, in *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, a cura di A. D'ALOIA, Milano 2021, 9 ss.

[9] Basti aggiungere, ai presenti fini, come, alla base dell'ausilio offerto dall'intelligenza artificiale, sia possibile distinguere, per certi versi, una contrapposizione di sistemi informatico-giuridici. Da un lato, è possibile appoggiarsi a un modello "normativistico", ove la macchina trova conforto nell'insieme di regole, a questa indicate, e che, se considerate nel loro complesso, sono in grado di formare l'intera sagoma del diritto. Da altro lato, è possibile fare affidamento a un modello "decisionistico", che ricava dall'esperienza, e dai precedenti giurisprudenziali, le soluzioni per il singolo caso concreto (il così detto "*case-based reasoning*", di derivazione statunitense).

Al fine di approfondire tali concetti, v., nuovamente, S. STEFANELLI, *op. cit.*, 10 ss.

[10] Le maggiori questioni, a tal riguardo, ruotano attorno al profilo della responsabilità, specie quella aquiliana, per i danni causati dalle macchine. Non è questo l'oggetto della presente analisi, ma pare, comunque, opportuno rinviare, quanto meno, a: E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 172 ss.; M. COSTANZA, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, 1686 ss.; M. INFANTINO, *La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo continentali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 1762 ss.; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale,* machine learning *e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 1689 ss.; G. FINOCCHIARO, *op. cit.,* 713 ss.; N.F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in *Contr. e impresa*, 2020, 458 ss.; M. GAMBINI, *Responsabilità civile e controlli del trattamento algoritmico*, in *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia. Atti del 14° Convegno Nazionale*, Napoli, 2020, 313 ss.; U. SALANITRO, *op. cit*., 1246 ss.

[11] R. CLARIZIA, *op. cit.,* 714 ss., presta attenzione proprio al tema del *self-learning*, attribuzione di cui sono dotati i *robot* di ultima generazione.

[12] Così, U. SALANITRO, *op. cit.*, 1247.

Cfr., altresì, S. FIDOTTI, *Nuove forme contrattuali nell'era del Blockchain e del Machine learning. Profili di responsabilità*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. ALPA, Pisa, 2020, 335 ss.

[13] A tal riguardo, si veda, oltre, ai §§ 3 e 4.

[14] A. CICU, *op. cit.*, 561 ss.



l'ausilio materiale, prettamente pratico, offerto dalle macchine, nel compimento di determinate attività. Gli strumenti di intelligenza artificiale permettono, infatti, alla tecnologia, autonome interazioni con l'uomo, agevolate dall'impiego della rete *internet* [15], la cui diffusione è, ormai, indubitabile [16]. In un simile contesto, è possibile ricondurre alla sfera digitale anche elementi dal carattere strettamente personale, quali, su tutto, i dati relativi ai profili più intimi della persona, ma anche altri, contraddistinti dai tratti più propriamente patrimoniali; categorie, queste ultime, parimenti capaci di essere attratte nella logica degli scambî negoziali, come presto si avrà modo di approfondire.

Ebbene, è in un àmbito di tal genere che possono essere coinvolte, *ça va sans dire*, le tecnologie di intelligenza artificiale, ormai offerte alla generalità dei consociati, con sempre maggiore frequenza, quale utile ausilio nella gestione degli stessi dati informatici, e degli averi digitali, facenti parte di insiemi, talvolta, in grado di intersecarsi. Un ausilio che si rivela assai utile, specie al fine della conservazione di tali oggetti, e della loro successiva trasmissione, ad altri individui, anche nella prospettiva di carattere successorio *mortis causa*.

2. – Giova, ora, soffermarsi, seppur brevemente, sul vasto ed eterogeneo insieme dei dati personali, per approfondire le commistioni capaci di intrecciarne l'esistenza con il tema delle tecnologie di intelligenza artificiale, e che ne contraddistinguono l'intrinseca natura. Al lume di codesto inquadramento, i dati personali debbono essere considerati nella loro usuale collocazione, e, in particolare, vanno osservati all'interno della realtà informatica, quella stessa realtà in cui essi sono, con sempre maggiore frequenza, coinvolti. In primo luogo, occorre tenere a mente una distinzione di fondo, necessaria per indagare il tema, giacché il concetto di "*privacy*", e la multiforme essenza dei così detti "dati personali", termini il cui utilizzo viene, spesso, e impropriamente, confuso, non possono essere considerati sinonimi [17]. In particolare, la materia, che ruota attorno ai dati personali, e al loro trattamento, si contraddistingue per un'ampiezza, giocoforza, maggiore, rispetto al concetto di riservatezza, o di quello di *privacy*, nonostante gli indubbî punti di contatto, che gli stessi condividono.

Proprio a tal proposito, se, in un primo momento, la considerazione giuridica della *privacy* doveva intendersi limitata al semplice "diritto a essere lasciati soli" ("*right to be alone*"), la riflessione sul tema si è evoluta nel tempo, al punto da arricchirne il significato, suggerendo quello di "autodeterminazione informativa", che pare, ora, più appropriato ad accogliere le molteplici sfaccettature emergenti in tema. In virtù di codesta

[15] Lo sviluppo di *internet*, nato alla stregua di progetto, in parte, militare, e, in parte, accademico, ha contribuito alla genesi di un universo intangibile, parallelo alla realtà fenomenica, e fruibile soltanto con l'ausilio di strumenti meccanici, ma, non per questo, degno di minore considerazione.

Le predette finalità militari della rete, in origine perfezionata a opera di alcuni studiosi statunitensi, consistevano, nella creazione di un sistema di difesa e spionaggio, da impiegare per difendersi dalla minaccia sovietica, durante la Guerra fredda. Per quanto riguarda, invece, i profili accademici, giova rammentare il così detto "*Intergalactic computer network*", sviluppato presso il Massachusetts Institute of Technology (M.I.T.) di Boston, e impiegato, inizialmente, quale piattaforma digitale per la pubblicazione di opere scientifiche. A proposito di entrambi i temi, v., quanto meno: G. ZICCARDI, *Informatica giuridica. Manuale breve*, Milano, 2008, 43 ss.; G. PASCUZZI, *Introduzione*, in *Il diritto dell'era digitale*, a cura di G. PASCUZZI, Bologna, 2016, 25 ss.

[16] M. ORLANDI, voce *Diritto nel mondo virtuale*, in *Enc. Treccani XXI Sec.*, Roma, 2009, 491, propone l'impiego dell'espressione "età telematica", precisando, a tal proposito, come ci troveremmo, per l'appunto, nell'epoca «delle tecnologie informatiche, capaci di conformare il nostro modo di essere e di costruire mondi interamente digitali, che si raggiungono solo attraverso la macchina elaboratrice e sono attingibili *uno tempore* ovunque; mondi privi di luogo fisico (atopici), e così suscettibili di compresenza istantanea».

[17] Così, V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 643 ss.



espressione, si intende fare riferimento al ben più ampio potere, riconosciuto in capo a ciascun individuo, di mantenere il controllo sui proprî dati, e sulle informazioni attinenti alla propria persona. Una considerazione, quest'ultima, che trova origine, su tutto, nella «Direttiva 95/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati» [18], e che, successivamente, ha rinvenuto terreno fertile nella legislazione, non soltanto sovranazionale, ma anche in quella accolta all'interno dei confini dei singoli Stati membri dell'Unione Europea. I settori coinvolti dal trattamento dei dati, pertanto, non possono più essere circoscritti al semplice diritto alla riservatezza, giacché gli argomenti, e i concetti, che gravitano attorno a codesto argomento sono ben più ampî, e si dimostrano in grado di rannodarsi anche a taluni profili patrimoniali, dal significato, spesso, di indubbio rilievo.

Limitandosi a un'analisi tradizionale, e, forse, considerata la complessità raggiunta dal tema, ormai superficiale, la concezione di "dato personale" sembrerebbe limitata a tutti quei dati, per così dire, sensibili, riguardanti alcuni profili dell'individuo, quali, a modo di esempio: l'orientamento religioso, sessuale, politico, filosofico, le informazioni mediche. Tra i varî fattori in giuoco, l'evoluzione delle interazioni *online* ha contribuito ad ampliare la sua considerazione giuridica, specie se si considerino tutte le occasioni in cui i *service provider* [19], nelle contrattazioni in rete, esigono dagli utenti il consenso alla raccolta dei dati di navigazione, al fine di svolgere quelle peculiari operazioni di profilazione, utili per adeguare l'offerta di mercato alle necessità, e alle preferenze, del singolo.

È d'uopo notare come, in casi simili, tutte queste informazioni, anch'esse riconducibili al più vasto insieme dei dati personali, siano, peraltro, suscettibili di valutazione economica, nel momento in cui la loro raccolta viene giustificata, quale strumento necessario al fine del godimento di taluni servizî offerti in rete, apparentemente gratuiti [20], ma che, invero, sottendono un accordo contraddistinto dall'indubbia sinallagmatici-

---

[18] Secondo S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 588 ss., la Dir. 95/46/CE, e la L. 31 dicembre 1996, n. 675 («Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali»), che ne ha determinato il recepimento, all'interno del nostro ordinamento giuridico, «non sono l'effetto di una forzatura del legislatore ma di una sintonia con una evoluzione culturale sempre più marcata, che ha modificato profondamente sia la percezione sociale della *privacy* sia la sua considerazione giuridica. L'originaria nozione, infatti, è venuta mutando finalità e struttura, accentuando il momento della libera scelta individuale, dilatando le frontiere della *privacy* fino a comprendere in essa l'insieme delle regole sulla circolazione delle informazioni personali, rafforzando la rilevanza costituzionale di tale diritto».

[19] Per semplicità, con il termine *service provider*, d'ora innanzi, dovranno intendersi, senza ulteriori distinzioni, tutti i soggetti operanti in rete, luogo virtuale nel quale offrono una moltitudine di servizî, e di beni, al vasto pubblico di utenti, con i quali si relazionano.

Al fine di un maggiore approfondimento di codeste figure, si rinvia a C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei* social networks, Napoli, 2014, 39 ss., la quale propone un'attenta tripartizione, per categorie, dei *service provider*, prendendo spunto dal D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 («Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico»), dedicato al fenomeno del commercio elettronico. Tale testo normativo, e, in particolare, gli artt. 14, 15 e 16, disciplinanti, invero, taluni profili della responsabilità, ascrivibili ai soggetti operanti in rete, offrono la possibilità di distinguere: attività di mero accesso alla rete, e trasporto di informazioni fornite da terzi (*mere conduit*); attività di memorizzazione temporanea (*caching*); attività di memorizzazione di informazioni (*hosting*).

In tema, v., altresì, L. NIVARRA, voce *Responsabilità del provider*, in *Dig. Disc. priv.* – Sez. civ., II, Torino, 2003, 1195 ss.

[20] R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2020, 774 ss., definisce come "*non monetary transactions*" tutti «quegli accordi per effetto dei quali i consumatori beneficiano, apparentemente a titolo gratuito, di servizi digitali in cambio di una concessione pressoché illimitata dell'utilizzo dei loro dati personali, non indispensabile per l'esecuzione della fornitura del servizio digitale».

V. RICCIUTO, *op. cit.*, 646, osserva come, in Europa, si siano, ormai, affermate, «sulla base del modello americano, vere e proprie realtà imprenditoriali che consentono allo stesso soggetto di disporre dei propri dati personali cedendoli a società in cambio di dena-



tà [21]. In questi casi, le informazioni divengono vera e propria ricchezza, impiegata nelle contrattazioni in rete, merce di scambio, all'interno di tale logica, che viene liberamente ceduta, mediante la semplice selezione di un'icona, sullo schermo del *computer*, o di altro strumento elettronico, senza che l'utente si soffermi, con la dovuta attenzione, sul consenso prestato. Eppure, si badi, non manca chi ha ritenuto come gli stessi dati personali debbano essere, ormai, considerati alla stregua di beni, dotati di immediato significato economico, senza la necessità di alcuna mediazione, in quanto oggetto di contrattazione. Uno strumento, pertanto, rappresentante effettiva ricchezza, da spendere all'interno del mercato virtuale della rete [22].

Accanto ai dati personali, pur nell'ampia considerazione, che a essi è, ora, dedicata, si distinguono, lo si anticipava poc'anzi, altre entità, dotate, *prima facie*, di significato patrimoniale, senza la necessità che questo debba essere ricavato dall'appetibilità di un loro scambio, pel tramite di *internet*, al fine dell'ottenimento di beni, o per la fruizione di taluni servizî. È facile, infatti, rinvenire entità digitali, che, singolarmente considerate, possono essere sussunte nella più ampia, e tradizionale, categoria dei beni: averi che risultano, pertanto, riconducibili alla medesima persona, accomunati dalle fattezze informatiche, in quanto aventi origine digitale, oppure generati in forma materiale, successivamente convertiti in *file* e, in tal modo, conservati [23]. A tal proposito, nonostante l'evidente lacunosità di qualsivoglia elencazione, riguardante codesti averi digitali, sembra, comunque, opportuno richiamare: la corrispondenza *e-mail*; alcuni peculiari rapporti contrattuali, che si instaurano per il tramite della rete; il diritto d'autore; il diritto all'immagine; i così detti "beni familiari" [24]. In ogni caso, si tratta di elementi che, vi si è già fatto cenno, sembrano poter essere considerati, *recta via*, alla stregua di beni, anche secondo la valutazione a essi riservata dal Codice civile del 1942, e, in particolare, dall'art. 810 cod. civ., ai sensi del quale, debbono reputarsi beni tutte «le cose che possono formare oggetto di diritti» [25].

---

ro. Ha luogo uno scambio tra il servizio e i dati personali, che costituiscono, di fatto, il corrispettivo per accedere alla controprestazione».

[21] La letteratura dedicata a codesto tema è, ormai, piuttosto ampia: F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano 2018; A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in *Protezione e libera circolazione dei dati personali nel diritto europeo. Il Regolamento generale 2016/679 (e le Direttive 2016/680 e 2016/681 sul trattamento dei dati in ambito penalistico)*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, Torino 2019, 1381 ss.; V. RICCIUTO, *op. cit.*, 642 ss.; R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 760 ss.

[22] V., ancóra, V. RICCIUTO, *op. cit.*, 659, il quale afferma che «il dato personale è un "bene", riconducibile alla previsione dell'art. 810 cod. civ., e come tale – a prescindere dal fatto che non lo si voglia chiamare "bene" o "corrispettivo" per salvare l'apparenza di un'idea esclusiva di tutela della personalità morale – è oggetto di operazioni di scambio».

[23] Sia concesso rinviare, ampiamente, a F. MASTROBERARDINO, *Il patrimonio digitale*, Napoli, 2019, *passim*, ma, in particolare, 119 ss.

Cfr., altresì: V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, 282 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2020, X ed., 18 ss.

[24] La categoria dei beni familiari, invero, e all'apparenza, non accolta dalla struttura del Diritto privato vigente, comprende tutti quegli averi – scritti, fotografie, registrazioni audio, o video –, capaci di fondere la propria essenza con la sfera degli affetti, e dal valore economico, talvolta, esiguo, ma che, di regola, non può, comunque, essere trascurato. In tema, v.: M.D. BEMBO, *Carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. BONILINI, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 779 ss.; R. TUCCILLO, *Le disposizioni aventi ad oggetto carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia*, in *Temi notarili*, dir. da G. BONILINI, vol. I, *Le disposizioni testamentarie*, Torino, 2012, 219 ss.

[25] S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, s. d., ma 1959, 175 ss., distingue, con estrema chiarezza, il bene giuridico "in senso lato", dai beni, che debbono essere letti attraverso le lenti del patrimonio, di cui costituiscono il fondamento: «si è considerato il concetto di *bene* in relazione al concetto di *oggetto*, in duplice accezione e correlativa estensione: come oggetto della tutela giuridica in senso obbiettivo (bene giuridico in senso lato), o come oggetto della tutela giuridica posta a disposizione di un soggetto singolarmente individuabile (bene giuridico in senso stretto). Naturalmente – si è già visto – codeste nozioni hanno una



In sintesi, e partendo da uno sguardo d'insieme, la somma di tutti codesti averi, suscettibili di pressoché immediata valutazione economica [26], pare in grado di definire una nuova figura, dai tratti compositi, e dai confini, invero, assai ampî. Un concetto che si rivela utile, su tutto, per le finalità pratiche, alle quali è asservito, e in grado di radunare tutti codesti beni, entro un'unica, efficace, locuzione: quella di "patrimonio digitale", espressione, evidentemente, di facile intendimento, e dall'indubbio valore descrittivo, ma che fatica a trovare una propria collocazione giuridica certa [27].

Al lume di siffatte osservazioni, pare evidente il livello di commistione raggiunto, tra i dati personali, a partire dalla loro più tradizionale concezione, con l'elemento patrimoniale, utile per emanciparne la considerazione dalle strette maglie dei diritti fondamentali della persona, e capace di coinvolgere gli stessi nei traffici giuridici, e più prettamente economici, della realtà quotidiana. Dati personali, e averi digitali, che si contraddistinguono, nella quotidianità degli accordi conclusi per il tramite della rete, quale prima linfa, e inesauribile nutrimento, per le tecnologie di intelligenza artificiale, spesso chiamate alla gestione di codesti, sconfinati, complessi di informazioni, per conto dei soggetti che ne predispongono l'operato con il pubblico degli utenti, e che necessitano un trattamento peculiare, al lume del significato, strettamente legato ad alcuni dei profili più intimi della persona.

3. – Al cospetto della complessa, e sfaccettata, realtà offerta dalle attuali possibilità della tecnica, è facile notare come i novelli strumenti di intelligenza artificiale si trovino, giocoforza, coinvolti nella custodia di una sconfinata moltitudine di informazioni, e dati, in forma digitale. Solitamente, in relazione a tale attività

---

base reale, sia sotto il profilo economico, sia con riferimento al sistema di diritto positivo. Ma la più diretta valorizzazione di tale fondamento, nel suo duplice aspetto, conduce a delineare una più ristretta nozione di "bene", che si riflette persino nel linguaggio e nel suo uso tradizionale, ed ha attinenza a quella complessa e importante massa di fenomeni e di rapporti che gravita e si intreccia attorno al concetto economico e giuridico del patrimonio e della potenzialità patrimoniale, con riflessi in lato senso sociali».

V., inoltre: M. COSTANTINO, *I beni in generale. Beni immobili e beni mobili*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. RESCIGNO, vol. VII, *Proprietà*, Torino, 2005, II ed., 64 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Dei beni. Artt. 810-821*, in *Cod. Civ. Comm.*, fond. da P. SCHLESINGER e dir. da F.D. BUSNELLI, Milano, 2006, 39 ss.

[26] Tra le categorie poc'anzi rammentate, una presenta, forse in maniera meno chiara delle altre, gli stessi connotati economici, ai quali si faceva menzione. Si tratta, in particolare, della corrispondenza epistolare, intrattenuta mediante posta elettronica. Eppure, il profilo patrimoniale non è da escludere nemmeno per codesta categoria, giacché è ben possibile fare riferimento alla corrispondenza *e-mail* intrattenuta da un imprenditore, per lo svolgimento della sua attività. Del pari, non si può escludere la successiva dignità di stampa, e pubblicazione, di determinati scambî, anch'essi intervenuti pel tramite di *e-mail*, mezzo assurto, nella società attuale, a strumento principe, per le comunicazioni in forma scritta.

[27] In tema, v.: M. MARTINO, *Le «nuove proprietà»*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. BONILINI, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 355 ss.; D. CORAPI, *Successione. La trasmissione ereditaria delle c.d. "nuove proprietà"*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 379 ss.; M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale": prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 661 ss.; G. RESTA, *La "morte" digitale*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 891 ss.; S. DEPLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in *Internet e diritto civile*, a cura di C. PERLINGIERI, L. RUGGERI, Napoli, 2015, 427 ss.; U. BECHINI, *Disposizione di beni digitali*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, Milano, 2016, 241 ss.; V. BARBA, *op. cit.,* 282 ss.; C. CAMARDI, *L'eredità digitale tra reale e virtuale*, in *Dir. inf.*, 2018,. 65 ss.; G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela postmortale dei dati personali*, in *Contr. e impresa*, 2019, 85 ss.; S. STEFANELLI, *Destinazione* post mortem *dei diritti sui propri dati personali*, in *Media laws*, 2019, 136 ss.; S. DELLE MONACHE, *Successione* mortis causa *e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 460 ss.; I. MASPES, *Successione digitale, trasmissione dell'*account *e condizioni generali di contratto predisposte dagli* internet services providers, in *Contratti*, 2020, 583 ss.

Con riguardo, invece, alle opere monografiche, cfr.: F. CRISTIANI, *Nuove tecnologie e testamento: presente e futuro*, Torino, 2012; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei* social networks, cit.; F. MASTROBERARDINO, *Il patrimonio digitale*, cit.; A. D'ARMINIO MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale*, Pisa, 2020; A. VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni* online*. Note in tema di eredità digitale*, Napoli, 2020.



di gestione, fornisce il proprio ausilio, e indispensabile sostegno, il contratto, capace di mostrarsi quale strumento utile per agevolare l'amministrazione, e la trasmissione, di siffatti elementi informatici, i quali, a loro volta, e di conseguenza, divengono l'oggetto immediato del contratto al quale afferiscono.

Si consideri come, di per sé, la semplice collocazione degli averi digitali, negli spazî informatici offerti in rete, sottenda, necessariamente, un accordo, teso alla custodia dei medesimi beni, alla quale si accompagna una gestione, non di rado, affidata ad algoritmi, quelle complesse combinazioni di istruzioni, che debbono essere applicate per eseguire una determinata operazione, o per la risoluzione di un problema, e che vengono tipicamente impiegate dalle tecnologie di intelligenza artificiale, per il loro stesso funzionamento. Contratti, quelli poc'anzi evocati, di frequente ricorrenza nella prassi, capaci di tingersi di contenuti differenti, e che ben potrebbero essere ricondotti ad alcuni schemi negoziali, già conosciuti all'interno del nostro ordinamento giuridico, pur corretti dalle caratteristiche pattuizioni, generalmente diffuse in rete, secondo i modelli predisposti dai *service provider*.

Un'operazione, quest'ultima, senza dubbio utile a desumere, almeno in parte, la disciplina di legge applicabile alle molteplici fattispecie in grado di presentarsi al giurista, ché, altrimenti, questa sarebbe lasciata alla mercé della sola volontà dei paciscenti [28]. Si pensi, a modo di esempio, alla regolamentazione dedicata ai contratti di locazione (artt. 1571 ss. cod. civ.), deposito (artt. 1766 ss. cod. civ.), comodato (artt. 1803 ss., cod. civ.), al servizio di cassette di sicurezza (artt. 1839 ss. cod. civ.), trame che possono essere richiamate, financo a fronte del semplice impiego degli spazî di memoria in rete (il così detto *cloud*), al fine della conservazione *online* degli averi informatici. Un ausilio normativo, quello appena rammentato, che pare utile per colmare gran parte dei vuoti di disciplina, in grado di manifestarsi al cospetto di rapporti giuridici legati alla sfera informatica, i quali, altrimenti, giova rammentarlo, risulterebbero governati dalla sola fonte pattizia, ovvero una fonte, per quanto utile, non sempre completa, o, quanto meno, adeguata.

Si badi, il riferimento alla disciplina di legge, vigente nell'ordinamento giuridico in cui producono i proprî effetti gli accordi stipulati per il tramite di *internet*, pare alquanto opportuno, specie se si considera che, nei regolamenti contrattuali predisposti dai *service provider*, è frequente (se non addirittura costante) l'inserimento di peculiari clausole, sostanzialmente imposte agli utenti del *web*, e senza possibilità di contrattazione alcuna, mediante le quali le parti optano per l'applicazione della disciplina del luogo, in cui gli stessi *service provider* hanno il loro domicilio legale. Una disciplina che, sovente, e non a caso, si dimostra maggiormente favorevole proprio al predisponente, vale a dire il soggetto dotato della maggiore forza contrattuale, nel relativo rapporto. Non è questa la sede per approfondire *funditus* tali profili, che si combinano con la disciplina di Diritto internazionale privato [29], epperò, è utile rammentare come il rinvio generico, e indiscriminato, a una normativa differente, rispetto a quella del luogo di residenza dell'utente (*rectius*, solitamente, consumatore) ben potrebbe rivelarsi in contrasto con la disciplina interna, la quale impone il contempera-

[28] Si badi, i regolamenti contrattuali, sovente sottoposti all'attenzione degli utenti, sono il frutto di una predisposizione unilaterale, a opera dei *service provider*. Al fine della sua approvazione, non è concessa, infatti, alcuna possibilità di negoziazione, al punto che, al fine di una valida accettazione, il più delle volte, risulta sufficiente la semplice selezione di un'icona, da parte del futuro fruitore, tramite il *mouse* del *computer*. Un'operazione, peraltro, meramente manuale, che viene assimilata all'esplicita manifestazione del consenso, e che, nelle operazioni commerciali più diffuse in rete, naturalmente, non è soggetta ad alcun vincolo di forma.

A tal riguardo, è evidente la differenza di forza contrattuale, di cui dispongono le parti coinvolte in simili eventualità. Di regola, è, infatti, agevole distinguere due soggetti, capaci di un'influenza manifestamente impari: l'utente, nelle vesti di soggetto debole del rapporto, o consumatore finale del bene, e il fornitore del servizio desiderato, quale soggetto forte. Una disparità che si ripercuote, direttamente, sul regolamento contrattuale, sottoposto al vaglio dei privati utilizzatori, e che staglia, su di esso, consistenti ombre, specie se si considerano i casi in cui l'accordo intende disciplinare, tra gli altri, il trattamento dei dati personali dell'utente.

[29] Per un approfondimento, si rinvia a F. MASTROBERARDINO, *Il patrimonio digitale*, cit., 88 ss.



mento con alcuni principî, talvolta inderogabili, a difesa di alcuni diritti, e imprescindibili prerogative, riconosciuti in capo ai consumatori.

Come già anticipato, l'intelligenza artificiale può fornire la propria assistenza, anche nelle attività successive, e consequenziali, alla custodia dei dati informatici, da intendersi nelle vesti, non soltanto di dati personali, ma anche in quelle di veri e proprî beni, suscettibili di immediata valutazione economica, come poc'anzi ricordato [30]. In particolare, la tecnologia può essere, ora, asservita al fine della trasmissione del patrimonio digitale, nella sua accezione più ampia, financo al momento della successione ereditaria dell'utente, al quale sono riconducibili gli averi, di cui questo si compone, nonché alla comunicazione delle sue più intime informazioni, a coloro che, per legge, o d'accordo con le eventuali disposizioni di ultima volontà, ne debbano essere i destinatarî.

Invero, non si tratta di una possibilità di recente introduzione, dal momento che, ormai da alcuni anni, i principali *service provider*, e, in special modo, i gestori di servizî di posta elettronica, e di memorizzazione in rete, offrono simili strumenti, in grado agevolare [31] la devoluzione *mortis causa* di quanto a essi affidato, e utili a evitare l'insorgere di gran parte delle controversie, che, spesso, si sono presentate in simili circostanze [32]. Del pari, anche le piattaforme di *social network* hanno iniziato a offrire i medesimi meccanismi, impiegati, in tali casi, principalmente, per la gestione dei dati personali, nella loro accezione più tradizionale.

Tra i primi strumenti offerti, giova rammentare il così detto "*Google inactive account manager*" (anche comunemente conosciuto, con un'espressione dai contorni assai incisivi, come "*Google death manager*"), mediante il quale, a ciascun utente di *Google*, è concesso definire, preventivamente, il destino dei relativi *account*, per il tempo successivo alla propria morte [33]. Pel tramite del "*Google inactive account manager*", è concessa la facoltà di pianificare, in anticipo, il destino dei proprî averi digitali [34], e dei dati personali, purché, si badi, in combinazione con lo strumento testamentario, o, tutt'al più, d'accordo con le norme disciplinanti la successione legittima (artt. 565 ss. cod. civ.).

---

[30] A tal proposito, v., *supra*, § 2.

[31] Si badi, l'attività in esame rimane di mero ausilio pratico, e, per così dire, di contorno, rispetto all'effettiva devoluzione ereditaria. Quest'ultima, infatti, deve rimanere ancorata all'eventuale volontà testamentaria, oppure, in sua mancanza, alla disciplina dettata per la successione legittima. A tal proposito, v., *infra*, in questo paragrafo.

[32] Il primo, tragico, evento, contraddistintosi per i risvolti giuridici, che ne sono derivati, e significativi per i temi riconducibili al patrimonio digitale, risale alla scomparsa di un militare americano, deceduto in Iraq, nel 2005, nel corso della seconda guerra del Golfo. La famiglia del soldato, desiderosa di approfondire gli ultimi giorni di vita del giovane, ma non disponendo delle credenziali di accesso ai suoi *account* informatici, chiedeva, a *Yahoo!*, il *provider* di posta elettronica utilizzata dal giovane defunto, l'accesso alla sua casella *e-mail*. A fronte del diniego opposto da *Yahoo!*, forte delle condizioni contrattuali accettate dall'utente, alla sottoscrizione dell'accordo tese all'utilizzo del servizio di posta elettronica, la famiglia dell'utente scomparso si rivolgeva alla *Probate Court* competente, nel tentativo di vedere accolte le proprie richieste. A conclusione di un lungo *iter* giudiziale, la Corte, con una decisione di compromesso, per un verso, negava ai familiari l'accesso alla casella di posta elettronica del defunto, e, per altro verso, ordinava al *service provider* di rendere disponibile agli stessi la corrispondenza giacente, eludendo, di fatto, il divieto imposto dai termini di contratto.

V., in tal senso, G. RESTA, *La "morte" digitale*, cit., 897 ss.

Al fine di approfondire altri casi, utili per l'indagine in esame, cfr.: R. MATTERA, *La successione nell'*account *digitale. Il caso tedesco*, nota a BGH, 12 luglio 2018, n. 183/17, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 691 ss.; M. CINQUE, *L'"eredità digitale" alla prova delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 85 ss.; S. DELLE MONACHE, *op. cit.,* 461 ss.; F. MASTROBERARDINO, *L'accesso agli* account *informatici degli utenti defunti: una prima, parziale, tutela*, nota a ord. Trib. di Milano, Sez. I, 10 febbraio 2021, n.95062, in *Fam. e dir.*, 2021, 622 ss.

[33] Strumenti simili sono, ormai, offerti anche da parte di altri soggetti, e, specialmente, dai gestori di *social network*, tra i quali, a modo di esempio, *Facebook*.

[34] La facoltà di scelta è duplice: procedere con la cancellazione di tutti i dati, oppure indicare una, o più persone fidate, alle quali inoltrare le credenziali (*username* e *password*), per l'accesso ai relativi *account* informatici.



In concreto, in forza di codesto strumento, il *service provider* risulta incaricato, alla morte dell'utente, del cómpito di trasmettere le credenziali di accesso all'*account*, oppure, direttamente, il suo intero contenuto, ai soggetti preventivamente individuati dal fruitore del servizio, di modo da agevolare la gestione di tali elementi, al fine dell'attribuzione a eredi, e legatarî, eventualmente in conformità, giova rimarcarlo, con le disposizioni di ultima volontà. L'indicazione, infatti, del destinatario delle *password*, o, direttamente, dei contenuti digitali da queste difesi, non può affatto intendersi quale designazione del destinatario finale di tali beni, ché tale individuazione deve rimanere saldamente riservata al negozio di ultima volontà, o, in sua assenza, agli artt. 565 ss. cod. civ., serbanti le disposizioni dettate per la successione legittima. D'altronde, non parrebbe giustificabile una deviazione dagli usuali sentieri di Diritto ereditario, soltanto al lume della differente natura, per la quale si contraddistinguono gli oggetti in questione, rispetto al contenuto dell'asse ereditario, come tradizionalmente considerato [35]. Una conclusione differente non risulterebbe affatto sorretta dal dato normativo, il quale, piuttosto, sembra parificare, là dove possibile, la materia digitale, e quella tradizionale, come avvenuto, a modo di esempio, e tenendo sempre ferme le dovute accortezze, e distanze, nella considerazione riservata ai documenti informatici, e agli strumenti di firma digitale, nelle varie forme in cui, specie questi ultimi, si manifestano.

Il profilo che riveste il maggior rilievo, ai presenti fini, è rappresentato dalle concrete modalità, per mezzo delle quali l'intelligenza artificiale evince la scomparsa dell'utente, e determina l'attivazione dell'*inactive account manager*, o di altro strumento, a questo assimilabile, tutte le volte in cui manchi la comunicazione della scomparsa dell'utente, testimoniata dalla trasmissione della relativa documentazione (si pensi, a modo di esempio, alla consegna del certificato di morte). In questi casi, il *service provider* è legittimato a desumere la morte dell'utente, in ragione della sua inattività, protrattasi per un determinato periodo di tempo, sulla base di quanto indicato dallo stesso utente, al momento dell'adesione al relativo servizio *online* [36]. È proprio questo uno dei casi, in cui trovano applicazione i peculiari meccanismi, che si reggono sulla rammentata e complessa combinazione di algoritmi, che muovono l'intelligenza artificiale, vale a dire lo strumento principe, al quale fanno affidamento i gestori di servizî in rete, per controllare la sconfinata moltitudine di dati, a questi consegnati, e per gestire ed elaborare i così detti *big data* [37], primo sostentamento delle medesime tecnologie.

---

[35] Invero, una ipotesi peculiare è quella legata ai così detti beni familiari, già rammentati, *supra*, alla nt. 24. Beni, questi ultimi, dotati, di regola, di un esiguo valore patrimoniale, ma che presentano un peculiare pregio, consistente nella capacità di intrecciarsi con la sfera più intima dell'individuo: quella degli affetti. È proprio in ragione di codesta caratteristica che, per la trasmissione *mortis causa* dei beni familiari, non sembrerebbe irragionevole concludere nel senso della loro attribuzione ai parenti più stretti, indipendentemente dalla loro eventuale qualifica di eredi, o legatarî, in forza di una vocazione, che si dovrebbe qualificare come legittima anomala. Si badi, una simile conclusione non può essere, comunque, esente da critiche, dal momento che le successioni legittime anomale richiedono, per il loro verificarsi, un espresso riconoscimento, da parte della legge; circostanza che, al momento, manca, con riguardo ai beni familiari.

In tema di successioni legittime anomale, si veda, limpidamente, G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 248, secondo il quale, per successioni (o vocazioni) legittime anomale, debbono intendersi «le successioni in beni determinati, o in complessi di beni, regolate dalla legge attraverso norme speciali, derogant al principio di unità della successione. […] La deroga al principio di unità della successione è variamente attuata. Essa, invero, può consistere o nell'alterazione degli ordini successorî, attraverso la selezione, dei successibili, basata sulle qualità personali, qual è quella del convivente, oppure qualità professionali, o nel riconoscimento di diritti successorî a soggetti diversi dai successibili indicati dall'art. 565».

Cfr., inoltre: L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1999, VI ed., 241 ss.; C. Cattaneo, *Le vocazioni anomale*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, vol. 5, *Successioni*, t. I, Torino, s. d., ma 1997, II ed., 511 ss.; G. Capozzi, *op. cit.*, t. I, 640 ss.

[36] Per approfondire lo strumento pratico in esame, v. F. Mastroberardino, *Il patrimonio digitale*, cit., 28 ss.

[37] In tale contesto, la riflessione di M. Franzoni, *Lesione dei diritti della persona, tutela della* privacy *e intelligenza artificiale*, in *Jus civile*, 2021, 11, offre spunti di particolare interesse, là dove precisa che «l'impiego dell'intelligenza artificiale pone ulteriori que-



Ebbene, in simili circostanze, e al fine di attivare lo strumento di gestione degli *account* inattivi, l'intelligenza artificiale fonda la propria azione sulla combinazione di alcuni indizî, desumibili da presupposti di fatto, di facile identificazione, ma che presuppongono una elaborazione informatica, da parte degli stessi. In particolare, si può fare riferimento alla cronologia dei siti *internet* consultati, all'ultimo accesso al profilo personale, all'utilizzo delle relative applicazioni su telefono cellulare. È, pertanto, al concomitante verificarsi di tali circostanze, che l'intelligenza artificiale individua il momento in cui fondare la propria attivazione, al fine dello svolgimento di quanto indicato dall'utente, al momento dell'adesione al relativo servizio.

Muovendo da simili presupposti, è possibile soffermarsi sulle strutture giuridiche, utili per giustificare il trattamento dei dati, e la gestione degli averi digitali, da parte della tecnologia informatica impiegata dai *service provider*, fattispecie che sembrano trovare, agevolmente, la propria applicazione negli strumenti di gestione degli *account* inattivi, quale, a modo di esempio, il rammentato "*Google inactive account manager*". Nell'affidamento delle sorti degli averi digitali, e dei dati personali, sembra, infatti, possibile scorgere i contorni di un contratto di mandato, il quale, in questo caso, si presenta nella peculiare accezione di mandato *post mortem exequendum* [38]. Il contratto di mandato (artt. 1703 ss. cod. civ.), giova rammentarlo, si estingue, di regola, alla morte del mandante, in virtù di quanto statuito dall'art. 1722, n. 4, cod. civ., e conformemente al principio, di antica derivazione, secondo il quale «*mandatum morte finitur*». Cionondimeno, secondo l'opinione della più attenta dottrina, al momento, senza dubbio, prevalente, la causa di estinzione, descritta dall'art. 1722, n. 4, cod. civ., non sembrerebbe sorretta da interessi generali, proprî della collettività nel suo complesso, e, di conseguenza, non potrebbe reputarsi espressione di una norma inderogabile [39]. In tal modo,

---

stioni che inevitabilmente impattano, sia con il trattamento dei dati personali, sia con la tutela dei diritti della persona. Alludo al fatto che il vantaggio che concretamente possiamo ottenere dal lavoro degli algoritmi dipende dalla massa di dati che il sistema può processare, così impadronendosene. L'algoritmo è ormai capace di apprendere in autonomia e di restituire un risultato funzionale ad un certo obbiettivo, ma l'attendibilità del risultato dipende dal modo in cui è stato posto in grado di reperire e selezionare i risultati dei dati raccolti, ma soprattutto dalla quantità di dati sui quali può lavorare: maggiore è la quantità di dati processabili, più attendibile è il risultato conseguibile in *output*. […] Per poter funzionare al meglio un algoritmo di *machine learning* deve poter avere accesso al maggior numero possibile di dati, di qualsiasi fonte, formato e caratteristiche tecniche».

[38] È di opinione contraria V. BARBA, *Interessi* post mortem *tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 343, secondo il quale l'indicazione, nei *social network*, del così detto "contatto erede" (espressione ormai ricorrente nella prassi, ma che si rivela, senza dubbio, giuridicamente imprecisa) configurerebbe, non tanto un mandato, con l'individuazione del soggetto incaricato di svolgere una peculiare attività, quanto, piuttosto, un vero e proprio atto di ultima volontà. Epperò, tale conclusione non pare condivisibile in ogni circostanza. Mediante un simile strumento, l'utente non giunge, necessariamente, a quella sistemazione di interessi, per il tempo successivo alla propria morte, tipica degli atti *mortis causa*. Il titolare dell'*account* potrebbe, infatti, avere inteso individuare un soggetto (lo stesso "contatto erede"), al solo fine di agevolare l'esecuzione del proprio testamento, unico strumento in grado di farsi carico dell'attribuzione ereditaria dei relativi contenuti.

[39] È la stessa *littera legis* ad avere stabilito, espressamente, alcune eccezioni al principio «*mandatum morte finitur*». Nel secondo periodo dell'art. 1722, n. 4, cod. civ., è stabilito che il mandato, relativo all'esercizio di un'attività di impresa, non si estingue alla morte di una delle parti, a patto che la medesima attività venga continuata dagli eredi. Con ciò, il Codificatore del 1942 ha insinuato una particolare eccezione alla finitezza del mandato, coerente con quel diffuso intento, desumibile dall'intera architettura civilistica vigente, che si sostanzia nella salvaguardia delle ragioni dell'economia, talvolta tenute in maggiore considerazione, rispetto alla tutela degli interessi dei singoli. Ancóra, l'art. 1723, cpv., cod. civ., nega l'estinzione del contratto di mandato, nel caso in cui il relativo incarico sia stato conferito nell'interesse del mandatario, oppure di terzi. In virtù di tali presupposti, e tenendo saldo a mente il fondamentale principio di autonomia contrattuale, scolpito nell'art. 1322 cod. civ., pare ragionevole ammettere la figura del mandato *post mortem exequendum*, purché, come oltre precisato, circoscritto al compimento di meri atti materiali, o, per meglio dire, privi di valenza patrimoniale.

Per l'approfondimento di codesta figura, v.: L. COVIELLO, *Mandatum post mortem*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, 30 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954 (rist. Napoli, 2010), 124 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, vol. I, *Parte generale*, t. III, *L'eredità. Il legato. Acquisto. Perdita*, Napoli, s. d., ma 1955, 61 ss.; U. CARNEVALI, *Negozio fiduciario e mandato* post mortem, in *Giur. comm.*, 1975, II, 694 ss.; G. BONILINI,



sarebbe possibile giustificare la legittimità di un mandato, nella predetta accezione di mandato *post mortem exequendum*, purché il relativo contenuto si risolva nel compimento di atti materiali, niente affatto sconfinanti in una indebita attribuzione di diritti ereditarî; circostanza, questa, che deve rimanere riservata al negozio testamentario [40]. Una differente previsione si rivelerebbe, infatti, in sicuro contrasto con il divieto di patti successorî, offerto dall'art. 458 cod. civ., principio, quest'ultimo, tendenzialmente invalicabile, all'interno del nostro ordinamento giuridico [41], e, pertanto, sanzionabile con la nullità del relativo contratto.

Lo stesso Legislatore pare avere, recentemente, accettato codesta conclusione, proprio in relazione a temi assai vicini a quelli relativi alla gestione del patrimonio digitale, introducendo, in virtù del D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 101, l'art. 2-*terdecies* del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice in materia di protezione dei dati personali», anche conosciuto come codice della *privacy*) [42]. Il primo comma dell'art. 2-*terdecies* cod. *privacy* dispone, infatti, che «i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento [43] riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione». Una norma, quella racchiusa nella mentovata disposizione, ben in grado di adattarsi alle vicende giuridiche, che si instaurano con l'ausilio dell'intelligenza artificiale, e che fonda la propria portata sulla pretesa legittimità di un contratto di mandato, nella peculiare accezione di *mandatum post mortem exequen-*

Una valida ipotesi di mandato post mortem, in *Contratti*, 2000, 1101 ss.; F.A. MONCALVO, *I negozî «connessi alla morte». Il mandato* post mortem, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. BONILINI, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 225 ss.; N. DI STASO, *Il mandato* post mortem exequendum, in *Fam., pers. e succ.*, 2011, 685 ss.

[40] E così, la rivelazione, a taluni soggetti, delle credenziali di accesso agli *account* del defunto sembra ricadere proprio entro i confini di siffatte attività materiali, richieste al fine di configurare un mandato *post mortem*, dal momento che l'oggetto immediato dell'attribuzione consiste nella sola combinazione di nome utente e *password*, di per sé sprovvista di valore economico. L'oggetto mediato, invece, di tale operazione, ovvero la consegna del contenuto dell'*account* difeso da tali credenziali, deve seguire sorti differenti, estranee al contenuto del mandato, il quale è in grado, in tal modo, di conservare la propria liceità.

[41] La materia è stata, di recente, oggetto di evoluzione, in virtù dell'intervento del Legislatore europeo. A tal riguardo, occorre osservare il Regolamento UE 4 luglio 2012, n. 650, con il quale è stata sostituita la previgente disciplina di Diritto internazionale privato, in tema di successione ereditaria, precedentemente racchiusa negli articoli che vanno dal 46 al 50, della L. 31 maggio 1995, n. 218 («Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato»). In particolare, l'art. 25, Reg. UE n. 650/2012, si è contraddistinto per aver riconosciuto cittadinanza, entro i confini dell'Unione Europea, alla figura del patto successorio, anche se, occorre rammentarlo, con alcuni, peculiari, accorgimenti. Il divieto dei patti successorî, presente in alcuni ordinamenti giuridici, quali il nostro, è stato reputato, da parte del Legislatore europeo, non conforme ad alcuni principî fondamentali, questi ultimi comuni alla generalità degli Stati membri, concludendo per l'ammissibilità della figura del patto successorio, al ricorrere di talune, particolari, circostanze.

Al fine di approfondire il Reg. UE n. 650/2012, v.: T. BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 4, 1116 ss.; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013, 33 ss.; V. BARBA, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, 333 ss.; R. BATTILORO, *Le successioni transfrontaliere ai sensi del Reg. UE n. 650/2012 tra residenza abituale e certificato successorio europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 658 ss.

[42] Lo spunto per l'introduzione dell'art. 2-*terdecies* cod. *privacy*, che ha, per larga parte, superato l'originario disposto dell'abrogato art. 9, terzo comma, del medesimo testo di legge, è stato offerto dal Considerando 27 del Regolamento UE 27 aprile 2016, n. 679, in cui si afferma che «gli stati membri possono prevedere norme riguardanti il trattamento dei dati personali delle persone decedute».

Peraltro, è recente il primo precedente giurisprudenziale, soffermatosi sull'art. 2-*terdecies* cod. *privacy*. A tal proposito, v. ord. Trib. di Milano, Sez. I, 10 febbraio 2021, n.95062, con nota di F. MASTROBERARDINO, *L'accesso agli* account *informatici degli utenti defunti: una prima, parziale, tutela*, cit., 622 ss.

[43] La disposizione rinvia, in tal modo, al «Regolamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)». Ebbene, le disposizioni richiamate dall'art. 2-*terdecies* cod. *privacy* descrivono i diritti: di accesso dell'interessato ai proprî dati personali (art. 15), di rettifica dei dati inesatti (art. 16), di cancellazione dei dati (art. 17), a ottenere limitazioni di trattamento (art. 18), di notifica (art. 19), di portabilità dei dati (art. 20), di opposizione (art. 21), e, infine, di non essere sottoposto a processi decisionali automatizzati (art. 22).



dum. L'introduzione, pertanto, dell'art. 2-*terdecies* cod. *privacy*, pur contraddistinguendosi per una tecnica legislativa modesta, appoggiatasi a strumenti, già diffusi nella prassi, ma dai lineamenti tutt'altro che definiti, si rivela il frutto di una lettura socialmente orientata, e da tempo auspicata, del tema in esame, il quale risulta, tuttora, e per larga parte, retto dalla fonte pattizia, primo ausilio, invero, nel raggiungimento delle necessità dei consociati.

Se, pertanto, è d'uopo concludere per la legittimità dello schema offerto per il contratto di mandato *post mortem*, nelle strette maglie poc'anzi rammentate [44], quest'ultimo, applicato alla gestione dei dati personali, e degli averi digitali, in combinazione con le possibilità offerte dall'intelligenza artificiale, apre a un quesito, di non secondaria importanza: è possibile affermare che, in tutti questi casi, l'obbligazione gravante sul mandatario venga, invero, attribuita alla stessa intelligenza artificiale, prima ancóra che al gestore del servizio *online*, o financo, al destinatario delle credenziali di accesso agli *account*? Certo, da ultimo, l'attività materiale, consistente nella ripartizione delle entità digitali ai successori *mortis causa*, deve essere compiuta da un determinato soggetto, la persona fisica, nella quale l'utente ripone la propria fiducia [45], ma, prima di questa, è necessaria l'opera della macchina, che agisce autonomamente, a partire da semplici indicazioni pratiche, impartite dallo stesso utente, e, a ben pensare, senza la mediazione del *service provider*. Il gestore del servizio, nella sostanza, si mostrerebbe alla stregua di semplice garante dell'operazione, o nelle vesti di soggetto in grado di agevolare la fruizione di siffatti strumenti pratici, ma, comunque, non unica parte del vincolo negoziale, che si instaura pel tramite del rammentato contratto di mandato.

Eppure, considerare lo strumento di intelligenza artificiale quale parte attiva, all'interno dello schema contrattuale asservito allo scopo della gestione, e trasmissione, del patrimonio digitale, implicherebbe, quale presupposto logico, il riconoscimento, proprio in capo all'intelligenza artificiale, della soggettività giuridica, conclusione che, al momento, pare doversi escludere, e con fermezza. Peraltro, e di conseguenza, sarebbe oltremodo complicato, se non impossibile, risolvere i problemi relativi agli eventuali profili di responsabilità, specie extracontrattuale, capaci di insorgere nello svolgimento di tali attività. Infatti, anche accettando, in linea teorica, il riconoscimento della soggettività, in capo all'intelligenza artificiale, quest'ultima, giocoforza sprovvista di un proprio patrimonio, non sarebbe in grado di rispondere di eventuali danni cagionati [46]. Tutt'al più, questi potrebbero essere imputati al programmatore del servizio, o, meglio ancóra, al gestore dello stesso, sempre che sia giuridicamente possibile considerare tali soggetti, quali effettivi responsabili del successivo, e autonomo, operato della macchina.

Si badi, il tema è già stato, almeno in parte, considerato, specie a livello comunitario. A tal proposito, infatti, è d'uopo richiamare la «Proposta di risoluzione del Parlamento Europeo recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica» n. 2015/2103, del 31 maggio 2016, approvata in via definitiva il 16 febbraio 2017, nella quale, tra i principî generali riguardanti lo sviluppo della robotica, e dell'intelligenza artificiale per uso civile, occorre richiamare la lettera f) del n. 58, ove è possibile scorgere l'auspicio alla «istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettroni-

[44] Il cómpito del mandatario, giova rimarcarlo, deve essere circoscritto al compimento di semplici atti materiali, senza sconfinare, in alcun modo, in un'effettiva attribuzione patrimoniale *mortis causa*.

[45] Il soggetto che, in alcuni casi, è indicato come "contatto erede", vale a dire colui, al quale sono destinate le credenziali di accesso agli *account*, o, in alternativa, e direttamente, il loro intero contenuto. A tal proposito, cfr. di nuovo, V. BARBA, *Interessi* post mortem *tra testamento e altri atti di ultima volontà*, cit., 343.

[46] V., di nuovo, R. CLARIZIA, *op. cit.,* 689.



ca dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi»[47]. Eppure, nonostante simili iniziative, da ascrivere, al momento, a prospettive meramente *de iure condendo*, manca, allo stato attuale, una espressa considerazione del problema, quanto meno a livello legislativo. Al contempo, pare difficile negare l'autonomia di azione di cui godono, in fatto, le macchine, nella multiforme realtà odierna, rafforzata dalle abilità, di cui l'uomo è stato capace di dotarle, che ne ha reso evidente l'interazione negli scambî economici, e nei rapporti giuridici.

4. – La scena giuridica attuale, lo si è già notato, è alquanto eterogenea, e, per certi versi, incapace di offrire indicazioni certe all'operatore del diritto, e, in misura per giunta minore, al comune consociato. Peraltro, a quest'ultimo, durante la fase di contrattazione con i fornitori di servizî in rete, spesso, non è riconosciuto alcun potere, se non in sede di successivo, ed eventuale, contenzioso. All'interno di un simile contesto, gli argomenti legati ai temi offerti dal patrimonio digitale, e all'influsso che su di esso esercita l'intelligenza artificiale, specie nel momento della sua gestione, risultano governati, principalmente, dalla volontà delle parti. In codesta materia, le lacune normative sono, tuttora, diffuse, e assai ampie. Il rimedio a simili mancanze, pertanto, e di norma, viene affidato all'elemento negoziale, non di rado lasciato alla più libera contrattazione delle parti[48], più adeguata a far fronte alle esigenze del caso. Una soluzione, quest'ultima, che si dimostra auspicabile, per l'elasticità di cui è dotata, purché la sua applicazione sia improntata al principio di equità, e svincolata dai rapporti di forza, che guidano le parti nelle contrattazioni in rete. Un auspicio, quest'ultimo, desumibile dal fatto che una disciplina di legge, appositamente dedicata a taluni temi, fiorenti attorno alla tecnologia, rischierebbe di divenire, ben presto, obsoleta, esponendosi alla necessità di un inseguimento, senza sosta, del progresso tecnologico.

In un simile àmbito, l'unica possibilità di legislazione, comunque necessaria, quanto meno per la definizione dei confini di azione riservati agli agenti, all'interno di codesti settori, si dovrebbe limitare a una disciplina neutra[49], insuscettibile di variazioni, al cospetto del mutamento della società, e, ancor di più, delle possibilità offerte dalla tecnica, ché, altrimenti, il suo intervento sarebbe utile soltanto per un breve periodo di tempo. Al contempo, questa stessa virtù si mostrerebbe, in qualche modo, carente, considerata la probabile incapacità di pieno adeguamento a ogni situazione, in grado di manifestarsi in fatto, e suscettibile di considerazione giuridica. Eppure, pare questo l'approdo maggiormente auspicabile in codesto àmbito, specie a fronte del groviglio di fonti, su tutto, sovranazionali, che reggono il tema, e che richiamano, a gran voce, fondamenta salde, almeno nel diritto interno degli Stati, a partire dalla comune guida offerta, anche per il nostro ordinamento giuridico, dal Legislatore comunitario.

Una società, in cui i dati personali, e le informazioni relative a ciascun individuo[50] – da intendersi, è

[47] In tema, cfr. G. P. CIRILLO, *op. cit.,* 574.

[48] Una libertà, invero, manovrata dai rapporti di forza, che bilanciano il ruolo degli attori in giuoco. L'autonomia dei singoli utenti è, infatti, spesso, prevaricata dalla forza contrattuale, di cui godono i *service provider*, capaci di offrire al pubblico, sostanzialmente senza possibilità di contrattazione, regolamenti predisposti, e, a questi ultimi, di regola, più sfavorevoli.

[49] G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1670 ss., ricorda che: «nel dibattito internazionale è ormai un principio consolidato quello della neutralità tecnologica, in virtù del quale la norma giuridica deve essere tecnologicamente neutra e dunque non riferirsi ad una particolare tecnologia, affermata in un particolare momento storico. I vantaggi della neutralità tecnologica sono evidenti: il diritto non condiziona il mercato, favorendo questa o quella tecnologia; non condiziona lo sviluppo della tecnica e non deve rincorrerla. L'approccio del diritto, nella neutralità tecnologica, è "funzionale". Non si concentra sul "cosa", ma sul "come"».

[50] I concetti di dato personale, e informazione, non coincidono, nonostante le due categorie presentino alcuni punti di contatto. È,



d'uopo rammentarlo, anche quali veri e proprî elementi patrimoniali, impiegati alla stregua di merce, per il godimento di numerosi servizî offerti in rete [51] –, divengono il centro gravitazionale degli scambî economici, ecco che l'intelligenza artificiale, la quale, su tutto, si nutre proprio di dati e informazioni digitali, assume un ruolo fondamentale. La gestione di questa ingente quantità di dati coinvolge, direttamente, il vasto pubblico degli utenti della rete, e, probabilmente in prima battuta, grazie all'ausilio offerto dal contratto di mandato, financo, lo si è già rammentato, nella sua peculiare accezione di mandato *post mortem exequendum*, come ora riconosciuto dall'art. 2-*terdecies* cod. *privacy*. A partire da questi presupposti, assume centrale importanza la normativa dedicata al trattamento dei dati, custodita, nella nostra architettura giuridica, nel D. Lgs. n. 196/2003, ora influenzato, su tutto, dal così detto G.D.P.R. (Regolamento UE 27 aprile 2016, n. 679, anche conosciuto come «*General Data Protection Regulation*»).

È proprio da una lettura del Reg. UE n. 679/2016, che emerge la centralità, in codesto settore, del trattamento dei dati personali [52], e della titolarità di tale trattamento, da parte dell'intelligenza artificiale, e, in secondo luogo, dei *service provider*, i quali fondano il proprio operato, molto spesso, sul volontario e spontaneo affidamento delle stesse informazioni, in veste digitale, da parte del diretto interessato, ovvero il soggetto, al quale sono riconducibili gli stessi dati. Ebbene, in simili circostanze, ben potremmo domandarci se l'intelligenza artificiale possa, effettivamente, essere considerata il diretto titolare del trattamento dei dati, secondo quanto disposto dall'art. 4, n. 7, Reg. UE n. 679/2016. Codesta disposizione definisce proprio il titolare del trattamento come «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali […]».

La risposta a tale quesito non potrebbe prescindere, ancóra una volta, dal riconoscimento, in capo all'intelligenza artificiale, di quella soggettività giuridica, che, tuttavia, senza il sostegno del dato normativo, non può essere ammessa. L'accoglimento di tale soggettività giuridica esigerebbe, infatti, il presupposto di una evidente *fictio iuris*, paragonabile, almeno nelle linee essenziali, alla soggettività convenzionalmente riconosciuta in capo agli enti di Diritto privato, e necessitante, in egual misura, di un esplicito intervento da parte del Legislatore, quanto meno di quello nazionale [53]. Eppure, manca, al momento, un simile riconoscimento in capo alle tecniche di intelligenza artificiale, nonostante le evidenti attribuzioni (tra le quali, la capacità di *self-learning* [54]), di cui queste, in fatto, sono ora in grado di fregiarsi. Una conclusione che, di conseguenza, impone di escludere la designazione degli strumenti informatici, quali titolari del trattamento dei dati personali degli utenti, da ricondurre in capo ai *service provider*, o anche come semplici responsabili dello stesso trattamento [55].

---

di nuovo, utile richiamare quanto affermato da G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, cit., 1673, secondo la quale: «il dato è la fonte dell'informazione, nel quale questa è contenuta e dal singolo dato o dall'insieme di dati l'informazione può essere estratta o inferita. Ma l'informazione, a rigore, non coincide con il dato stesso. L'informazione è elaborazione del dato».

[51] V., nuovamente, R. SENIGAGLIA, *op. cit.,* 760 ss.

[52] Ai sensi dell'art. 4, n. 2, Reg. UE n. 679/2016, per trattamento deve intendersi «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».

[53] Si veda G. P. CIRILLO, *op. cit.,* 585, il quale, al fine di colmare l'insostenibile lacuna, che contraddistingue codesto tema, suggerisce proprio l'applicazione, anche all'intelligenza artificiale, della disciplina dettata per le persone giuridiche, nonostante l'assenza di un esplicito riconoscimento normativo di tale attribuzione.

[54] V., *supra*, § 1.

[55] Anche in questo caso, è l'art. 4, Reg. UE n. 679/2016, e, in particolare, il n. 8, a fornire una definizione di responsabile del trat-



Ecco che, nonostante il fiorire degli strumenti pratici, utili nella gestione del patrimonio digitale, dei dati personali e delle informazioni relative alla persona, e in grado di intrecciarsi con le tecnologie di intelligenza artificiale, queste ultime non possono essere considerate veri e proprî soggetti agenti all'interno di un siffatto ambiente virtuale, capace di agevolare l'insorgere di numerosi rapporti contrattuali, nella vita quotidiana dei consociati. La considerazione riservata all'intelligenza artificiale non può variare, nemmeno al cospetto degli istituti giuridici, e delle possibilità, di recente introduzione nel nostro ordinamento, quali, su tutto, e ancóra una volta, l'art. 2-*terdecies* cod. *privacy*. Ciò significa che, anche riconoscendo l'esistenza di rapporti contrattuali, agevolati dall'ausilio delle tecnologie di intelligenza artificiale, queste ultime rimangono estranee, nella prospettiva soggettiva del rapporto, al vincolo negoziale creatosi, mostrandosi, tutt'al più, quale mero espediente, utile ad agevolare l'altrui azione, e, in sostanza, *longa manus* del soggetto che offre il servizio informatico, e che ne mantiene la gestione. È, pertanto, a quest'ultimo che debbono essere applicate le, pur esigue, disposizioni normative presenti in materia, e allo stesso dovranno ricondursi tutte le conseguenze giuridiche, da ciò dipendenti, nonostante la mediazione offerta dalla tecnologia, per quanto questa, nella realtà vigente, risulti dotata di un'autonomia di azione, e, in parte, autosufficienza decisionale, dai contorni piuttosto ampî.

tamento, individuabile in quella «persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento».

JUS CIVILE



VALENTINA VITI

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università degli Studi di Bari Aldo Moro

SULLA RINUNCIA ALL'EREDITÀ DA PARTE DEL CHIAMATO NEL POSSESSO DI BENI EREDITARI E LA NECESSITÀ DI INVENTARIO

SOMMARIO: *1. Il problema dell'applicabilità del 2° comma dell'art. 485 cod. civ. all'ipotesi di rinuncia tempestiva da parte del chiamato all'eredità. Il contrasto delineatosi all'interno della giurisprudenza di legittimità. – 2. Le posizioni della dottrina contrarie alla necessità di inventario. L'argomentazione letterale: la mancata ricorrenza di uno dei presupposti di operatività della fattispecie di acquisto* ex lege *dell'eredità. Critica. La permanenza della delazione in capo al rinunziante. – 3.* Segue. *L'argomentazione funzionale: l'assenza di ragioni nell'onere di inventario in capo al rinunziante. Critica. Necessità di una corretta individuazione della generale funzione dell'inventario e della* ratio *dei primi due commi dell'art. 485 cod. civ. Rinvio. – 4.* Segue. *La tesi dell'«obbligo» di inventario quale espressione della curatela del chiamato possessore e del venir meno di tale obbligo in capo al rinunziante per l'estinzione immediata dei poteri di amministrazione conservativa dell'eredità. Critica. L'«onere» di inventario quale elemento estraneo alla gestione conservativa del patrimonio ereditario. – 5. L'individuazione della* ratio *alla base della fattispecie di cui ai primi due commi dell'art. 485 cod. civ. e la applicabilità dell'acquisto* ex lege *dell'eredità in essa previsto al rinunziante tempestivo senza inventario.*

1. – La questione della necessità per il chiamato nel possesso di beni ereditari [1], che intenda rinunciare efficacemente all'eredità, di fare l'inventario ha negli ultimi due decenni riacceso le attenzioni della dottrina,

[1] Non incontrastata, quantomeno in dottrina, è la nozione di possesso di beni ereditari da parte del chiamato. Una parte della dottrina e la pressoché unanime giurisprudenza ritengono il richiamo qui operato al termine "possesso" come un richiamo atecnico, volto a far riferimento ad una mera relazione materiale tra i beni ed il chiamato all'eredità riferibile anche ad una situazione di detenzione, situazione quest'ultima che ricorrerebbe nel caso del chiamato che non abbia ancora accettato l'eredità, in quanto solo dal momento dell'accettazione costui diventerebbe, seppur con efficacia retroattiva, possessore. In tal senso, fra gli altri, U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, *L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accettazione dell'eredità*, Milano, 1968, 219 e ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, 87 ss.; R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 1988, 60; A. ALBANESE, *Il chiamato all'eredità e l'attività contrattuale prima dell'accettazione*, in *Contr. impr.*, 2006, 986 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2020, 102; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, Milano, 2022, 70. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 18 luglio 1953, n. 2391, in *Giust. civ*., 1953, I, 2551; Cass., 27 luglio 1964, n. 2067, in *Giur. it*., 1965, I, 1, c. 203; Cass., 30 ottobre 1992, n. 11831, in *Vita not*., 1994, 626; Cass., 5 maggio 2008, n. 11018, *ivi*, 2008, 959. Diversa la tesi di altra parte della dottrina, secondo cui il possesso dei beni ereditari continuerebbe immediatamente in capo al chiamato, il quale lo acquisterebbe automaticamente all'apertura della successione, giustificandosi così la concessione a tale soggetto della tutela possessoria, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ*., 1942, 206; A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 1961, 130 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1997, 125; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, 80 e ss. Pacifica risulta, invece, la configurabilità del possesso *di* beni ereditari, richiesto dall'art. 485 cod. civ. (e non *dei* beni ereditari), nell'ipotesi di possesso anche di un solo bene, purché di rilievo economico non irrilevante, al riguardo, in giurisprudenza, Cass., 7 ottobre 1967, n. 2324, in *Foro pad*., 1969, I, 203;



soprattutto a seguito di alcune pronunce di legittimità e di merito che, ponendosi in contrasto con quello che poteva senz'altro dirsi l'orientamento predominante, hanno riportato alla luce il tema in chiave problematica.

Le disposizioni normative da prendere primariamente in considerazione sono quelle contenute nell'art. 485 cod. civ., in particolare nei suoi primi due commi, le quali, ponendosi in un rapporto di specialità rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 519 cod. civ.[2], impongono al chiamato possessore di fare l'inventario entro tre mesi dal giorno dell'apertura della successione o della notizia della devoluta eredità, prevedendo che, decorso tale termine (prorogabile per ulteriori tre mesi con pronuncia del tribunale) senza che l'inventario sia stato compiuto, il chiamato all'eredità debba essere considerato erede puro e semplice.

Se dal riferito articolato normativo nessun dubbio è sorto, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, in merito alla operatività del previsto acquisto *ex lege* dell'eredità nell'ipotesi di rinunzia successiva al suddetto termine di tre mesi non preceduta dalla redazione dell'inventario entro lo stesso termine (c.d. rinunzia tardiva)[3], non altrettanto lineare è stata la soluzione a cui si è pervenuti con riguardo al caso del chiamato che rinunzi all'eredità entro i tre mesi dall'apertura della successione o dalla conoscenza della devoluzione senza fare l'inventario entro il medesimo termine (c.d. rinunzia tempestiva). Da un lato, infatti, chiara è risultata la lettera della norma nel senso di impedire la rinuncia tardiva, la quale sarebbe sicuramente inefficace in quanto, essendo trascorso il termine indicato senza erezione dell'inventario, al momento della rinuncia si sarebbe già perfezionata la fattispecie tipica di acquisto *ex lege* di cui all'art. 485, 2° comma, c.c[4]. Dall'altro lato, invece, più oscura e problematica si è rivelata la prospettabilità dell'efficacia di una rinuncia anteriore al decorso del termine di tre mesi (intervenuta, dunque, prima del compiersi dell'acquisto automatico dell'eredità di cui all'art. 485 c.c.) non accompagnata dalla predisposizione entro quello stesso termine dell'inventario[5].

La giurisprudenza, pronunciatasi con più frequenza in relazione a casi di rinunce tardive[6], aveva espresso in tema di rinunce tempestive un orientamento più risalente, ribadito per alcuni decenni, secondo cui la rinuncia all'eredità operata dal chiamato possessore entro i tre mesi dall'apertura della successione non avrebbe dovuto essere preceduta dalla redazione dell'inventario[7]. Tale rinuncia, secondo uno dei primi arresti sul

---

Cass., 5 giugno 1979, n. 3175, in *Foro it*., 1979, I, c. 2003; Cass., 4 maggio 1983, n. 3043, in *Rep. Foro it*., 1983, voce *Successione ereditaria*, n. 40.

[2] Nella disciplina di cui all'art. 519 cod. civ. la rinunzia all'eredità è ammessa senza alcuna specificazione in ordine al relativo termine, ma anche senza alcun riferimento ad una possibile relazione del chiamato all'eredità con i beni ereditari.

[3] Nel caso, invece, di erezione dell'inventario entro i tre mesi previsti, in base al 3° comma dell'art. 485 c.c., il chiamato ha un ulteriore termine di quaranta giorni dal compimento dell'inventario per deliberare se accetta o rinunzia all'eredità, trascorso il quale, senza che abbia deliberato, è considerato erede puro e semplice.

[4] In tal senso, fra gli altri, G. SICCHIERO, *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari (artt. 485 e 519 c.c.)*, in *Riv. dir. civ*., 2018, 508 e 509; M. CEOLIN, *Chiamato in possesso di beni ereditari, inventario e rinunzia all'eredità*, in *Riv. dir. priv*., 2007, 869.

[5] La problematicità della questione è sottolineata più recentemente in M. SESTA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, I, Milano, 2011, *sub* Art. 485 cod. civ., 721; G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2015, *sub* Art. 485 cod. civ.; G. BONILINI, M. CONFORTINI, G. MARICONDA, *Codice delle successioni e donazioni*, Torino, 2015, *sub* Art. 485 cod. civ., 298.

[6] Si è da parte di alcuni evidenziato come molte pronunce riferite in realtà ad ipotesi in cui la rinuncia risultava successiva al decorso del termine di cui all'art. 485 cod. civ. siano state erroneamente utilizzate, attraverso una lettura distorta delle loro massime e una mancata considerazione del loro testo completo, per sostenere l'affermarsi di un orientamento giurisprudenziale favorevole alla necessità dell'inventario anche nel caso di rinuncia tempestiva; tra tali pronunce si sono richiamate Cass., 3 febbraio 1993, n. 1325; Cass., 19 luglio 1993, n. 8034; Cass., 22 giugno 1995, n. 7076; Cass., 10 dicembre 2007, n. 25728; Cass., 10 marzo 2017, n. 6275. Sul punto cfr. M. CEOLIN, *op. cit.*, 868 ss.; G. SICCHIERO, *op. cit.*, 509 ss.

[7] Cass., 21 aprile 1958, n. 1319, in *Giust. civ*., 1958, I, 2178, che riguardava l'analoga fattispecie di cui all'art. 952 del codice anteriore; Cass., 27 luglio 1964, n. 2067, in *Giur. it*., 1965, I, 1, c. 203, in cui espressamente si è affermato che il chiamato nel possesso dei beni ereditari avrebbe potuto prima del compimento dei tre mesi rinunciare all'eredità senza compiere l'inventario; Cass., 24 feb-



punto, sarebbe stata senz'altro efficace poiché il suo esercizio «nel corso del trimestre è infatti d'ostacolo al compimento della fattispecie legale dianzi indicata, e toglie al possesso a qualsiasi titolo dei beni ereditari da parte del chiamato quel carattere d'equivocità e di pericolosità che esso, nel pensiero del legislatore, acquista se si protrae per oltre un trimestre senza che il chiamato abbia compiuto o almeno cominciato l'inventario ovvero rinunziato all'eredità, e che giustifica, sul piano razionale, la sanzione dell'acquisto di pieno diritto dell'eredità indipendentemente da qualsiasi accettazione» [8]. D'altro canto, l'opposta affermazione della necessità di far seguire alla rinuncia tempestiva il compimento dell'inventario nel termine prescritto è stata, in altra occasione, ritenuta palesemente erronea, in quanto «tale formalità, peraltro logicamente e giuridicamente incompatibile con l'essenza e le finalità proprie del negozio di dismissione del diritto di eredità, non è prevista dalla norma di cui all'art. 519 cod. civ.» [9].

La prima presa di posizione contraria al riferito orientamento si è registrata con una pronuncia di legittimità del 2003, nella quale la necessità che anche la rinuncia entro i tre mesi sia preceduta dall'inventario è stata fondata sulla considerazione per cui l'acquisto *ex lege* previsto dal 2° comma dell'art. 485 cod. civ. costituirebbe previsione di generale applicabilità destinata ad operare non solo nel caso in cui l'erede voglia procedere all'accettazione con beneficio d'inventario, ma anche quando lo stesso intenda rinunciare, trovando «la sua *'ratio'* nella esigenza di tutela dei terzi, sia per evitare ad essi il pregiudizio di sottrazioni ed occultamenti dei beni ereditari da parte del chiamato; sia per realizzare la certezza della situazione giuridica successoria, evitando che gli stessi terzi possano ritenere, nel vedere il chiamato in possesso da un certo tempo di beni della eredità, che questa sia stata accettata puramente e semplicemente» [10].

Per quanto non numerosi siano stati i successivi arresti allineatisi a tale ultimo indirizzo [11], la loro presenza nel panorama giurisprudenziale rende chiaramente attuale e degna di attenzioni la questione problematica sollevata, sulla quale si è posta ulteriore luce a seguito di un'ultima più recente sentenza, in cui, in senso conforme all'orientamento minoritario, si è statuito ancora che l'onere del compimento dell'inventario nel termine di legge condiziona anche la facoltà di rinunciare all'eredità in maniera efficace, per cui «la prova del mero decorso del termine previsto dall'art. 485 cod. civ. senza che l'inventario sia stato redatto "implica che il chiamato all'eredità debba essere considerato erede puro e semplice e determina, di per sé, l'inefficacia della rinuncia"» [12]. Se ne è fatto conseguire, su un piano processuale, che l'accertamento circa la tempestività

---

braio 1984, n. 1317, in cui si è ritenuto posto a carico del chiamato nel possesso dei beni ereditari «il compimento in tre mesi dell'inventario (o la rinuncia all'eredità), e così, in caso di inottemperanza, l'attribuzione della qualità di erede puro e semplice»; Cass., 30 ottobre 1991, n. 11634, in *Rep. Foro it*., 1991, voce *Successione ereditaria*, n. 61; Cass., 19 marzo 1998, n. 2911, in *Foro it*., 1998, I, c. 2170, in cui si legge che l'art. 485 cod. civ. «deroga al principio secondo cui il chiamato non è erede fino a che non abbia accettato, prevedendo, invece, che il chiamato acquista l'eredità senza bisogno di accettazione per il solo fatto di possedere materialmente i beni ereditari, a meno che non dichiari nei termini di rinunciare all'eredità»; Cass., 17 ottobre 2016, n. 20960, in *Giur. it*., 2017, 2364, con nota di G. SICCHIERO, *Non serve l'inventario per rinunciare tempestivamente all'eredità*, in cui, in un caso di rinuncia tempestiva, si è affermato che una siffatta rinuncia è senz'altro efficace, poiché è intervenuta prima del compimento del termine al cui vano decorso è subordinato il perfezionamento dell'accettazione "presunta". Nella giurisprudenza di merito si vedano Trib. Reggio Calabria, 26 settembre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 1138; più recentemente, Trib. Milano, 18 febbraio 2020, n. 1552; Trib. Bari, 10 settembre 2020, n. 2387.

[8] In tali termini Cass., 21 aprile 1958, n. 1319, cit.

[9] Cass., 30 ottobre 1991, n. 11634, cit.

[10] Cass., 29 marzo 2003, n. 4845, in *Vita not*., 2003, 893.

[11] Si segnalano App. Venezia, 19 settembre 2006, in *Riv. dir. priv*., 2007, 863, con nota di M. CEOLIN, *op. cit.*; Cass., 5 maggio 2008, n. 11018; Cass., 23 luglio 2020, n. 15690.

[12] In tal senso la recente Cass., 11 maggio 2021, n. 12437, in *Giur. it*., 2022, 42 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Serve davvero l'inventario per rinunciare all'eredità?*. In tale pronuncia, pur trattandosi nel caso di specie di una rinunzia tardiva, nette risultano le affermazioni nel senso della necessarietà dell'inventario anche ai fini dell'efficacia di una rinuncia tempestiva. Meno nette le statuizio-



o meno della rinunzia debba comunque sempre essere successivo e subordinato al previo e positivo accertamento della ultimazione, da parte dei chiamati all'eredità nel possesso di beni ereditari, dell'inventario nel termine di legge [13].

2. – In dottrina, salvo qualche isolata voce favorevole alla necessità che l'inventario accompagni anche la rinuncia compiuta nel termine di tre mesi previsto dai primi due commi dell'art. 485 cod. civ. [14], l'orientamento predominante si è, più o meno esplicitamente, espresso nel senso di ritenere possibile una rinunzia tempestiva senza inventario, la quale sarebbe pienamente valida ed efficace senza bisogno di alcun onere ulteriore, impedendo il compiersi dell'acquisto *ex lege* dell'eredità di cui al 2° comma dell'articolo richiamato [15].

La prima tra le diverse argomentazioni addotte da tale maggioritaria dottrina ha riguardato il venir meno, nel caso di rinuncia nei termini, di uno dei presupposti essenziali della fattispecie in esame [16], la quale, in base alla formulazione letterale dell'art. 485 c.c., si riferirebbe a colui che è "chiamato" all'eredità e che è nel possesso di beni ereditari. Sarebbe allora manifesto come destinatario della norma non possa essere colui che abbia rinunziato all'eredità prima che la fattispecie sia venuta a compiersi, in quanto con la rinuncia costui perderebbe retroattivamente, *ex* art. 521 cod. civ., la qualifica di chiamato, facendo in tal modo cadere uno degli elementi costitutivi della suddetta fattispecie ed ostacolandone definitivamente la realizzazione [17].

---

ni contenute nella successiva Cass., 23 novembre 2021, n. 36080, ove, non evincendosi dalla pronuncia se si sia trattato di un caso di rinunzia tardiva o tempestiva, la Corte, richiamando il precedente di Cass. n. 4845 del 2003, ha ritenuto che «se il chiamato che si trovi nel possesso di beni ereditari non compie l'inventario nei termini previsti non può rinunciare all'eredità, ai sensi dell'art. 519 cod. civ., in maniera efficace nei confronti dei creditori del *de cuius*, dovendo il chiamato, allo scadere dei termini stabiliti per l'inventario, essere considerato erede puro e semplice».

[13] Cass., 11 maggio 2021, n. 12437, cit.

[14] C. VOCINO, voce *Inventario (Beneficio di)*, in *Noviss. Dig. it*., IX, Torino, 1957, 21; G. PERLINGIERI, *L'accettazione dell'eredità*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, I, Napoli, 2013, 327; V. SCIARRINO, *La rinunzia all'eredità*, in *Il Codice Civile. Commentario,* fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, G. PONZANELLI, Milano, 2020, *sub* Art. 525 c.c., 270 ss. Nella vigenza dell'art. 959 del codice civile del 1865 ha ritenuto necessario l'inventario anche nel caso di rinuncia tempestiva V. POLACCO, *Delle successioni*, II, Roma, 1937, 49.

[15] Fra gli altri, L. COVIELLO JR., *La formula degli articoli 485, 487 e 527: «Il chiamato è considerato erede puro e semplice» e il modo di acquisto dell'eredità*, in *Riv. dir. civ*., 1960, I, 382 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, 456; U. NATOLI, *op. cit.,* 233; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, *sub* Art. 519 c.c., 74; L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 492; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Commentario del codice civile*, II, 1, Torino, 1971, *sub* Art. 485 c.c., 148; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile,* diretto da F. VASSALLI, XII, 1, Torino, 1977, 355; E. PEREGO, *Rinuncia all'eredità e sottrazione di beni da parte del chiamato*, in *Giust. civ*., 1985, I, 1977; A. RAVAZZONI, voce *Beneficio d'inventario*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 3; M. CEOLIN, *op. cit.,* 867 ss.; V. BARBA, *La rinunzia all'eredità e al legato*, in G. BONILINI, V. BARBA, C. COPPOLA (a cura di), *Successioni e donazioni*, in *Nuova Giurisprudenza Bigiavi*, Torino, 2012, 58 ss.; M. GRAZIANO, *Notazioni critiche e corollari applicativi in tema di rinunzia all'eredità*, in *Riv. not*., 2016, 633 ss.; G. SICCHIERO, *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari (artt. 485 e 519 c.c.)*, cit., 513 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 143.

[16] Quanto alla qualificazione giuridica della fattispecie di cui ai primi due commi dell'art. 485 c.c., minoritaria è risultata la tesi volta ad intravedere in essa un'ipotesi di accettazione presunta, rispetto alla quale implicita nel comportamento del chiamato dovrebbe considerarsi la volontà dello stesso, cfr. F.S. AZZARITI – G. MARTINEZ – G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973, 76 e, in giurisprudenza, App. Trieste, 22 novembre 1961, in *Foro pad*., 1962, I, 1476. Predominante è, infatti, da ritenersi la diversa ricostruzione in base alla quale la fattispecie in discorso rappresenterebbe un'ipotesi di acquisto dell'eredità senza accettazione, del tutto prescindente da una manifestazione di volontà del chiamato, cfr., fra gli altri, A. CICU, *op. cit.,* 182; G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da V. de Martino, Roma, 1981, 266; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 166; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 537 e, in giurisprudenza, Cass., 19 marzo 1998, n. 2911, in *Foro it*., 1998, I, c. 2170.

[17] In tal senso si è espresso M. CEOLIN, *op. cit.,* 870 ss., il quale, affermato che il possesso di beni ereditari da parte del chiamato e



Le riferite osservazioni si ritiene non possano trovare immediato accoglimento, scontrandosi con la necessità di coordinare la norma di cui all'art. 521 cod. civ. con il disposto di cui al successivo art. 525 cod. civ. e con l'imprescindibilità di una analisi che tenga opportunamente in considerazione la questione degli effetti della rinuncia all'eredità e della qualificazione della revoca della rinuncia, al fine di comprendere se realmente il rinunziante perda la qualifica di chiamato.

Rispetto a tali problematiche occorre rilevare come minoritaria sia rimasta la tesi secondo cui la rinuncia all'eredità comporterebbe un effetto estintivo della delazione (con conseguente venir meno della qualifica di chiamato in capo al rinunziante), effetto estintivo che sarebbe risolubile in virtù di un *contrarius actus*, dovendo, secondo tale indirizzo, qualificarsi la successiva accettazione del rinunziante *ex* art. 525 cod. civ. come una vera e propria revoca (tacita) della rinuncia, così come risulterebbe dalla stessa rubrica della norma [18]. L'opportunità di negare la possibilità per il rinunziante di "disporre" della delazione ha, infatti, correttamente indotto la maggioranza degli autori a sostenere che la rinuncia non cancelli la posizione di chiamato, rimanendo, a seguito di essa, l'effetto estintivo della delazione sospeso fino all'acquisto dell'eredità da parte dei chiamati ulteriori o fino alla prescrizione del diritto di accettare. Solo con il concorso di queste ulteriori circostanze la delazione potrà dirsi definitivamente e retroattivamente venuta meno, risultando il riferimento normativo alla «revoca della rinuncia», contenuto nella rubrica dell'art. 525 c.c., tecnicamente non conferente [19].

Sennonché anche alcune delle voci schieratesi in favore di quest'ultima ricostruzione hanno ritenuto di dover escludere l'applicabilità del 2° comma dell'art. 485 cod. civ. all'ipotesi di rinunziante tempestivo, prendendo le mosse dalla distinzione, pur delineata da una buona parte della dottrina, fra effetti della rinuncia all'eredità la cui estinzione rimane sospesa fino al verificarsi di una delle circostanze previste dall'art. 525 cod. civ., ovvero, come appena rilevato, il diritto di accettare l'eredità, ed effetti la cui estinzione si produce, invece, immediatamente in conseguenza della rinunzia. Quanto a quest'ultima categoria di effetti, il riferimento è chiaramente ai poteri di amministrazione conservativa del chiamato di cui agli artt. 460 e 486 cod. civ., che verrebbero fin da subito persi dal rinunziante in favore dei chiamati ulteriori [20]. Presupponendo un collegamento diretto fra i suddetti poteri di gestione interinale e conservativa dell'eredità in capo al chia-

---

il decorso del termine di legge senza che l'inventario sia stato fatto o iniziato siano imprescindibili elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 485 cod. civ., ha evidenziato come se alcuno di tali elementi venga a mancare, sia pure per fatto del chiamato, prima che la fattispecie sia compiuta, gli effetti scaturenti dalla stessa non possano evidentemente prodursi. Per la non applicabilità dell'art. 485 cod. civ. al rinunziante, riferendosi la norma al chiamato che non abbia ancora deliberato se accettare o meno l'eredità e non a colui che abbia già manifestato la sua volontà negativa in merito alla delazione cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 215; C. COPPOLA, *La revoca della rinuncia*, in G. BONILINI, V. BARBA, C. COPPOLA, *La rinunzia all'eredità e al legato*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Torino, 2012, 489.

[18] Per una tale prospettazione L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.,* 490 ss.; L. COVIELLO jr., *Diritto successorio: corso di lezioni*, Bari, 1962, 346 ss.; ID., *La formula degli articoli 485, 487 e 527: «Il chiamato è considerato erede puro e semplice» e il modo di acquisto dell'eredità*, cit., 363 ss.

[19] Per la permanenza della delazione in capo al rinunziante, anche se con sfumature diverse, A. CICU, *op. cit.,* 214 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., 1968, 119; G. GROSSO, A. BURDESE, *op. cit.,* 351 ss.; E. PEREGO, *op. cit.,* 1975; V. SCIARRINO, *op. cit.,* 247 ss.; M. GRAZIANO, *op. cit.,* 382; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 152; C.M. BIANCA, *op. cit.,* 142. Ritiene che il rinunziante perda il diritto di acquistare l'eredità, risultando investito del diritto potestativo di riacquistarla, V. BARBA, *La posizione giuridica del chiamato che abbia rinunziato all'eredità*, in *Fam. pers. succ*., 2009, 869 ss.; ID., *La rinunzia all'eredità e al legato*, cit., 51 ss.

[20] Per la riferita distinzione L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., 122; G. GROSSO, A. BURDESE, *op. cit.*, 319 ss. e 351 ss.; V. BARBA, *La rinunzia all'eredità e al legato*, cit., 60, il quale sottolinea come il rinunziante «non è più il protagonista plenipotenziario, bensì un protagonista con il solo diritto potestativo al riacquisto. I pieni poteri e, tra essi, anche quello di esercitare le azioni possessorie, si sono automaticamente trasferiti al chiamato che prende il luogo del rinunziante. Soltanto a quegli competerà la tutela delle situazioni ereditarie». Contro la limitazione della sospensione dell'effetto estintivo della rinuncia al solo potere di accettare l'eredità si veda, invece, A. CICU, *op. cit.*, 215.



mato e l'onere imposto al chiamato possessore di beni ereditari di fare l'inventario entro tre mesi dall'apertura della successione o dalla sua notizia, alcuni in dottrina, pur riconoscendo la permanenza della delazione in capo al rinunziante, hanno escluso per esso la necessità di procedere alla redazione dell'inventario nei termini di legge, ritenendo lo stesso, benché nel possesso di beni ereditari, legittimato a disinteressarsi delle sorti dell'eredità [21].

Su questo supposto collegamento si avrà modo di soffermarsi più compiutamente nel prosieguo del presente lavoro, giungendo a negarsi che l'onere di inventario di cui all'art. 485 cod. civ. possa includersi nell'ambito dei poteri conservativi dell'eredità riconosciuti al chiamato [22], ma ciò che qui può senz'altro affermarsi è che, pur accogliendo la tesi della distinzione tra effetti estintivi immediati della rinunzia all'eredità ed effetti estintivi sospesi, la per lo più unanime inclusione fra questi ultimi del diritto di accettare l'eredità deve portare a considerare il rinunziante ancora "chiamato", con conseguente possibilità di ritenere integrato anche questo presupposto della norma in esame. Risulta in tal modo superato il rilievo letterale posto alla base della prima argomentazione addotta in favore della validità di una rinunzia tempestiva senza inventario da parte del chiamato che permanga nel possesso di beni ereditari. Una siffatta rinunzia, alla luce delle osservazioni sin qui svolte, dovrebbe, viceversa, ritenersi inefficace per il verificarsi – a causa del successivo protrarsi del possesso e del mancato compimento di inventario da parte del rinunziante, ancora "chiamato" – di tutti i presupposti della fattispecie di acquisto *ex lege* dell'eredità di cui al 2° comma dell'art. 485 c.c., fattispecie il cui realizzarsi si ritiene vada ad operare nei termini di una condizione risolutiva legale, volta ad eliminare con efficacia retroattiva gli effetti dell'atto rinunziativo compiuto [23].

3. – La seconda argomentazione addotta in dottrina contro la riferibilità dell'onere di inventario di cui ai primi due commi dell'art. 485 cod. civ. al rinunziante tempestivo si è incentrata sulla affermazione di una ritenuta assenza di ragioni ed utilità nell'imposizione di un siffatto onere in capo al chiamato che rifiuti l'eredità [24].

Si è, in particolare, sostenuto che l'esigenza di tutela dei creditori del *de cuius* dal rischio di sottrazioni ed occultamenti di beni ereditari da parte del chiamato possessore, posta alla base della previsione normativa in esame da diversi autori [25] ed evidenziata dalla richiamata giurisprudenza minoritaria proprio al fine di giustificare la necessità di inventario anche nel caso di rinuncia entro il trimestre [26], non rappresenti, in realtà, un condivisibile argomento su cui fondare tale assunto. Oltre alla scarsa utilità pratica della soluzione, deducibi-

[21] E. Perego, *op. cit.,* 1977; E. Bilotti, *La rinuncia all'eredità del chiamato possessore e il sistema dell'amministrazione dei beni ereditari*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, 909 ss.

[22] Si veda *infra*, § 4.

[23] Si ritiene si sia di fronte ad una fattispecie legale di acquisto dell'eredità senza accettazione, risolutiva degli effetti della rinunzia posta in essere, non riconducibile all'ambito di operatività della norma di cui all'art. 525 cod. civ. (atecnicamente alla «revoca della rinunzia»), la quale, invece, presuppone una accettazione espressa o tacita da parte del rinunziante.

[24] M. Ceolin, *Chiamato in possesso di beni ereditari, inventario e rinunzia all'eredità*, cit., 871 ss.; A. Masi, M. Di Fabio, *Possesso di beni ereditari e rinuncia all'eredità*, in *Riv. not*., 2016, 637 ss.; G. Sicchiero, *Serve davvero l'inventario per rinunciare all'eredità?*, cit., 45; Id., *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari*, cit., 514 ss.

[25] F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 411; G. Grosso, A. Burdese, *op. cit.,* 262; F.S. Azzariti, G. Martinez, G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, *sub* Art. 485 cod. civ., 102; C. Romeo, *Gli acquisti dell'eredità senza accettazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, a cura di G. Bonilini, I, Milano, 2009, 1254. In generale sul normale collegamento dell'onere di inventario a ragioni di tutela dei creditori rispetto a possibili abusi della sua posizione da parte dell'erede, cfr. L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, 107.

[26] Cass., 29 marzo 2003, n. 4845, cit.



le dalla considerazione per cui al chiamato che voglia sottrarre beni all'eredità basterà non inserirli nell'inventario, che, dunque, anche laddove eretto, non garantirebbe una efficace prevenzione dal rischio in discorso [27], centrale è risultata la constatazione per cui una adeguata protezione contro il pericolo di occultamenti o sottrazioni di beni ereditari sia già fornita da un'altra specifica norma, quella di cui all'art. 527 c.c., in base alla quale il chiamato che sottragga o nasconda beni ereditari decade dalla facoltà di rinunziare all'eredità e si considera erede puro e semplice, nonostante la sua rinunzia [28].

L'esistenza di quest'ultima disposizione potrebbe effettivamente rappresentare una valida ragione per reputare non convincente la riconduzione della *ratio* della norma di cui all'art. 485 cod. civ. ad una finalità di tutela dei terzi da occultamenti e sottrazioni di beni ereditari ad opera del chiamato possessore, ancor più laddove si aderisse all'opinione volta a ritenere applicabile l'art. 527 cod. civ. anche all'ipotesi di rinunzia già intervenuta [29]. È tale ultima opinione, del resto, quella che si ritiene di sposare sia perché, come già visto, il termine "chiamato", contenuto anche in tale enunciato normativo, può riferirsi pure al rinunziante [30], sia perché altrimenti l'inciso finale della disposizione («nonostante la loro rinunzia») non potrebbe avere alcun significato suo proprio [31]. La fattispecie di acquisto *ex lege* dell'eredità di cui all'art. 527 c.c., nei casi di rinuncia già intervenuta, verrebbe allora ad operare, in modo analogo a quanto sostenuto per l'altra ipotesi di acquisto automatico dell'eredità (quella di cui all'art. 485 c.c.), come una condizione risolutiva legale atta a privare di efficacia l'atto rinunziativo compiuto [32].

La condivisibilità della contestazione della preordinazione dell'onere di inventario imposto al chiamato possessore ad esigenze di protezione dei terzi rispetto ad occultamenti o sottrazioni non può, tuttavia, portare ad accogliere la conclusione, cui una dottrina giunge, che l'inventario di cui all'art. 485 cod. civ. non sia af-

---

[27] Per questo rilievo si veda G. SICCHIERO, *Serve davvero l'inventario per rinunciare all'eredità?*, cit., 45; ID., *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari*, cit., 514 ss., il quale sostiene che infondata sarebbe anche la tesi dell'ulteriore funzione dell'inventario, consistente nel realizzare la certezza della situazione giuridica successoria, evitando che i terzi possano ritenere, nel vedere il chiamato in possesso da un certo tempo di beni dell'eredità, che questa sia stata accettata puramente e semplicemente (per cui si veda Cass., 29 marzo 2003, n. 4845, cit.). Una tale certezza della situazione giuridica successoria potrebbe, infatti, secondo l'autore, conseguire dalla verifica sia del registro delle successioni, sia dei registri immobiliari.

[28] M. CEOLIN, *op. cit.*, 871 ss., il quale aggiunge a ciò il rilievo per cui la rinuncia all'eredità toglierebbe al possesso di beni ereditari da parte del chiamato «quel carattere d'equivocità e di pericolosità che esso acquista se si protrae per oltre un trimestre senza che il chiamato abbia compiuto o almeno cominciato l'inventario e che, appunto, solo, giustifica la conseguenza dell'acquisto puro e semplice dell'eredità indipendentemente da qualsiasi accettazione»; A. MASI, M. DI FABIO, *op. cit.*, 637 ss.; G. SICCHIERO, *Serve davvero l'inventario per rinunciare all'eredità?*, cit., 45. E. BILOTTI, *op. cit.*, 909 ss.

[29] La questione ha visto contrapporsi due indirizzi: uno propenso, in virtù del riferimento contenuto nella prima parte della norma al «chiamato» e alla «decadenza» dalla facoltà di rinunziare, ad applicare l'art. 527 cod. civ. al solo caso in cui la sottrazione o l'occultamento si verifichino quando non sia ancora intervenuta rinuncia (cfr. L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., 1968, 135; G. GROSSO, A. BURDESE, *op. cit.,* 351; V. CUFFARO, *Rinuncia e accettazione dell'eredità: considerazioni sul disposto dell'art. 527 c.c.*, in *Giur. it*., 1986, 290 ss.; E. PEREGO, *op. cit.,* 1973). L'altro orientamento volto, invece, a riferire la tutela di cui alla disposizione in discorso anche all'ipotesi di rinunzia effettuata anteriormente ai fatti di occultamento o sottrazione di beni ereditari, alla luce della valorizzazione dell'inciso finale della norma, «nonostante la loro rinunzia», che altrimenti non avrebbe alcun plausibile significato (cfr. A. CICU, *op. cit.,* 216; G. PERLINGIERI, *L'accettazione dell'eredità*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, cit., 370 e ss.; A. MASI, M. DI FABIO, *op. cit.*, 637; V. SCIARRINO, *op. cit.,* 270 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.,* 143). In questo secondo senso è stata risolta la questione in giurisprudenza, si veda Cass., Cass., 6 dicembre 1984, n. 6412, in *Nuova giur. civ. comm*., 1985, I, 458 ss.

[30] Sul punto si rinvia al discorso in merito all'efficacia della rinuncia all'eredità e alla qualificazione giuridica della revoca della rinuncia svolto, *retro*, nel par. 2 del presente lavoro.

[31] In tal senso Cass., 6 dicembre 1984, n. 6412, in *Nuova giur. civ. comm*., 1985, I, 458 ss.

[32] Anche in tale ipotesi, dunque, ci troviamo di fronte ad una fattispecie legale di acquisto dell'eredità senza accettazione, risolutiva degli effetti della rinunzia posta in essere, non riconducibile all'ambito di operatività della norma di cui all'art. 525 cod. civ. (atecnicamente alla «revoca della rinunzia»), la quale, invece, presuppone una accettazione espressa o tacita da parte del rinunziante.



fatto uno strumento di tutela predisposto in favore dei creditori del *de cuius*, in quanto l'accettazione beneficiata sarebbe principalmente finalizzata a consentire all'erede di non confondere i patrimoni, rispondendo dei debiti ereditari con il solo valore dei beni dell'eredità [33]. Il beneficio d'inventario, secondo tale tesi, agevolerebbe, dunque, il chiamato e non, invece, i creditori del defunto [34], con la conseguenza che la tutela di questi ultimi non potrebbe costituire «una ragione sufficiente per affermare la necessità dell'inventario quale requisito per la rinuncia prima del decorso del trimestre», risultando un inventario eretto da chi rifiuti l'eredità del tutto «privo di ragione» [35].

In tali ultime affermazioni si ritiene sia rinvenibile il delinearsi di una non accoglibile coincidenza e sovrapposizione tra l'istituto dell'inventario e il beneficio che dall'accettazione accompagnata da inventario si produce in favore dell'erede. Il beneficio della separazione dei patrimoni di cui all'art. 484 cod. civ. deve ritenersi collegato, infatti, non di per sé all'inventario, bensì ad una fattispecie più complessa che si fonda su un altro atto, cui l'inventario necessariamente va a riconnettersi, ovvero sulla dichiarazione di accettazione beneficiata [36]. L'autonomia dell'istituto dell'inventario dal beneficio, che pur da esso prende il nome, è un elemento che non può essere trascurato. Tale autonomia ritengo debba portare a riconoscere al primo una generale funzione di individuazione e documentazione dell'esistenza di beni, che sarà poi diretta a raccordarsi, di volta in volta, con gli scopi che la specifica previsione, in cui l'onere di inventario risulta inserito, intende perseguire. La redazione dell'inventario, allora, non potrà e non dovrà ritenersi sempre preordinata allo scopo, immediatamente favorevole al chiamato, di mantenere separati il patrimonio di quest'ultimo da quello del *de cuius*. Sarà indirizzata alla produzione di un siffatto beneficio laddove collegata alla dichiarazione di cui all'art. 484 cod. civ.; nei casi in cui, invece, l'onere di inventario sia contenuto in previsioni normative non esclusivamente connesse ad una accettazione beneficiata, sarà possibile individuare una finalizzazione dello stesso a scopi totalmente o parzialmente non coincidenti con il suddetto beneficio.

In relazione a tali osservazioni, alla luce di quanto si argomenterà nella parte finale del presente lavoro [37], si giungerà a constatare e si può qui anticipare come le disposizioni di cui ai primi due commi dell'art. 485 cod. civ. risultino essere norme parzialmente estranee al beneficio di inventario [38], in quanto in esse l'onere di inventario deve ritenersi collegato non solo alla possibilità di porre in essere una accettazione beneficiata, ma anche alla facoltà di rinunciare all'eredità. Ne risulterà confutata tanto la ritenuta esclusiva preordinazione dello stesso all'interesse dell'erede a non confondere i patrimoni, limitando la propria responsabilità per i debiti ereditari alla consistenza del patrimonio del *de cuius*, quanto la conseguente affermazione dell'assenza di ragioni nella redazione dell'inventario da parte del rinunziante. Tali saranno gli esiti a cui si perverrà a seguito di un'indagine che, in ultima analisi, tenterà di comprendere l'effettiva *ratio* delle previsioni normative

---

[33] G. SICCHIERO, *Serve davvero l'inventario per rinunciare all'eredità?*, cit., 45; ID., *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari*, cit., 516.

[34] I creditori del *de cuius* sarebbero invece protetti dal diritto di separazione *ex* art. 512 c.c., che consentirebbe loro di aggredire anche i beni dell'erede, diversamente dall'accettazione beneficiata, cfr. G. SICCHIERO, *Serve davvero l'inventario per rinunciare all'eredità?*, cit., 45; ID., *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari*, cit., 515.

[35] G. SICCHIERO, *Serve davvero l'inventario per rinunciare all'eredità?*, cit., 45; ID., *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari*, cit., 516, in cui l'A. conclude per l'inesistenza di validi argomenti per negare che spetti al chiamato possessore decidere se procedere all'inventario e poi eventualmente alla rinuncia nei termini di cui all'art. 485 cod. civ. oppure rinunciare subito e senza inventario, purché entro quel termine.

[36] Sulla distinzione concettuale fra "inventario" e "beneficio d'inventario" e sull'autonomia del primo rispetto al secondo si veda C. VOCINO, op. cit., 14.

[37] Si veda, *infra*, § 5.

[38] Include l'art. 485 cod. civ. tra le norme parzialmente estranee al beneficio d'inventario C. VOCINO, *op. cit.*, 14 e 21.



in esame, lo scopo cui in esse l'inventario è preposto, nonché la conseguente raccordabilità di tale *ratio* alla situazione delineantesi nell'ipotesi di rinuncia del chiamato entro il termine fissato nelle stesse disposizioni, non prima, tuttavia, di aver, di seguito, esposto e preso posizione in merito all'ultima argomentazione addotta in dottrina a sostegno della non applicabilità dell'acquisto *ex lege* di cui al 2° comma dell'art. 485 cod. civ. al rinunziante tempestivo.

4. – Tra le argomentazioni avanzate più di recente al fine di escludere che il chiamato possessore di beni ereditari sia tenuto all'inventario laddove rinunzi entro il termine trimestrale, si segnala l'opinione di una dottrina che, ritenendo la fattispecie di cui all'art. 485 cod. civ. volta ad ovviare ai rischi di dispersione del patrimonio ereditario connessi alla vacanza ereditaria, ha ricondotto l'onere di inventario ivi previsto nell'ambito dei più generali poteri di amministrazione conservativa dei beni dell'eredità riconosciuti al chiamato, sia o meno possessore, dall'art. 460 cod. civ. e al chiamato possessore dall'art. 486 cod. civ. [39]. Abbracciando la prospettiva secondo cui il chiamato sarebbe un curatore di diritto dei beni ereditari, obbligato, in virtù di un ufficio di diritto privato, al compimento degli atti conservativi previsti dalle richiamate norme [40], tale dottrina è giunta ad affermare che l'adempimento dell'inventario di cui all'art. 485 cod. civ. – non semplicemente un "onere", bensì un vero e proprio "obbligo" per il chiamato possessore, in quanto espressione della "curatela" dello stesso – non sarebbe più dovuto in caso di rinuncia all'eredità da parte di tale soggetto [41]. La rinunzia, infatti, determinerebbe quale effetto estintivo immediato il venir meno dei poteri di gestione conservativa del chiamato ed il possessore di beni ereditari, in tal modo «sottraendosi alla curatela che gli spetta in quanto chiamato», si sottrarrebbe «anche all'obbligo di compiere l'inventario e alla sanzione incombente dell'acquisto *ope legis* della qualità di erede puro e semplice per il suo mancato adempimento nel termine di legge» [42].

---

[39] E. BILOTTI, *op. cit.,* 909 e ss. Secondo l'A. i rischi connessi alla vacanza ereditaria non possono essere circoscritti ai soli fatti di sottrazione e occultamento dei beni ereditari ad opera del chiamato considerati dall'art. 527 c.c., ben potendo l'interesse alla non dispersione del patrimonio ereditario essere compromesso anche da comportamenti diversi quali, ad esempio, il mancato esercizio di atti interruttivi della prescrizione o della tutela possessoria dei beni ereditari.

[40] Sul punto risulta da questa dottrina abbracciata la tesi minoritaria dell'obbligo da parte del chiamato di porre in essere gli atti conservativi dell'eredità, in virtù di un ufficio di diritto privato, che farebbe assumere a tale soggetto la veste di curatore di diritto dei beni del *de cuius*, in tal senso U. NATOLI, *op. cit.*, 107 ss.; ID., voce *Chiamato alla successione*, in *Enc. dir*., VI, Milano, 1960, 921. Diversamente, l'opinione maggioritaria ha ritenuto, alla luce del tenore letterale degli artt. 460 e 486 c.c., che il chiamato sia titolare di "poteri" di amministrazione conservativa del patrimonio ereditario riconosciutigli nel suo stesso interesse e che, quindi, non abbia un obbligo di gestione, bensì il "diritto" di compiere quegli atti, senza incorrere in alcuna responsabilità in caso di loro non esercizio, cfr. A. CICU, *op. cit.*, 136 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.,* 516 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., 1968, 136 ss.; G. GROSSO – A. BURDESE, *op. cit.*, 158; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 100. Secondo questa tesi solo una volta iniziata scientemente la gestione del patrimonio ereditario, il chiamato potrà reputarsi "tenuto" a portarla a termine, finché l'amministrazione non passi all'erede o ad un curatore, sulla base dei principi della gestione d'affari altrui (A. CICU, *op. cit.*, 146; L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., 1968, 147 ss.; in giurisprudenza, Cass., 4 maggio 1985, n. 2795, in *Mass. Giust. civ*., 1985, 867). Una terza opinione, infine, distingue la posizione del chiamato possessore da quella del non possessore di beni ereditari, ritenendo solo il primo gravato di un dovere di gestione conservativa del patrimonio del *de cuius*, in considerazione dell'impossibilità in tal caso di nominare un curatore dell'eredità giacente, cfr. A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1990, 567; A. ALBANESE, *op. cit.*, 985; C.M. BIANCA, *op. cit*., 73.

[41] E. BILOTTI, *op. cit.*, 909 ss.

[42] E. BILOTTI, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale il sistema consentirebbe comunque di offrire un rimedio efficiente per il caso in cui, tra il momento dell'apertura della successione e quello della rinunzia all'eredità, il mancato compimento dell'inventario abbia favorito la dispersione o il depauperamento del patrimonio ereditario: dalla prospettiva della curatela di diritto del chiamato derive-



La non accoglibilità di una siffatta argomentazione si ritiene discenda immediatamente dalla necessità di mettere in discussione l'inclusione dell'onere di inventario di cui ai primi due commi dell'art. 485 cod. civ. entro il novero dei poteri di amministrazione conservativa dell'eredità spettanti al chiamato possessore.

Ciò, innanzitutto, in considerazione della diversa connotazione strutturale delle situazioni rientranti nel quadro della gestione conservativa dei beni ereditari *ex* artt. 460 e 486 cod. civ. rispetto alla situazione relativa all'inventario posta in capo al delato *ex* art. 485 cod. civ. Se, nel primo caso, volendo ammettere la ricostruzione della posizione del chiamato in termini di curatela di diritto, ci troveremmo di fronte a veri e propri obblighi, sanzionabili attraverso il riconoscimento di una responsabilità del soggetto di fronte ai possibili interessati [43], non in tali termini si reputa possa inquadrarsi l'imposizione dell'inventario di cui alla fattispecie indagata [44]. Che, in tale ultimo caso, non possa affatto sostenersi il ricorrere di un "obbligo", dovendosi, invece, riconoscere la previsione normativa di un "onere", risulta evidente da una corretta lettura delle disposizioni in discorso [45]. Senza farsi trarre in inganno dall'espressione letterale contenuta nel primo comma dell'art. 485 cod. civ. («deve fare l'inventario»), che pure potrebbe ingenerare l'equivoco che il comportamento richiesto al chiamato sia obbligato [46], determinante deve ritenersi la conseguenza che la stessa norma, nel suo secondo comma, ricollega alla mancata osservanza di quel comportamento («Trascorso tale termine senza che l'inventario sia compiuto, il chiamato all'eredità è considerato erede puro e semplice»), ossia la perdita di un potere da parte dell'onerato, quello di rinunciare all'eredità o di accettare con beneficio d'inventario, e non una responsabilità con conseguente obbligo risarcitorio in capo al soggetto [47].

---

rebbe, infatti, che tale soggetto sarebbe tenuto a rispondere nei confronti degli interessati di tali fatti, «sia pure con quell'attenuazione dell'entità del risarcimento che si ritiene connessa al carattere gratuito del suo ufficio».

[43] Di responsabilità del chiamato per violazione degli obblighi derivanti dalla curatela di diritto dell'eredità parla E. BILOTTI, *op. loc. ult. cit.* Limitatamente alla figura del chiamato nel possesso di beni ereditari, per la rinvenibilità della sanzione alla violazione dell'obbligo di amministrare «nel quadro della generale responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 c.c.», con conseguente obbligo risarcitorio dei danni cagionati al futuro erede e ai creditori, si veda A. ALBANESE, *op. cit.*, 986.

[44] La diversità di tipo strutturale tra le situazioni rientranti nella gestione conservativa dell'eredità *ex* artt. 460 e 486 cod. civ. e la situazione relativa all'onere di cui all'art. 485 cod. civ. dovrebbe, d'altro canto, riconoscersi anche laddove si aderisse alla tesi maggioritaria volta ad inquadrare i poteri attribuiti al chiamato in termini non di obblighi, bensì di facoltà esercitabili nel proprio interesse (sul punto cfr. *retro*, nota 40). Si avrebbero, in tale prospettiva, da un lato, poteri e facoltà costituenti il contenuto di un diritto, dal cui mancato esercizio non deriverebbe alcuna conseguenza giuridica negativa per il suo titolare, dall'altro lato, un onere, dalla cui inosservanza deve ritenersi conseguire la perdita di un potere da parte del chiamato, quello di accettare con beneficio d'inventario o di rinunciare all'eredità. Tale differenza emergerebbe già dalla formulazione letterale delle disposizioni in esame, laddove negli artt. 460 e 486 cod. civ. è ricorrente il termine «può», riferito a tutti i poteri ivi riconosciuti al chiamato, mentre nell'art. 485 cod. civ. è utilizzato il termine «deve» rispetto alla previsione dell'inventario, termine di frequente riferito a situazioni inquadrabili nell'onere.

[45] Nella letteratura giuridica sull'onere si veda G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913, 180 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 71 ss.; Miche. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951, 21; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, 112 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, 74; G. GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970; N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico. (Obbligo-onere)*, Napoli, 1973, 60 ss.; più recentemente V. CAREDDA, *L'onere. Conversazioni sul diritto privato*, Cagliari, 2013.

[46] D'altronde spesso il legislatore utilizza il termine "dovere" riferendosi a situazioni rapportabili all'onere. Si pensi, solo per fare un esempio, all'art. 2643 cod. civ., che, con riferimento all'onere della trascrizione, contiene l'espressione «Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione».

[47] F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., 235 e ss., ritiene che per distinguere obbligo e onere occorra vedere se la violazione del precetto possa o non possa definirsi come atto illecito, essendo, sul piano dell'inosservanza, l'obbligo garantito da sanzione giuridica, l'onere da sanzione economica, ovvero dal mancato conseguimento di una data utilità. Secondo E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, Modena, 1928, 31 ss., bisogna distinguere tra sanzione dell'atto illecito civile (garanzia dell'adempimento dell'obbligo), consistente nel riversare sul colpevole il pregiudizio derivato, e sanzione per l'inosservanza dell'onere, rappresentata dal rischio di perdere il vantaggio o di non conseguire l'utile e, dunque, dal soggiacere dell'onerato alle conseguenze dannose dell'inerzia o negligenza propria. Sottolineano il legame tra onere e potere privato e la preordinazione dell'onere alla possibilità di conseguire una posizione vantaggiosa, tra gli altri, Miche. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., 21; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine*



La non rapportabilità della redazione dell'inventario di cui all'art. 485 cod. civ. all'ambito dei poteri-doveri di amministrazione conservativa caratterizzanti la posizione del delato, oltre che dalla non ascrivibilità della relativa situazione ad un vero e proprio obbligo, deve, inoltre, desumersi da una lettura sistematica delle disposizioni disciplinanti la situazione del chiamato all'eredità. Una siffatta ottica ci permette, infatti, di evidenziare come i principali poteri di gestione conservativa del patrimonio ereditario, quelli di cui all'art. 460 cod. civ., siano attribuiti al delato in quanto tale, a prescindere dalla sua relazione materiale con i beni del *de cuius*, risultando la figura del chiamato, con riguardo all'aspetto dell'amministrazione conservativa dei suddetti beni, trattata in modo tendenzialmente unitario. Tale soggetto, sia esso possessore o meno, è ritenuto dal nostro ordinamento il più idoneo ad occuparsi della conservazione e corretta gestione dell'eredità, in quanto, di regola, a ciò interessato nella prospettiva di una possibile acquisizione della stessa [48]. La previsione dell'onere di inventario di cui all'art. 485 cod. civ. si discosta, invece, dalla considerazione unitaria della figura del delato che caratterizza il profilo dell'amministrazione conservativa dei beni ereditari, ponendo il relativo adempimento solo in capo al chiamato possessore, anzi, preciserei, ponendo tale adempimento in capo al chiamato proprio "in quanto" possessore.

Non servirebbe replicare a tale ultima considerazione evidenziando che nel sistema c'è, tuttavia, una norma, l'art. 486 cod. civ., che riferisce alcuni poteri di amministrazione conservativa del patrimonio ereditario solo al chiamato possessore. Anche a non voler sottolineare la limitatezza contenutistica della disposizione, ciò che in realtà può evincersi da un punto di vista sistematico, leggendo la suddetta norma in rapporto al precedente art. 485 cod. civ., è che le due disposizioni sembrerebbero attenere a due profili diversi rinvenibili nella posizione del chiamato, la quale, secondo diffusa dottrina, viene ad articolarsi, da una parte, nella titolarità del diritto di acquistare l'eredità, dall'altra, nella riferibilità a tale soggetto dei poteri di gestione conservativa dei beni del *de cuius* [49]. Orbene, se chiara è la rapportabilità dell'art. 486 cod. civ. al secondo dei due aspetti considerati, andando questa norma ad ampliare, per il caso di possesso di beni ereditari, il novero dei poteri riconosciuti in generale al delato dall'art. 460 cod. civ., altrettanto evidente mi sembra, invece, l'attinenza dell'art. 485 cod. civ. all'aspetto della titolarità del diritto di accettare l'eredità, rispetto al quale la necessità del compimento dell'inventario importa e pone rilevanti limitazioni.

Da tali rilievi si ritiene consegua la rappresentazione di un quadro che prelude alla necessità di rinvenire alla base dell'onere di inventario *ex* art. 485 cod. civ. il ricorrere di una logica diversa, di un diverso fondamento funzionale rispetto a quello che si è reputato essere il fondamento dei poteri di gestione conservativa del delato. Una diversità funzionale da cui deriverà conferma della non accoglibilità dell'argomentazione volta a negare, in caso di rinuncia tempestiva, il prodursi dell'acquisto *ex lege* di cui al 2° comma dell'art. 485 cod. civ., in virtù del ritenuto venir meno dell'onere di inventario per il venir meno in capo al rinunziante della generale amministrazione conservativa dell'eredità. Ne risulta, ancora una volta, comprovata la centralità del momento di individuazione della *ratio* delle disposizioni di cui ai primi due commi dell'art. 485 cod. civ., momento a cui si dedicheranno le pagine finali del presente scritto e che ci consentirà non solo di

---

generali del diritto civile, cit., 74. Rifiuta la configurazione dell'onere come «figura o situazione subiettiva derivante dalla norma», N. IRTI, *op. cit.*, 118 ss., il quale lo identifica con la mera necessità che sia posto un fatto corrispondente allo schema legale, ovvero come descrizione del nesso normativo di fattispecie ed effetto.

[48] Sull'idoneità del chiamato al compimento degli atti di amministrazione conservativa dell'eredità in quanto soggetto a cui il patrimonio ereditario è destinato, cfr. A. ALBANESE, *op. cit.*, 983 ss.

[49] In merito ai diversi profili caratterizzanti il contenuto della delazione ereditaria e, dunque, la posizione del chiamato all'eredità si veda U. NATOLI, voce *Chiamato alla successione*, cit., 921; A. CICU, *op. cit.*, 121 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 101 ss.; A. ALBANESE, *op. cit.*, 983 ss.



avere definitivo riscontro della non rapportabilità del previsto onere di inventario ad un'esigenza di garanzia della conservazione del patrimonio del *de cuius* e della non includibilità dello stesso entro i relativi poteri gestori del chiamato, ma anche di sciogliere conclusivamente il nodo della riferibilità del medesimo onere all'ipotesi del delato che rinunzi all'eredità entro il termine di tre mesi dall'apertura della successione o dalla sua notizia.

5. – Per dare una risposta all'interrogativo, che ha originato i dibattiti illustrati e le riflessioni che si è finora ritenuto di svolgere, ovvero al quesito circa la riferibilità dell'onere di inventario di cui al comma 1e 2 dell'art. 485 cod. civ. al chiamato che rinunzi nel termine ivi previsto, si reputa determinante prendere le mosse da una considerazione, spesso trascurata, quella per cui secondo unanime dottrina e giurisprudenza le disposizioni richiamate sono senz'altro applicabili al c.d. rinunziante tardivo, ossia a colui che provveda alla rinuncia dopo la scadenza del termine trimestrale. Comprendere le ragioni che sono alla base dell'operatività della fattispecie in discorso nell'ipotesi da ultimo indicata e, più in generale, la *ratio* che deve ritenersi giustificare la medesima fattispecie, si reputa, infatti, centrale e decisivo al fine di sciogliere il nodo della applicabilità della stessa al caso del rinunziante tempestivo.

Una delle poche spiegazioni fornite in merito al presunto *discrimen* che dovrebbe delinearsi fra l'ipotesi della rinunzia intervenuta entro i tre mesi dall'apertura della successione e quella della rinunzia effettuata successivamente a tale termine si è incentrata sulla affermazione per cui la rinuncia tardiva dovrebbe qualificarsi come inefficace «non» per la «mancata redazione dell'inventario in quanto tale», bensì per il fatto che in tal caso sarebbe «già intervenuta la fattispecie tipica di acquisto *ex lege* di cui all'art. 485 cod. civ.», fattispecie il cui realizzarsi sarebbe, invece, impedito nella diversa ipotesi di rinunzia tempestiva [50]. Una siffatta argomentazione non può ritenersi soddisfacente. Innanzitutto perché sostenere che l'inefficacia dell'atto rinunziativo compiuto oltre il trimestre non dipenda strettamente dalla mancata erezione dell'inventario rappresenta una logica fuorviante, non coerente con la necessaria considerazione che nei primi due commi dell'art. 485 cod. civ. l'acquisto *ope legis* dell'eredità è fatto conseguire al ricorrere di una serie di presupposti, fra i quali quello della mancata redazione dell'inventario entro un certo termine, elemento quest'ultimo che, dunque, non può affatto reputarsi come privo di un immediato collegamento con l'inefficacia della rinuncia tardiva, risultando determinante per il perfezionamento della fattispecie da cui quella inefficacia deriva. La seconda e decisiva ragione per cui l'esposta spiegazione, data alla differente soluzione prospettata per le due ipotesi di rinunzia, non può essere accolta consegue alla già argomentata possibilità di ritenere integrati, anche nel caso del rinunziante tempestivo, tutti i requisiti di operatività dell'acquisto automatico dell'eredità di cui alla norma in esame. Sostenendo, in particolare, come in precedenza fatto, che da un corretto inquadramento degli effetti scaturenti dalla rinuncia all'eredità discenda che il rinunziante non perde la qualifica di chiamato fino all'acquisto dell'eredità da parte dei chiamati ulteriori o fino alla prescrizione del suo diritto di accettare [51], risulta evidente come neanche un atto rinunziativo compiuto nei termini riesca, se non accompagnato da inventario e se seguito dalla prosecuzione nel possesso di beni ereditari, ad impedire il realizzarsi della fattispecie di cui al comma 2 dell'art. 485 cod. civ.

La non difficile superabilità delle predette argomentazioni è una netta riprova di come centrale debba ritenersi, ai fini della prospettazione di una valida soluzione al quesito posto e indagato nello scritto, una atten-

[50] M. CEOLIN, *op. cit.,* 869.

[51] Su tali profili problematici v. *retro*, § 2.



ta considerazione del profilo funzionale della vicenda. Imprescindibile punto di partenza, a tale scopo, è la duplice constatazione per cui le disposizioni in esame, da un lato, si incardinano su un elemento scriminante, la situazione di perdurante possesso di beni ereditari da parte del chiamato, e, dall'altro lato, in modo indiscusso impediscono, laddove nel termine trimestrale non sia redatto l'inventario, tanto una accettazione beneficiata, quanto una rinuncia successiva alla scadenza del suddetto termine. Da tali rilievi si ritiene di dover evincere che nella fattispecie considerata l'onere di inventario e la sua osservanza si raccordi essenzialmente alla possibilità per il chiamato, che sia nel possesso di beni dell'eredità, di non rispondere con i propri beni dei debiti ereditari o, appunto, attraverso una accettazione con beneficio o attraverso una rinunzia. Ritengo, in altri termini, che le disposizioni analizzate, per un determinato profilo, ovvero in un'ottica di tutela della posizione dei terzi e, principalmente, dei creditori ereditari, vadano ad accomunare la situazione dell'accettante con beneficio d'inventario e quella del rinunziante, laddove entrambi nel possesso di beni ereditari. Per quanto, infatti, le due posizioni siano chiaramente molto diverse, soprattutto dal punto di vista del chiamato all'eredità, vi è un aspetto che, entro la fattispecie di cui all'art. 485 cod. civ., le accomuna e dispiega il suo rilievo rispetto ad esigenze di tutela dei creditori del *de cuius*: entrambe le situazioni portano con sé la possibilità che un soggetto (il delato), pur essendo nel possesso di beni ereditari, non risponda dei debiti ereditari con il proprio patrimonio personale o perché accettante beneficiato o perché rinunziante, in ciò distinguendosi dalla, per questi versi diversa, posizione dell'accettante puro e semplice [52]. Di fronte ad una tale possibilità si crede che il legislatore abbia ritenuto di chiedere tanto all'uno (il chiamato possessore che voglia accettare con beneficio), quanto all'altro soggetto (il chiamato possessore che intenda rinunciare) l'erezione entro un breve termine dell'inventario allo scopo di chiarire, a garanzia dei creditori dell'eredità, la consistenza del patrimonio ereditario, evitando che il possesso promiscuo di beni (personali e del *de cuius*) da parte del chiamato crei difficoltà nella individuazione dei cespiti e renda dubbia l'entità dell'attivo ereditario. La funzione dell'inventario nella previsione di cui ai primi due commi dell'art. 485 cod. civ. si reputa, allora, vada a specificarsi nello scopo di permettere ai creditori dell'eredità di avere contezza dell'esatta configurazione del patrimonio del *de cuius* in una situazione in cui colui che "tiene" i beni ereditari "insieme" ai propri non risponderà dei debiti ereditari con il proprio patrimonio – o perché accettante beneficiato o perché rinunziante. In una siffatta chiave di lettura l'acquisto *ex lege* dell'eredità, previsto come conseguenza dell'inosservanza dell'onere di inventario, va visto come esito volto ad ovviare ai riferiti problemi di individuazione dei cespiti facenti parte dell'asse ereditario, attraverso l'automatica estensione dell'ambito dei beni aggredibili dai creditori del *de cuius* al patrimonio personale del chiamato possessore, che viene reso, in un'ottica innegabilmente sanzionatoria, erede puro e semplice.

Dalla sostenuta lettura funzionalistica deriva, da un lato, la possibilità di distinguere gli scopi sottesi alle disposizioni di cui ai primi due commi dell'art. 485 cod. civ. da quelli cui è preordinata la norma di cui all'art. 527 c.c., essendo evidente come diversamente si atteggi il rischio di sottrazioni ed occultamenti di beni ereditari da parte del chiamato possessore rispetto a quello di non chiara individuazione da parte dei creditori del *de cuius* dei cespiti dell'eredità a causa del possesso promiscuo di beni da parte del primo soggetto [53], dall'altro lato, la necessità di rilevare come l'onere di inventario nella fattispecie in discorso non possa rite-

[52] Non si reputa, dunque, una singolarità che il chiamato in possesso di beni ereditari che voglia accettare puramente e semplicemente non sia tenuto ad alcun inventario, mentre il rinunciante possessore lo sia, come, invece, ritenuto da G. SICCHIERO, *Serve davvero l'inventario per rinunciare all'eredità?*, cit., 45.

[53] La situazione fattuale alla base della fattispecie di cui all'art. 485 cod. civ. è rappresentata dal semplice possesso promiscuo di beni personali e dell'eredità da parte del chiamato, senza bisogno che ci si spinga a prospettare occultamenti o sottrazioni di beni del *de cuius* da parte di tale soggetto.



nersi finalizzato a tutelare unicamente l'interesse del chiamato a conseguire il beneficio della separazione dei patrimoni, con conseguente inutilità dello stesso nel caso di rinunzia [54]. La previsione normativa in esame, infatti, come poc'anzi argomentato, collegando, per ragioni di tutela dei terzi, soprattutto dei creditori ereditari, il suddetto onere non solo alla possibilità di accettazione beneficiata, ma anche alla facoltà di rinuncia all'eredità, si palesa quale norma almeno parzialmente estranea al beneficio d'inventario e, dunque, non esclusivamente riconducibile ad istanze di tutela del delato, se non del tutto avulsa da siffatte ultime istanze, come la logica rinvenuta alla base di essa si ritiene dovrebbe portare a ritenere [55].

Ancora, la medesima sostenuta lettura funzionalistica delle disposizioni di cui ai primi due commi dell'art. 485 cod. civ. consente di confermare ed ulteriormente avvalorare la non includibilità dell'inventario in esse previsto nell'ambito dei poteri di amministrazione conservativa spettanti al chiamato all'eredità [56]. Chiaramente diverso risulta, infatti, il fondamento causale della previsione di tali poteri da quello dell'imposizione dell'inventario in capo al chiamato possessore. Se la *ratio* di quest'ultima imposizione è quella di rispondere ad un'esigenza di chiarezza nella configurazione della consistenza del patrimonio ereditario, evitando difficoltà per i creditori del *de cuius* nella individuazione dei cespiti su cui rivalersi in una situazione di promiscuità nel possesso di beni personali ed ereditari da parte del chiamato, ad essa evidentemente non sovrapponibile è l'esigenza, alla base dell'affidamento al delato della gestione conservativa dell'eredità, di garantire la manutenzione del patrimonio ereditario, esigenza quest'ultima raccordata innanzitutto all'interesse dello stesso delato (oltre che a quello dei creditori e degli ulteriori chiamati) rispetto al suo possibile futuro acquisto della qualità di erede. Ne risulta, dunque, ribadita la non rapportabilità dell'inventario di cui all'art. 485 cod. civ. alla logica propria dei poteri amministrativi di cui agli artt. 460 e 486 c.c., con conseguente non giustificabilità del venir meno del relativo onere, in caso di rinunzia all'eredità, alla luce della cessazione, in tale ipotesi, dei suddetti poteri [57].

La *ratio* che si è ritenuto di dover rinvenire nella previsione volta ad imporre l'onere di inventario al chiamato in possesso di beni ereditari e le sottese esposte esigenze di tutela ci consentono, a questo punto, di sciogliere il nodo problematico alla cui risoluzione si è preordinato il discorso e le riflessioni svolte nel presente scritto, rispondendo all'interrogativo se tale *ratio* e tali esigenze possano essere rapportate alla situazione del chiamato che rinunzi all'eredità non solo oltre, bensì anche entro i tre mesi dall'apertura della successione o dalla notizia della sua devoluzione, permanendo tuttavia nel possesso di beni ereditari. Sostenuta, sulla base della compiuta indagine sulla posizione del rinunziante rispetto alla delazione, la possibilità di ritenere ricorrenti, anche nel caso di rinunzia tempestiva, tutti i presupposti di operatività della fattispecie di cui al comma 1 e 2 dell'art. 485 cod. civ., inclusa la qualifica di "chiamato" in capo al medesimo rinunziante, si reputa di poter affermare che l'individuata finalità dell'inventario ivi previsto di definire chiaramente il patrimonio ereditario, per tutelare i creditori dello stesso rispetto ad una situazione di possesso promiscuo di beni personali e del *de cuius* da parte del delato, venga a spiegare tutta la propria pertinenza anche nell'ipotesi in cui la rinunzia all'eredità intervenga nel breve termine indicato. Di conseguenza anche una siffatta ri-

[54] In tal senso si è espresso G. SICCHIERO, *Serve davvero l'inventario per rinunciare all'eredità?*, cit., 45; ID., *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari*, cit., 515 ss.

[55] In merito alla necessità di non confondere l'istituto dell'inventario con il beneficio conseguente alla relativa accettazione, mantenendo ferma, viceversa, la rispettiva autonomia, v. *retro*, § 3.

[56] Considera l'inventario di cui all'art. 485 cod. civ. espressione dei poteri di gestione conservativa dell'eredità attribuiti al chiamato E. BILOTTI, *op. cit.,* 909 ss.

[57] In merito alle ulteriori argomentazioni che si è ritenuto di porre alla base della non includibilità dell'onere di inventario posto in capo al chiamato possessore entro i poteri di gestione conservativa dell'eredità del delato, v. *retro*, § 4.



nunzia, in mancanza di tempestiva erezione di inventario, dovrà ritenersi inefficace, potendo tale inefficacia giustificarsi, come già sostenuto, in virtù della rapportabilità della fattispecie di acquisto *ex lege* dell'eredità di cui al comma 2 dell'art. 485 cod. civ. al meccanismo di operatività di una condizione risolutiva legale [58]. La norma di cui ai primi due commi dell'articolo richiamato, per i profili funzionali ad essa sottesi, si reputa rappresentare, in definitiva, un generale ostacolo all'ammissibilità di rinunzie all'eredità da parte di chiamati nel possesso di beni ereditari non accompagnate da una puntuale formazione dell'inventario, senza che in tal modo possa paventarsi il rischio dell'introduzione ad opera della giurisprudenza «di una fattispecie non prevista dall'ordinamento: la rinuncia con inventario» [59], trattandosi, viceversa, di ipotesi di rinunzia improduttiva di effetti per il compiersi «di una fattispecie prevista dall'ordinamento: l'acquisto *ope legis* dell'eredità di cui al comma 2 dell'art. 485 cod. civ.».

[58] Sul punto v. *retro*, § 2.

[59] Rischio paventato da M. CEOLIN, *op. cit.*, 869.

JUS CIVILE



LUCA MANDRIOLI

Professore a contratto – Università di Modena e Reggio Emilia

L'ACCETTAZIONE BENEFICIATA DEL MINORE: PROFILI PROBLEMATICI

SOMMARIO: *1. Il minore che succede: aspetti introduttivi. – 2. L'inerzia del legale rappresentante e la nomina del curatore speciale. – 3. La sospensione della prescrizione di cui all'art. 2942, n. 1), cod. civ. – 4. L'accettazione beneficiata e il suo difficile inquadramento: la critica alla tesi del negozio complesso. – 5. La dichiarazione solenne di cui all'art. 484 cod. civ. quale unico elemento costitutivo dell'accettazione beneficiata. – 6. La decadenza dalla responsabilità limitata in ipotesi di mancata redazione dell'inventario. – 7. I riflessi giuri-dici della costruzione dogmatica elaborata. – 8. Spunti ricostruttivi per una nuova interpretazione dell'art. 489 cod. civ.*

1. – Pur nella consapevolezza che in materia successoria la produzione scientifica è assai vasta, trattandosi di un àmbito che, sin dall'antichità, ha occupato gli sforzi profusi dagli studiosi del diritto civile, il fenomeno del subentro nei diritti e negli obblighi che facevano capo al *de cuius*, quando chiamato all'eredità è un minore, si presenta ancora oggi caratterizzato da profili di problematicità non del tutto sopiti.

La ragione principale va individuata nella circostanza che il soggetto in questione non è destinatario di *effetti successori comuni*. La sua incapacità legale di agire è foriera di non poche deviazioni dalle regole generali che l'ordinamento ha dettato quando a succedere è, invece, una persona che ha raggiunto la maggiore età. Pur potendo il minore essere titolare di diritti e obblighi, al medesimo non è riconosciuta la capacità di manifestare in modo diretto e autonomo la propria volontà di acquisire ed esercitare i primi e, al tempo stesso, di assumere i secondi ovvero di rinunciare a subentrare nei rapporti giuridici, sia attivi che passivi, che facevano capo al *de cuius*. Mentre le norme che disciplinano gli *effetti successori ordinari* sono destinate a regolamentare vicende dominate dall'intento egoistico dei privati, allorquando si sia al cospetto di un incapace a questo quadro si aggiungono disposizioni che coinvolgono interessi ritenuti dal legislatore di natura superiore, in quanto collegati a taluni aspetti del diritto di famiglia, volte a proteggere il minore da rischi e conseguenze pregiudizievoli sotto il profilo sia patrimoniale che personale.

Infatti, poiché l'erede subentra non solo nella titolarità di beni e diritti del defunto ma anche nell'obbligo di soddisfare i debiti e i vincoli ereditari, sul presupposto che questi ultimi possano anche superare il valore dei primi, il legislatore ha nel tempo avvertito sempre più la necessità di tutelare il chiamato all'eredità sprovvisto di capacità di agire. Ciò, evidentemente, con il proposito di evitare gli impatti negativi sulla situazione patrimoniale di quest'ultimo, dovendo tuttavia contemperare questa esigenza con quella di non compromettere eccessivamente le ragioni dei creditori dell'eredità e di quelli personali del minore stesso.

Sebbene gli artt. 471, 484 e 489 cod. civ. – quali precetti centrali che sovraintendono il diritto ereditario quando a succedere è un minore – abbiano da tempo costituito oggetto di un rigoroso esame scientifico ad



opera della letteratura, che si è occupata dello studio delle norme e dei principi generali in tema di successione dell'incapace, oltre che della giurisprudenza, sempre attenta alle esigenze pratiche del diritto vivente e ai casi particolari che coinvolgono i giudizi, a chi scrive è parso utile tornare sull'argomento al fine di affrontare, sotto una diversa angolatura, talune tra le questioni più delicate che si pongono allorché il minore succede nella posizione del *de cuius*.

Nello specifico, il contributo in rassegna – senza tralasciare il peculiare caso in cui il legale rappresentante sia assente oppure in conflitto di interessi – si concentra *funditus* sul beneficio d'inventario e i suoi effetti. Particolare attenzione verrà dedicata alle problematiche più rilevanti che l'applicazione delle norme del Codice civile in tema di obbligata accettazione beneficiata da parte del minore determina con riguardo alla sorte dei diritti di quest'ultimo nel caso in cui il legale rappresentante ometta di effettuare la dichiarazione solenne di accettazione beneficiata ovvero di redigere successivamente l'inventario.

2. – È noto che sia l'accettazione ereditaria [1] che la rinuncia [2] sono attribuite *ex* art. 320 cod. civ., fino al compimento della maggiore età del minore o all'emancipazione, ai genitori, titolari in maniera congiunta della responsabilità genitoriale [3], oppure al singolo genitore che la esercita in maniera esclusiva. In particolare l'accettazione e la rinuncia a eredità e legati rientrano tra quegli atti di straordinaria amministrazione che i

[1] Che, in termini generali, si estrinseca in un atto negoziale unilaterale *inter vivos*, espresso o tacito, personale, tramite il quale il chiamato acquista irrevocabilmente l'eredità che gli spetta per legge o per testamento, divenendo erede del defunto in quanto suo successore universale, in modo puro e semplice oppure con beneficio d'inventario. Per una generale rassegna sull'argomento v., *ex plurimis*, A. BURDESE, *Successione*, in *Enc. giur*., XXXV, 1993, 6; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia – Le successioni*, Giuffrè, 1981, 391 ss.; G. STOLFI, *A proposito della revoca di atti giuridici*, in *Dir. fall*., 1976, II, 624 ss.; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*[5], Cedam, 1969, 57 ss. nonché 73 ss., ove ulteriori rinvii ai quali si rimanda; A. CICU, *Successioni per causa di morte, Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*[2], in *Trattato di diritto civile e commerciale,* diretto da A. CICU, F. MESSINEO, XLII, Giuffrè, 1961, 164 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, *Parte generale*, con introduzione di S. Delle Monache, riproduzione anastatica dell'edizione del 1977, Edizioni Scientifiche, 2011, 439 ss.; P. PAJARDI, *Riflessioni e appunti sul sistema dei modi di accettazione dell'eredità*, in *Riv. dir. civ*., 1959, 79.

Ha escluso che l'accettazione abbia natura di negozio contrattuale G. AZZARITI, *L'accettazione dell'eredità*, in *Trattato Rescigno*, 5. Successioni, Tomo primo, UTET, 1982, 112, il quale ha fondato tale convincimento sul carattere non recettizio della dichiarazione, che è produttiva di effetti anche in assenza dell'incontro con un'altra volontà.

[2] La quale si sostanzia nel negozio unilaterale con cui il chiamato rifiuta – nella forma di cui all'art. 519, comma 1, cod. civ. – di acquisire l'eredità prima di averla accettata. Su tale concetto cfr., fra i tanti, A. CICU, *Successioni*, cit., 208 ss.; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni* cit., 122 ss., ove ulteriori rimandi ai quali si rinvia; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 409 ss.; G. AZZARITI, *L'accettazione*, cit., 165 ss.; A. BURDESE, *Successione*, cit., 9 ss.; A. PALAZZO, *Le successioni*, *I, Disposizioni generali*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, UTET, 2000, 217 ss.

[3] Il d.lgs. n. 154/2013, riscrivendo gli artt. 316 e ss. cod. civ., ha introdotto, in luogo della potestà, la responsabilità dei genitori finalizzata a proteggere, educare e istruire il figlio minore non emancipato, curandone anche gli interessi patrimoniali, in ragione della sua incapacità di agire. Sul tema v. A. TORRONI, *L'evoluto concetto di responsabilità genitoriale: poteri gestionali e ruolo del giudice tutelare*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, *passim*; A. SPATUZZI, *Il conflitto di interessi nella responsabilità genitoriale*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 1496 ss.; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*[5], Cedam, 2013, 242, il quale ha affermato che la potestà genitoriale si concretizza nella responsabilità dei genitori nei confronti dei figli con specifico riferimento all'istruzione, protezione, mantenimento e tutela della salute, della sicurezza e della moralità in vista dell'acquisizione di una completa autonomia.

In precedenza, già a seguito della ormai risalente riforma del diritto di famiglia operata dalla l. 19 maggio 1975, n. 151, la dottrina aveva posto l'accento sulla potestà genitoriale intesa come coacervo di diritti e doveri sussistenti tra genitori e figli. Si fa riferimento, *ex plurimis*, alle considerazioni di G. CAMPESE, *Il giudice tutelare e la protezione dei soggetti deboli*, Giuffrè, 2008, 43 ss.; nonché ancor prima a quelle di F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 57, il quale aveva osservato l'incrinatura del dogma della soggezione del minore alla potestà genitoriale a favore, piuttosto, di un rapporto tra doveri e diritti reciproci.



genitori non possono porre in essere se non per necessità o utilità evidente del figlio subordinatamente all'autorizzazione del giudice tutelare [4], dovendosi considerare l'interesse del minore il *faro* che orienta la decisione circa gli atti da compiere [5] ed essendo del pari indubitabile che detti atti finiscono per riflettersi sulla composizione e, pertanto, sul valore del patrimonio dell'incapace [6].

Per tale ragione, sebbene – come si affronterà meglio nel prosieguo [7] – l'ordinamento giuridico preveda il vincolo dell'accettazione con beneficio di inventario in caso di chiamato all'eredità che sia minore d'età, con riguardo alla figura dei genitori che rappresentano il figlio non maggiorenne l'art. 320, comma 3, cod. civ. dispone comunque che il ricorso all'autorizzazione da parte del giudice tutelare sia obbligatorio, tanto laddove si volesse rinunziare all'eredità quanto in ipotesi di accettazione.

Purtuttavia, il legale rappresentante del minore potrebbe rimanere inerte rispetto al compimento di uno dei suddetti atti, ovverosia restare in uno stato di inazione e inoperosità, sia essa volontaria o meno. Nel diritto l'inerzia esprime un concetto negativo di indifferenza, disinteresse e passività, concretantesi in un difetto di tutela del proprio diritto [8] o di quello del rappresentato, la quale si sostanzia in un comportamento giuridico permanente che consiste nel non esercizio della posizione soggettiva attiva che, se protratto per un certo tempo, ne determina l'estinzione [9]. La dottrina ha pure precisato come essa acquisisca rilevanza per l'ordinamento qualora assuma i caratteri di un oggettivo contegno concludente nei confronti dei terzi che ragionevolmente vi fanno affidamento piuttosto che in virtù di una volontà interna al soggetto [10]. Ebbene, ciò detto,

---

[4] A tal proposito la Suprema Corte – v. Cass., 17 marzo 1990, n. 2235, in *Vita not*., 1990, 648; nonché Cass., 15 febbraio 1969, n. 541, in *Giust. civ*., 1969, 581 – ha statuito che detta autorizzazione è elemento costitutivo dell'atto di straordinaria amministrazione posto in essere dal legale rappresentante del minore, pertanto la stessa deve già essere stata emanata quando l'atto negoziale viene concluso.

In argomento occorre inoltre considerare che, con riguardo al ruolo del notaio negli atti del minore che interviene tramite il proprio legale rappresentante, l'art. 54 del r.d. 10 settembre 1914, n. 1326 (con cui è stato approvato il regolamento per l'esecuzione della l. 16 febbraio 1913, n. 89 riguardante l'ordinamento del notariato e degli archivi notarili) stabilisce che il notaio non può rogare contratti nei quali intervengano persone che non siano assistite o autorizzate nel modo che è espressamente previsto *ex lege*, affinché esse possano in nome proprio o in quello dei loro rappresentanti obbligarsi giuridicamente. Per completezza, si segnala che l'art. 21 d.lgs. 149/2022 (c.d. Riforma Cartabia) ha affidato al notaio una competenza concorrente con quella dell'Autorità giudiziaria – in quanto a quest'ultima restano riservate in via esclusiva le autorizzazioni per promuovere, rinunciare, transigere o compromettere in arbitri giudizi, nonché per sancire la continuazione dell'impresa commerciale – a rilasciare autorizzazioni per la stipula di atti pubblici e scritture private autenticate nelle quali interviene un minore ovvero aventi a oggetto beni ereditari. Il notaio, per di più, deve comunicare l'autorizzazione, anche al fine di assolvere le formalità pubblicitarie, alla cancelleria del tribunale che sarebbe stato competente al rilascio della medesima, nonché al Pubblico Ministero presso lo stesso foro e altresì alla parte istante ai fini della proposizione del reclamo (in tal senso, per quest'ultima comunicazione, v. E. Fabiani, L. Piccolo, *L'autorizzazione notarile nella riforma della volontaria giurisdizione*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, 2023, 57 s., i quali ritengono altresì che in caso di procedimenti in cui vi siano parti ulteriori oltre all'istante, l'autorizzazione dovrà essere notificata a costoro a cura del notaio parimenti per far decorrere il termine per promuovere l'eventuale giudizio di reclamo). L'atto autorizzativo reso dal notaio acquista efficacia dopo che sono decorsi venti giorni dalle citate notificazioni e comunicazioni senza che sia stato proposto il reclamo. Nondimeno, l'atto notarile può essere in ogni tempo modificato o revocato dal giudice tutelare, fatti comunque salvi i diritti dei terzi acquisiti in buona fede in forza di convenzioni anteriori alla modifica o alla revoca.

[5] Queste le parole di A. Torroni, *L'evoluto concetto*, cit., 1887.

[6] Così G. Campese, *Il giudice*, cit., 78.

[7] V. paragrafo 4.

[8] Con riguardo a tale nozione, N. Irti, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Jovene, 1973, 89, l'ha identificata nella scelta del singolo di «non agire, lasciando deluso l'interesse al risultato pratico del negozio».

[9] Cfr. B. Grasso, *Prescrizione (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., XXXV, Giuffrè, 1986, 63.

[10] V. in argomento E. Giusiana, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 426, il quale ha distinto tra *volontà a contenuto negativo* e *assenza di volontà tout court*, ove la prima si concretizza in particolare nella *volontà di non agire*; R. Ferrucci, *Prescrizione estintiva (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, XIII, 1966, 645, che ha osservato come il vigente Codice civile, perché si verifichi l'estinzione, richiede il mero "«non esercizio» del diritto", così di fatto escludendo che l'inerzia sia configurabile come una volizione



nulla conduce a escludere che il legale rappresentante del minore possa tenere una condotta concludentemente inattiva [11] sia rispetto alla rinuncia alla eredità per conto del minore sia con riguardo alla accettazione con beneficio d'inventario, non procedendo in quest'ultima circostanza a instare il giudice tutelare ai fini dell'autorizzazione oppure non compiendo l'atto, una volta ottenuto il provvedimento autorizzativo, lasciando così scorrere il termine decennale di prescrizione.

Nonostante i molteplici e articolati scenari possibili, il legislatore, tramite l'art. 321 cod. civ., ha dedicato all'inerzia un'unica disposizione, prevedendo che, qualora il genitore *non possa* o *non voglia* compiere uno o più atti di interesse del figlio eccedenti l'ordinaria amministrazione [12], il rimedio esperibile consiste nella nomina di un curatore speciale, da parte del giudice tutelare, su istanza del figlio stesso, del Pubblico Ministero o di uno dei parenti del minore.

Sennonché tale norma non appare pienamente soddisfacente in termini di tutela dell'incapace. Al riguardo è, infatti, alquanto inverosimile ipotizzare che lo stesso minore, soprattutto se infante o fanciullo, riesca a verificare l'inerzia del proprio rappresentante legale e di conseguenza adisca il giudice tutelare ai fini della nomina del curatore speciale, così come pare poco probabile che vi provveda, se non appositamente compulsato, il Pubblico Ministero [13] o un parente del soggetto da tutelare, sempre che quest'ultimo vi sia e intenda intervenire oltre che la situazione gli sia nota. Per di più, qualora effettivamente ad agire fosse il minore, non ci si potrebbe esimere dall'interrogarsi su come questi possa conferire valida procura a un difensore ai fini della rappresentanza in giudizio in assenza di capacità di agire. Né aiuta a risolvere il dubbio che ci si è posti la formulazione letterale del precetto in esame il quale nello specificare – in luogo della formula tecnica «ricorso» – che la nomina del curatore speciale avviene «su richiesta» del figlio, si preoccupa di disciplinare esclusivamente il soggetto legittimato e non la sussistenza o meno dei suoi poteri per porre in essere il suddetto atto prodromico all'introduzione del procedimento di volontaria giurisdizione.

La risposta, tuttavia, potrebbe rinvenirsi sostenendo che laddove la legge – al pari di quanto dispone l'art. 321 cod. civ. – abbia conferito al minore un siffatto potere, la medesima ha inteso derogare alla regola gene-

---

di contenuto negativo. Ad avviso di A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Jovene, 1971, 30, affinché l'istituto in commento sia valutabile come un fatto giuridico collegato alla prescrizione, lo stesso deve corrispondere a un «comportamento omissivo del titolare della situazione giuridica attiva». Secondo G. PANZA, *Giudicato possessorio ed inerzia oltreannale del titolare dell'actio iudicati*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, II, 1181, l'inerzia – nel caso preso in esame dall'Autore in relazione al titolare dell'azione esecutiva – si sostanzia in un *comportamento abdicativo* concludente.

A giudizio di B. GRASSO, *Prescrizione (dir. priv.)*, cit., 63 in nt. 37, al quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici, anche se l'inerzia non è equiparabile a una manifestazione di volontà, occorre riconoscere importanza agli impedimenti di fatto nella valutazione del mancato esercizio del diritto come validi ai fini della prescrizione, in quanto essi sono determinati dall'esigenza che la concludenza del comportamento omissivo sia valutata in termini di effettiva idoneità a generare nei terzi un ragionevole affidamento.

[11] Occorre non dimenticare che una ingiustificata inerzia del rappresentante legale del minore può legittimare a suo carico un'azione per risarcimento dei danni. Sull'argomento si rinvia a G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, *art. 456-535*, in *Commentario teorico-pratico al codive civile*, diretto da V. DE MARTINO, *Libro II – Delle successioni*, Edizioni Pem, 1973, 189, il quale ha affrontato la tematica con riguardo ai legali rappresentanti delle persone giuridiche.

[12] Ad avviso di G. CAMPESE, *Il giudice*, cit., 110 in testo e in nt. 151, l'impossibilità del compimento dell'atto può essere di tipo materiale o giuridico oppure può essere generata da un rifiuto non giustificato o da inattività di entrambi i genitori o di quello che è responsabile in via esclusiva della potestà.

[13] Assai remota è pure la possibilità che siano i servizi sociali a segnalare una simile situazione al Pubblico Ministero, sempre che la condotta omissiva *de qua* da parte del genitore non rientri in – o, meglio, si aggiunga a – una più ampia e peculiare fattispecie disciplinata dalla legge, considerando che i casi per i quali il nostro ordinamento ne prevede l'obbligatorietà riguardano, *inter alia*, la situazione di abbandono del minore ai fini della eventuale dichiarazione del suo stato di adottabilità, l'esercizio della prostituzione, ecc., mentre la segnalazione riveste carattere di opportunità allorquando vi sia un pregiudizio, attuale o potenziale, a carico di un minore, che non viene rimosso dando seguito alle proposte del servizio sociale, fermo restando che la posizione del minore sia da esso seguita.



rale della capacità di agire da parte dell'interessato al fine di compiere atti che sono il presupposto di determinati effetti giuridici che l'ordinamento stesso prevede.

A corroborare tale approdo è utile ricordare che la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 25 gennaio 1996, ratificata anche dall'Italia, stabilisce nell'art. 4 il diritto del minore di chiedere la nomina di un rappresentante speciale, tanto – lo si sottolinea – personalmente quanto tramite altre persone od organi, nei procedimenti che lo riguardano dinanzi all'autorità giudiziaria allorquando il diritto interno priva i detentori delle responsabilità genitoriali della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto di interessi, fermo restando che gli Stati aderenti possono prevederne l'applicazione ai soli minori che in base al diritto interno abbiano una sufficiente capacità di discernimento.

In considerazione di tutto ciò, non si ritiene così remota la possibilità che si crei una situazione nella quale effettivamente il minore finisca per restare semplicemente chiamato all'eredità, e, solo una volta divenuto maggiorenne, decida infine se accettare o rifiutare, sempre che nel frattempo non sia spirato il termine di prescrizione, decorso il quale si assisterebbe invece all'estinzione *tout court* del diritto all'eredità del medesimo. Quanto sopra prospettato potrebbe, per esempio, accadere qualora il minore, alla data di apertura della successione, non abbia una età superiore agli otto anni e il suo legale rappresentante né accetta né rinuncia, impedendo che il predetto possa esercitare i propri diritti allorquando diciottenne.

Nel caso in cui, invece, sia nominato il curatore speciale – a cui compete, ferma restando l'autorizzazione del giudice tutelare *ex* art. 320, comma 3, cod. civ., il compito di accettare o rifiutare l'eredità per conto del minore – un'eventuale criticità si porrebbe se la designazione di tale organo venisse impugnata o revocata [14] e nel frattempo il medesimo volesse porre in essere l'accettazione ovvero la rinuncia all'eredità o ciò fosse già avvenuto.

Una problematica del tutto simile emerge allorquando il curatore speciale sia stato nominato – in forza dell'art. 320, comma 6, cod. civ. – a causa di un conflitto in ragione di contrapposti interessi patrimoniali e personali tra i minori soggetti alla medesima responsabilità genitoriale, oppure tra i minori e i genitori o il genitore che esercita in via esclusiva il predetto potere [15], dovendosi tuttavia ritenere che detta contrapposizione non sussista qualora l'atto da porre in essere sia a vantaggio tanto dei genitori quanto del minore [16].

In ciascuna delle suddette ipotesi è doveroso interrogarsi se sia possibile per il curatore compiere l'atto e, nell'evenienza in cui esso venga nel frattempo posto in essere, se il medesimo conservi la propria efficacia alla luce dell'accoglimento del ricorso con conseguente avvicendamento del curatore stesso. Del pari il dubbio testé esposto sorge altresì nel caso in cui la nomina del curatore, avvenuta in sostituzione del legale rappresentante in forza di un asserito conflitto di interessi, sia riformata a seguito di gravame.

La risposta a detti quesiti non può che prendere avvio dalla natura del provvedimento di nomina. Come

---

[14] Con riferimento a quest'ultimo aspetto cfr. A. SPATUZZI, *Il conflitto*, cit., 1505, il quale ha precisato che i genitori del minore possono pretendere la revoca del curatore speciale qualora egli rimanga inerte o sia inetto rispetto alla funzione affidatagli. Conf., sulla possibile istanza di revoca da parte dei genitori a cui compete il controllo sull'operato del curatore, A. DE ROSA, *La tutela degli incapaci*, *I. Patria potestà*, Giuffrè, 1962, 238.

[15] Qualora, invece, il contrasto sorga tra il minore e uno solo dei genitori che esercitano la responsabilità genitoriale, la rappresentanza spetta, a norma di legge, esclusivamente all'altro genitore.

[16] Così G. CAMPESE, *Il giudice*, cit., 103 ss.

In relazione al disposto dell'art. 320, comma 6, cod. civ., v. altresì F.D. BUSNELLI, *Capacità*, cit., 68; A. SPATUZZI, *Il conflitto*, cit., 1497 ss.



noto, l'individuazione del curatore speciale avviene tramite decreto e ha natura di atto di volontaria giurisdizione, reclamabile ai sensi dell'art. 739 cod. proc. civ. [17], ma non è soggetto a ricorso *ex* art. 111 Cost., poiché non decisorio né definitivo [18].

Tuttavia, è evidente come le questioni in esame si pongano esclusivamente qualora, in forza di quanto disposto dall'art. 741, comma 2, cod. proc. civ., il giudice tutelare, nel provvedimento di nomina e in quello autorizzativo, contestuale oppure successivo al primo, abbia statuito che i medesimi siano immediatamente efficaci una volta riscontrate evidenti ragioni di urgenza, posto che, in difetto, gli stessi produrrebbero effetti solo quando fossero decorsi i termini per proporre reclamo. In una siffatta circostanza si dovrebbe, quindi, ritenere che l'atto negoziale di accettazione così come quello di rinuncia dell'eredità sopravvivano all'eventuale accoglimento del gravame e alla consequenziale nomina di un nuovo curatore in sostituzione del precedente oltre che in ipotesi di vittorioso esito del reclamo avverso il provvedimento *ex* art. 320 cod. civ., dovendosi per l'appunto ricorrere al generale principio di stabilità degli atti autorizzati e immediatamente efficaci riconosciuto anche dalla giurisprudenza [19].

Qualora invece oggetto di gravame fosse esclusivamente il provvedimento di nomina del curatore speciale, a maggior ragione il predetto atto negoziale non potrà che spiegare effetti, in quanto proveniente dal provvedimento assunto ai sensi dell'art. 320, comma 3, cod. civ., essendo la manifestazione di volontà del curatore speciale esclusivamente lo strumento per riflettere nella sfera del minore il contenuto autorizzatorio del decreto del giudice tutelare che ha accertato le necessità o le utilità evidenti per il figlio.

Alle stesse conclusioni testé raggiunte si dovrebbe approdare in ipotesi di modifica del decreto o di revoca del medesimo *ex* art. 742 cod. proc. civ. Milita a favore di una siffatta deduzione l'ulteriore previsione di cui all'ultima parte di detto precetto laddove, nel fare salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modificazione o alla revoca, finisce per accogliere sostanzialmente il principio di conservazione degli atti precedentemente compiuti.

3. – Prima di addentrarci nel cuore del presente contributo, al fine di completare la disamina degli accadimenti che, oltre all'inerzia, possono palesarsi nel rapporto tra il minore e il suo legale rappresentante, è uti-

[17] Peraltro, in base all'art. 45 disp. att. cod. civ., la competenza a decidere dei reclami avverso i decreti del giudice tutelare spetta al tribunale ordinario quando si tratta dei provvedimenti indicati negli artt. 320 e 321 cod. civ. Per completezza, si segnala che, a seguito della Riforma Cartabia, nel Libro II del Codice di procedura civile, dopo il Titolo IV è stato inserito il Titolo IV-*bis*, recante "Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie", tra le quali figura in particolare l'art. 473-*bis* 8 cod. proc. civ. dedicato al curatore speciale del minore, secondo cui tale ultimo organo viene nominato anche d'ufficio e a pena di nullità degli atti del procedimento in una serie di scenari, tra i quali compaiono quelli in cui il Pubblico Ministero abbia chiesto la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, o in cui uno di questi l'abbia chiesta dell'altro. Del pari, in ogni caso il giudice può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore.

[18] Cfr., con riguardo alla generale nomina del curatore speciale nei vari procedimenti disciplinati dal Codice civile, Cass., sez. un., 24 marzo 1971, n. 828, in *Giust. civ.*, 1971, 444; Cass., 7 giugno 1974, n. 1693, in *Giust. civ. Mass.*, 1974, 764; Cass., 29 gennaio 1982, n. 570, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 204; Cass., 21 novembre 1983, n. 6943, in *Giust. civ. Mass.*, 1983; Cass., 25 novembre 1998, n. 11947, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2452; Cass., 4 novembre 2015, n. 22566, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.

[19] Cfr., in sede di legittimità, Cass., 25 luglio 2018, n. 19779, in *Banche Dati Dejure,* la quale ha statuito che la necessità di stabilità delle decisioni si manifesta in modo intenso nelle controversie che riguardano l'interesse prioritario dei minori. In sede di merito v., con particolare riferimento agli artt. 739 e 741 cod. proc. civ., Trib. Treviso, 19 gennaio 2017, in *www.fallimentiesocieta.it*, ove la Corte ha affermato la sussistenza di «precetti di carattere speciale che privilegiano la conservazione e la stabilità del provvedimento impugnato sino alla definizione del processo con decisione passata in giudicato».



le soffermarsi brevemente anche sugli eventi in grado di incidere sul decorso del termine di prescrizione del diritto di accettare l'eredità da parte del minore stesso.

In materia successoria opera l'art. 480 cod. civ., secondo cui, in relazione al diritto di accettare l'eredità, il termine prescrizionale è quello ordinario decennale *ex* art. 2946 cod. civ. Di regola, esso decorre dal giorno dell'apertura della successione, che coincide, ai sensi dell'art. 456 cod. civ., con il momento della morte del *de cuius*, nel luogo dell'ultimo domicilio del medesimo, oppure, in caso di istituzione condizionale, dal giorno in cui si verifica la condizione. Una volta che il diritto di accettare l'eredità si è prescritto, il chiamato non può più diventare erede di fronte ai terzi, agli eventuali coeredi o chiamati all'eredità, con evidenti effetti e ripercussioni nei confronti di essi oltre che dello Stato [20], essendo questi l'ultimo dei successori legittimi a cui sono devolute in modalità beneficiata, ai sensi degli artt. 565 e 586 cod. civ., le eredità vacanti in assenza di altri successibili.

Sennonché la prescrizione è disciplinata in maniera particolare con riferimento alla situazione del minore non emancipato che si trovi privo di legale rappresentante [21], ad esempio, per decesso o interdizione di quest'ultimo.

Difatti, l'art. 2942, n. 1), cod. civ. stabilisce che per i minori si attua la sospensione della prescrizione non solo per il periodo in cui sono privi di un legale rappresentante ma, altresì, per i sei mesi successivi alla nomina di un nuovo soggetto incaricato, qual è il tutore designato ai sensi degli artt. 346 ss. cod. civ. È, questo, il caso in cui il minore sia orfano di entrambi i genitori oppure, benché viventi, essi non possano o non siano in grado di averne cura e di esercitare la vigilanza su di lui, nonché di amministrare i suoi beni [22]. In aggiunta a detta fattispecie, la norma in esame prevede che la sospensione della prescrizione operi anche nei sei mesi che seguono la cessazione dell'incapacità del minore nel frattempo divenuto maggiorenne [23]. Ciò è, infatti, quanto si ricava dal dato letterale della norma che, nell'utilizzare la congiunzione disgiuntiva «o» tra l'evento della nomina e quello della cessazione dell'incapacità, esprime l'intento del legislatore di voler far decorrere il semestre *de quo* anche nella fattispecie della cessazione della causa di incapacità. Tale interpretazione è altresì corroborata dalla circostanza che, come poc'anzi accennato, al minore, privo di legale rappresentante e divenuto maggiorenne, è concesso il tempo necessario per assumere le proprie autonome determinazioni dopo aver acquisito un quadro cognitivo della vicenda che lo ha investito. Decorso anche tale ultimo periodo semestrale, il termine di prescrizione decennale riprenderà pertanto a decorrere [24] e nel calco-

---

[20] Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, cit., 546. Trattasi difatti di prescrizione estintiva: v. in merito, F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni*, *cit*., 70.

Con specifico riguardo alla posizione dello Stato quale chiamato all'eredità in ultimo grado v. pure A. BURDESE, *Successione*, cit., 3.

[21] Che l'assenza di quest'ultimo per il minore costituisca una situazione connotata da forte criticità, anche in materia successoria, è suffragato pure dalla circostanza che, se fra gli eredi vi sono incapaci privi di rappresentante, è possibile procedere all'apposizione dei sigilli sui beni che costituiscono l'eredità su richiesta del Pubblico Ministero oppure d'ufficio *ex* art. 754, comma 1, n. 2), cod. proc. civ. e non può aversene la rimozione se non dopo che al minore sia stato nominato un tutore o un curatore speciale ai sensi dell'art. 762, comma 2, cod. proc. civ. Cfr., in argomento, L.B. D'ESPINOSA, *Apertura delle successioni*, in *Enc. dir*., II, Giuffrè, 1958, 592 s.

[22] Sul ruolo del tutore nell'accettazione e nella rinuncia dell'eredità del minore tutelato v., fra i tanti, F.S. AZZARITI – G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni*, cit., 63 e 124.

[23] Che il periodo di sei mesi decorra sia dopo la nomina del legale rappresentante del minore sia successivamente alla cessazione della incapacità parrebbe essere affermazione pure di V. PAPPA MONTEFORTE, *Brevi note sui minori nell'eredità e nella divisione consensuale con partecipazione dell'usufruttuario*, in *Riv. not*., 1993, 202.

[24] Secondo B. GRASSO, *Prescrizione (dir. priv.)*, cit., 70, nell'ipotesi di cause sospensive che sopraggiungono durante la decorrenza del termine, quest'ultimo si interrompe fino a quando la causa di sospensione non viene meno, allorché «il nuovo tempo di inerzia si aggiunge a quello trascorso prima».



lo dell'arco di tempo prescrizionale per l'accettazione dell'eredità da parte del minore occorrerà tenere conto, computandolo, di quello trascorso tra l'apertura della successione e il verificarsi della causa sospensiva [25].

Alla mancanza per il minore del legale rappresentante la giurisprudenza ha equiparato la sussistenza del conflitto d'interessi tra il primo e il secondo, sul presupposto che la carenza di una siffatta previsione tra le cause di sospensione di cui all'art. 2942, n. 1), cod. civ. è parsa in contrasto con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. [26].

Tuttavia, la dottrina che si è interrogata sul tema all'indomani dell'orientamento assunto dalla giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che quest'ultima non abbia riconosciuto il giusto rilievo alla regola della tassatività delle cause di sospensione della prescrizione previste dalla legge [27], che diversamente la costante giurisprudenza di legittimità ha considerato ostativa rispetto alla configurabilità per via interpretativa di altre fattispecie sospensive [28]. L'art. 2942, n. 1), cod. civ. è stato, infatti, ritenuto una norma eccezionale – poiché per l'appunto rappresentante una deroga ai principi generali dell'ordinamento in ragione della presenza di esigenze lecite – e come tale ricompresa nel divieto di interpretazione analogica di cui all'art. 14 Preleggi oltre i casi e i tempi in essa considerati [29].

Evidentemente tale ultimo indirizzo non ha comunque impedito al Supremo Collegio di dar corso a un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in commento [30] in difetto della quale si sarebbe perpetrata la violazione dei principi costituzionali consacrati nell'art. 3 Cost. a fronte di un'ingiustificata disparità di trattamento tra il minore non emancipato privo di legale rappresentante e la fattispecie in cui il rappresentante fosse in conflitto di interessi con il rappresentato.

---

[25] V. C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali – successioni legittime,* in *Commentario del codice civile,* Libro II, tm. I, UTET, 1968, 116. In argomento App. Torino, 14 ottobre 1955, in *Giust. civ. mass. app*., 1955, 1290.

[26] Cfr. Cass., 1 febbraio 2007, n. 2211, in *Giust. civ*., I, 2007, 577, con nota di G. VIDIRI, *Sospensione del termine prescrizionale e accettazione dell'eredità: minore (o interdetto) e legale rappresentante in conflitto di interessi*.

In passato, tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale si presentava ben diverso. Infatti la Corte Costituzionale, con l'ordinanza 3 dicembre 1987, n. 458, in *www.cortecostituzionale.it*, aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2942 cod. civ. sollevata per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., in ragione del carattere tassativo delle cause di sospensione disciplinate dalla legge. Del pari, con ordinanza del 15 ottobre 1987, n. 374, in *giurcost.org*, la medesima Corte Costituzionale – in un caso di negligenza del genitore, esercente la potestà sul figlio non emancipato, che non aveva agito entro il termine prescrizionale al fine di chiedere il risarcimento del danno subìto dal minore in un incidente – aveva ritenuto ancora manifestamente infondata la questione, sollevata per contrasto dell'art. 2942, n. 1), cod. civ. rispetto agli artt. 24 e 31 Cost., nella parte in cui la prima norma limitava la sospensione della prescrizione nei confronti dei minori non emancipati esclusivamente al periodo in cui gli stessi non fossero legalmente rappresentati. A tali orientamenti si era uniformata Cass., 9 giugno 1999, n. 5694, in *Giust. civ*., 2000, I, 410, che alcuni lustri or sono aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità della norma di cui all'art. 2942, n. 1), cod. civ. – sollevata con riferimento agli artt. 2, 3, 10, 24 e 30 Cost. – nella parte in cui esso non prevedeva la sospensione del corso della prescrizione in favore del minore in caso di inattività dei genitori esercenti la relativa potestà che versassero, rispetto al predetto, in una situazione di conflitto di interessi, pervenendo a tale soluzione sulla base del disposto degli artt. 320 e 321 cod. civ.

[27] V. G. VIDIRI, *Sospensione del termine prescrizionale e accettazione dell'eredità: minore (o interdetto) e legale rappresentante in conflitto di interessi*, in *Giust. civ*., I, 2007, 584.

[28] Cfr. *ex plurimis*: Cass., 6 ottobre 2000, n. 13310, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2100; Cass., 26 novembre 1998, n. 12020, in *Giust. civ. Mass*., 1998, 2468; Cass., 6 maggio 1975, n. 1751, in *Giust. civ*., 1975, I, 1055; Cass., 18 maggio 1971, n. 1482, in *Giust. civ. Rep*, 1971, 2798; Cass., 5 gennaio 1970, n. 11, in *Giust. civ. Mass*., 1970, 6; Cass., 7 giugno 1962, n. 1393, in *Giust. civ*., 1963, 1412, con nota di L. RICCA, *Conoscenza del testamento e decorrenza del termine per l'accettazione dell'eredità*; Cass., 9 agosto 1961, n. 1930, in *Giust. civ*., 1961, I, 1535.

[29] V. in tal senso di recente Cass., 8 maggio 2018, n. 11004, in *Banche Dati Dejure*; nonché alcuni lustri orsono già Cass., 2 giugno 1993, n. 6169, in *Nuova giur. civ. comm*., 1994, I, 554, con nota adesiva di A. BARBA, e ancor prima Cass., 18 maggio 1971, n. 1482, cit., 2798.

[30] Non nell'ottica del "diritto vivente" a cui diffusamente rinvia la Corte Costituzionale, ma nella logica del giudice di legittimità che ha emanato la sentenza.



4. – Al pari di quanto anticipato in apertura di questo contributo, i profili di maggior problematicità per il minore che succede hanno a che fare con la corretta individuazione del momento da cui decorrono gli effetti dell'accettazione beneficiata [31].

Prima di esaminare le conseguenze che si riflettono nella sfera del chiamato all'eredità che non ha ancora compiuto la maggiore età è, tuttavia, doveroso affrontare il dibattuto tema – stante l'obbligatoria accettazione beneficiata anche nel caso in cui appaia sussistere una *hereditas lucrosa* [32] – della struttura giuridica che caratterizza quest'ultima, posto che è proprio da una corretta ricostruzione della medesima che occorre prendere avvio per la soluzione dei vari interrogativi che questo istituto genera.

Al riguardo, mentre un risalente indirizzo dottrinale – avallato da qualche isolata pronuncia giurisprudenziale [33] – era giunto a distinguere *due negozi*, ovverosia l'accettazione, con la quale si attuava la successione, da un lato, e la dichiarazione di volersi avvalere della limitazione di responsabilità generata dalla prima attraverso la redazione dell'inventario, dall'altro [34], nel tempo ha finito per prevalere il diverso orientamento secondo cui è possibile individuare nell'accettazione beneficiata una vicenda giuridica unica. In relazione ad essa non sono però mancate una serie di sfumature che hanno condotto a distinguere, nell'ambito del medesimo filone interpretativo, tra chi ha preferito parlare di *atto complesso*, nel quale vengono a fondersi l'intento di accettare l'eredità e il proposito di ottenere gli effetti beneficiati [35], e coloro che si sono invece orien-

---

[31] Questa fa sì che l'erede, secondo il disposto dell'art. 490 cod. civ., veda, in ordine ai debiti ereditari e ai legati, la propria responsabilità patrimoniale circoscritta al valore di quanto acquisito. Cfr., in proposito, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 397 s. Tale conseguenza favorevole era già stata rammentata da C. DONISI, *L'«efficacia estensiva» dell'accettazione di eredità con il beneficio d'inventario*, in *Studi in onore di Leonardo Coviello*, Arte Tipografica di A.R., 1978, 232. In argomento si rinvia altresì a F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni*, cit., 91 s., i quali hanno osservato come il beneficio in commento spieghi l'effetto di tenere separati il patrimonio dell'erede da quello del *de cuius*, di talché il primo risponde dei debiti ereditari e dei legati solamente *intra vires hereditatis.* Per L.V. MOSCARINI, *Beneficio di inventario*, in *Enc. dir*., V, Giuffrè, 1959, 125, la responsabilità in capo all'erede per effetto del beneficio si considera limitata tanto quantitativamente quanto qualitativamente, parlando l'Autore di «responsabilità *cum viribus* e non soltanto *secundum vires hereditatis*». In tempi risalenti sul punto v. inoltre C. VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Giuffrè, 1942, 373, il quale si era espresso in termini di «limitazione della responsabilità esecutiva dell'erede per i debiti assunti con la successione».

Può ricordarsi come la *ratio* sottesa all'istituto in esame sia quella di allontanare il rischio che il chiamato all'eredità rinunci alla stessa in modo tale che debba essere lo Stato ad occuparsi della liquidazione dei beni. Cfr., *ex plurimis*, A. CICU, *Successioni*, cit., 262; che è stato poi richiamato anche da G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*[4], a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Tomo I, Giuffrè, 2015, 263.

[32] V. G. AZZARITI, *L'accettazione*, cit., 139.

[33] Per quest'ultima cfr. Cass., 26 luglio 1971, n. 2490, in *Foro it*., 1972, I, 424 ss., con osservazioni di L. DI LALLA, la quale aveva tenuto separate la dichiarazione di accettazione da quella di responsabilità limitata, aggiungendo che gli eventi successivi a quest'ultima e inerenti all'attuazione della procedura potevano determinare la decadenza dal beneficio di inventario ma non la nullità della dichiarazione di accettazione beneficiata. In senso analogo parrebbe doversi leggere altresì Cass., 27 luglio 1988, n. 4780, in *Vita not*., 1988, 742, la quale si era espressa in modo favorevole a una scissione della manifestazione di volontà tra accettazione ereditaria e dichiarazione di avvalersi del beneficio di inventario.

[34] La teoria definibile del *doppio negozio* (per quest'ultima definizione v. G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 265) era stata inizialmente concepita da C. VOCINO, *Contributo*, cit., 195 ss. e in particolare 196, 215, 220 s.: i due suindicati atti negoziali avevano scopi e funzioni differenti e il secondo di essi era dotato di natura non privatistica bensì processuale. In aggiunta, con riguardo al minore, l'Autore (*ivi*, 270) aveva specificato come l'accettazione effettuata in forma diversa da quella beneficiata prescritta per legge non fosse nulla né annullabile, bensì idonea ad acquistare efficacia «al verificarsi della condizione costituita per l'appunto dal negozio relativo al beneficio d'inventario».

[35] Tra i primi inquadramenti dottrinali cfr. L.V. MOSCARINI, *Beneficio*, cit., 124. Sostanzialmente in linea con questa tesi sembra essere anche A. CICU, *Successioni,* cit., 189 s., il quale, pur ammettendo l'autonomia concettuale di due diversi negozi, uno diretto ad accettare l'eredità, l'altro preordinato a circoscrivere gli effetti del primo, ha tuttavia messo in evidenza come tale autonomia non assuma né importanza formale – posto che l'ordinamento impone che le dichiarazioni vengano effettuate al contempo all'interno di un unico atto – né invero rilievo sostanziale, dal momento che la dichiarazione di avvalersi del beneficio non postula veramente un altro



tati verso la costruzione di una *fattispecie a formazione progressiva* [36] ovvero, in altri casi ancora, hanno ritenuto che si tratti di un *procedimento di accettazione beneficiata* [37].

---

atto da limitare, discendendo gli effetti limitativi della responsabilità direttamente dalla legge. Di *fattispecie complessa* ha parlato in seguito altresì P. LOREFICE, *L'accettazione con beneficio d'inventario*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, Vol I, *Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*[2], Cedam, 2010, 332 s. e 338, a parere del quale l'accettazione dell'eredità (definita come dichiarazione di volontà unilaterale) e il confezionamento dell'inventario (delineato alla stregua di un'operazione materiale), quali distinte formalità, servono entrambe per il perfezionamento del fenomeno giuridico in commento e, pertanto, per determinare la limitazione della responsabilità. Per l'Autore la mancata redazione dell'inventario, impedendo di completare la fattispecie, non elimina l'effetto limitativo di responsabilità ma preclude che questo venga a esistere. Di recente ha reputato preferibile la teoria ricordata in testo anche G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 265.

Vasta è pure la giurisprudenza della Suprema Corte che ha accolto la tesi volta a individuare nell'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario un atto complesso. Cfr., al riguardo, Cass., 30 ottobre 1991, n. 11634, in *Banca Dati Dejure*, dove espressamente si sostiene che l'art. 485 cod. civ. contempla una fattispecie complessa di accettazione *ex lege* dell'eredità di cui sono elementi costitutivi l'apertura della successione, la delazione ereditaria, il possesso dei beni ereditari e la mancata tempestiva redazione dell'inventario. In precedenza, si era espressa similarmente Cass., 15 maggio 1978, n. 2359, in *Foro it. Rep.*, 1978, 2560, ad avviso della quale l'art. 485 cod. civ. disciplina una accettazione ereditaria *ex lege* che presupponeva una figura giuridica complessa.

L'indirizzo era stato preceduto anche da alcune Corti di merito che avevano, del pari, configurato l'accettazione beneficiata in termini di atto complesso, costituito dalla accettazione e dalla tempestiva redazione dell'inventario. Così App. Roma, 9 luglio 1962, in *Temi romana*, 1962, 374, che aveva parlato di duplice requisito di dichiarazione accettativa e redazione dell'inventario; Trib. Napoli, 24 marzo 1958, in *Foro nap*., 1959, I, 82; Trib. Firenze, 10 gennaio 1958, in *Giur. tosc*., 1958, 521. In modo maggiormente sfumato cfr., pure, Trib. Roma, 20 gennaio 1959, in *Foro it*. *Rep*., 1959, 2400.

[36] V., al riguardo, G. MUSOLINO, *L'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario come negozio-procedimento*, in *Riv. not*., 2004, 781 s., in cui si è sottolineato che per aversi perfezionamento del fenomeno giuridico servono la dichiarazione di avvalersi del beneficio e la formazione dell'inventario, trattandosi di elementi costitutivi della vicenda in esame.

Pur senza parlare di fattispecie a formazione progressiva, parevano essere sostanzialmente concordi con la suddetta ricostruzione pure F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni*, cit., 79 s., laddove in passato avevano reputato che la redazione dell'inventario compiuta nel termine di legge servisse per produrre l'effetto del beneficio.

Più esplicita è stata la giurisprudenza della Suprema Corte. V., al riguardo, Cass., 27 maggio 2019, n. 14442, in *Riv. not.*, 2020, 339 ss., con nota di C. Audano e C. Cicero, *Enti non lucrativi ed accettazione con beneficio d'inventario*, che, in relazione a una persona giuridica, ha chiaramente statuito come l'accettazione con beneficio di inventario sia una fattispecie a formazione progressiva composta da più atti, vale a dire la dichiarazione di accettazione beneficiata e il compimento del relativo inventario, con la conseguenza che se quest'ultimo non viene effettuato nei termini previsti il chiamato non acquista la qualità di erede. Conf. già Cass., 12 aprile 2017, n. 9514, in *Banca Dati Dejure*, la quale, dopo aver evidenziato che l'art. 484 cod. civ. delinea una fattispecie a formazione progressiva di cui sia l'accettazione dichiarativa sia la redazione dell'inventario sono requisiti essenziali, ha sostenuto che, nei casi in cui l'accettazione con beneficio di inventario sia obbligatoria per legge, il mancato perfezionamento di quest'ultimo non fa conseguire lo *status* di erede. Di fattispecie a formazione progressiva in cui l'accettazione dell'eredità beneficiata e l'inventario rappresentano elementi costitutivi ha parlato pure Cass., 15 luglio 2003, n. 11030, in *Riv. not.*, 2004, 776.

Pur senza far riferimento espressamente al concetto di fattispecie a formazione progressiva, anche Cass., 11 luglio 1988, n. 4561, in *Vita not*., 1988, 751, ha accolto il principio secondo il quale l'accettazione dell'eredità da parte del minore non è di per sé sufficiente a far acquisire a quest'ultimo la qualità di erede beneficiato né quella di erede puro e semplice nell'ipotesi in cui alla stessa non succeda la redazione dell'inventario, restando in tal modo il medesimo un mero chiamato all'eredità.

Anche Cass., 9 agosto 2005, n. 16739, in *Vita not*., 2006, 298 e Cass., 15 luglio 2003, n. 11030, cit., 776, pur non intervenendo in una vicenda implicante la presenza di un minore come erede, hanno sostenuto che l'accettazione con beneficio d'inventario delinea una fattispecie a formazione progressiva di cui sono requisiti fondamentali tanto la dichiarazione di accettazione beneficiata quanto l'inventario, ma hanno ritenuto, da un lato, che la mancata redazione di quest'ultimo non faccia conseguire il beneficio e, dall'altro, che dall'avvenuta dichiarazione di accettazione discenda comunque la qualità di erede puro e semplice. Conf. a quest'ultima posizione è stato anche Trib. Lamezia Terme, 26 maggio 2000, in *Riv. not*., 2001, II, 483 ss., con osservazioni di E. BECCHETTI, laddove ha messo in luce come la procedura beneficiata abbia carattere unitario e il mancato completamento dell'inventario impedisca che il vantaggio della separazione patrimoniale venga acquisito, concludendo che, in una siffatta circostanza, si consegua la qualità di erede puro e semplice.

[37] Così L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, cit., 467 s., il quale ha sostenuto che solo una volta compiuto il procedimento – costituito dalla dichiarazione di accettare con beneficio e il confezionamento dell'inventario – si produrrebbe l'effetto della limitazione della responsabilità *intra vires hereditatis*. L'Autore ha altresì posto in rilievo che, nel caso del minore, se si accetta con forme diver-



Rilevante è, sotto questo profilo, il ruolo assegnato al confezionamento dell'inventario, quale misura conservativa dei beni ereditari [38], attraverso il quale si procede sia a un accertamento materiale dei beni presenti nell'asse ereditario sia a una loro valutazione economica, evincendosi in ciò la finalità garantistica volta a tutelare i creditori che vantano pretese nei confronti dell'eredità [39].

Al riguardo, sotto l'aspetto strutturale, se in un primo momento era stato ritenuto che all'inventario dovesse essere attribuita funzione integratrice della dichiarazione di accettazione beneficiata, la cui assenza avrebbe impedito la produzione dell'effetto limitativo della responsabilità [40], più di recente è stato invero affermato come la carenza della sua predisposizione finirebbe per impedire il perfezionamento della fattispecie [41], sebbene in entrambe le circostanze si sia ammesso che alla dichiarazione di accettazione sarebbero riconnessi effetti *ex lege* – la qualità di *erede puro e semplice* – diversi da quelli voluti da colui che aveva a suo tempo manifestato l'intento di accettare.

In definitiva, in forza dell'indirizzo del negozio unico l'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario si comporrebbe di due distinti elementi: il primo rappresentato dall'accettazione beneficiata in forma solenne dell'eredità e il secondo costituito dall'operazione materiale di redazione dell'inventario volta a individuare i beni e i debiti appartenenti rispettivamente all'asse attivo ereditario e a quello passivo. Ma una volta ricostruito in termini sintetici il quadro che precede, la domanda che sorge d'obbligo è la seguente: ai fini della determinazione del beneficio d'inventario sono effettivamente sempre necessari entrambi questi elementi oppure la qualità di erede beneficiato si acquisisce – come a chi scrive, si anticipa, pare preferibile – con la sola accettazione in forma solenne, salvo poi potersi mantenere e conservare esclusivamente in forza della redazione, nei termini di legge, dell'inventario, in difetto della quale la limitazione di responsabilità dell'erede viene inderogabilmente meno?

La risposta al suddetto quesito è resa delicata dalla circostanza per cui la responsabilità illimitata per i de-

---

se da quella del beneficio di inventario, quest'ultimo soggetto non resta erede puro e semplice ma delato, potendo altresì ancora accettare in modo beneficiato o rinunciare, essendo l'accettazione stessa afflitta da nullità assoluta.

[38] In termini netti e chiari v. L.B. D'Espinosa, *Apertura*, cit., 593. Pacifico in dottrina – cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., 401 s.; F.S. Azzariti, G. Martinez, G. Azzariti, *Successioni*, cit., 80 s. – è inoltre l'assunto che detto adempimento consiste in un atto pubblico, di ricognizione dei beni mobili e immobili ereditari, ricevuto da notaio o dal cancelliere del tribunale nel cui circondario si è aperta la successione, la cui predisposizione è un onere dell'erede – posto a garanzia delle istanze dei creditori dell'eredità e dei legatari – al quale l'ordinamento subordina la concessione del relativo beneficio. La funzione dell'inventario è quindi ben precisa: permettere al chiamato all'eredità di riservarsi la scelta tra accettazione e rinuncia. Così A. Ascoli, *Il beneficio d'inventario e la separazione dei beni nel nuovo codice civile italiano*, in *Riv. dir. priv.*, I, 1942, 122.

[39] V. A. Ravazzoni, *Beneficio d'inventario*, in *Enc. giur.*, V, 1988, 4.

Che l'inventario svolga per l'appunto il ruolo di individuare con precisione i beni appartenenti al patrimonio del *de cuius* caduti in eredità attraverso una loro fedele e particolareggiata descrizione è stata opinione pure di G. Grosso – A. Burdese, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XII, t. 1, Utet, 1977, 261.

Già in passato l'inventario era stato, in definitiva, inquadrato quale atto volto ad accertare la composizione del patrimonio e in particolare la sua consistenza, l'entità e l'importanza per averne «piena ed esatta conoscenza». In questi esatti termini, cfr. [A. anonimo], *Inventario*, in *Nuovo dig. it.*, Utet, 1938, 128.

[40] Sul punto occorre richiamare gli studi di A. Cicu, *Successioni*, cit., 193 ss. L'Autore, in relazione agli incapaci, aveva escluso che il beneficio potesse essere precluso al minore da un comportamento negligente del rappresentante che omettesse di redigere l'inventario, potendo il minore stesso darvi corso una volta divenuto maggiorenne nel rispetto del disposto di cui all'art. 489 cod. civ. Pure C. Vocino, *Inventario (beneficio di) (diritto civile),* in *Nov. dig. it.*, IX, Utet, 1963, 17 ss., era stato propenso a scomporre l'atto con il quale si accettava l'eredità, sebbene in via beneficiata, da quello – costituito dall'inventario – indirizzato a circoscrivere la responsabilità dell'erede per i debiti in cui egli è succeduto ai soli beni facenti parte dell'asse attivo ereditario.

Che la responsabilità limitata sia una conseguenza dell'inventario compiuto in modo tempestivo dall'erede a seguito dell'accettazione è stato messo in evidenza, sebbene in termini generici, pure da L.B. D'Espinosa, *Apertura*, cit., 594.

[41] In termini netti e chiari P. Lorefice, *L'accettazione*, cit., 338 s.



biti che compongono, sul versante delle passività, l'eredità potrebbe costituire tanto la conseguenza del mancato prodursi dell'effetto legato al beneficio d'inventario quanto la ripercussione della decadenza dal medesimo sul presupposto, in quest'ultimo caso, che lo stesso abbia sprigionato la propria efficacia fin da subito.

A tal proposito, non pochi sono gli argomenti che fanno dubitare della fondatezza della tesi del *negozio complesso*. Innanzitutto, la circostanza che l'art. 505 cod. civ. sia silente con riguardo alla perdita della limitazione della responsabilità a causa della mancata predisposizione dell'inventario non è assolutamente decisiva ai fini di dimostrare [42] che quest'ultimo rileva per il completamento della fattispecie e non quale evento idoneo – se mancante – a eliminare l'effetto del beneficio che si è già prodotto. Il suddetto articolo si preoccupa di disciplinare fattispecie che di per sé sono già efficaci ai fini dell'accettazione beneficiata, ma ciò non equivale ad affermare che lo siano in quanto l'inventario assurga a elemento costitutivo della vicenda. La *ratio* di quest'ultimo adempimento è quella, come poc'anzi accennato, di formare una ‹‹garanzia in senso lato per i creditori dell'eredità›› sul presupposto che l'erede gode del beneficio della responsabilità limitata [43]. In definitiva, sotto questo aspetto, appare evidente come l'art. 505 cod. civ. regolamenti dunque un fenomeno particolare: quello della perdita della limitata responsabilità per l'erede, che si aggiunge alle fattispecie di cui agli artt. 485 e 487 cod. civ., occupandosi esso pertanto di vicende caducative del beneficio differenti rispetto a quelle disciplinate da questi due ultimi articoli.

Sulla base della ricostruzione che qui si intende rigettare e volendo per un momento soffermarsi esclusivamente sui citati articoli, la mancanza di inventario impedirebbe tutt'al più la formazione della fattispecie dell'accettazione con beneficio ma non giustificherebbe la possibilità di determinarne una nuova e diversa – quella dell'erede puro e semplice – senza che venga attribuito valore di accettazione dell'eredità al negozio dichiarativo di cui all'art. 484 cod. civ. In altri termini, se l'assenza di inventario estinguesse effettivamente la fattispecie complessa, non necessariamente ne perfezionerebbe però un'altra.

La tesi del *negozio complesso* ovvero della *fattispecie a formazione progressiva* rischia, per di più, di creare confusione a livello concettuale. Allorquando questa non si compia, la naturale conseguenza è che la medesima cada completamente, essendo alquanto difficile immaginare che possa sopravvivere in parte. Alla realizzazione della fattispecie si assisterebbe solamente una volta che tutti gli elementi costitutivi si fossero verificati, posto che in difetto di anche uno soltanto di essi non si potrebbe ipotizzare un conseguimento parziale della figura in esame idoneo a far sì che, se non si completasse l'accettazione con beneficio d'inventario, resterebbe quella pura e semplice. Ammettere una siffatta conclusione significherebbe sovrapporre il piano del perfezionamento del negozio con quello della sua efficacia. Infatti, qualora l'assenza di inventario fosse effettivamente in grado di far cessare la fattispecie a formazione progressiva, l'intero procedimento cadrebbe nel nulla e nessun effetto verrebbe a determinarsi, dovendosi per coerenza ammettere l'inefficacia a qualsiasi titolo anche della dichiarazione di accettazione iniziale di cui all'art. 484 cod. civ. che l'ha originata, il che – in assenza di ulteriori manifestazioni di volontà – lascerebbe il chiamato all'eredità tale, impedendogli di diventare erede puro e semplice. Al contrario, i fautori della tesi del *negozio complesso* sostengono che, quantomeno per colui che non è minorenne, in luogo dell'effetto della limitazione

[42] Come invero ritiene P. LOREFICE, *L'accettazione*, cit., 333.

[43] A. RAVAZZONI, *Beneficio*, cit., 4. Detta funzione di sicurezza è stata riconosciuta anche da P. LOREFICE, *L'accettazione*, cit., 339.

A tal riguardo è stato inoltre sottolineato come attraverso l'inventario stesso si voglia evitare – a tutela dei creditori e dei legatari – che i beni che compongono l'asse attivo ereditario vengano smarriti. Così G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, cit., 262.



della responsabilità dell'erede se ne abbia un altro: quello di considerare il chiamato erede puro e semplice [44]. Ma si tratta pur sempre di una assunzione che si colloca sul versante delle conseguenze giuridiche che un determinato negozio – l'accettazione dell'eredità – sprigiona e non su quello del perfezionamento o meno del medesimo.

A tal proposito l'espressione di cui all'art. 487, comma 2, cod. civ. secondo la quale in mancanza di inventario il chiamato all'eredità ‹‹è considerato erede puro e semplice›› non significa che *si deve prendere atto* che l'erede non si è avvalso del vantaggio che la legge gli aveva accordato offrendogli la possibilità di accettare con beneficio d'inventario. La locuzione va diversamente intesa nel senso che l'erede diventa tale per effetto di un comportamento successivo rispetto all'accettazione che ha una conseguenza rilevante: la perdita del beneficio della responsabilità limitata.

Né è possibile configurare – come invero da taluni sostenuto [45] – che la vicenda in esame integri una conversione dell'accettazione beneficiata in accettazione pura e semplice. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 1324 e 1424 cod. civ. – che si applicano in quanto compatibili ai negozi *inter vivos* tra i quali rientra l'accettazione dell'eredità [46] – il chiamato diventerebbe erede puro e semplice alla scadenza del termine ultimo per redigere l'inventario [47]. Infatti, se fosse vero che si tratta di una conversione, si dovrebbe del pari ammettere che chi avesse accettato con beneficio d'inventario avrebbe potuto, prima di essa, rinunciare non essendo ancora erede fino allo spirare del termine di redazione dell'inventario in quanto il beneficio stesso si sarebbe perfezionato con tale ultimo adempimento e la conversione in erede puro e semplice avrebbe avuto luogo con la mancanza di esso nel termine di legge. Sennonché a ciò osta la circostanza che l'art. 485, comma 3, cod. civ. ammette la rinuncia solo qualora la dichiarazione di accettazione di cui all'art. 484 cod. civ. non sia stata fatta. Tale ultima considerazione costituisce la riprova che la qualità di erede si acquista già con la dichiarazione di cui all'art. 484 cod. civ. – non potendo più il chiamato rinunciare una volta accettato – e non con la presupposta conversione dell'accettazione con beneficio d'inventario in accettazione pura e semplice [48].

Inoltre, anche il fatto che gli artt. 485 e 487 cod. civ. siano rubricati rispettivamente *Chiamato all'eredità che è nel possesso di beni* e *Chiamato all'eredità che non è nel possesso di beni* e che spesso facciano riferimento alla figura del chiamato piuttosto che a quella dell'erede – aspetto questo che si rinviene pure nell'art. 486 cod. civ. – non è decisivo per escludere le conclusioni a cui si è pervenuti e ciò per almeno due ordini di considerazioni. Innanzitutto le prime due delle tre suddette disposizioni sono volte a regolare non solo le modalità e i termini di redazione dell'inventario qualora la dichiarazione di accettazione dell'eredità sia già avvenuta, ma altresì il caso opposto in cui sia il primo a precedere, sotto il profilo cronologico, la seconda e in quest'ultima vicenda sarebbe del tutto inappropriato parlare di erede. In secondo luogo, nella fattispecie di cui all'art. 485, comma 3, cod. civ., la circostanza che, trascorso inutilmente il termine dei quaranta giorni, il chiamato si consideri erede puro e semplice, si giustifica in ragione del fatto che il suddetto posses-

---

[44] In questi termini v. anche, tra chi aderisce alla tesi della struttura negoziale complessa, A. CICU, *Successioni*, cit., 193; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, cit., 468; P. LOREFICE, *L'accettazione*, cit. 338.

[45] V. P. LOREFICE, *L'accettazione*, cit., 338.

[46] Che quest'ultima sia un negozio giuridico «tra vivi», oltre che unilaterale e non recettizio è opinione espressa da tempo. Così L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, cit., 439.

[47] La conversione ha infatti effetto *ex nunc* in quanto non avrebbe senso parlare di un effetto *ex tunc* che vorrebbe dire che il soggetto interessato sarebbe erede fin dall'accettazione.

[48] Che la qualità di erede si acquistasse già accettando l'eredità con beneficio d'inventario era una conclusione a cui, in passato, era giunto pure C. VOCINO, *Inventario (beneficio di) (diritto civile),* cit., 14.



so da un certo momento in poi – trascorso per l'appunto il quarantesimo giorno – equivale a una sorta di accettazione tacita dell'eredità.

Infine, pure il riferimento alla formulazione *chiamato* in luogo di *erede* contenuto nell'art. 486 cod. civ. è irrilevante ai fini di sconfessare la tesi che qui si vuole sostenere. In realtà, la citata disposizione non fa altro che attribuire i poteri di cui all'art. 460 cod. civ. al chiamato all'eredità per consentirgli di stare in giudizio come convenuto allo scopo di rappresentare l'eredità, in quanto la norma parte dal presupposto che siano ancora pendenti i termini stabiliti dall'art. 485 cod. civ. al fine non tanto di redigere l'inventario quanto e soprattutto di deliberare se accettare o rinunciare all'eredità, chiarendo in tal modo che la suddetta legittimità compete oltre che all'erede altresì al chiamato. Il che, semmai, conferma e non smentisce che senza accettazione dell'eredità beneficiata nelle forme previste dalla legge resta la qualifica di chiamato all'eredità, a prescindere dalla redazione o meno dell'inventario.

5. – Rigettata la tesi, senza dubbio prevalente in dottrina e giurisprudenza, del *negozio complesso* ovvero della *fattispecie a formazione progressiva* di cui si è cercato di cogliere, nel precedente paragrafo, i punti di debolezza e le argomentazioni non sempre convincenti utilizzate a sostegno della medesima, è ora necessario assumere una motivata posizione sul punto, stante la rilevanza che la ricostruzione della vicenda in commento occupa in ordine allo sviluppo dell'indagine intrapresa in questo contributo.

Dall'esame condotto sulle disposizioni fino a ora analizzate pare possibile ricavare la seguente conclusione: l'accettazione con beneficio d'inventario è non solo un atto giuridico unico inscindibile [49] ma, qualora rispettosa dei requisiti di forma di cui all'art. 484 cod. civ., anche di per sé idonea a far acquisire al soggetto interessato, in via definitiva e stabile, la qualità di erede beneficiato. La stessa è, infatti, sempre espressa [50] poiché necessita di un'apposita dichiarazione formale e consiste, per l'appunto, in un atto negoziale che esprime la volontà del chiamato di ricevere quanto gli spetta [51]. Da tale negozio discendono quindi l'immediato effetto limitativo della responsabilità e la contestuale separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede [52]; beneficio questo che, tuttavia, può essere perso qualora non venga compiuto l'inventario dei beni caduti in eredità nel rispetto dei termini fissati dalla legge [53].

---

[49] V. A. RAVAZZONI, *Beneficio*, cit., 1; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, cit., 261; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, cit., 467 s.; U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari, II. L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione*, Giuffrè, 1969, 176 s.

[50] A giudizio di parte della dottrina l'accettazione beneficiata costituirebbe, in effetti, un *sottotipo* dell'accettazione espressa dell'eredità. Così G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, cit., 259. Conf. in seguito pure A. BURDESE, *Successione*, cit., 7; P. LOREFICE, *L'accettazione*, cit., 334.

Diversamente, per C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 400, la dichiarazione di beneficio d'inventario non rappresenterebbe un autonomo atto negoziale quanto, invero, la specificazione del contenuto dell'atto di accettazione dell'eredità.

[51] V. G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, cit., 230.

[52] Salvo poi tali effetti doversi far retrocedere al momento di apertura della successione – vale a dire in occasione del decesso del *de cuius* – quale principio generale di cui all'art. 459 cod. civ.

[53] L'indirizzo è stato sostenuto da L. COVIELLO JR., *Diritto successorio (Corso di lezioni)*, Dott. Francesco Cacucci Editore, 1962, 424; U. NATOLI, *L'amministrazione*, cit., 175. Sul punto v., inoltre, G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, cit., 260 ss., per i quali l'accettazione beneficiata assume la forma di una dichiarazione unitaria e non di due dichiarazioni che si susseguono, dalla quale discende l'effetto di limitazione della responsabilità, con la conseguenza che l'accettazione è sufficiente per acquistare l'eredità con beneficio, il quale ultimo si perde solo se non è fatto l'inventario nei termini. In seguito pure L. FERRI, *Successioni in generale*[2], *Art. 456-511*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, 1980, 307, in testo e in nt. 8, ha messo in luce come l'accettazione beneficiata produca i propri effetti anche senza l'inventario.



Aderendo a questa impostazione – accolta anche dal Supremo Collegio in epoca ormai risalente [54] oltre che in alcune isolate pronunce della giurisprudenza di merito [55] – la limitazione di responsabilità dell'erede si manifesterebbe in virtù della dichiarazione e contestualmente a essa, mentre la mancata o tardiva formazione dell'inventario integrerebbe una mera causa di decadenza da tale vantaggio. Trascorso infruttuosamente il tempo per redigere l'inventario fissato dalla legge per i minori, il soggetto che ha accettato in via beneficiata decade non già dal diritto ereditario che ha definitivamente conseguito con l'accettazione, bensì dalla prerogativa della responsabilità limitata. La posizione soggettiva ereditaria è, infatti, acquistata dal chiamato in forza di un negozio giuridico autonomo – la dichiarazione di accettazione beneficiata – in sé perfetto se quest'ultima è stata resa nella forma solenne prevista dall'art. 484 cod. civ.

Non può, infatti, qui accogliersi quell'indirizzo che è giunto a ritenere che anche la limitazione di responsabilità, al pari dell'esercizio del diritto di accettare l'eredità, si risolve in un potere a sé stante e, pertanto, in un diritto potestativo in grado di posizionarsi accanto al primo [56]. La limitazione è concessa dalla legge e non dipende dalla volontà del chiamato, apparendo per di più alquanto evidente che si tratti di un effetto della accettazione con beneficio di inventario [57]. In luogo dell'esercizio di un diritto, il chiamato all'eredità si limita, infatti, a decidere – se non è minore – di avvalersi del beneficio discrezionalmente, ma, una volta scelto il regime, le conseguenze giuridiche sono quelle disposte dall'ordinamento. Analoga è la situazione per il minore, con l'unica differenza che l'alternativa non si pone tra accettare con beneficio d'inventario o in forma pura e semplice, collocandosi invero essa su un piano diverso: vale a dire tra succedere al *de cuius* ricorrendo obbligatoriamente al beneficio d'inventario ovvero rinunciare all'eredità.

Ciò che accade, pertanto, in assenza della predisposizione dell'inventario entro i termini di legge non è la mancata acquisizione di un beneficio bensì la decadenza da un effetto favorevole: quello di limitare la responsabilità del chiamato all'eredità [58]. Chi ha accettato con beneficio d'inventario non è quindi *erede puro* e

---

Pare essere in linea con questa tesi anche M. FERRARIO HERCOLANI, *L'accettazione dell'eredità con il beneficio d'inventario*, in AA.VV., *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, Vol. I, *La successione ereditaria*, Giuffrè, 2009, 1263, 1269, 1273, che ha sancito come da un unico negozio discendano tanto l'acquisto dell'eredità quanto la limitazione della responsabilità, precisando che con l'accettazione il chiamato acquista subito la qualità di erede e può fruire del vantaggio della separazione del proprio patrimonio da quello del *de cuius* invocando al contempo il beneficio, costituendo l'inventario solo un onere da osservare «per potersi avvalere degli effetti del beneficio», pena la decadenza da esso. Fino alla redazione dell'inventario colui che accetta resta in una situazione precaria quanto al regime di responsabilità, avvantaggiandosi solo in via provvisoria della separazione patrimoniale.

[54] Cfr. Cass., 22 gennaio 1977, n. 329, in *Foro it*., 1977, I, 637 ss., con nota di L. DI LALLA, la quale aveva sostenuto quanto riportato in testo in base a tre considerazioni: il fatto che la redazione dell'inventario, al pari delle altre formalità richieste dalla legge, inerisse alla fase esecutiva della procedura di amministrazione e liquidazione dell'asse ereditario; l'unitarietà della dichiarazione con cui si accettava l'eredità e quella con cui ci si avvaleva del beneficio, discendendo questo contemporaneamente dall'acquisizione della qualità di erede; la possibilità che l'inventario potesse, in base all'art. 487, commi 2 e 3, cod. civ., essere compilato anche dopo la scadenza del termine di prescrizione di dieci anni stabilito per l'accettazione. Detto indirizzo sembra essere stato accolto altresì da Cass., 10 novembre 1993, n. 11084, in *Foro it. Rep.*, 1994, 1903; Cass., 1° aprile 1995, n. 3842, in *Foro it. Rep.*, 1995, 2099.

[55] Avevano fatto proprio il principio che l'erede decadeva dal beneficio d'inventario acquisito con l'accettazione beneficiata, App. Genova, 16 maggio 1953, in *Foro it. Rep*., 1953, 2240; nonché App. Bari, 24 marzo 1984, in *Foro it. Rep*., 1985, 3004, con riguardo alle persone giuridiche, e, per esteso, *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1984, 1732, con nota di R.G. CALDAROLA, *Decadenza dal beneficio d'inventario della persona giuridica: incapacità a succedere?*

[56] Così C. VOCINO, *Inventario (beneficio di) (diritto civile),* cit., 17 s.

[57] In questi termini cfr., pure, A. CICU, *Successioni*, cit., 190.

[58] Anche a giudizio di G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, cit., 262, la mancata redazione dell'inventario parrebbe costituire un elemento dal quale si fa dipendere – se successivo all'accettazione con beneficio d'inventario – la perdita degli effetti già prodotti a seguito dell'accettazione beneficiata, essendo per di più la limitazione della responsabilità in capo all'erede impedita altresì qualora il vizio che affligge la predisposizione dell'inventario sia antecedente rispetto all'accettazione dell'eredità beneficiata.



semplice ma fin da subito *beneficiato*, perdendo tale qualificazione e le relative ripercussioni giuridiche quando resta inattuato l'onere della redazione dell'inventario: questo a prescindere che si tratti di un minore o meno. La differenza tra chiamato incapace e chi non lo è si riscontra esclusivamente sotto il profilo cronologico. Il capace di agire decade, in assenza di inventario, dal beneficio della responsabilità limitata alla scadenza dei termini fissati dagli artt. 485 e 487 cod. civ., mentre al minore viene concesso un più ampio periodo di tempo – fino al compimento del diciannovesimo anno di età – al fine di consentirgli di prendere una decisione, nell'inerzia del legale rappresentante, e ciò sul presupposto che è lecito pensare che, una volta divenuto maggiorenne, il successore sia in grado, conoscendo l'eredità, di scegliere autonomamente se continuare o meno ad avvalersi dei benefici della limitazione della responsabilità che l'art. 490 cod. civ. preserva a suo favore, impedendo che questi possa essere considerato decaduto dal beneficio stesso anche se nel possesso dei beni per mancanza di inventario come dispone l'art. 485 cod. civ. In altre parole, l'onere della redazione dell'inventario [59] che il chiamato deve eseguire entro un determinato termine – più ampio per il minore rispetto alla regola generale – non attua certo il suddetto beneficio ma impedisce che questo venga meno [60], tutelando in tal modo l'interesse dell'erede.

Del pari va rigettato qualunque tentativo di inquadrare il beneficio d'inventario ricorrendo all'istituto della condizione, sia sospensiva che risolutiva, essendo escluso che gli effetti del negozio di accettazione costituiti dalla limitazione della responsabilità possano, rispettivamente, farsi discendere ovvero venir meno dal compimento dell'inventario, posto che la redazione di quest'ultimo non è un avvenimento futuro e incerto [61]. Si tratterebbe, in realtà, di un comportamento del tutto arbitrario che dipenderebbe esclusivamente dalla volontà del chiamato, configurando semmai e a tutto voler concedere una condizione *meramente potestativa* e come tale idonea a rendere nullo il negozio, non dipendendo da un contegno rimesso invero a una valutazione che vedrebbe alla base della decisione assunta la sussistenza di motivi e interessi particolari. A differenza di ciò che si riscontra in presenza di una condizione, quale elemento accidentale del negozio giuridico, nel caso che ci occupa l'accettazione beneficiata rappresenta già di per sé una vicenda negoziale perfetta idonea a sprigionare le proprie conseguenze giuridiche fin da subito e in modo definitivo, quando invece il *fenomeno condizionale* difetta della capacità sia di produrli immediatamente, nell'ipotesi di condizione sospensiva, sia di mantenerli continuativamente nel tempo, in quella risolutiva.

Svariati sono invece gli argomenti che possono essere addotti a sostegno della tesi a cui si ritiene qui di dover accordare preferenza, secondo cui la dichiarazione solenne *ex* art. 484 cod. civ. è da sola sufficiente a perfezionare la fattispecie beneficiata, né – per converso – appaiono insuperabili le critiche mosse dai fautori dell'indirizzo opposto a una siffatta impostazione, vale a dire quelle addotte dai sostenitori della sussistenza di un *negozio complesso* ovvero di una *fattispecie a formazione progressiva*.

La prima riflessione è di ordine sistematico. Da più parti si è, a ragione, sostenuto che accettare con beneficio d'inventario equivale a esercitare un diritto potestativo [62]. Se ci si sofferma sulla posizione del chiama-

---

[59] Così A. CICU, *Successioni*, cit., 145; L. FERRI, *Successioni*, cit., 352, che parla di onere al fine di permettere all'erede di acquistare e conservare il beneficio della responsabilità limitata. Conf. A. RAVAZZONI, *Beneficio*, cit., 1.

[60] *Contra*, senza espressamente riferirsi alla fattispecie del minore, Cass., 15 luglio 2003, n. 11030, cit., 776, per la quale l'accettante deve essere considerato erede puro e semplice non avendo mai conseguito fin dalle origini il beneficio e non perché lo abbia perso *ex post*.

[61] Questa considerazione parrebbe rinvenirsi anche nella risalente pronuncia di Cass. 3 dicembre 1936, n. 3263, in *Foro it*., 1937, I, 625, con nota di A. BUTERA, *Eredità devoluta ad incapaci e beneficio di inventario*.

[62] Alquanto vasta è la letteratura scientifica. Cfr., al riguardo, E. BETTI, *Appunti di diritto civile*, Edizioni del Gruppo Universitario Fascista, 1928-1929, 20 e 222; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, Società Editrice «Foro Italiano», 1930, 21; R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Edizioni Scientifiche Italiane,



to [63] la ragione dell'attribuzione della qualifica di diritto potestativo è presto individuata: accettare con beneficio d'inventario significa esercitare un potere in grado di dar corso a una modificazione della situazione giuridica di altri soggetti. Innanzitutto quella dei creditori dell'eredità. Infatti, attraverso la predetta forma di accettazione l'erede impedisce a chi vanta pretese creditizie nei confronti del *de cuius* di aggredire un patrimonio aggiuntivo rispetto a quello del suo originario debitore, nonostante si sia determinata una sostituzione del soggetto obbligato, posto che al defunto è subentrato l'erede, subendo l'originario rapporto obbligatorio una modificazione soggettiva del tipo *successione* [64].

Analoghe considerazioni possono poi essere svolte ragionando sul rapporto tra erede beneficiato ed eventuali coeredi che hanno già accettato puramente e semplicemente [65]. Anche in tal caso accettare con beneficio d'inventario significa esercitare un diritto potestativo nella misura in cui la predetta forma di accettazione si concretizza nel potere che l'ordinamento concede al beneficiato di apportare nella sfera giuridica dei coeredi conseguenze diverse da quelle che l'ordinamento prevedrebbe laddove sussistesse una obbligazione solidale (quella tra i coeredi coobbligati in solido). Infatti, nella misura in cui questi ultimi abbiano accettato puramente e semplicemente, essi non potranno rivalersi sull'erede beneficiato, in ipotesi di pagamento di debiti dell'eredità, se non, per la quota di spettanza, nel limite dei beni ereditari, e non sul suo patrimonio personale.

1934, 79; L.V. MOSCARINI, *Beneficio*, cit., 123 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, cit., 435; U. NATOLI, *L'amministrazione*, cit., 177; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, cit., 237; G. SAPORITO, *L'accettazione dell'eredità*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, Vol. I, Cedam, 1994, 180 s. Più di recente l'affermazione è stata ripresa da P. LOREFICE, *L'accettazione*, cit., 334, laddove l'Autore ha precisato che si tratta di una siffatta posizione soggettiva poiché è in potere dell'erede delimitare l'area della propria responsabilità per i debiti ereditari verso i creditori e i legatari di genere.

Si tratterebbe, invece, di diritto potestativo solo nel caso di accettazione con beneficio d'inventario secondo C. VOCINO, *Contributo*, cit., 201 e 213.

Contra L. FERRI, *Successioni*, cit., 270 ss., per il quale nella vicenda in esame si rinverrebbe invero un potere giuridico che permetterebbe di modificare la propria situazione giuridica attraverso una manifestazione di volontà e più precisamente mediante un negozio giuridico, dovendosi l'espressione del legislatore *diritto di accettare* leggersi nel senso di *potere di accettazione*.

[63] È qui bene precisare che il diritto di accettare l'eredità non va confuso con l'accettazione della stessa che, quale manifestazione di volontà, integra per l'appunto un negozio, né con l'oggetto dell'accettazione che è – v., a tal proposito, C.M. BIANCA, *Diritto civile,* cit., 393 – la successione ereditaria e comprende l'integrale posizione successoria devoluta al chiamato.

[64] Infatti, con tale termine si indica, in modo tecnico, il fenomeno giuridico della *modificazione soggettiva* del rapporto. V., in tal senso, M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Giappichelli, 1941, 15, che per modifica soggettiva passiva ha inteso riferirsi a una «successione nel dovere giuridico». Dello stesso Autore v., ID., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Giappichelli, 1952, 9, laddove ha ricordato che una fattispecie di modifica soggettiva sul lato passivo – vale a dire nella sostituzione del debitore nel rapporto – si riscontra appunto nella successione *mortis causa* a titolo universale dell'erede che prende il posto del *de cuius* nella titolarità di tutti i suoi debiti trasmissibili.

[65] A ciò non osta il disposto letterale dell'art. 510 cod. civ. nella parte in cui solo apparentemente parrebbe imporre l'estensione degli effetti del beneficio d'inventario agli eventuali coeredi nel caso in cui costoro al contrario non vogliano accettare *tout court* – cfr. Cass., 19 marzo 1999, n. 2532, in *Riv. not.*, 1999, 1537, secondo cui l'art. 510 cod. civ. non è dotato di *vis espansiva*, pertanto l'accettazione con beneficio di inventario da parte di uno dei chiamati non comporta l'acquisizione della eredità in via beneficiata anche per gli altri chiamati – ovvero abbiano inteso accettare in modo puro e semplice operando in tal senso. Con riguardo a quest'ultimo tema v., per la giurisprudenza di legittimità, in particolare Cass., 9 febbraio 1982, n. 782, in *Foro it. Rep.,* 1982, 2831, a parere della quale, ai sensi dell'art. 510 cod. civ., l'accettazione con beneficio d'inventario fatta da uno dei chiamati all'eredità non si estende a favore di chi, a tale momento, abbia già acquisito la qualità di erede puro e semplice. Pure Cass., 19 luglio 1993, n. 8034, in *Vita not*., 1994, I, 249, ha statuito che, in base al disposto dell'articolo in commento, la redazione dell'inventario da parte di uno dei coeredi giova anche agli altri che non siano già accettanti puri e semplici. Da ultimo v. Cass., 10 maggio 2013, n. 11150, in *Giust. civ. Mass*., 2013, ad avviso della quale l'art. 510 cod. civ., per cui possono giovarsi dell'inventario anche chiamati diversi da quello che ha fatto la dichiarazione, deve essere interpretato nel senso che i beneficiari non sono quelli che hanno già accettato l'eredità puramente e semplicemente.

In dottrina ha aderito a tale orientamento L. FERRI, *Successioni*, cit., 417, ove ulteriori rinvii ai quali si rimanda.

D'altronde, la norma fa espresso riferimento ai chiamati all'eredità, pertanto se ne può dedurre che l'ambito della sua applicazione non riguardi i soggetti che, avendo accettato, sono già eredi puri e semplici.



Ma se ciò è esatto, è del pari inconfutabile che il diritto potestativo si concretizza nella facoltà attribuita a un soggetto di modificare, con un proprio atto, la sfera giuridica di altri, i quali versano in una situazione di soggezione – ossia di impossibilità di impedire che si verifichi un effetto giuridico a sé sfavorevole [66] – essendo sufficiente l'iniziativa del titolare del diritto al fine di conseguire l'interesse tutelato [67]. Ne consegue, pertanto, che l'esercizio del diritto (nel caso che ci occupa quello di accettare l'eredità) e la sua realizzazione (per quanto qui rileva acquisire la qualità di erede) coincidono [68]. Il che costituisce la riprova che l'accettazione beneficiata non può che produrre i propri effetti – quale diritto potestativo – fin dal momento in cui viene formalizzata, sempre a condizione che ciò avvenga nel rispetto del disposto di cui all'art. 484 cod. civ.

Al riguardo non appare certo convincente la conclusione di chi [69] – con riferimento all'incapace – ha invece ritenuto che accettare con beneficio d'inventario non significherebbe esercitare un diritto potestativo posto che tale soggetto, se volesse divenire erede e non volesse rinunciarvi, non eserciterebbe liberamente un proprio potere di modificare la sfera giuridica altrui, essendo invero l'ordinamento che lo grava dell'onere di accettare in forma beneficiata ai sensi dell'art. 471 cod. civ., altrimenti egli non diventerebbe erede ma resterebbe mero chiamato.

Che si tratti, invece, di un diritto vero e proprio si evince in termini inequivocabili dalla circostanza che anche per il minore vale il principio, a norma dell'art. 480 cod. civ., secondo cui detta posizione giuridica si prescrive in dieci anni. D'altronde, l'accettazione con il beneficio d'inventario è, per il minore, *legale* ovvero ancora *forzosa* nel senso che per esso non vi è altro modo di accettare ma non significa che essa avvenga *ope legis* oppure che il diritto potestativo di accettare non sia soggetto alla prescrizione decennale o ancora che sia necessaria, posto che l'eredità può invece essere rinunciata [70]. Se così è, il diritto di accettare i beni ereditari resta quindi per il minore – fatta in ogni caso salva l'autorizzazione del giudice tutelare – un diritto potestativo poiché a questi è attribuita dall'ordinamento la facoltà di avvalersi o meno del potere di operare il mutamento consistente nel circoscrivere in capo ai creditori ereditari il potere di aggredire solo i beni appartenenti all'asse attivo ereditario.

A sostegno della costruzione qui proposta – per cui la dichiarazione solenne di cui all'art. 484 cod. civ. è un elemento costitutivo del beneficio d'inventario – al suddetto argomento di tipo sistematico se ne aggiungono altri, per vero ancora più persuasivi.

Innanzitutto, che l'accettazione sia il solo elemento fondante degli effetti *ex* art. 490 cod. civ. è provato da un assunto di carattere letterale: ai sensi dell'art. 487, comma 1, cod. civ., per evitare la prescrizione del diritto di accettare l'eredità è sufficiente che nel termine decennale sia posta in essere la dichiarazione e non anche l'inventario [71]. Infatti, se l'accettazione beneficiata è formalmente perfetta, non è pensabile che la mancanza di inventario possa porre nel nulla l'atto pubblico con cui il chiamato si era espresso con l'intento di accettare l'eredità, come in realtà è già avvenuto. Detto altrimenti, l'assenza dell'inventario se, da un lato,

---

[66] Così U. NATOLI, *L'amministrazione*, cit., 151 in nt. 334.

[67] Sul concetto di diritto potestativo e sul suo generale riconoscimento da parte della letteratura numerosi sono i contributi. Al riguardo v., tra i più autorevoli, G. MESSINA, *Sui cosiddetti «diritti potestativi»*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, Vol. VI, Luigi Fierro Tip. Editore, 1906, 281 ss., al quale si rinvia per la disamina delle posizioni della dottrina italiana e tedesca; ID., *Diritti potestativi*, in *Nov. dig. it.*, V., 1960, 737 e 739; G. CHIOVENDA, *L'azione*, cit., 20 s.; U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Giuffrè, 1943, 106; S. PULEO, *I diritti potestativi (individuazione della fattispecie)*, Giuffrè, 1959, 1 ss.; G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, II, Cedam, 1963, 34 ss.; B. CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Jovene, 1977, 74 ss.; L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 515 e 523; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, 1985, 627.

[68] V. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*[20], a cura di F. Anelli e C. Granelli, Giuffrè, 2011, 81.

[69] Cfr. P. LOREFICE, *L'accettazione*, cit., 334, in nt. 17.

[70] È questa una considerazione che si evince anche in L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, cit., 473.

[71] Sul punto è doveroso ripercorrere gli insegnamenti di L. FERRI, *Successioni*, cit., 307 ss. in testo e in nt. 8.



determina la cessazione del beneficio che è immediatamente operativo con l'accettazione, dall'altro, non fa certo venir meno quest'ultima [72].

In secondo luogo – al pari di quanto è stato correttamente osservato [73] – l'art. 484 cod. civ., nello stabilire la necessaria contestualità della dichiarazione di accettare e di quella di avvalersi del beneficio, costituisce senza dubbio una conferma del fatto che gli effetti di tali dichiarazioni si producono contemporaneamente e che, pertanto, il beneficio si acquista insieme alla qualità di erede con il medesimo atto con cui questi manifesta la propria volontà.

La circostanza che l'accettazione beneficiata sia già di per sé stessa elemento costitutivo della fattispecie negoziale integrando per l'appunto l'intento dell'interessato che si producano determinati effetti quali la successione nella posizione del *de cuius*, da un lato, e la limitazione della responsabilità con riguardo ai debiti di quest'ultimo, dall'altro, è per di più dimostrato dalla lettera stessa dell'art. 484, comma 1, cod. civ. laddove, nell'affermare la regola secondo la quale l'accettazione beneficiata si effettua mediante dichiarazione in forma solenne e non attraverso questa e la successiva o precedente redazione dell'inventario – che, al pari di quanto impone il comma 3 del medesimo articolo, deve anticiparla o seguirla – attesta inequivocabilmente che la sussistenza di detta accettazione sia l'unico elemento volto a perfezionare il fenomeno in esame. In altri termini, se il legale rappresentante del minore ha compiuto quell'atto solenne che la legge richiede per l'accettazione con beneficio d'inventario risulta difficile ammettere che la fattispecie sia invero carente di quella dichiarazione giuridica strutturalmente idonea a far acquistare al chiamato la qualità di erede beneficiato, e ciò né più né meno di quanto accade per l'accettazione tacita o espressa da parte di un soggetto diverso da un minore o, più in generale, da un incapace.

6. – L'essere giunti ad ammettere, al pari di quanto concluso nel paragrafo precedente, che la mera accettazione beneficiata sia rappresentativa di un negozio di per sé idoneo a far acquisire fin da subito la qualità di erede al chiamato per effetto del subentro in *universum ius defuncti* trova, a giudizio di chi scrive, ulteriore supporto se si procede ad affrontare la questione da una diversa angolazione: quella della decadenza dal beneficio d'inventario.

Di questo tema, con specifico riferimento al minore, si occupa l'art. 489 cod. civ. laddove afferma che egli non decade dal beneficio sino al compimento di un anno dalla maggiore età, potendo intervenire, a seguito del venir meno dell'incapacità, direttamente per conformarsi alle norme dettate in tema di beneficio d'inventario.

In quest'ordine di idee appare allora inevitabile indagare, sul piano teorico e sistematico, il fenomeno giuridico della decadenza, il quale, quando riferito a un effetto, dovrebbe essere espressivo di una vicenda ascrivibile a qualche cosa che, da un certo momento in poi, si perde, nonostante si sia potuto goderne prima. L'espressione decadenza non è infatti, per quanto qui ci occupa, sinonimo di mancato acquisto – come si vorrebbe desumere dall'assenza di redazione dell'inventario aderendo alle tesi del negozio complesso o della fattispecie a formazione progressiva – o, se si preferisce, di privazione di un vantaggio di cui si sarebbe potu-

[72] V. L. Ferri, *Successioni*, cit., 307, laddove ha parlato, in relazione al mancato compimento dell'inventario, della perdita degli effetti della limitazione di responsabilità che l'accettazione aveva «da sola prodotto»; nonché in precedenza U. Natoli, *L'amministrazione*, cit., 175.

La conclusione riportata in testo è stata seguita quanto alle ricostruzioni utilizzate dal Supremo Collegio ai fini del *decisum* anche da Cass., 26 luglio 1971, n. 2490, cit., 424, con nota di L. Di Lalla; nonché da Cass., 22 gennaio 1977, n. 329, cit., 637.

[73] V. Cass., 22 gennaio 1977, n. 329, cit., 637.



to disporre in futuro, tramite per l'appunto il compimento del suddetto atto indirizzato a perfezionare l'accettazione, ma di perdita *ex nunc* della limitazione di responsabilità già acquisita da parte del soggetto interessato.

Se così non fosse, nell'art. 489 cod. civ. il legislatore avrebbe dovuto sostituire all'espressione ‹‹non s'intendono decaduti dal beneficio d'inventario›› la dizione ‹‹restano chiamati all'eredità›› i minori che non si sono conformati, nei termini dettati dal precetto in esame, alle norme della Sezione II rubricata *Del beneficio d'inventario*, enfatizzando in tal modo non la perdita di un effetto già prodotto dalla dichiarazione di accettazione beneficiata quanto il venir meno della possibilità di goderne da un certo momento in poi. In definitiva, chi accetta con beneficio d'inventario – in conseguenza di un obbligo di legge come accade per il minore o quale scelta per il chiamato all'eredità maggiorenne – vuole limitare fin da subito la propria responsabilità patrimoniale e non intende avvalersi di tale beneficio solo in futuro una volta redatto l'inventario, dovendo semmai prendere atto che il detto vantaggio può cessare in carenza del compimento di un determinato onere – la redazione dell'inventario – con l'avvertenza che, se ciò accade, è espressione della modificazione di un effetto che si era già prodotto e non della assoluta impossibilità di acquisire un beneficio al quale il chiamato all'eredità legittimamente ambiva.

Né la conclusione a cui si è pervenuti può essere contraddetta dal fatto che l'art. 489 cod. civ. tace sulla circostanza che il minore divenuto maggiorenne possa essere considerato, in assenza di inventario, erede puro e semplice. La carenza di una siffatta specificazione risiede nella circostanza che la disposizione in esame si occupa esclusivamente di dettare per il minore – fissando un termine perentorio – una diversa scadenza rispetto a quella stabilita dagli artt. 485, comma 2, e 487, comma 2, cod. civ. per la redazione dell'inventario, ma ciò non toglie che rimanga ferma e inalterata la considerazione che, in assenza di inventario, occorre prendere atto che il chiamato all'eredità che ha accettato è erede puro e semplice. D'altra parte, in ipotesi di minore, il legislatore ha ritenuto di derogare al disposto di cui all'art. 485 cod. civ. che impone termini stringenti per eseguire l'inventario [74] al fine di concedergli la possibilità di decidere in autonomia, una volta divenuto maggiorenne, nel caso di pregressa inerzia del legale rappresentante.

A questo punto, se si considerano separatamente il perfezionamento della fattispecie di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario e gli effetti limitativi della responsabilità da essa sprigionati, va da sé che l'art. 489 cod. civ., nella parte in cui afferma che i minori ‹‹non si intendono decaduti›› dal beneficio medesimo qualora entro un anno dal raggiungimento della maggiore età si siano conformati alle disposizioni in tema di eredità beneficiata e, quindi, abbiano provveduto a redigere l'inventario, rafforza il convincimento che fin dalla dichiarazione di cui all'art. 484 cod. civ. il minore acquisisce la qualità di successore nei debiti del *de cuius*, sebbene la sua responsabilità resti limitata – essendo l'erede beneficiato tenuto solamente con i beni acquisiti [75] – sino al compimento dell'anno dopo la maggior età e ciò anche in assenza di inventario [76].

---

[74] Detti termini sono peraltro stabiliti con l'intento di permettere a coloro che vantano diritti sul patrimonio ereditario di conoscere l'entità di quest'ultimo in attesa che l'erede decida se accettare o meno i pesi e i vincoli che lo gravano. In argomento cfr. A. ASCOLI, *Il beneficio*, cit., 122.

[75] Il rinvio è a L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali*[2], in *Il codice civile*, commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, 2010, 77.

[76] Controverso, e per di più fin dai tempi passati, è se l'art. 490, comma 1, n. 2, cod. civ., nel disporre che l'erede che abbia accettato avvalendosi di tale beneficio non è tenuto a pagare i debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti, configuri una limitazione del debito in conseguenza della limitazione della responsabilità (in questi termini M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, rist., Giuffrè, 1968, 185), ovvero se, al contrario, descriva un'ipotesi di limitazione di responsabilità, per cui i creditori possono avvantaggiarsi solamente di alcuni beni del loro debitore per soddisfare coattivamente il proprio diritto: nello specifico, i medesimi potrebbero, a norma dell'art. 497 cod. civ., agire solo sull'eredità e non sul patrimonio del debitore, salvo il caso della costituzione in mora nel rendere il conto (così R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prela-*



In definitiva, la redazione di quest'ultimo documento costituisce per il minore l'adempimento di un onere finalizzato a tutelare l'interesse di limitare *intra vires* la propria responsabilità per i debiti ereditari [77], in modo tale che detto beneficio si consolidi nel tempo e pertanto la decadenza di questo a seguito dell'omesso comportamento in conformità alle norme in materia non opera quale sanzione in senso stretto [78] ma si limita a ripristinare la regola generale in tema di responsabilità patrimoniale dell'erede, cosicché il vantaggio in precedenza accordato dalla legge soffrirà una vera e propria caducazione.

L'atteggiamento del legale rappresentante – e, per quanto si dirà nel prosieguo con riguardo alla disciplina di cui all'art. 489 cod. civ., del minore divenuto nel frattempo maggiorenne – si prefigge, pertanto, l'obiettivo di consolidare la limitazione della responsabilità attribuendo a essa stabilità, affinché detto soggetto mantenga il vantaggio che gli è stato in precedenza accordato. Se di ciò il minore stesso non si occupasse, nel più lungo termine di un anno dal raggiungimento della maggiore età il medesimo finirebbe per rispondere anche con i beni del proprio patrimonio ovviamente in ipotesi di inadempimento dei debiti dell'eredità. Ma questo accadrebbe non perché sarebbe avvenuta una trasformazione o una conversione di istituti successori e, quindi, in forza del passaggio da un'eredità beneficiata a una pura e semplice, bensì per il mero fatto che quel soggetto avrebbe perso il beneficio della responsabilità limitata a causa di un comportamento suo e, in precedenza, del legale rappresentante.

7. – La scelta fra le due diverse strutture dell'accettazione beneficiata – *negozio unico* dagli effetti immediati, da un lato, ovvero *complesso* o a *formazione progressiva* che necessita per la sua efficacia della fun-

---

zione e della conservazione della garanzia patrimoniale, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro sesto. Tutela dei diritti. Art. 2740-2899*, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1945, 12 s.).

Hanno aderito al primo indirizzo altresì C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti. (Artt. 2740-2783)*, in *Commentario del Codice Civile* (redatto a cura di magistrati e docenti), *Libro VI*, (Titolo III, capi 1 e 2), Tomo II, Parte I, UTET, 1976, 39 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Giuffrè, 2012, 6.

Concordi con il secondo, invece, sono stati M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale, Capo I. Disposizioni generali (Art. 2740-2744)*, in *Codice civile Commentario*, *Libro della tutela dei diritti*, diretto da M. d'Amelio, Barbera, 1943, 434; C. GANGI, *Le obbligazioni*, *Concetto-Obbligazioni naturali-Solidali-Divisibili e indivisibili*, Giuffrè, 1951, 50 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*[9], Vol. III, Giuffrè, 1959, 65.

Peculiare, sulla previsione di cui all'art. 490, comma 1, n. 2, cod. civ., è stata la posizione di V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Vol. XIX, *Tutela dei diritti*, I, UTET, 1985, 395; oltre che ID., *La responsabilità patrimoniale del debitore*[2], in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Vol. XIX, *Tutela dei diritti*, I, UTET, 1997, 515 s., secondo cui essa rappresenta una vera e propria limitazione di responsabilità legale esclusivamente se si parte dal presupposto che l'erede sia a pieno titolo e per l'intero ammontare debitore pure per debiti già facenti capo al *de cuius* e per i legati; costituisce invece un caso di debito limitato qualora si reputi che il valore dell'attivo ereditario indichi la misura non solo della sua responsabilità bensì anche del suo debito. Particolare è stata pure l'opinione sostenuta da C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur.*, XVII, Treccani, 1993, 8, secondo il cui giudizio, comparando gli artt. 490 e 497 cod. civ., emerge come la posizione dell'erede beneficiato sia soggetta a due limiti, il primo relativo all'entità del debito – poiché è ridotto l'oggetto della sua prestazione – il secondo riguardante l'oggetto della responsabilità patrimoniale correlata a detto debito, di cui l'erede risponde unicamente con i beni dell'eredità che rientrano nel patrimonio separato del *de cuius ex* art. 497 cod. civ., quando invece, in base all'art. 2740 cod. civ., il medesimo dovrebbe rispondere con tutti i suoi beni.

[77] Come nota giustamente L. FERRI, *Successioni*, cit., 352. Conf. G. VIDIRI, *L'accettazione con beneficio d'inventario: atto unico o fattispecie a formazione progressiva?* in *Giust. civ.*, I, 2004, 366.

[78] In termini di sanzione – da individuarsi nella perdita del beneficio conseguito dall'erede con l'accettazione beneficiata – che l'ordinamento giuridico ricollega «per l'inosservanza delle formalità impostegli dalla legge» si è espresso in dottrina U. NATOLI, *L'amministrazione*, cit., 175. Analogamente di sanzione ha parlato pure D. PASTORE, *Incapaci*, cit., 1223, con riferimento alla perdita del diritto di accettare in modo beneficiato prevista dagli artt. 485 e 487 cod. civ.



zione integratrice dell'inventario, dall'altro – si riflette inevitabilmente sulla realtà. L'essere giunti ad affermare che pure per il minore – al pari di qualunque chiamato maggiorenne che accetti con beneficio d'inventario – l'eredità si acquista da subito con la formale dichiarazione solenne ricevuta da un notaio o dal cancelliere del tribunale del circondario in cui si è aperta la successione, implica, sotto il profilo operativo, una prima considerazione: a decorrere da detta accettazione il legale rappresentante del minore potrà intraprendere tutte le azioni che l'ordinamento riserva in via esclusiva all'erede, che sono invece precluse al chiamato all'eredità.

A tal proposito, pertanto, al minore spetterà innanzitutto la *petitio hereditatis* prevista dall'art. 533 cod. civ. al fine di permettere all'erede di chiedere il riconoscimento della sua qualità ereditaria nei confronti di chiunque possieda tutti o parte dei beni caduti in successione, allo scopo di ottenere la restituzione dei medesimi. Del pari, l'incapace sarà legittimato ad esperire l'azione di divisione ereditaria ai sensi dell'art. 713 cod. civ., con la quale ogni coerede può instare per lo scioglimento della comunione ereditaria e la divisione dei beni. Oltre alle suddette azioni previste dal Codice civile, al minore – sulla base della costruzione dogmatica a cui si è pervenuti – spetta, in quanto legittimario, la legittimazione attiva in ordine all'azione di cui all'art. 564, comma 1, cod. civ. volta alla reintegrazione della quota che risulti ridotta per effetto di donazioni e legati posti lesivamente in essere dal *de cuius*; azione che, per l'appunto, presuppone per il suo esercizio la condizione della preventiva accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario e la contestuale qualità di erede [79].

In secondo luogo la qualifica di erede conseguita dal minore con la dichiarazione di accettazione beneficiata di cui all'art. 484 cod. civ. impedirà, sulla base del principio di irrevocabilità dell'accettazione ereditaria espresso dal noto brocardo *semel heres semper heres*, che questi possa poi rinunciare all'eredità nonostante la mancata redazione dell'inventario da parte sua nel periodo intercorrente tra il diciottesimo e il diciannovesimo anno di età, come disposto dall'art. 489 cod. civ.

Tanto acquisito, non è dato vedere il motivo per cui dovrebbe meritare accoglimento l'indirizzo espresso dal Supremo Collegio il quale, in più di una pronuncia, è giunto a sostenere che qualora l'eredità sia stata accettata nella forma beneficiata dal legale rappresentante del minore, a quest'ultimo non sarebbe preclusa in assenza di inventario la facoltà di rinunziare all'eredità entro i dodici mesi successivi al raggiungimento del diciottesimo anno di età [80]. Evidente è la ragione alla base dell'assunto della Corte. A parere della giurispru-

---

[79] Limitatamente a quest'ultimo aspetto v. Cass., 3 luglio 2013, n. 16635, in *Giust. civ*., 2013, 9, I, 1691; nonché Cass., 23 dicembre 2011, n. 28632, in *Giust. civ. Mass.,* 2011, 12, 1846, che ha affermato il principio in forza del quale a norma dell'art. 564 cod. civ. solo il legittimario che abbia la qualità di erede può, in ipotesi di accettazione beneficiata, esperire l'azione di riduzione delle donazioni e dei legati lesivi della sua quota di legittima. Anche secondo Cass., 19 novembre 2019, n. 30079, in *Banche Dati Dejure*, qualora sia stato totalmente pretermesso dal testatore, il legittimario non è chiamato alla successione per il solo fatto della morte del *de cuius*, potendo acquistare i suoi diritti esclusivamente dopo avere esperito le azioni di riduzione o di annullamento del testamento, con la conseguenza che la condizione della preventiva accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario ai sensi dell'art. 564, comma 1, cod. civ., ai fini dell'esercizio dell'azione di riduzione, opera solamente per il legittimario che abbia al contempo la qualità di erede e non per il legittimario totalmente pretermesso dal testatore.

Conf., in sede di merito, di recente Trib. Sciacca, 22 dicembre 2021, in *Banche Dati Dejure*.

[80] V. Cass. 24 luglio 2000, n. 9648, in *Fam. dir.*, 2001, 405, con commento di E. ASTUNI, *Accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario in nome e per conto del minore e rinuncia, da parte di questo, divenuto maggiorenne.*

Più di recente, in altro arresto – cfr. Cass., 16 novembre 2018, n. 29665, in *Ilfamiliarista*, 2019, con nota di B. D'AMATO – la Suprema Corte ha affermato sia il principio che il mancato perfezionamento della procedura di accettazione beneficiata da parte del legale rappresentante mantiene il minore nella qualità di chiamato all'eredità – in ogni caso fintanto che non è decorso il termine prescrizionale di cui all'art. 480 cod. civ. – sicché una volta divenuto maggiorenne, potrà valutare se conservare o meno il beneficio ovvero rinunciare all'eredità, sia quello in forza del quale una volta che si sia perfezionata, prima del raggiungimento della maggiore



denza di legittimità la forma solenne attraverso cui il legale rappresentante del minore ha accettato l'eredità non sarebbe di per sé sufficiente a far assumere a quest'ultimo la qualità di erede, la quale potrebbe quindi sempre essere rinunciata in assenza di inventario entro i termini di cui all'art. 489 cod. civ. Va da sé che in considerazione di quanto esposto nei paragrafi precedenti una siffatta conclusione non può essere accolta. L'aver dato corso, da parte del legale rappresentante, all'accettazione con beneficio d'inventario costituisce un indice chiaro in ordine al fatto che la posizione del minore si sia già manifestata in termini inequivocabili. In forza della costruzione elaborata, infatti, l'accettazione del legale rappresentante – se avvenuta nel rispetto delle formalità di legge – ha già impedito una sua possibile rinuncia [81], tant'è che una diversa conclusione finirebbe per violare il citato principio di irrevocabilità dell'accettazione ereditaria.

Vero è, invece, che la mancata redazione dell'inventario entro il termine ultimo di un anno dal compimento della maggiore età produrrà quale effetto *ex nunc* la perdita del beneficio della responsabilità limitata e la necessità di qualificare l'erede in termini puri e semplici. Volendo ripercorrere nelle linee essenziali il ragionamento sin qui condotto, è evidente che il minore resta erede in conseguenza degli effetti che si sono originati dalla dichiarazione solenne di cui all'art. 484 cod. civ. ma ciò accade non in quanto in essa sarebbe compresa, in subordine alla mancata redazione dell'inventario nel termine fissato per il minore dall'art. 489 cod. civ., quella pura e semplice [82], bensì in ragione di una modifica relativa al regime di responsabilità dell'erede.

Qualora invece sussistesse un difetto di forma nell'accettazione beneficiata e, conseguentemente, non fossero rispettate le prescrizioni di cui all'art. 484 cod. civ. – varrebbe a dire la dichiarazione non fosse stata ricevuta da un notaio o dal cancelliere del tribunale del circondario in cui si è aperta la successione e la stessa non risultasse inserita nel registro delle successioni conservato nello stesso tribunale – l'incapace si verrebbe a trovare, a seguito della mancata produzione di qualsiasi effetto, nella posizione di mero chiamato all'eredità [83]. Il nostro ordinamento preclude, infatti, l'accettazione dell'eredità da parte del minore, debitamente rappresentato, in modo *puro e semplice* come tanto la dottrina [84] quanto la giurisprudenza [85] hanno avuto oc-

---

età, la procedura di accettazione beneficiata, con il realizzarsi degli elementi costitutivi previsti dalla legge, risulta ormai acquisita la qualità di erede, con la conseguenza che il minore, divenuto nel frattempo maggiorenne, non potrà più rinunciare all'eredità.

A conclusioni diametralmente opposte è pervenuta in parte motiva Cass. 19 luglio 1993, n. 8034, cit., 249, a giudizio della quale l'art. 489 cod. civ. attribuirebbe al minore, nell'ipotesi in cui il suo legale rappresentante non abbia rinunciato all'eredità, il solo diritto di redigere l'inventario entro il termine perentorio di un anno dal compimento della maggiore età e non il diritto di rinunciare alla medesima. Ha inoltre aderito alla precedente sentenza di merito impugnata che aveva ritenuto *tamquam non esset* l'atto di rinuncia posto in essere dal minore, divenuto maggiorenne, nei termini previsti dall'art. 489 cod. civ. in presenza di una accettazione beneficiata dell'eredità a cui non aveva fatto seguito la redazione dell'inventario Cass., 5 giugno 2019, n. 15267, in *Giust. civ. Mass*., 2019.

[81] Uno spunto in tal senso è presente anche in E. ASTUNI, *Accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario in nome e per conto del minore e rinuncia, da parte di questo, divenuto maggiorenne*, in *Fam. dir.*, 2001, 413.

[82] Come invero sostenuto da E. ASTUNI, *Accettazione*, cit., 413.

[83] L'indirizzo è stato accolto anche dal Supremo Collegio. V., in questa direzione, Cass., 12 aprile 1954, n. 1147, in *Giur. it*., 1955, I, 559, secondo cui l'accettazione pura e semplice da parte del legale rappresentante non produceva effetti per il minore stesso il quale, alla maggiore età, poteva rinunciare o accettare con beneficio d'inventario. Successivamente pure Cass., 27 gennaio 1962, n. 162, in *Giust. civ*., 1962, I, 662, con nota di A. DE ROSA, *Mancata accettazione con beneficio di inventario di eredità devoluta a minori e autorizzazione alla vendita dei beni ereditari*, ha ribadito come ogni forma di accettazione espressa o tacita diversa da quella con beneficio d'inventario di cui all'art. 471 cod. civ. non è idonea ad attribuire al minore la qualità di erede, restando quest'ultimo nella posizione di chiamato all'eredità fino al momento in cui si prescrive il diritto di accettare o rinunciare ad essa *ex* art. 489 cod. civ. Anche per Cass., 9 aprile 1969, n. 1144, in *Giust. civ. Mass*., 1969, 584, qualora il legale rappresentante del minore non abbia accettato con il beneficio d'inventario avendolo fatto in modo tacito, il minore resterebbe nella qualità di chiamato all'eredità fin quando non si consumi il suo diritto di accettare o rinunciare all'eredità in quanto l'accettazione tacita sarebbe improduttiva di effetti.

[84] Le voci più autorevoli hanno ritenuto che l'eventuale accettazione pura e semplice fatta dal legale rappresentante del minore debba ritenersi nulla integrando, pertanto, un atto non produttivo di effetti fin dall'origine. In questo senso cfr. le giuste osservazioni



casione di approfondire nel tempo. Analogamente il rigetto investe anche l'ipotesi di una accettazione tacita effettuata dal rappresentante legale dell'incapace senza osservare il disposto dell'art. 471 cod. civ [86].

---

di U. NATOLI, *L'amministrazione*, cit., 187 s., che ha tratto il proprio convincimento dalla considerazione che, se così non fosse, non si comprenderebbe quale dovrebbe essere la *ratio* degli artt. 471, 472 e 473 cod. civ.; nonché di A. CICU, *Successioni*, cit., 196 ss. e in particolare 198 e 201, per il quale l'accettazione in modalità non beneficiata esula dai poteri del rappresentante legale del minore. Anche a giudizio di L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, cit., 472, l'accettazione semplice da parte dei minori, oltre che degli interdetti, è affetta da nullità assoluta, ossia come se non fosse mai avvenuta, quand'anche «compiuta dal legale rappresentante o con l'assistenza di questo e le debite autorizzazioni», con la conseguenza che si può rinunciare o accettare con il beneficio di inventario in costanza di perdurante incapacità oppure come erede puro e semplice in caso di cessazione di quest'ultima. In argomento pure C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali – successioni legittime*[2], in *Commentario del codice civile,* Libro II, tomo I, UTET, 1971, 156, ha notato giustamente come sia invalida ogni forma di accettazione dell'eredità da parte del legale rappresentante del minore qualora diversa da quanto disciplinato dall'art. 484 cod. civ. Su posizioni sostanzialmente analoghe v. A. RAVAZZONI, *Beneficio*, cit., 1. Propenso a considerare nulla l'accettazione pura e semplice effettuata dal legale rappresentante del minore in considerazione dell'assenza di capacità giuridica di quest'ultimo in relazione all'accettazione pura e semplice è stato, inoltre, L. FERRI, *Successioni*, cit., 231. Più di recente, in senso conf., v. altresì V. PAPPA MONTEFORTE, *Brevi note*, cit., 202; G. VIDIRI, *Sospensione*, cit., 581, il quale ha condiviso tale pensiero tanto in ragione del dato letterale dell'art. 471 cod. civ. quanto perché gli interessi che sono tutelati impongono alla predetta norma «una natura cogente». In termini ricognitivi, ancora sulla nullità dell'accettazione pura e semplice effettuata dal legale rappresentante del minore, cfr. C. CARNEVALE, *Art. 471. Eredità devolute a minori o interdetti*, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, Libro II, Delle successioni*, Tomo I, a cura di C. Carnevale, Giuffrè, 2005, 136 ss. Più di recente v., pure, G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 283, che, ricorrendo al principio generale di cui all'art. 1418 cod. civ., parla di nullità per violazione di norme imperative.

Hanno diversamente sostenuto l'indirizzo della possibile annullabilità F.S. AZZARITI – G. MARTINEZ – G. AZZARITI, *Successioni*, cit., 56, in nt. 1.

A favore di una ipotesi di annullabilità dell'accettazione di eredità, invero derivante dalla mancata precedente autorizzazione del giudice tutelare, si è espresso pure D. PASTORE, *Incapaci e decadenza dal beneficio di inventario*, in *Riv. not*., 1998, 1215

[85] Da svariati decenni questa ha statuito il divieto di accettazione pura e semplice dell'eredità da parte del minore. Si allude in particolare agli arresti di Cass., 19 febbraio 1962, n. 329, in *Foro pad*., 1962, I, 442 e di Cass., 23 aprile 1966, n. 1051, in *Foro it*., 1967, I, 83, per le quali l'accettazione pura e semplice da parte del legale rappresentante non produce effetti per il minore stesso il quale, alla maggiore età, può rinunciare o accettarla con beneficio d'inventario. In epoca remota cfr., pure, Cass. 3 dicembre 1936, n. 3263, cit., 621, con nota di A. BUTERA, *Eredità devoluta ad incapaci e beneficio di inventario*, che aveva ritenuto invalida e non produttiva di conseguenze giuridiche l'accettazione di eredità devoluta ai minori in violazione delle formalità stabilite per il beneficio d'inventario.

Solo un risalente indirizzo sorto nelle Corti di merito era giunto in passato, in posizione peraltro minoritaria, a considerare l'accettazione pura e semplice dell'eredità da parte del rappresentante legale dell'incapace valida e idonea ad attribuire a quest'ultimo la qualità di erede, determinando l'inosservanza del disposto dell'art. 471 cod. civ. unicamente la facoltà di accettare direttamente con il beneficio di inventario nel termine, previsto dall'art. 489 cod. civ., di un anno dalla cessazione della incapacità. Questa era la direzione verso cui sembrava muoversi Trib. Trani, 10 gennaio 1961, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1961, 398, la cui prospettiva è stata fatta propria, in seguito, da Trib. Napoli, 11 aprile 1990, in *Riv. not*., 1993, con nota di V. PAPPA MONTEFORTE, *Brevi note sui minori nell'eredità e nella divisione consensuale con partecipazione dell'usufruttuario*.

[86] La giurisprudenza ha, difatti, escluso che il rappresentante legale dell'incapace possa accettare l'eredità in modo diverso da quello prescritto da detta norma, di talché l'eventuale accettazione tacita, fatta con il compimento di uno degli atti previsti dall'art. 476 cod. civ., ossia con un atto che presuppone necessariamente la volontà di accettare e che non si avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede, non rientra nel potere di tale soggetto, perciò non produce alcun effetto nei confronti dell'incapace, che resta nella posizione di chiamato all'eredità fino a quando egli stesso o il suo rappresentante eserciti il diritto di accettare o di rinunciare all'eredità entro il termine prescrizionale. In tale ottica v. Cass., 1° febbraio 2007, n. 2211, cit., 577. In argomento Cass., 24 luglio 2000 n. 9648, cit., 405, ha affermato che, con riguardo all'eredità devoluta ai minori, ogni forma di accettazione espressa o tacita è nulla e improduttiva di effetti, tanto da non conferire al minore la qualità di erede, se non viene effettuata con beneficio di inventario. Il Supremo Collegio ha proseguito osservando come da ciò deriva che, nel caso di chiamata all'eredità del minore, non può applicarsi l'art. 485 cod. civ. nella parte in cui dispone, in via generale, che il chiamato che si trovi a qualsiasi titolo nel possesso dei beni ereditari deve compiere l'inventario entro tre mesi dal giorno dell'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità, divenendo, in difetto di tale adempimento, erede puro e semplice. Più in particolare, per il minore – sempre a parere della Corte – la decadenza dal beneficio di inventario può avvenire esclusivamente secondo il disposto dell'art. 489 cod. civ. nel caso in cui l'inventario non venga predisposto da tale soggetto entro il termine di un anno dal raggiungimento della maggiore età. Similmente anche Cass.,



Da ciò consegue che, in difetto del compimento degli atti necessari a perfezionare, attraverso la dichiarazione solenne, detta accettazione beneficiata, l'incapace rimane nella posizione di chiamato all'eredità, essendo a lui preclusa l'accettazione *pura e semplice* [87]. Le ripercussioni sono del tutto evidenti. Restando la dichiarazione di accettazione beneficiata improduttiva di effetti, il minore, una volta venuta meno l'incapacità, potrà disporre della facoltà di rinunciare all'eredità oppure di accettarla con beneficio di inventario o ancora in termini puri e semplici, ovviamente sempreché il diritto ereditario non si sia prescritto.

8. – Più volte nel corso del presente contributo si è fatto rinvio al disposto contenuto nell'art. 489 cod. civ. e alla sua *ratio* di salvaguardare il patrimonio del minore da eventuali negligenze del legale rappresentante [88].

Qualora, infatti, quest'ultimo accetti l'eredità, una volta che sia stato debitamente autorizzato dal giudice tutelare, ma poi non compia per inerzia o trascuratezza l'inventario, lasciando in tal modo detto compito al minore allorché maggiorenne, quest'ultimo resterà comunque ancora protetto dall'ordinamento per lo spazio

---

13 luglio 1999, n. 7417, in *Giur. it*., 2000, I, 1, 467, con nota di E. Bergamo, *Brevi cenni sull'accettazione beneficiata dell'eredità da parte di incapaci e sulla natura giuridica del chiamato all'eredità*, ha affermato il principio secondo cui gli atti di conservazione del patrimonio ereditario posti in essere dal rappresentante legale del minore chiamato all'eredità non possono dar luogo ad alcuna accettazione implicita dell'eredità medesima, la quale sarebbe in ogni caso nulla in ragione dell'obbligo di accettazione beneficiata da parte del minore. Un'analoga conclusione si rinviene in Cass., 27 febbraio 1995, n. 2276, in *Banche Dati Dejure*, che, in una vicenda avente a oggetto una divisione bonaria dei beni ereditari, ha statuito che l'art. 471 cod. civ., stabilendo che le eredità devolute ai minori si possono accettare solamente con il beneficio di inventario, esclude che il rappresentante legale dell'incapace possa accettare l'eredità in modo tacito ovverosia con forme differenti da quelle contemplate *ex* art. 484 cod. civ. ai fini di una «dichiarazione espressa di volontà volta a fare acquistare all'incapace la qualità di erede con limitazione della responsabilità ai debiti e ai pesi "*intra vires per ereditatis*"». Ancora più significativa è Cass., 11 luglio 1988, n. 4561, cit., 751, che ha osservato come l'art. 471 cod. civ. sia norma imperativa che non permette al minore di accettare l'eredità in forme diverse da quella beneficiata. Sostanzialmente conf. Cass., 27 febbraio 1986, n. 1267, in *Vita not*., 1986, 292, la quale ha affermato che l'accettazione non beneficiata effettuata da parte del legale rappresentante è invalida e priva di effetti per il minore il quale resta nella qualità di chiamato che, alla maggiore età, può rinunciare o accettare l'eredità con beneficio d'inventario; Cass., 10 ottobre 1981, n. 5327, in *Giust. civ. Mass*., 1981, 1902, secondo cui il disposto dell'art. 471 cod. civ. osta a far sì che la riscossione di un credito del *de cuius* da parte del soggetto esercente la patria potestà sull'erede-minore equivalga ad accettazione tacita dell'eredità da parte di quest'ultimo; Cass., 9 aprile 1969, n. 1144, cit., 584; Cass., 5 maggio 1967, n. 881, in *Giust. civ. Mass*., 1967, 448; Cass., 27 gennaio 1962, n. 162, cit., 662; Cass., 25 maggio 1960, n. 1358, in *Foro pad*., 1960, II, 63.

Anche in sede di merito è stato riconosciuto come, ai sensi dell'art. 471 cod. civ., l'eredità devoluta al minore non possa essere accettata con modalità diverse da quella beneficiata, indipendentemente dal valore del compendio ereditario, di talché ogni altra e diversa forma di accettazione espressa o tacita è nulla e improduttiva di effetti. V. Trib. Asti, 13 maggio 2011, in *Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 7252 – pubb. 06/06/2012*. In tempi risalenti cfr. pure App. Cagliari, 26 luglio 1963, in *Foro it. Rep*., 1966, 2271; nonché App. Napoli, 23 dicembre 1957, in *Giust. civ*., 1958, I, 941, con nota di G. Stella Richter, *Accettazione di eredità devoluta ad incapaci ed alienazione di beni ereditari.*

[87] *Contra* G. Azzariti, *Accettazione di eredità devoluta ad incapace*, in *Giur. it*., 1975, I, 352, a giudizio del quale se l'incapace ha accettato ma non si è conformato alla disciplina di cui all'art. 489 cod. civ., egli resta comunque erede puro e semplice posto che quest'ultimo precetto non si esprime in termini di decadenza dal diritto all'eredità ma solo dal beneficio d'inventario.

[88] A tal proposito la dottrina non ha, infatti, avuto dubbi: l'art 489 cod. civ. svolge la funzione di permettere di conservare il beneficio di inventario impedendone la decadenza sino alla scadenza del termine perentorio indicato dalla norma stessa. I contributi della letteratura in materia sono tutt'altro che sporadici. Senza pretesa di esaustività non si possono non ricordare, tra i tanti, L. Ferri, *Successioni*, cit., 322; G. Azzariti, *Accettazione*, cit., 349; nonché U. Natoli, *L'amministrazione*, cit., 188 s. Rispetto alla regola generale dettata per i chiamati non incapaci, l'art. 489 cod. civ. si giustifica infatti nella esclusiva volontà del legislatore di allontanare il rischio che sul minore finiscano per gravare eventuali errori commessi dal rappresentante legale. In tale ottica cfr. A. Ravazzoni, *Beneficio*, cit., 4.



temporale di un anno successivo alla maggiore età affinché autonomamente possa scegliere quale condotta adottare e quale qualifica di erede, infine, assumere, se per l'appunto beneficiata o pura e semplice.

Quanto *supra* esposto ha, per di più, condotto a ritenere che l'art. 489 cod. civ. sia una disposizione che introduce, in via d'eccezione, una proroga *ex lege* dei termini per il completamento dell'accettazione con beneficio d'inventario [89]. D'altronde, come è stato osservato, non sarebbe corretto equiparare la fattispecie in cui l'accettazione con beneficio d'inventario fosse il risultato di una decisione discrezionale della parte interessata con quella in corrispondenza della quale al chiamato all'eredità che volesse accettare l'istituto in commento operasse per legge [90]. Anche a giudizio della giurisprudenza di legittimità l'art. 489 cod. civ. va inteso come norma eccezionale che concerne, riguardo agli incapaci, l'adempimento del compimento dell'inventario, disponendo in merito una disciplina specifica che si differenzia rispetto a quella ordinaria di cui agli artt. 485 e 487 cod. civ [91].

Sennonché, a tal proposito, vi è da dubitare che l'eccezionale prolungamento dei tempi per la redazione dell'inventario integri una vera e propria proroga dell'ordinario termine – che per il minore, infatti, non è altrove disposto – trattandosi per la verità di una peculiare previsione in considerazione dello specifico *status* del chiamato all'eredità. E ciò, a maggior ragione, in forza del principio secondo cui gli artt. 485 e 487 cod. civ. non si applicano, come già accennato in questo contributo, al minore [92].

Tra questi precetti, da un lato, e l'art. 489 cod. civ., dall'altro, sussiste in realtà un rapporto di regola ad eccezione. Tale ultimo articolo presuppone, infatti, il confronto dei suoi effetti con quelli che si desumono dai primi due, sebbene vi sia tra di loro una relazione, se non di totale, quantomeno di parziale identità [93].

In particolare l'art. 489 cod. civ., lungi dall'essere una *norma speciale* [94], posto che non restringe il campo di applicazione di quella generale desumibile dagli artt. 485 e 487 cod. civ., presenta evidenti tratti di eccezionalità rispetto al combinato disposto di tali ultime previsioni normative. Da una parte, esso nega, con riferimento alla predisposizione dell'inventario, che l'onere del confezionamento del documento dipenda dal possesso o meno dei beni mentre, dall'altra, disapplica il termine trimestrale per la sua realizzazione decorrente dall'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità ovvero dalla dichiarazione di accettazione beneficiata. L'art. 489 cod. civ. si sostanzia, quindi, in uno *ius eccezionale* o *singolare* in confronto agli artt. 485 e 487 cod. civ., vertendosi in un'ipotesi nella quale la prima delle due disposizioni esclude integralmente l'operatività delle seconde. Il fatto poi che gli artt. 485 e 487 cod. civ. fissino ulteriori termini entro i quali occorre che il chiamato all'eredità compia la dichiarazione solenne di accettazione beneficiata in difetto della quale si hanno determinate conseguenze, colloca la norma di cui all'art. 489 cod. civ. in una

[89] Cfr. D. PASTORE, *Incapaci*, cit., 1213.

[90] In questi termini cfr. L.V. MOSCARINI, *Beneficio*, cit., 125.

[91] V., in parte motiva, Cass., 15 luglio 2003, n. 11030, cit., 361.

[92] Di avviso contrario è invero D. PASTORE, *Incapaci*, cit., 1219 ss. e 1222 ss.

[93] Tant'è che «*nessuna norma, in sé considerata, è regolare o eccezionale*», dovendosi procedere a una necessaria comparazione tra precetti. Così N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1979, 48 ss.

[94] Per tale concetto si rinvia alle affermazioni assai lontane nel tempo ma ancora del tutto valide di P. COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale. I. – Diritto singolare e diritto comune*, Società Tipografica Modenese, 1915, 82 ss., che aveva definito speciale rispetto a una regola superordinata quella che presentava tutti gli elementi costitutivi sussistenti anche nella seconda più alcuni aspetti, che di questa rappresentavano «svolgimento o continuazione» (*ivi*, 82), dato che la legge speciale integrava una «conseguenza o specificazione» (*ivi*, 83) di quella superordinata, la quale continuava a disciplinare la fattispecie concreta non da sola, però, bensì insieme alla norma speciale. Conf. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico della R. Università, 1938, 168; N. IRTI, *L'età*, cit., 45 s., laddove, dopo aver ricordato che i caratteri della norma generale si rinvengono inoltre in quella speciale e che questa vi apporta un connotato in più, ha messo in luce come quest'ultima limiti il campo di applicazione della regola generale che, in mancanza della prima, disciplinerebbe altresì i casi previsti da essa: rimossa la legge speciale, quella generale amplierebbe nuovamente la propria sfera di operatività, applicandosi pure alle ipotesi concrete che presentassero l'aspetto ulteriore e differenziale.



evidente direzione antitetica rispetto alle regole predisposte dai primi due precetti. Tutte e tre le previsioni normative in esame presentano in comune un elemento di fatto: la redazione dell'inventario. Ognuna di esse, tuttavia, dispone differentemente, in corrispondenza di questo adempimento, quanto agli effetti giuridici [95], in modo tale che la norma eccezionale – nel caso che ci occupa quella di cui all'art. 489 cod. civ. dettata per il minore – risulta in contrasto e neutralizza quella generale, sancita dagli artt. 485 e 487 cod. civ [96]. D'altronde è principio da tempo affermato quello secondo cui la disposizione di *diritto singolare* o *eccezionale* non reca specificazioni a quella *generale* né le aggiunge elementi, bensì disciplina il caso a quest'ultima sottratto in maniera del tutto diversa, sì che la prima non costituisce un completamento o una precisazione della seconda ma si colloca in una direzione di discontinuità [97].

Non poche perplessità sono inoltre affiorate circa il perimetro di estensione della regola dettata per gli incapaci. Nonostante si sia ritenuto che la medesima possa trovare applicazione in relazione al minore divenuto nel frattempo maggiorenne solo a condizione che questo risulti essere ancora delato, non essendosi verificata la decorrenza dei termini di cui agli artt. 480 e 481 cod. civ. per accettare o rifiutare l'eredità [98], non è nemmeno mancato chi ha invece affermato che l'anno dovrebbe ritenersi disponibile per il minore diventato maggiorenne anche se fosse compiuto oltre il limite prescrizionale decennale [99].

Quanto al primo dei due suddetti indirizzi è stato osservato che, se da un lato l'art. 489 cod. civ. dètta «un particolare trattamento di favore per gli incapaci››, dall'altro il medesimo non arriva ‹‹ad escludere la perdita del diritto di accettare in conseguenza della prescrizione (art. 480) o della inutile decorrenza del termine fissato dall'autorità giudiziaria (art. 481) e, quindi, di quello posto dall'ultimo comma dell'art. 487» [100]. D'altra parte, poiché il rinvio sancito dall'art. 489 cod. civ. si limita *expressis verbis* ‹‹alle norme della presente sezione›› e, pertanto, alle sole disposizioni di cui alla Sezione II, esso non potrebbe in realtà neppure estendersi nel senso di prorogare fino allo scadere dell'anno dal raggiungimento della maggiore età anche il termine decennale di prescrizione del diritto di accettare l'eredità di cui all'art. 480 cod. civ. e quello fissato a norma del successivo art. 481 cod. civ. dal giudice entro il quale il chiamato all'eredità dovrebbe accettare o rifiutare la medesima [101].

Diversamente, se si abbracciasse la contraria tesi [102], la mancata decadenza dal beneficio d'inventario prevista dall'ordinamento a favore dell'incapace finirebbe per impedire la prescrizione, per il medesimo arco di tempo, del diritto di accettare l'eredità, non essendo altrimenti comprensibile che la legge conceda un benefi-

---

[95] Che la norma eccezionale si caratterizzi – in confronto a quella generale – per la previsione di conseguenze giuridiche difformi è affermazione pacifica in dottrina. V., a tal proposito, *ex plurimis*, N. IRTI, *L'età*, cit., 45 ss.

[96] Cfr. sul punto le riflessioni condotte da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, 1949, 87, e le relative citazioni riportate in testo.

[97] Fra i primi fautori dell'elaborazione del concetto di norma eccezionale v. P. COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare*, cit., 82 ss. e 90, dove l'Autore rammentava come fosse essenziale che il diritto eccezionale negasse almeno parzialmente ciò che la norma generale statuiva e che dettasse nuove disposizioni chiaramente inconciliabili con quelle previste da quest'ultima. Cfr. sul punto anche le riflessioni condotte da E. BETTI, *Interpretazione*, cit., 87, e le relative citazioni riportate in testo.

[98] È questa l'opinione di G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, cit., 246.

[99] Così L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, cit., 472.

[100] L. FERRI, *Successioni*, cit., 322.

[101] Hanno ritenuto, in assenza di rinuncia o accettazione del legale rappresentante, che trascorso il termine decennale il minore perda irrimediabilmente il diritto all'eredità A. CICU, *Successioni*, cit., 198, il quale ha fondato la propria conclusione sull'assunto che la proroga di cui all'art. 489 cod. civ. riguarda «soltanto il termine per conseguire il beneficio d'inventario»; G. PRESTIPINO, *Delle successioni*, cit., 273; G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 286; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*, cit., 246 ss. e in particolare 248.

[102] V. C. MERCANTINI, *Accettazione di eredità devolute ad incapaci e autorizzazione a disporre di beni ereditari*, in *Riv. not.*, 1951, I, 357.



cio accessorio all'eredità non considerando che *medio tempore* il diritto si possa estinguere per intervenuta prescrizione [103].

Sennonché entrambe le posizioni non appaiono condivisibili. Poiché solo chi è erede può vedere decaduto un effetto, quale è la limitazione di responsabilità, che entra in gioco esclusivamente allorquando il chiamato diventa successore, l'art. 489 cod. civ. presuppone, a giudizio di chi scrive, l'avvenuta accettazione beneficiata dell'eredità da parte del legale rappresentante. È ben vero che anche l'art. 484 cod. civ. appartiene alle disposizioni della Sezione II a cui il soggetto divenuto maggiorenne dovrebbe conformarsi, ma è del pari evidente come lo stesso si ponga – ripercorrendo nelle linee essenziali il ragionamento fin qui seguito – in termini contradditori rispetto a quanto l'art. 489 cod. civ. vorrebbe far conseguire al minore, non potendosi per l'appunto configurare una decadenza da un effetto, quello della responsabilità limitata dell'erede, che ancora non è sorto.

Se si parte invece dall'assunto per cui l'accettazione è già avvenuta, le conseguenze sono alquanto lineari. Mentre, da un lato, le norme che il minore divenuto maggiorenne deve osservare sono in particolare quelle che impongono di redigere l'inventario al fine di conservare la responsabilità limitata, dall'altro diventa alquanto irrilevante porsi il problema se il precetto di cui all'art. 489 cod. civ. contempli o meno, in aggiunta a un maggior termine per la redazione dell'inventario, anche una proroga della prescrizione del diritto di accettare, posto che una siffatta *quaestio* verrebbe risolta in radice.

D'altronde una tale conclusione trova un appiglio normativo altresì nel tenore letterale dell'articolo in esame che, nel riferirsi alla sola vicenda della decadenza dalla limitazione della responsabilità, non contempla – a differenza di quanto disposto dall'art. 487, comma 3, cod. civ. – la «perdita del diritto di accettare l'eredità». Ma la ricerca di solidi argomenti sistematici si rinviene anche altrove. È infatti agevole osservare come l'art. 480 cod. civ. non distingua, quanto ai termini di prescrizione del diritto di accettazione o rinuncia dell'eredità, tra minore e chiamato all'eredità maggiorenne. Una sola è quindi la disciplina in materia, la quale si ricava esclusivamente dalla predetta norma, non potendosi confondere con essa la regola contenuta nell'art. 2942 cod. civ. che si occupa della sospensione della prescrizione già trattata nel paragrafo 3.

A tal proposito, coglie nel segno chi afferma che l'art. 489 cod. civ. si limita a prevedere la decadenza dal beneficio della responsabilità limitata e non anche quella dal diritto all'accettazione dell'eredità [104], posto che questa è, per l'appunto, già avvenuta. In altre parole, il precetto in esame non dà luogo a una proroga dei termini di accettazione ma semplicemente impedisce che il minore decada dal beneficio inerente al regime di responsabilità. Il maggior lasso di tempo fissato da esso rispetto a quello indicato negli artt. 485 e 487 cod. civ. rileva infatti – come già a suo tempo concluso – ai fini della redazione dell'inventario e quindi del compimento di tale onere da parte del chiamato che intenda conservare l'effetto favorevole – la limitazione della responsabilità – già acquisito, sul presupposto che questo soggetto sia già erede, avendo osservato le disposizioni in tema di accettazione beneficiata. Peraltro, la circostanza che nel frattempo – vale a dire in attesa che si compia l'inventario – il minore risulti erede non contrasta con il divieto disposto dall'art. 471 cod. civ. Una cosa è succedere beneficiando della responsabilità limitata fin da subito, un'altra è perderla nel tempo in conseguenza della mancata tenuta di un determinato comportamento. Detto diversamente, in relazione all'incapace quale chiamato all'eredità, non compiere l'inventario nel più lungo termine di cui all'art. 489 cod.

[103] Che in forza dell'art. 489 cod. civ. anche il termine di prescrizione del diritto di accettazione dell'eredità debba prorogarsi sino al compimento dell'anno successivo a quello del raggiungimento della maggiore età è considerazione che si rinviene pure in P. LOREFICE, *L'accettazione*, cit., 347.

Contra D. PASTORE, *Incapaci*, cit., 1218 s.

[104] V. A. CICU, *Successioni*, cit., 198.



civ. costituisce una mera decadenza dal vantaggio di beneficiare della responsabilità limitata quanto ai debiti ereditari, ma non impedisce che si producano gli effetti che sono tali a seguito del perfezionamento dell'intervenuta accettazione beneficiata.

Né appare possibile accogliere l'indirizzo di chi ha affermato che il chiamato – a norma dell'art. 489 cod. civ. – avrebbe, entro l'anno, oltre alla facoltà di dichiarare in quale forma intende accettare, anche quella di rinunciare all'eredità nel caso in cui il legale rappresentante del minore non avesse fatto la dichiarazione di accettazione ma avesse redatto l'inventario, posto che la disposizione in esame, rinviando «alle norme della presente sezione», ossia la II, ricomprenderebbe altresì l'ultimo comma dell'art. 485 cod. civ. che concede al chiamato, dopo il compimento dell'inventario, un termine per accettare o rinunciare all'eredità [105]. L'argomento non appare, infatti, convincente. Come più volte affermato e dimostrato in questo contributo, l'art. 485 cod. civ. non va preso a riferimento in caso di chiamata all'eredità da parte di un minore e ciò trova conferma pure nell'orientamento giurisprudenziale prevalente [106].

I riscontri finora effettuati, in ordine al fatto che l'art. 489 cod. civ. trovi applicazione solo allorquando l'accettazione beneficiata sia stata oggetto della dichiarazione solenne di cui all'art. 484 cod. civ. da parte del legale rappresentante, consentono, in conclusione, di dar corso ad alcune precisazioni che completano l'analisi ricostruttiva sin qui elaborata.

La prima considerazione da svolgersi è quella che permette di affermare che la disciplina di cui all'art. 489 cod. civ. non si estende al caso di accettazione dell'eredità da parte del chiamato nel periodo intercorrente tra il diciottesimo anno di età e il diciannovesimo. In ipotesi di mancata redazione dell'inventario, a essere considerato non decaduto dal beneficio è *expressis verbis* ‹‹il minore›› – che ha accettato – e non il maggiorenne che è divenuto erede nel suddetto arco temporale. Altrimenti detto, poiché il precetto in commento si esprime, quanto alla mancata decadenza, parlando del minore, va da sé che esso si riferisca alla situazione in cui il legale rappresentante abbia già accettato in modo beneficiato prima del compimento della maggiore età da parte del rappresentato e sempreché ciò sia avvenuto nel rispetto dei termini prescrizionali fissati dall'art. 480 cod. civ.

Vero è, in secondo luogo, che a decorrere dal diciottesimo anno il chiamato all'eredità, se non ha fatto in precedenza la dichiarazione solenne di cui all'art. 484 cod. civ., può – sempre che nel frattempo il diritto non si sia prescritto – accettare puramente e semplicemente o rinunciare ovvero ancora restare nella posizione di chiamato in attesa di scegliere la soluzione preferibile, in aggiunta alla facoltà di accettare con beneficio d'inventario. Riguardo a quest'ultimo aspetto, infatti, non si giustificherebbe un ordinamento che impedisse, al soggetto divenuto capace, di accettare con beneficio d'inventario dopo il diciottesimo anno di età – qualora siano ancora pendenti i termini di prescrizione – solo perché il legale rappresentante, quando il primo era minore, non aveva accettato o rifiutato l'eredità. Una volta maggiorenne, il chiamato deve poter conservare integra la possibilità di accettare in via beneficiata, non avendolo potuto fare direttamente in precedenza. Ciò

---

[105] Significativamente come riportato da C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 157, il quale a propria volta rinvia a precedente dottrina.

[106] Cfr. Cass., 28 agosto 1993, n. 9142, in *Riv. not*., 1994, 829, la quale ha affermato che al minore non si applica il termine di cui all'art. 485 cod. civ. per la redazione dell'inventario, quanto invece quello fissato dall'art. 489 cod. civ. e di conseguenza egli decade dal beneficio solo in applicazione della disciplina di cui a questa seconda norma, mentre va escluso che, una volta che l'inventario sia stato eseguito in costanza della minore età del chiamato, quest'ultimo, al fine di conservare la posizione di erede beneficiario, debba ripetere entro l'anno dal raggiungimento della maggiore età un inventario già compiuto sia pure nel mancato rispetto del termine di cui all'art. 485 cod. civ. Conf. a quanto affermato in testo v., pure, Cass., 24 luglio 2000 n. 9648, cit., 405; nonché Cass., 16 novembre 2018, n. 29665, cit.



che accade è semplicemente che un obbligo – quello di accettare con beneficio che contraddistingue il minore – si trasforma in una facoltà che attribuisce più libertà al soggetto che nel frattempo ha acquistato la capacità di agire.

È questa una lettura in cui il disposto dell'art. 489 cod. civ. viene calato con particolare enfasi sul minore piuttosto che su ciò che questo può fare – in termini di accettazione dell'eredità – una volta che sia divenuto maggiorenne. Il che induce a escludere che tale precetto operi anche nell'ipotesi in cui il minore – e per esso il legale rappresentante – abbia nel frattempo confezionato l'inventario ma non ancora dichiarato, al compimento della maggiore età, se accettare l'eredità in forma beneficiata.

JUS CIVILE



EUGENIO FAZIO

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Messina

ROBOTICA MEDICA, *HUMAN ENHANCEMENT* E TUTELA DEI FRAGILI

SOMMARIO: *1. Intelligenza artificiale, automazione sanitaria e prospettive di diritto europeo. – 2.* Human enhancement*, mantenimento della condizione umana e tutela della dignità.*

1. – L'intelligenza artificiale assume un rilievo crescente nel settore sanitario, campo elettivo della vulnerabilità dell'essere umano, avuto riguardo alla elevata capacità di autoapprendimento e di autoprogrammazione della stessa, con funzioni non solo migliorative ma talora sostitutive delle *performance* di spettanza esclusiva una volta dell'*ars medica,* a fronte ora della emergente automazione sanitaria con conseguente declassamento del medico a controllore *ex post* del risultato della condotta del sistema "intelligente" [1].

Ciò comporta un ripensamento dell'autonomia deliberativa e decisionale del medico, che senza venir meno alla propria responsabilità deve utilizzare nel miglior modo possibile le risorse fornite dal sistema computazionale [2].

È noto come in ambito unionale con la Risoluzione del Parlamento europeo recante "Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica" del 16 febbraio 2017 [3] la Commissione

[1] Sul tema dell'intelligenza artificiale applicata al settore sanitario cfr. U. RUFFOLO, *L'intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e "potenziamento"*, in *Giur. it.*, 2021, 502 ss.; C. PERLINGIERI, *Diritto privato delle nuove tecnologie: contenuti e competenze*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 82 ss.; ID., *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecnologie e diritto*, 2020, 161 ss.; V. DI GREGORIO, *Robotica e intelligenza artificiale: profili di r.c. in campo sanitario*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2019, 4, 433 ss.; F. CEREA, *Intelligenza artificiale a servizio dei pazienti per il contrasto a Covid-19*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, 45 ss.; V. DE BERARDINIS, *L'impiego delle nuove tecnologie in medicina*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 489 ss.; M. FASAN, *La tecnologia ci salverà? Intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1, 677 ss.; E.A. FERIOLI, *L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, 163 ss.; N.F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in *Contr. e impr.*, 2020, 458 ss.; E. GIUSTI, *Intelligenza artificiale e sistema sanitario*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 309 ss.; S. SCALZINI, *Alcune questioni a proposito di algoritmi, dati, etica e ricerca*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 1, 169 ss.; E. STRADELLA, *Forum Artificial Intelligence and Law. La medicina*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1, 508 ss.; F. VIMERCATI, *L'intelligenza artificiale in sanità*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 211 ss.

[2] C. PERLINGIERI, *Diritto privato delle nuove tecnologie: contenuti e competenze*, cit., 83, osserva come "l'utilizzazione della robotica introduce sulla scena del rapporto medico-paziente ulteriori attori sollecitandone la riformulazione in termini nuovi e alterando anche l'individuazione dei responsabili: il produttore del *robot*, il creatore-programmatore che ha formulato gli algoritmi, l'operatore che ha selezionato e fornito i dati sottoposti al *robot*, l'addestratore delle macchine intelligenti, ecc.".

[3] Parlamento europeo, Risoluzione 16 febbraio 2017, n. 2015/2103 (INL).



veniva invitata all'elaborazione di una proposta di direttiva idonea a regolare l'uso di robotica intelligente anche nel settore sanitario, trovando conferma il c.d. "*human in command approach*", secondo cui in tale ambito era necessario che "la programmazione iniziale di cura e la scelta finale sull'esecuzione spettino sempre ad un chirurgo umano" [4].

Sul tema è intervenuto lo stesso Parlamento europeo con la Risoluzione del 20 ottobre 2020 recante "Raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale" [5], nella quale si afferma la necessità di "un quadro giuridico orizzontale e armonizzato, basato su principi comuni, per garantire la certezza giuridica, fissare norme uniformi in tutta l'Unione e tutelare efficacemente i valori europei e i diritti dei cittadini"; oltre all'adozione regolamentare di norme comuni sulla responsabilità per gli operatori dell'A.I., tenendo conto dell'autonomia, dell'opacità e della capacità di modifica dei sistemi "intelligenti".

Nella stessa Risoluzione si propone, seguendo le indicazioni del Libro Bianco in materia di Intelligenza Artificiale licenziato dalla Commissione nel febbraio 2020, di differenziare le nuove norme europee in materia di responsabilità da A.I. a seconda del livello e delle tipologie di rischio derivanti dall'utilizzo dei suddetti sistemi, ritenendosi idoneo un regime comune di responsabilità oggettiva nei soli sistemi di A.I. autonomi ritenuti ad alto rischio [6], la cui determinazione si collega ai relativi settori di applicazione, tra cui quello sanitario, sebbene non oggetto di espressa menzione dal Parlamento, ma ora richiamato nella bozza del regolamento sull'approccio europeo per l'intelligenza artificiale, presentata dalla Commissione il 21 aprile 2021 [7], che all'art. 5 prevede tra le pratiche scorrette e illegali anche gli strumenti che possono sfruttare in qualche modo la vulnerabilità di un determinato gruppo di persone.

Senza trascurare poi la peculiare considerazione riservata all'A.I. dal Reg. (UE) 2017/745, in tema di dispositivi medici, ora modificato dal Reg. (UE) 2020/561, che disciplina l'utilizzazione del *software* quale dispositivo medico o quale parte di un *device* medicale (c.d. sistemi elettronici programmabili), già definito dalla precedente dir. 93/42/CEE quale strumento o apparato impiegato a fini di diagnosi, prevenzione, monitoraggio o cura di malattie.

In questo contesto (ove si inserisce anche il testo della proposta per il nuovo Regolamento macchine del 21 aprile 2021 [8], applicabile anche ai sistemi che utilizzano tecnologie di IA) sembra allora necessario tenere

---

[4] Sul punto A. AMIDEI, *Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, 63 ss.

[5] Parlamento europeo, Risoluzione 20 ottobre 2020, n. 2020/2014 (INL).

[6] Nel citato Libro Bianco della Commissione diretto a contribuire alla definizione di un "approccio europeo" all'A.I., per le applicazioni della stessa giudicate ad alto rischio già si prospettava peraltro l'introduzione di obblighi informativi e di trasparenza degli algoritmi, nell'ottica di garantire la possibilità di un concreto intervento dell'uomo nella valutazione del comportamento del sistema autonomo.

[7] Commissione europea, Proposal for a Regulation of the european Parliament and of the Council. Laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts, 21 aprile 2021, COM (2021) 206 final.

Cfr. A. AMIDEI, *La proposta di Regolamento UE per un* Artificial Intelligence Act: *prime riflessioni sulle ricadute in tema di responsabilità da Intelligenza Artificiale*, in *Tecnologie e diritto*, 2022, 1 ss.; A. SORO, *Il Draft di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 6 maggio 2021.

[8] La Commissione ha elaborato una proposta di Regolamento sulla produzione delle macchine [*Proposal of a Regulation of the European Parliament and of the Council on machinery product*, COM (2021) 0105 COD] in cui si introducono nuove regole che modificano ed integrano la direttiva macchine [2006/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2006).

In tal senso appare significativo quanto prevede il considerando n. 23, che così recita: "Al fine di garantire che i prodotti macchina, quando sono immessi sul mercato o messi in servizio, non comportino rischi per la salute e la sicurezza delle persone o degli animali domestici e non causino danni a beni, e se del caso, all'ambiente, occorre definire i requisiti essenziali di sicurezza e di tutela



conto dell'autonomia del programma dotato di A.I., cioè della sua capacità di prendere decisioni e realizzarle, a prescindere da un controllo esterno; per poi argomentare sulla possibilità di deresponsabilizzare l'essere umano o piuttosto ipotizzare una diretta responsabilizzazione, per il danno cagionato dalla macchina "intelligente", dell'autore dell'algoritmo di autoapprendimento, potendo assimilarsi lo stesso algoritmo alla componente di un prodotto, secondo lo schema già collaudato della responsabilità in tema di *product liability* [9].

Nello specifico settore medico (si pensi alle protesi e agli esoscheletri "intelligenti" collegati come innesti corporei animabili "con il pensiero"; alle *chatbot* capaci di simulare conversazioni intelligenti con i pazienti per la cura degli stati depressivi) trovano spazio, sul versante interno, le responsabilità contrattuali e aquilia-

---

della salute che devono essere soddisfatti affinché i prodotti macchina siano autorizzati sul mercato. I prodotti macchina devono essere conformi ai requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute quando vengono immessi sul mercato o messi in servizio. Qualora tali prodotti macchina vengano successivamente modificati, da mezzi fisici o digitali, in un modo non previsto dal fabbricante e che potrebbe implicare il fatto che essi non rispettino più i requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute pertinenti, la modifica dovrebbe essere considerata sostanziale. Gli utilizzatori possono caricare ad esempio su un prodotto macchina un *software* non previsto dal fabbricante e che può generare nuovi rischi. Al fine di garantire il rispetto da parte di tali prodotti macchina dei requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute pertinenti, la persona che effettua la modifica sostanziale dovrebbe essere tenuta a svolgere una nuova valutazione della conformità prima che il prodotto macchina modificato possa essere immesso sul mercato o messo in servizio. Tale requisito dovrebbe applicarsi soltanto rispetto alla parte modificata del prodotto macchina, a condizione che la modifica non incida sul prodotto macchina nel suo complesso. Al fine di evitare un onere inutile e sproporzionato, la persona che effettua la modifica sostanziale non dovrebbe essere tenuta a ripetere le prove e a produrre nuova documentazione in relazione ad aspetti del prodotto macchina sui quali la modifica non incide. Dovrebbe spettare alla persona che effettua la modifica sostanziale dimostrare che tale modifica non incide sul prodotto macchina nel suo complesso".

[9] Sul tema cfr. A. AMIDEI, *Intelligenza artificiale e responsabilità da prodotto*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 125 ss.; U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1246 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2020, 713 ss.; A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1344 ss.; M. COSTANZA, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, 1686 ss.; U. RUFFOLO, *Le responsabilità da* artificial intelligence, *algoritmo e* smart product: *per i fondamenti di un diritto dell'intelligenza artificiale* self-learning, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 93 ss.; ID., *Intelligenza artificiale,* machine learning *e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 1689 ss.; G. CAPILLI, *Responsabilità e robot*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 621 ss.; L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Pol. dir.*, 2018, 713 ss.; E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1816 ss.

C. PERLINGIERI, *Diritto privato delle nuove tecnologie: contenuti e competenze*, cit., 83-84, evidenzia come occorre chiedersi se sia possibile individuare oltre alla responsabilità del produttore del bene "anche la responsabilità dell'ideatore dell'algoritmo di *self-learning*. Se l'algoritmo non è un prodotto, è una componente del prodotto finale e come tale l'ideatore può essere chiamato a rispondere dei danni ai sensi dell'art. 121 c. cons. il quale evidenzia che ai fini della protezione del consumatore occorre considerare responsabili tutti i partecipanti al processo produttivo [….]. Norma espressione di un principio generale in materia di responsabilità civile di cui all'art. 2055 cod. civ. secondo il quale «se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno» anche là dove rispondano del danno a diverso titolo, contrattuale ed extracontrattuale, colpa o responsabilità da prodotto difettoso, pur in conseguenza di azioni tra loro soggettivamente indipendenti che costituiscano violazione di norme diverse, ma che concorrano oggettivamente alla produzione di un medesimo evento dannoso. Un principio di responsabilità solidale che diviene essenziale proprio nel settore delle Intelligenze Artificiali in presenza di una molteplicità di soggetti che contribuiscono a creare un medesimo prodotto *self-learning*". L'A. rileva ancora come le responsabilità potrebbero aumentare in relazione a quella fase nella quale "all'Intelligenza Artificiale sono forniti quei dati necessari per far funzionare e sviluppare il processo di autoapprendimento evolutivo quale parte integrante del ciclo produttivo dell'Intelligenza Artificiale, anche quando è posta in essere in un momento successivo alla messa in commercio. Si può pensare a una responsabilità del *trainer* in caso di *training* basato su dati errati, parziali o corrotti che possono essere la causa di un *bias* dell'Intelligenza Artificiale suscettibili di generare comportamenti devianti. In questo caso, il *trainer* dell'Intelligenza Artificiale, né produttore del bene né di una sua componente, può essere chiamato a rispondere quale fornitore di un servizio e quindi a titolo di responsabilità extracontrattuale".



ne della struttura sanitaria [10] (si veda per la custodia dei macchinari intelligenti l'applicabilità del regime di responsabilità configurato dall'art. 2051 cod. civ. [11]); mentre, come è stato già opportunamente rilevato, l'espresso richiamo dell'art. 7 della l. n. 24/2017 soltanto all'art. 2043 cod. civ., in tema di responsabilità imputabile al singolo esercente la professione sanitaria strutturato, sembrerebbe escludere l'estensione a questi della responsabilità da custodia [12]. Sempre ai fini dell'individuazione del regime di responsabilità della struttura sanitaria ulteriore questione problematica appare quella relativa alla inclusione nel novero delle attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 cod. civ. di talune peculiari attività, in ragione dell'applicazione di forme di A.I. ad alcuni settori dell'attività medica.

2. – Date queste premesse sulla responsabilità da A.I. in ambito sanitario, in prospettiva unionale [13] ed interna [14], che non può prescindere da una analisi che tenga conto delle peculiarità dei robot, delle particolari funzioni e utilizzazioni, della diversificazione delle attività, non è il caso di soffermarsi in questa sede sulle note ricostruzioni teubneriane sullo status degli agenti software autonomi [15]. Si impone invece una considerazione più generale, a seguito della progressiva tecnologizzazione dell'uomo, sulla inviolabilità del corpo umano, sulle pratiche di potenziamento [16], di *human enhancement* secondo le istanze transumaniste nella duplice tipologia degli interventi "curativi" e "migliorativi" [17], sulla liceità di forme di stravolgimento corporeo

[10] Su tali temi cfr. U. RUFFOLO, *Artificial Intelligence e nuove responsabilità nel settore medico e farmaceutico*, in U. RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018, 237 ss.; A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 805 ss.; C. PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, cit., 167 ss.; ID., *Diritto privato delle nuove tecnologie: contenuti e competenze*, cit., 83 ss.; M. SAVINI NICCI, G. VETRUGNO, *Intelligenza artificiale e responsabilità nel settore sanitario*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto*, cit., 601 ss. Per un quadro delle questioni legate all'uso dell'intelligenza artificiale in campo medico, con particolare riguardo all'esperienza inglese, cfr. D. SCHÖNBERGER, *Artificial intelligence in healthcare: a critical analisys of the legal and ethical implications*, in 27*International Journal of law and information technology*, 2019, 171 ss.

[11] C. PERLINGIERI, *Diritto privato delle nuove tecnologie: contenuti e competenze*, cit., 83, manifesta perplessità "non condividendo l'estensione delle norme di cui agli artt. 2050 e 2051 alla robotica medica e al contrario valorizzando il ruolo della disciplina europea sulla responsabilità da prodotto anche per i beni di *self-learning* rispetto alla quale occorre chiedersi quando tali beni possano dirsi difettosi ai sensi dell'art. 117 c. cons.; quale onere probatorio il danneggiato debba sostenere *ex* art. 120 c. cons.; e soprattutto in che termini vada riletto l'art. 118, lett. b) e f), dunque la portata dell'esonero da responsabilità del produttore per rischio da sviluppo al fine di impedire un uso abusivo della norma".

[12] U. RUFFOLO, *L'intelligenza artificiale in sanità*, cit., 507.

[13] Per un quadro generale cfr. A. AMIDEI, *La* governance *dell'Intelligenza Artificiale: profili e prospettive di diritto dell'Unione Europea*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto*, cit., 571 ss.; F. RODI, *Gli interventi dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. ALPA, Pisa, 2020, 187 ss.

[14] G. DI ROSA, *I robot medici*, in *Persona e mercato*, 2022, 14, osserva come la sempre più frequente diffusione dei sistemi di robotica medica nella quotidiana prestazione di servizi nelle strutture sanitarie pone "gli ordinari (ma allo stesso tempo nuovi) problemi in ordine ai connessi profili di responsabilità (ossia rispetto ai danni al paziente), sia retrospettiva (per quanto cioè già accaduto) sia prospettiva (per quanto cioè può nel futuro accadere)".

[15] G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. FEMIA, Napoli, 2019; ID., *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Milano, 2015; ID., *Personalità giuridica digitale? Sullo* status *privatistico degli agenti* software *autonomi*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, 99 ss.

[16] Sul tema cfr. U. RUFFOLO, A. AMIDEI, *Intelligenza artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, in *Giur. it.*, 2019, 1658 ss.; P. PERLINGIERI, *Note sul «potenziamento cognitivo»*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 209 ss.

[17] Cfr. U. RUFFOLO, A. AMIDEI, *Intelligenza artificiale,* human enhancement *e diritti della persona*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto*, cit., 179 ss. Sulle tematiche generali relative al transumanesimo cfr. A. BESNIER, *Do Robots make love? From AI to immortality – Understanding transhumanism in 12 questions*, Londra, 2018; N. BOSTROM, *Superintelligenza – Ten-*



conseguenti ad addizioni notevolmente invasive, e di prolungamento della vita o della coscienza anche dopo la morte del corpo nel solco dell'immortalità digitale [18].

Al di là delle pratiche di digitalizzazione della mente e della creazione in laboratorio di cervelli biologici autonomi, prospettiva che supera le stesse figure del *cyborg-man* o del *cyborg-robot*, appare ineludibile una riflessione sul mantenimento della condizione umana a fronte di una trasformazione identitaria frutto di uno snaturamento potenziativo-accrescitivo [19], dovendosi negare il diritto ad apportare al proprio corpo alterazioni tali da incidere sul patrimonio genetico e divenire in tal modo trasmissibili ereditariamente [20]; basti pensare agli algoritmi che "anticipano la parola" e "fotografano il pensiero", con i conseguenti rischi di modificazione del pensiero stesso, e soprattutto alle pratiche di neuropotenziamento cerebrale ai fini del miglioramento delle abilità fisiche e cognitive [21]. È in gioco la nota dialettica tra il diritto alla vita e alla salute e quello all'autodeterminazione e il difficile bilanciamento tra i due valori.

Tenuto poi conto della opacità e della mancanza di trasparenza di talune applicazioni dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario, si pone l'ulteriore questione di quale tipologia di consenso possa davvero ritenersi informato per il paziente e attraverso la prospettazione di quali rischi [22], considerato che nel parere del Comitato Nazionale per la bioetica del 29 maggio 2020 si legge: "Ma l'informativa è tutt'altro che facile da dare e l'autonomia/consenso si complica con l'IA che suscita un senso di disorientamento in considerazione della velocità con cui le tecnologie stanno stravolgendo il mondo conosciuto", con conseguente dovere in capo al medico di "mediare questa comunicazione", a fronte del rischio che le complessità derivate dall'impiego di strumenti tecnologici di nuova generazione rendano il consenso ai nuovi trattamenti sanitari "forse dato più sulla fiducia verso il medico che non sulla effettiva comprensione". Viene in rilievo dunque il "diritto alla spiegazione" del paziente, nel senso della reale comprensione della natura della decisione medica, del livello di automatizzazione, dei dati che ne orientano il contenuto.

---

denze, pericoli, strategie, Torino, 2018; P. DUMOUCHE, L. DAMIANO, *Vivere con i robot– Saggio sull'empatia artificiale*, Milano, 2019; Y.N. HARARI, *Homo Deus – Breve storia del futuro*, Milano, 2017; A. HUSAIN, *The sentient machine – The coming age of artificial intelligence*, New York, 2017; T.W. MALONE, *Superminds – The surprising power of people and computers thinking together*, Londra, 2018; M. TEGMARK, *Vita 3.0 – Esseri umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2018.

[18] Sul punto U. RUFFOLO, A. AMIDEI, *Intelligenza artificiale,* human enhancement, cit., 208-209; ID., *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, cit., 1669-1670.

[19] Cfr. L. PALAZZANI, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Torino, 2015; S. RODOTÀ, *Of machines and men: the road to identity. Scene for a discussion*, in M. HILDEBRANDT, A. ROUVROY (a cura di), *Law, human agency and autonomic computing. The philosophy of law meets the philosophy of technology*, Oxford – New York, 2011, 180. V. anche A. SANTOSUOSSO, *A proposito della coevoluzione di umani e macchine intelligenti: note preliminari*, in *Giur. it.*, 2021, 1517 ss.

[20] U. RUFFOLO, A. AMIDEI, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, cit., 1665; A. ALPINI, *Identità, creatività e condizione umana nell'era digitale*, in *Tecnologie e diritto*, 2020, 9.

[21] U. RUFFOLO, *L'intelligenza artificiale in sanità*, cit., 508.

[22] Sul tema del consenso informato cfr. *ex multis* A. AMIDEI, *Consenso informato e risarcimento del danno per omessa informazione*, in *Giur. it.*, 2021, 495 ss.; C. DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 2022, 181 ss.; L. D'AVACK, *Consenso informato e scelte di fine vita – Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, 2020; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1037 ss.; P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 2020 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Informazione e consenso*, in G. IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 255 ss.; U. SALANITRO, *Il consenso attuale e anticipato nel prisma della responsabilità medica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 124 ss.; M. N. BUGETTI, *La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 106 ss.; I. RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 43 ss.; S. ROSSI, *Consenso informato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, *Aggiornamento,* VII, Torino, 2012, 177 ss.; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Persona e diritto*, a cura di R. ALESSI, S. MAZZAMUTO, S. MAZZARESE, Milano, 2013, 29 ss.; V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, 225 ss.



A ciò si aggiunga quale ulteriore problema connesso all'applicazione dell'A.I. in ambito medico, nell'ottica sempre della tutela del paziente quale soggetto debole, quello della appartenenza e della disponibilità esclusiva dei dati da parte del paziente, potendo un accesso indiscriminato agli stessi, oltre a non risultare compatibile con la normativa in tema di protezione dei dati personali, non tenere conto della necessità di subordinarne lo stesso accesso al consenso esplicito dell'interessato ad un loro trattamento anonimizzato a fini scientifici [23].

Fermo restando quanto detto non può disconoscersi tuttavia che nella fase di contrasto alla pandemia da Covid-19 [24] la tutela della salute individuale e collettiva dei cittadini sia stata garantita anche dall'applicazione dell'AI a supporto e ad integrazione delle decisioni e delle attività umane, avendo assicurato questa l'efficacia delle prestazioni sanitarie necessarie; come del resto le tecnologie intelligenti sono applicate nei più svariati ambiti della assistenza sanitaria, dal monitoraggio della salute pubblica alla cura del singolo paziente, dall'assistenza diagnostica per il professionista all'assistente virtuale a servizio del malato, dalla rieducazione e riabilitazione all'assistenza domiciliare per anziani e disabili [25]. La robotica medica, ad esempio, contribuisce a trovare soluzioni mediche per condizioni rare, mediante i *Big Data* sanitari [26], e in ambito chirurgico accresce la capacità di lavorare con sempre maggiore precisione [27]. Resta sullo sfondo ciò nonostante il rischio di un'incontrollata digitalizzazione dei servizi sanitari e della conseguente esclusione di alcuni soggetti dai reali benefici di queste tecnologie, alimentandosi pericolose forme di *technological divide* a danno proprio dei più vulnerabili e una sostanziale disumanizzazione del rapporto terapeutico [28]. In tal senso, oltre al rischio di un eccessivo affidamento da parte dei medici nelle capacità dell'automazione con progressiva riduzione del livello di competenza richiesto per lo svolgimento di determinate funzioni di fronte a una diffu-

---

[23] Cfr. M. CIANCIMINO, *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e Intelligenza artificiale*, Napoli, 2020, 108 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1670 ss.

[24] Cfr. A. D'ADDA, *Pandemia e modelli «dogmatici» di responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 451 ss.

[25] Cfr. N. MUSACCHIO et al., *Intelligenza Artificiale e Big Data in ambito medico: prospettive, opportunità, criticità*, in *The Journal of AMD*, 2018, 204 ss.

Con riferimento alla robotica assistenziale può richiamarsi il robot umanoide *Pepper*, che è in grado di muoversi nell'ambiente circostante, riconoscere visi umani e percepire attraverso appositi sensori le emozioni delle persone con cui interagisce.

[26] Cfr. A. DA RE, *Big data e aspetti bioetici*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati*, cit., 23 ss.; A.C. DI LANDRO, *Big Data. Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020.

R. LUNA su *Repubblica online* del 17.6.2020 ha evidenziato lo scarso apporto dato dall'IA alle ricerche scientifiche del vaccino anti Covid-19, la terribile pandemia che si è scatenata nel febbraio 2020, a causa della mancanza dei *Big Data*. Senza la disponibilità di dati copiosi, dovuta anche al fatto che la nostra vita non è ancora tutta digitale, l'IA dimostra i suoi limiti.

[27] G. DI ROSA, *I robot medici*, cit., 16, rileva l'evidente differenza intercorrente tra un'attività automatizzata diretta "alla acquisizione e conservazione di dati sanitari e quella rivolta al successivo utilizzo degli stessi con funzioni decisionali terapeutiche, in un percorso che dunque si snoda pur sempre (ma certo con indubbie diversità) attraverso sistemi robotici".

[28] G. DI ROSA, *I robot medici*, cit., 19, evidenzia in tal senso come da un lato l'irripetibile individualità del paziente e dall'altro la insostituibile presenza del medico "traducono le coordinate fondamentali di una relazione (che è, deve essere) pienamente di senso, profondamente intrisa di quei tratti che possono essere propri solo dell'essere umano, che, pur con tutti i suoi limiti, risulta ancora di assoluta insostituibilità in una dimensione che non sia meramente seriale e tecnicamente o (tecnologicamente) reiterativa (ben possibile, invece, a livello dell'automazione, pur con caratteri di assoluta autonomia)". Con riferimento all'impatto dell'IA nella relazione medico-paziente lo stesso gruppo misto costituito dal Comitato Nazionale per la Bioetica e dal Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita rileva il ruolo servente dei sistemi di intelligenza artificiale, osservando in particolare che "la macchina non potrà sostituire l'umano in una relazione che si costruisce sull'incontro di ambiti complementari di autonomia, competenza e responsabilità. (…) Se la relazione di cura va configurata come relazione di fiducia, oltre che di cura (legge 219/2017), va preservato un ruolo sostanziale del medico umano in quanto unico a possedere le capacità di empatia e di vera comprensione, che non possono essere espresse dall'IA e che sole possono rendere reale un tale rapporto"; cfr. PARERE *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici,* 29.5.2020, 10, in *www.bioetica.governo.it.*



sa digitalizzazione [29], l'appiattimento decisionale del curante può determinare una contrazione del tempo della comunicazione, che è tempo di cura in base all'art. 1, comma 8, della l. 219/2017 sulle DAT, a detrimento di una significativa relazione con il paziente [30].

Corre l'obbligo di segnalare poi come la nozione di fragilità appaia di non facile definizione, manifestando l'impossibilità di essere racchiusa in un catalogo esaustivo o in definizioni assolutistiche e non potendosi peraltro declinare solo al singolare [31]; essa evidenzia di continuo nuove sfaccettature che rivelano la difficoltà di configurarla in termini sistematicamente ordinati, considerato che il diritto privato non appare ormai da tempo più definibile quale terreno di regolazione dei rapporti tra eguali, dovendo tenere conto piuttosto dell'esistenza nella pienezza di tutte le sue dimensioni, senza l'assunzione a unità di misura di modelli universali o indistinti. La dichiarata complessità della fragilità richiede la predisposizione di statuti complessi, attenti alle specificità di volta in volta da considerare, alle diverse condizioni dell'esistenza e alla individuazione dei bisogni affettivi, relazionali, lavorativi, terapeutici.

In tal guisa appare opportuno che la piena tutela della persona nelle sue svariate declinazioni e specie con riguardo a situazioni di debolezza si saldi strettamente alla dignità, quale baluardo ultimo e irrinunciabile della irriducibile unicità di ogni uomo e del corpo come fattore di identificazione e differenziazione dagli altri [32]; contrastanti con la stessa dignità risultano, come già visto, allora interventi volti a ridurre la variabilità umana, a uniformare la specie, anche se nel senso del potenziamento della sua struttura biologica.

La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate [33], richiamando l'IA antropocentrica [34], ribadisce la necessità, per qualsiasi nuovo quadro normativo

---

[29] A. DA RE, *Big data e aspetti bioetici*, cit., 27.

[30] Cfr. F. CEREA, *Intelligenza artificiale a servizio dei pazienti per il contrasto a Covid-19*, cit., 49. Sul ruolo essenziale del processo comunicativo nell'assicurazione della necessaria piena umanità della relazione terapeutica, dovendosi evitare posizioni di dominanza potestativa da parte del medico e di contestualizzata soggezione da parte del paziente, cfr. G. DI ROSA, *I robot medici*, cit., 18. Sulle dat *ex multis* cfr. R. LENZI, *Disposizioni anticipate di trattamento ed effettività del consenso*, in *Not.*, 2020, 136 ss.; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 47 ss.; M. MANTOVANI, *Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 188 ss.; E. FAZIO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: profili problematici*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 389 ss.; G. BALDINI, *L. n. 2019/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Fam. e dir.*, 2018, 803 ss.; S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 997 ss.; C. VERDE, *Profili civilistici delle direttive anticipate di trattamento*, in *Riv. succ. fam.*, 2018, 892 ss.; R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, 691 ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 161 ss.; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo critico sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Riv. biodiritto,* 2018, 121 ss.; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 8 ss.; D. CARUSI, *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 2018, 295 ss.; R. CLARIZIA, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Scritti in onore di Furgiuele*, I, Mantova, 2017, 557 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 247 ss.

[31] Cfr. D. POLETTI, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir.*, *Annali,* VII, Milano, 2014, 962 ss.

[32] Sulla dignità *ex multis* V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 3 ss.; C.M. MAZZONI, *Dignità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 161 ss.; A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *www.federalismi.it*, 2013, 10; G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 21 ss.; G. M. FLICK, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano, 2015, 29 ss.; D. NERI, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e biodiritto*, in *BioLaw Journal*, 2017, 84; N. CASABURI, *Il cammino della dignità. Peripezie, fascino, manipolazioni di una parola*, Roma, 2015, 21 ss.; G. RESTA, *Dignità, persona, mercati*, Torino, 2014, 3 ss.; G. SILVESTRI, *Sulla dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1181; P. ZATTI, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 377 ss.

[33] Parlamento europeo, Risoluzione 20 ottobre 2020, n. 2020/2012 (INL).



in materia, del rispetto della dignità umana, dell'autonomia e dell'autodeterminazione dell'individuo, della spiegabilità delle tecnologie; della promozione dell'equità e della trasparenza, attraverso la garanzia che le tecnologie siano al servizio delle persone e non siano intese a sostituirle o a decidere per loro. La Risoluzione osserva inoltre che, al fine di rispettare la dignità, l'autonomia e la sicurezza umana, occorre prestare la dovuta attenzione ai dispositivi medici salvavita e avanzati; mette in risalto la necessità di evitare qualsiasi impiego delle tecnologie di IA che potrebbe comportare un'inammissibile coercizione diretta o indiretta, minacciare di compromettere l'autonomia psicologica e la salute mentale o portare a una sorveglianza ingiustificata, a inganni o a inammissibili manipolazioni.

Rimane allora valido l'insegnamento di un illustre Maestro della Scuola civilistica messinese che asseriva che in nessun caso il principio di dignità potesse venire relegato a una funzione solo residuale di sostegno per casi limite, "costituendo invece il necessario presidio normativo di effettiva messa in sicurezza del principio personalista in ogni procedimento ermeneutico inteso a definire nel loro essere e nel loro divenire storico senso e portata di regole e principi preposti a tutela dello stesso" [35]. Per la costruzione di un diritto a misura dei bisogni dell'essere umano nell'ottica del perseguimento di un più alto grado di umanizzazione degli istituti giuridici [36].

[34] Sul tema v. R. CLARIZIA, *Mercato, persona e intelligenza artificiale: quale futuro?*, in *Juscivile*, 2020, 714 ss.; S. TOMMASI, *L'intelligenza artificiale antropocentrica: limiti e opportunità*, in *Juscivile*, 2020, 853 ss.

[35] Cfr. V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., 105-106.

[36] V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., 105.

JUS CIVILE



CORTE DI GIUSTIZIA UE, SEZ. X, SENTENZA 7 LUGLIO 2022, C-264/21

L'articolo 3, comma 1, della Direttiva 85/374/CEE deve essere interpretato nel senso che la nozione di «produttore», di cui a tale disposizione, non richiede che la persona che ha apposto il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, o che ha autorizzato tale apposizione, si presenti anche come il produttore dello stesso in qualsiasi altro modo.

GIACOMO BUSET

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università degli Studi di Trieste

LA RESPONSABILITÀ DEL C.D. *PRODUTTORE APPARENTE*. APPUNTI A MARGINE DI CGUE 7.7.2022, C-264/21

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2.* Pars destruens*: il c.d.* produttore apparente *(art. 3, comma 1, ult. parte, Dir. n. 85/374/CEE) come soggetto che (meramente) appone il proprio segno distintivo su un prodotto. Critica della impostazione adottata da CGUE 7.7.2022, C-264/21. – 3.* Pars construens: *tre considerazioni preliminari sul concetto di* apparenza giuridica*. – 4.* Segue. *Sviluppo di una tesi alternativa: l'apparenza c.d.* produttiva *come ipotesi di apparenza giuridica* in senso proprio*. – 5. La (ir)rilevanza, in seno alla fattispecie effettuale, della buona fede (in senso soggettivo) del danneggiato, ed il (possibile) ruolo della mala fede. L'applicabilità, in via analogica, della disciplina relativa alla responsabilità del fornitore (art. 3, comma 3, Dir. n. 85/374/CEE).*

1. – In Finlandia, un consumatore acquista una macchina da caffè, sulla quale sono apposti due marchi: il primo, riconducibile ad una società operante nel settore (*generico*) della produzione di dispositivi elettronici (P.); il secondo, riconducibile ad una società operante nel settore (*specifico*) della produzione di macchine da caffè (S.).

Il giorno successivo, un *difetto* della macchina da caffè innesca un incendio presso la casa di abitazione del consumatore. Il pregiudizio patrimoniale subito da quest'ultimo, a causa dell'incendio, viene indennizzato dall'assicuratore L.F., in esecuzione di una polizza assicurativa perfezionata tempo addietro. L.F., surrogandosi nei diritti attribuiti al danneggiato dalla Dir. n. 85/374/CEE (*rectius*, dalla corrispondente normativa *interna* di attuazione, emanata nel 1990) in confronto del produttore del prodotto *difettoso*, agisce (*soltanto*) contro la società P., la quale eccepisce di non essere produttrice della macchina da caffè.

In effetti, la macchina da caffè – per vero, recante, in aggiunta ai marchi di P. e S., indicazioni ulteriori: segnatamente, un indirizzo in Italia, e la locuzione «*made in Romania*» – risulta prodotta, presso uno stabilimento romeno, da S., società controllata da P., con sede legale in Italia; e commercializzata, in Finlandia, da una terza società, ancora controllata da P., avente sede legale (proprio) in Finlandia.



All'esito di due gradi di giudizio che registrano la prevalenza delle ragioni, rispettivamente, di L.F. e di P., la controversia giunge, alfine, alla cognizione della Corte Suprema finlandese, la quale rileva l'esserci di una dirimente questione interpretativa: quale sia la esatta portata – in precipua funzione, deve reputarsi, dell'intendimento della omologa disposizione *interna* – dell'art. 3, comma 1, ult. parte, Dir. n. 85/374/CEE, sotto due profili complementari. Da un lato, se siano richiesti criteri «*supplementari*», rispetto alla (mera) apposizione di un segno distintivo sul prodotto, per aversi responsabilità di quanti non è produttore *effettivo* (c.d. *produttore apparente*); dall'altro, se possano considerarsi rilevanti alcuni «*elementi di esclusione della responsabilità*», come la circostanza che sul prodotto siano apposte diciture le quali appalesino l'alterità del fabbricante rispetto alla società titolare del segno. Inoltre, la C.S. osserva come il produttore *effettivo* sia nella «*migliore posizione*» per evitare il verificarsi di eventi dannosi, analoghi a quello occorso nella specie. Sospende, quindi, il procedimento, e, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, sottopone alla CGUE due questioni collegate: «*1) Se la definizione di produttore, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 85/374, richieda che la persona che ha apposto il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, o che ha autorizzato tale apposizione, si presenti anche come produttore del prodotto in qualsiasi altro modo. 2) In caso di risposta affermativa alla prima questione: in base a quali criteri si debba valutare se il titolare del marchio si presenti come fabbricante del prodotto. Se sia rilevante ai fini di tale valutazione il fatto che il prodotto è stato fabbricato da una società figlia del titolare del marchio e commercializzato da un'altra società figlia*».

La CGUE, nella sentenza del 7.7.2022, C-264/21, risponde soltanto alla prima questione [1], rassegnando il seguente giudizio (§ 38): «*l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 85/374 deve essere interpretato nel senso che la nozione di "produttore", di cui a tale disposizione, non richiede che la persona che ha apposto il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, o che ha autorizzato tale apposizione, si presenti anche come il produttore dello stesso in qualsiasi altro modo*».

L'itinerario argomentativo percorso dai giudici europei per addivenire a tale decisione si snoda in considerazioni di carattere *letterale*, *teleologico-assiologico* e *sistematico*, che è opportuno riportare in modo analitico.

Quanto all'argomento *letterale*, esso ricava dal (preteso) «*tenore chiaro e inequivocabile*» dell'art. 3 Dir. n. 85/374/CEE la sufficienza dell'apposizione del segno distintivo sul prodotto per la configurazione della responsabilità del titolare: non stabilendo la predetta disposizione, giusta tale prospettiva, «*alcun criterio supplementare*» al fine della costituzione della obbligazione risarcitoria.

Gli argomenti *teleologico-assiologico* («*scopo*») e *sistematico* («*contesto*») sono spesi, invece, in modo promiscuo, e possono riassumersi nelle seguenti asserzioni.

---

[1] La seconda questione, pur meritevole, si crede, di essere (almeno) considerata – essendo P. (asserita produttrice *apparente*) la *controllante* di S. (produttrice *effettiva*), oltreché della società *distributrice* del prodotto in Finlandia –, è stata, così, ignorata – perlomeno, *formalmente*: non potendosene escludere la rilevanza quale *ratio decidendi* (per dir così) *nascosta* – dalla CGUE nella sentenza che si commenta. Al riguardo, non è un fuor d'opera ricordare il principio di diritto enunciato, in relazione ad una fattispecie, per certi versi, consimile (*i.e.* domanda esperita dal danneggiato da un prodotto *difettoso* contro una società, ora, *controllata* dalla produttrice *effettiva*, e appena *distributrice* del prodotto in un Paese diverso da quello della sede legale di quest'ultima), in CGCE, 2.12.2009, C-358/08, in *Resp. civ. prev.,* 2010, 2000 ss.: ove si legge, in particolare, che l'art. 11 Dir. n. 85/374/CEE «*non osta a che il giudice nazionale consideri – nel procedimento giudiziario avviato entro il termine ivi fissato nei confronti della società controllata al 100% dal "produttore", ai sensi dell'art. 3, n. 1, della Direttiva 85/374 – che il produttore possa essere sostituito alla sua controllata ove detto giudice constati che l'immissione in circolazione del prodotto di cui trattasi è stata di fatto determinata da tale produttore*». Per la ricostruzione della complessa vicenda sostanziale e processuale (caso *O'Byrne-Aventis Pasteur*), esitata nella predetta pronuncia, cfr. A. VENCHIARUTTI, Product liability *e armonizzazione del diritto comunitario: le indicazioni della Corte di giustizia e le soluzioni della* Supreme Court of United Kingdom, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2009 ss.



In primo luogo, l'art. 5 Dir. n. 85/374/CEE (*i.e.* la regola della solidarietà passiva di tutti gli eventuali *responsabili*, sulla base della disciplina veicolata dalla Direttiva, in confronto del danneggiato-creditore), in uno con i precedenti cons. nn. 4 s., renderebbe evidente «*che il legislatore dell'Unione ha inteso adottare un'accezione ampia della nozione di "produttore" al fine di tutelare il consumatore*»; l'osservazione abbozzata dal giudice del rinvio, in ordine alla convenienza della responsabilità del produttore *effettivo* dalla specola della *prevenzione*, riuscirebbe, per ciò stesso, «*non pertinente*», giacché «*più persone possono essere considerate produttori e (...) il consumatore può presentare la propria domanda contro una qualsiasi di esse*».

In secondo luogo, la lettura della «*relazione introduttiva all'art. 2 della proposta di direttiva della Commissione del 9 settembre 1976, all'origine della direttiva 85/374*», assevererebbe che «*il legislatore dell'Unione ha ritenuto che la tutela del consumatore non sarebbe sufficiente se il distributore potesse "rinviare" il consumatore al produttore, il quale può non essere conosciuto dal consumatore*».

In terzo luogo, con l'apposizione del proprio segno distintivo su un prodotto la persona titolare darebbe «*l'impressione di essere implicata nel processo di produzione o di assumerne la responsabilità*»; a ciò si abbinerebbe, del resto, lo sfruttamento, da parte del soggetto cui il segno si riferisce, della propria «*notorietà al fine di rendere tale prodotto più attraente agli occhi dei consumatori*»: di talché, la responsabilità di costui per il danno cagionato dal prodotto si atteggerebbe, in questo prisma, a ragionevole contropartita del profitto conseguito in grazia dell'apposizione del segno.

2. – L'interpretazione dell'art. 3, comma 1, ult. parte, Dir. n. 85/374/CEE, operata dalla CGUE nella sentenza in commento, non appare punto condivisibile, esponendosi a plurimi motivi di censura.

Cominciando dall'argomento *letterale*, di là della obiezione (*metodologica*) che la *chiarezza* di un enunciato normativo rappresenta il momento *finale* di un procedimento il quale, se *muove* dalla lettera, giammai può arrestarsi alla sua contemplazione [2], (nel *merito*) il *testo* dell'art. 3 Dir. n. 85/374/CEE neppure si accontenta, ai fini della imputazione della responsabilità, della (mera) apposizione di un segno distintivo sul prodotto, sibbene delinea un soggetto, cui il segno si riferisce, che, altresì, «*si presenta come produttore*». Asserire che l'apposizione di un segno sul prodotto sia bastevole per aversi responsabilità del titolare, allora, significa, già su un piano *formale*, obliterare il frammento finale della disposizione, di essa offrendo, in tal guisa, una inaccettabile – essendo una ermeneusi siffatta prospettabile, a tutto concedere, appena come *extrema ratio* [3] – lettura (parzialmente) *abrogante* (*i.e.* la medesima norma avrebbe potuto essere ricavata da un disposto nel quale non figurasse il frammento finale; tuttavia, se il legislatore comunitario tale frammento ha

[2] Scontato, in punto, il rinvio a E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, 1949, 183 s.; più di recente, ampiamente, P. Perlingieri, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo* in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi,* oggi in Id., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Esi, 2012, 136 s.; Id., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice, ivi*, 239; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV ed., II, Esi, 2020, 314 ss., spec. 324 ss.

[3] Di «*salvezza del risultato interpretativo utile*» quale criterio interpretativo, echeggiante il principio c.d. *di conservazione* del contratto, fa menzione, con *specifico* riguardo – stante la sua (assunta) natura *contrattualistica* – al diritto (già comunitario; ora) *eurounitario*, E. Russo, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica, Zatti, Giuffrè, 2008, *passim*; nei termini del testo, in relazione a disposizioni di diritto *interno*, v. G. Gabrielli, F. Padovini, *La locazione di immobili urbani*, II ed., Cedam, 2005, 197. Di «*estremo limite*» discorre, inoltre, S. Pugliatti, *Il trasferimento delle situazioni soggettive, I*, oggi in Id., *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè, 2011, 855.



inserito, è necessario provare ad assegnarvi un significato, invece di assumere che un significato non abbia affatto). Su un piano *dogmatico*, inoltre, la soluzione adottata della CGUE, facendo assurgere l'apposizione del segno su un prodotto *sic et simpliciter* a fatto costitutivo – *positivamente predeterminato*, si badi, ed *esclusivo* – della legittimazione passiva del titolare alla domanda risarcitoria del danneggiato, finisce per riportare la previsione dell'art. 3, comma 1, ult. parte, Dir. n. 85/374/CEE nell'area del *formalismo giuridico*. Ma il formalismo, inteso con rigore, è un dispositivo di tutela dell'affidamento (*in astratto-obiettivo*) che si asside, *naturaliter*, su fatti di significazione *per simboli* (*i.e.* su fatti di linguaggio): i quali, come fonti di conoscibilità *diretta* di fatti significati, ne evocano *per rappresentazione*, (appunto) *direttamente*, la struttura ideale [4]. Ciò non sembra attagliarsi alla (mera) apposizione di un segno distintivo su un prodotto, dacché essa: per un verso, non appare in grado, *di per sé*, di *simboleggiare* alcunché, non appena si consideri che il segno può essere apposto sul prodotto al fine di designarne il produttore (è il caso, esemplare, del marchio c.d. *di fabbrica*), ovvero soltanto un *distributore* (è il caso, esemplare, del marchio c.d. *di commercio*), ovvero ancora in esecuzione di un contratto di *merchandising* o di *sponsorizzazione*, per finalità *benefiche*, e via elencando; per altro verso, può, semmai, *lasciare inferire*, *in quanto abbinata a circostanze concomitanti*, il fatto che il soggetto, cui il segno si riferisce, sia anche il produttore della cosa sulla quale il segno è apposto. Se così è, si tratta, quindi, di un fatto (se si preferisce, una circostanza di fatto) capace di apprestare una conoscenza *indiretta* della qualità di produttore, integrando il polo significante di un rapporto di significazione *per segnali* [5]: un fatto, insomma, che risulterebbe più appropriato ricondurre – pure nel prisma della interpretazione del diritto positivo: potendosi valorizzare qui, della dogmatica, la sua funzione *orientativa dell'intelletto interpretante* [6] – alla sfera (degli elementi costitutivi) di un'apparenza *in senso proprio* [7], in luogo del *formalismo*.

---

[4] Sul crinale tra *formalismo giuridico* ed *apparenza giuridica*, quali dispositivi caratterizzati dalla identità della *funzione*, ma differenti quanto al *modo* in cui essa viene realizzata, insuperata è la ricostruzione teoretica di A. FALZEA, *Apparenza*, oggi in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Giuffrè, 1997, 816 ss., ove si legge che il formalismo «*si manifesta in strutture rigide e tipizzate*» (e, obliterando il limite della tutela costituito dalla *conoscenza della situazione reale*, «*attua una più intensa tutela del terzo*»; in punto, v., peraltro, quanto si osserverà *infra*, §§ 3 e 5); v. anche, su una *conoscibilità diretta* (e, in ispecie, una *conoscibilità legale o formale*) in contrapposto ad una *conoscibilità indiretta*, ID., *Fatto di conoscenza*, oggi *ivi*, 548 ss. Nello stesso senso, v. S. PUGLIATTI, *La trascrizione, I, 1,* oggi in ID., *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, 2011, 1592, secondo cui «*apparenza e pubblicità sono* (…) *strumenti concorrenti di tutela giuridica di una medesima esigenza pratica*»; R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Giuffrè, 1973, 48, il quale distingue la *pubblicità* e le *dichiarazioni alla generalità*, consistenti in «*fatti tipici, rigorosamente determinati, che hanno un valore formale e si sovrappongono alla realtà*», dalle *apparenze*, connotate da «*elementi variabili e solo funzionalmente individuati come quelli che normalmente accompagnano la realtà*»; L. MENGONI, *Gli acquisti «*a non domino», III ed., Giuffrè, 1975, 346 ss., che, dopo aver escluso dall'ambito dell'apparenza *in senso proprio* fattispecie attributive di rilevanza ad un «*fatto specifico (semplice o complesso) rigidamente predeterminato*», discorre della pubblicità immobiliare, quale ipotesi di formalismo, designandola come «*strumento di protezione dell'affidamento strutturalmente diverso dall'apparenza del diritto*».

[5] V., di nuovo, A. FALZEA, *Fatto di conoscenza*, cit., 555 ss.; ID., *Apparenza*, cit., 820 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti «*a non domino», cit., 351, il quale ultimo scrive d'*indicazione* (del fatto significato) «*per inferenza (in senso empirico) o rinvio*».

[6] Com'è noto, si mutua, qui, una espressione («*uso ermeneutico dei concetti dogmatici in funzione regolativa dell'intelletto interpretante*») spesa – con la ispirazione di Geldsetzer («*ermeneutica dogmatica*») – da L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, oggi in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, II ed., Giappichelli, 2017, 104 ss.

[7] Cioè a dire, sul piano oggettivo, di un «*apparire dell'irreale come reale dentro un campo di pubblica esperienza, in virtù di rapporti socialmente riconosciuti di significazione non simbolica*» (*i.e.* una «*falsa segnalazione di realtà*»): così, A. FALZEA, *Apparenza*, cit., 822 ss.; nonché, in termini di «*rapporto inferenziale fallace*», ID., *Fatto di conoscenza*, cit., 596 s. Che il fatto significato rilevi «*per le sue conseguenze giuridiche*» – di talché, in letteratura, non è raro rinvenire la formula, *ellittica*, giusta la quale «*ciò che appare è una situazione giuridica*» – è circostanza opportunamente sottolineata da R. SACCO, voce *Apparenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Utet, 1987, 361.



Quanto all'argomento *teleologico-assiologico*, due considerazioni di segno opposto concorrono a depotenziarlo. In una dimensione generale, l'imputazione incondizionata del costo del danno cagionato dal prodotto (sul quale fosse solo apposto un suo segno distintivo) ad un soggetto non, di necessità, coinvolto nel processo produttivo, importerebbe un immiserimento della responsabilità extracontrattuale (del produttore), con la sua dignità di istituto autonomo: la sua funzione riuscendone infirmata a tutto vantaggio di una immoderata – in quanto frutto di una valutazione *unilaterale* [8] – tensione verso la realizzazione dell'interesse riparatorio del danneggiato [9]. Ora, anche a concedere che le discipline speciali della responsabilità extracontrattuale rappresentino, ormai, «*micro-sistemi sempre più ispirati a logiche proprie*» [10], resta attuale il rilievo in accordo al quale «*non è responsabilizzando a casaccio l'uno e l'altro produttore* [o, *a fortiori*, chi produttore *non è affatto*] *che si raggiunge il fine voluto*» [11]: quello, beninteso, di compensare bensì, *a posteriori*; ma *prevenendo*, al contempo, l'occorrere dall'evento dannoso [12]. Tale risultato può conseguirsi, piuttosto, ren-

[8] La impostazione della CGUE, si vuol significare, sembra considerare il problema della responsabilità extracontrattuale dalla *esclusiva* specola della tutela del danneggiato, obliterando che la regola di responsabilità – al pari di qualsivoglia regola giuridica facente parte del sistema normativo civile – compone un *conflitto d'interessi*: di talché, oltre a sceverare il danno *risarcibile* da quello *non-risarcibile* (pertinenza, in punto di fattispecie, del momento di valutazione della *ingiustizia* del danno), occorre selezionare – tanto più, laddove l'evento dannoso non sia *diretta* emanazione di un *comportamento* (umano) –, presso una platea di (astratti) *responsabili potenziali*, il *responsabile attuale* (pertinenza della individuazione, non già appena di un *nesso causale*, bensì, eminentemente, di un determinato *criterio d'imputazione*). Di «*malinteso tutelismo*» in confronto del danneggiato discorre, con riguardo ad un approccio *facilone* alla disciplina della responsabilità del produttore, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, 770, ove pure il rilievo che «*il problema della responsabilità civile non si risolve meglio aumentando indiscriminatamente i centri di imputazione sui quali fare rifluire alternativamente il danno, bensì individuando la sfera soggettiva più idonea fra tutte*». Merita, altresì, rammentare, incidentalmente, che, nonostante la collocazione topografica della disciplina della responsabilità del produttore (per danno da prodotto *difettoso*) nel diritto italiano vigente (artt. 114 ss. cod. cons.), tale disciplina non si applica punto nella sola ipotesi del danneggiato-*acquirente non-professionista* del prodotto (di consumo): al proposito, sull'*equivoco*, già in una dimensione *teleologico-assiologica*, di una lettura della responsabilità in discorso operata attraverso la lente *consumerista*, v. A. NICOLUSSI, *I consumatori*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Giuffrè, 2008, 411 ss.

[9] Per vero, l'assunto circa la *polifunzionalità* della responsabilità extracontrattuale risulta, oggi, radicato presso gli interpreti italiani: cfr., fra i molti, P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 155 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, III ed., in *Tratt. dir. priv.* IUDICA, ZATTI, Giuffrè, 2019, 37 ss., sebbene con un taglio critico, laddove distingue tra funzione *del risarcimento* e funzioni *della responsabilità*, nonché tra (risarcimento del) danno *patrimoniale* e *non patrimoniale*; M. BUSSANI, *L'illecito civile*, *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. PERLINGIERI, Esi, 2020, 113 ss. La *preminenza* dei momenti della *prevenzione* e della *compensazione*, in quanto *generalmente* caratterizzanti la responsabilità (anche *oggettiva*), è, comunque, esplicita nella pagina di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 23 ss., e 770 con riguardo alla responsabilità del produttore, ove si legge, in particolare, che solo con la fissazione dei limiti soggettivi della imputazione «*la responsabilità civile può realizzare la sua funzione di prevenzione e risarcimento*»; e v. spec. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, III ed., Giuffrè, 2021, 3 ss., 301 ss. e 435 ss. relativamente alla responsabilità del produttore, il quale, riguardata la disciplina di cui agli artt. 114 ss. cod. cons. come un mezzo per «*esercitare una pressione sui metodi di produzione e sulle attività di progettazione, al fine di rendere i prodotti più sicuri*», osserva che «*il problema non è quello di trasferire senz'altro sul fabbricante ogni rischio di danno, bensì quello di distinguere i diversi rischi, attribuendone alcuni al fabbricante, altri all'utente, in modo da indurre l'uno e l'altro ad adottare le misure preventive di rispettiva competenza* (…) *quando ci si proponga semplicemente una finalità assicurativa, questa si realizza in modo più efficace e meno costoso mediante l'assicurazione contro i danni, piuttosto che mediante le complicazioni della responsabilità civile*».

[10] Così, C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 316, il quale, invero, causticamente aggiunge: «*quando pure una logica si riesce a trovare*».

[11] Il virgolettato, riferito all'art. 2 della *proposta di direttiva* (corrispondente, nella sostanza, all'art. 3 Dir. n. 85/374/CEE), è di C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, 1979, 802 s., il quale premetteva a tale affermazione un rilievo: «*la responsabilità civile è un istituto che ha una sua logica in risposta a esigenze sociali ben precise che non sono certo quelle del risarcimento ad ogni costo: (…) non è solo questo – né invero quello primario – l'obiettivo della responsabilità civile*».

[12] Cfr., per tutti, D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, P. MØGELVANG-HANSEN, G. STRAETMANS, D. VERHOEVEN, P. MACHNIKOWSKI, A. JANSSEN, R. SCHULZE, *Product Liability Directive*, in P. MACHNIKOWSKI (a cura di), *European product liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia, Cambridge, 2016, 62 s., in accordo ai quali la Dir. n. 85/374/CEE



dendo responsabile quanti abbia davvero un potere di controllo (ed intervento nell'ambito) del processo produttivo (meglio, quanti, governando progettazione, fabbricazione e conformazione delle informazioni destinate al pubblico, sia nella posizione *più idonea* a dominare i *pericoli* che, intrinsecamente od in ragione del contesto situazionale, si ricollegano al prodotto) [13]. E che a tale rilievo non sia, in fondo, insensibile lo stesso legislatore (già) comunitario, riesce asseverato, del resto, giusto dalla disciplina della Dir. n. 85/374/CEE: in conformità delle regole sulla responsabilità del *fornitore*, nonché del produttore *parziale*. Il primo, difatti, risponde solo in via *sussidiaria* del danno cagionato dal prodotto *fornito*, cioè a dire in quanto non riesca ad indicare al danneggiato la identità del produttore (art. 3, comma 3, Dir. n. 85/374/CEE) [14]; il secondo, pur sempre, *si libera* provando che l'evento dannoso è riconducibile ad un difetto della concezione del prodotto *finale*, od alla mera conformazione del suo contegno alle istruzioni impartite dal produttore *finale* (art. 7, lett. *f*, Dir. n. 85/374/CEE) [15]. Se un tanto vale per quanti sia coinvolto nella *distribuzione* del prodotto e, financo, per quanti *partecipi al processo produttivo* (di una parte componente del prodotto *finale*), un ampliamento delle maglie soggettive della responsabilità, in assenza del correttivo di eventuali cause di esonero (*specifiche*, *i.e.* discriminanti la posizione del soggetto rispetto a quella dell'*effettivo* produttore), non può essere coerentemente predicato per quanti soltanto apponga il proprio segno distintivo su un prodotto. A ciò si aggiunga che obiettivo *primario* della Dir. n. 85/374/CEE – in sintonia con la complessiva regolazione europea dei rapporti di consumo [16] – appare (arg. anche *ex* cons. n. 1) l'*armonizzazione del diritto della responsabili-*

---

rende responsabili «*almost all participants involved in the production process (except mainly for designers)*»; e, in particolare, la responsabilità viene fatta gravare sul «*real producer* (…) *for reasons of prevention and in view of forestalling the spread of damage*».

[13] S'intenda, poi, giustificare sostanzialmente la imputazione al soggetto prefigurato adducendo il criterio della *colpa*: per tale, minoritaria impostazione, almeno con riguardo ai *difetti* di *progettazione* ed *informazione*, v., di recente, A. BERTOLINI, *Responsabilità del produttore*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Giuffrè, 2021, 2624 s., il quale argomenta, in modo precipuo, dall'art. 118, lett. *e*, cod. cons. (corrispondente all'art. 7, lett. *e*, Dir. n. 85/374/CEE; in senso critico v., d'altronde, M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.* Mazzamuto, VI, I, Giappichelli, 2021, 245, laddove eccepisce, giustamente, che la causa di esonero del c.d. *rischio da sviluppo* «*determina il campo di operatività*» della responsabilità del produttore, ma «*non muta assolutamente il carattere oggettivo del titolo a cui il produttore risponde quando, invece, è chiamato a rispondere*»); ovvero, quello del *rischio* (in particolare, *d'impresa*, *lecito* e *tipico*): come suggerisce, per tutti, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 301 ss., spec. 435 ss.; ovvero ancora, quello – disegnato, in prima battuta, da Calabresi – c.d. del *cheapest cost avoider* (se si preferisce, del soggetto meglio in grado di condurre la *cost-benefit analysis*): cui aderisce, ancora di recente, da C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 492 s., il quale pure, a 794, nel testo e nella nt. 80, radica la responsabilità *oggettiva del produttore* nella «*inadeguatezza dell'organizzazione d'impresa*»; od infine, secondo quanto appare preferibile, (della idoneità a *dominare* od *evitare* la concretizzazione) del *pericolo* (arg. anche *ex* art. 117 cod. cons.), secondo la intuizione di M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (Artt. 2049-2053)*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, Giuffrè, 2009, 68 ss., spec. 184 ss., 250 ss. Del resto, avendo riguardo al diritto italiano, non solo la responsabilità del produttore è suscettibile di essere regolata, in luogo (della normativa *speciale*) degli artt. 114 ss. cod. cons., (proprio) dalla regola (di diritto *comune*) dell'art. 2050 cod. civ. (arg. *ex* art. 13 Dir. n. 85/374/CEE, e art. 127, comma 1, cod. cons.): sul punto, ampiamente, AR. FUSARO, *I prodotti difettosi e pericolosi: le responsabilità*, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, 2019, 361 ss.; in ispecie, il criterio valutativo sotteso a quest'ultima disposizione sembra munito di vocazione espansiva, in ciò che fa riferimento ad una *pericolosità* basata, oltreché sulla natura *dell'attività*, sulla natura *dei mezzi adoperati* (dunque, una *pericolosità* non riferita, di necessità, all'attività *in sé*, ma derivabile, altresì, dal contesto circostanziale).

[14] Un tanto non era stato previsto, in un primo momento, nella disciplina di recepimento francese, laddove la responsabilità del *fornitore* veniva equiparata, quanto a regolamentazione (in particolare, sotto il profilo della possibilità di esonero), a quella del *produttore* (art. 1386-7 *Code civil*). Tuttavia, a seguito di una duplice censura della normativa di attuazione da parte della CGUE (25.4.2002, C-52/00; 14.3.2006, C-177/04), anche la disciplina *interna* francese, sotto questo profilo, risulta, oggi, conforme alla Dir. n. 85/374/CEE: notizie, al proposito, in J.-S. BORGHETTI, *Product liability in France*, in P. MACHNIKOWSKI (a cura di), *European product liability*, cit., 211.

[15] Dalla specola della disciplina di attuazione italiana, cfr., per tutti, P. CENDON, P. ZIVIZ, *La prova del danno*, in G. ALPA, M. BIN e P. CENDON (a cura di), *La responsabilità del produttore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.* Galgano, XIII, Cedam, 1989, 172.

[16] Il rilievo, per quanto consolidato, non sembra abbisognare di riscontri; efficace, in punto, la sintesi di H.-W. MICKLITZ, *Il con-*



tà del produttore, secondando quella i presupposti per un gioco equilibrato della concorrenza (tra produttori: s'intende, *effettivi*) e per la creazione di un mercato comune (della produzione: s'intende, *effettiva*) [17]; non già, invece, quello dell'apprestamento della *massima tutela possibile* – in relazione a questa fattispecie e non in relazione ad altre, le quali pure evidenziano interessi altrettanto meritevoli di protezione – *del danneggiato* punto, perseguita mediante una (ipotetica) moltiplicazione *ad libitum* dei designati responsabili [18].

In una dimensione di maggiore dettaglio, poi, oziosa è la rappresentazione di un soggetto che, apponendo il proprio segno distintivo sul prodotto, susciterebbe l'*impressione* di un coinvolgimento nel processo produttivo: tralasciando la non piana compatibilità logica dell'argomento con quello, *sistematico*, fondato sull'art. 5 Dir. n. 85/374/CEE, tale raffigurazione può attagliarsi, tutt'al più, ad *una frazione* delle fattispecie possibili; e, soprattutto, riesce smentita, nel caso concreto, a fronte dell'apposizione sul prodotto d'indicazioni aggiuntive, le quali sembrano *univocamente* cospiranti a disvelare la erroneità della predetta (eventuale) *impressione*. Analogamente è a dirsi per l'assunto che la responsabilità possa essere giustificata quale *corrispettivo* della utilizzazione della *notorietà* del segno distintivo apposto sul prodotto: oltreché, di nuovo, affatto *parziale*, e difficilmente conciliabile con quello che fa leva sull'*apparente implicazione del soggetto nel processo produttivo*, esso postula l'adesione, *solo in questa ipotesi*, al questionabile criterio (sostanziale d'imputazione di una responsabilità oggettiva) del c.d. *rischio-profitto* (*cuius commoda*) [19]. Senz'altro diverso, secondo l'opinione corrente, è, d'altronde, il fondamento della responsabilità del produttore *effettivo* [20], pure

---

sumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 862, ove si legge che «*sin da quando la Ue ha indossato i panni di regolatore del mercato, il diritto dei consumatori ha assunto una piega differente. Esso deve servire a completare il mercato interno. Il diritto dei consumatori è strumentalizzato*».

[17] V., fra gli altri, A. VENCHIARUTTI, Product liability *e armonizzazione del diritto comunitario: le indicazioni della Corte di giustizia e le soluzioni della* Supreme Court of United Kingdom, cit., 2016; G. PONZANELLI, *Armonizzazione del diritto v. protezione del consumatore: il caso della responsabilità del produttore*, oggi in E. AL MUREDEN, *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore. Casi e materiali*, II ed., Giappichelli, 2017, 113, laddove afferma che «*l'interesse del consumatore non è oggetto di una protezione diretta e/o prioritaria, ma soltanto, nella sostanza, di una difesa mediata dall'esigenza di giungere a una migliore armonizzazione dei singoli diritti*»; da ultimo, A. BERTOLINI, *Responsabilità del produttore*, cit., 2620, il quale, accanto a quella di «*tutela del consumatore*» (v., peraltro, quanto precisato *supra*, nt. 8), evoca una finalità di «*armonizzazione e garanzia di effettiva concorrenza*».

[18] Anche nella prospettiva di una *maggior tutela del danneggiato*, per la eventualità della *insolvenza* del produttore *effettivo*, congruo potrebbe opinarsi, semmai, lo strumento (della istituzione) di un *fondo di solidarietà*: v. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 806; agli strumenti dell'*assicurazione*, del *servizio sanitario nazionale* e della *previdenza obbligatoria* guarda, similmente, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 443 s.

[19] Una critica risolutiva in M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (Artt. 2049-2053)*, cit., 57 ss. Presso gli interpreti europei domina, ad ogni modo, l'idea che la responsabilità disciplinata dalla Dir. n. 85/374/CEE, per come recepita nei rispettivi diritti *interni*, abbia carattere – *per incidens*, del tutto giustificato, anche nella prospettiva dell'*analisi economica del diritto*: v. G. AFFERNI, *L'analisi economica del diritto*, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità del produttore*, cit., 346 ss. – *oggettivo* (arg. anche *ex* cons. n. 2): cfr., per la Germania, U. MAGNUS, *Product liability in Germany*, in P. MACHNIKOWSKI (a cura di), *European product liability*, cit., 253, il quale segnala che, secondo la visione prevalente, la responsabilità del produttore, nel regime del *Produkthaftungsgesetz*, è «*strict liability*» (laddove, invece, nel regime del *BGB*, sarebbe una responsabilità *per colpa presunta*); per la Francia, J.-S. BORGHETTI, *Product liability in France*, cit., 219; per la Spagna, M. MARTÌN-CASALS e J. SOLÉ-FELIU, *Product liability in Spain*, *ivi*, 423; e, per l'Italia, G. COMANDÉ, *Product liability in Italy*, *ivi*, 282, spec. nt. 21. La giurisprudenza italiana, per vero, adotta il canone, problematico, della c.d. *responsabilità presunta* (*i.e.*, giusta l'adagio pretorio, *prescindente* dalla prova della *colpevolezza* del produttore, ma non del *difetto* del prodotto): v., da ultimo, Cass. 7.4.2022, n. 11317, in *CED Cassazione*; per una censura della categoria, in quanto *concettualmente inconsistente*, v., d'altronde, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 789 s., nt. 69.

[20] V. *supra*, ntt. 13 e 19. Beninteso, il criterio del *rischio-profitto*, (almeno) in alcune declinazioni, può avvicinarsi – fino a sovrapporsi – a quello del *rischio d'impresa*; quest'ultimo, però, (almeno) nella declinazione più meditata, fa gravare il costo del danno sull'imprenditore non già quale *contropartita* del profitto derivante dall'attività, bensì in quanto soggetto meglio in grado di (prevederlo e, sotto un profilo economico, di) *governarlo* (nella prospettiva, orientata dalla teoria della *distribuzione di costi e ricavi* come fondamento delle scelte produttive, di una *pressione alla razionalizzazione economica della relativa attività*): mediante assicurazione, auto-assicurazione od aumento del prezzo dei prodotti.



prospettata dai giudici *unionali* come del tutto equiparata, in punto di disciplina, a quella del produttore *apparente*.

Quanto, infine, all'argomento *sistematico*, può subito segnalarsi che nessuna indicazione utile, a sostegno della decisione della CGUE, può seriamente trarsi dall'art. 5 Dir. n. 85/374/CEE, sulla solidarietà dei responsabili: invero, la disposizione relativa alla responsabilità solidale presuppone risolta la questione relativa alla individuazione dei *responsabili*, limitandosi a configurare un regime di solidarietà passiva della obbligazione risarcitoria. La questione della sufficienza o no dell'apposizione del segno distintivo su un prodotto per aversi responsabilità del titolare non può, insomma, che essere dipanata *prima* della (teorica) applicazione dell'art. 5: il quale, nel caso, opererà, *a valle*, una volta individuata una *pluralità di responsabili*. Inaccettabile è, altresì, il richiamo alla *proposta di direttiva* del 1976, che si vorrebbe rivelatore della valutazione legislativa circa la *insufficienza* della protezione del consumatore, dinnanzi ad un *distributore* il quale potesse *rinviarlo* al produttore: esso dimentica, per tacer d'altro, che, come già riferito, tale asserto è smentito, in conformità della medesima Direttiva, con riferimento alla disciplina della responsabilità del (*distributore-*)*fornitore*. Il fornitore, infatti, non risponde – si badi, *non risponde*, e non già *risponde con diritto di regresso o rivalsa verso il produttore*[21] – sol che comunichi al danneggiato l'identità del produttore. Un nebuloso criterio interpretativo storico-soggettivo, basato sulla *proposta di direttiva*, non può, all'evidenza, fare premio su un criterio interpretativo sistematico-oggettivo, basato sulla Dir. n. 85/374/CEE[22].

3. – Esaurita, così, la disamina critica della decisione in commento, è possibile, ora, avanzare una ipotesi di soluzione alternativa: basata, secondo quanto si avrà modo di argomentare, sulla riconduzione della figura del produttore *apparente* (*rectius*, della fattispecie di responsabilità di cui all'art. 3, comma 1, ult. parte, Dir. n. 85/374/CEE) nell'alveo del concetto di apparenza *in senso proprio*.

In premessa, riesce opportuno svolgere tre (brevi) considerazioni preliminari.

La prima: quella dell'*apparenza giuridica* non è una figura di diritto italiano punto; tutto all'opposto, si rinviene in seno alla tradizione giuridica dei principali sistemi europeo-continentali, e giusto dalle elaborazioni dottrinali d'oltralpe (*Rechtsschein*; *apparence*) risulta penetrata in Italia[23]. Il *nucleo concettuale* è, in-

[21] Non sembra, pertanto, ammissibile l'affermazione di M. FRANZONI, *L'illecito*, II ed., I, in *Tratt. resp. civ.* Franzoni, Giuffrè, 2010, 650, secondo cui «*la figura del responsabile prevista nel decreto non coincide con quella di fabbricante del bene: il legislatore ha favorito il danneggiato, consentendogli di agire nei confronti di chi in ogni modo è coinvolto nella circolazione del prodotto, salvo poi fare ricadere sul fabbricante il peso del danno, in via definitiva, attraverso il regresso*». Proprio la (opzione positiva della) *esclusione* del *distributore* dalla sfera d'imputazione soggettiva della responsabilità – se non, s'intende, in via *sussidiaria* – è criticata, del resto, da F. CAFAGGI, *La responsabilità dell'impresa per prodotti difettosi*, in *Tratt. dir. priv. eur.* Lipari, II ed., IV, Cedam, 2003, 551.

[22] V., sul piano del *metodo*, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, cit., 326 ss.; e si consideri, nel *merito*, che, giusto con riferimento all'articolato della *proposta di direttiva*, U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, rist. aggiornata, Giuffrè, 1979, 413, affermava la *non-sufficienza* dell'apposizione del segno su un prodotto per aversi responsabilità del titolare, rappresentando la esigenza che, altresì, «*l'imprenditore si present[asse] al pubblico come produttore*».

[23] Sulla evoluzione di tali elaborazioni, recepite, dapprima, da Finzi, Sotgia, Mossa e (specialmente) M. D'AMELIO [fra l'altro, nella voce *Apparenza del* diritto (agg. di L. MARMO), in *Noviss. Dig. it.*, I, Utet, 1957, 714 ss.], cfr. R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, cit., 10 ss.; E. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, Università degli Studi di Trento-Litotipografia Alcione, 2002, 11 ss., 45 ss., 65 ss.; P. GALLO, *Trattato di diritto civile, IV, I contratti, le promesse unilaterali, l'apparenza*, Giappichelli, 2017, 589 ss. Nel diritto romano, per un passo (in certa misura) antesignano, v. D. 5, 3, 25, 17, relativo all'alienazione di beni ereditari da parte del *possessore in buona fede*; *error ius facit.,* invece, nel legato di suppellettili (D. 33, 10, 3, 5). V. anche l'art. 3:201 *PECL*.



vero, *comune*: *strutturalmente*, l'apparenza giuridica si radica in un fatto significante *reale*, legato da un rapporto di significazione con un fatto significato – preso in considerazione per gli effetti giuridici che produce – *non* (perlomeno, *non di necessità*)[24] reale; *funzionalmente*, in ciò che comprime l'onere di accertamento preventivo della realtà in situazioni che rendono tale accertamento complesso o dispendioso – e, per converso, al cospetto di circostanze tali da giustificare la *possibile illazione collettiva*[25] della sussistenza del fatto significato –, l'apparenza giuridica è un dispositivo di protezione dell'affidamento (*in astratto-obiettivo*)[26]. Muta, piuttosto, la estensione del concetto, ossia il novero di casi (*i.e.* di fatti significanti, e significati) che si riportano nell'area concettuale. In Germania, tale insieme è sempre stato assai corposo, e diffusamente costituito da fatti significanti, muniti di *valore formale*, *già isolati*, con precisione, *dal diritto positivo*: sicché, anche a trascurare le declinazioni teoretiche più estreme e risalenti (*Rechtsschein ist alles*)[27], compendiante ipotesi che, ad un vaglio analitico, risultano meglio collocabili nell'area del *formalismo*, in quanto integrate (appunto) da fattispecie di *investitura formale* la cui rilevanza giuridica *assorbe* quella della *situazione reale*[28]. Numerose risultano pure le fattispecie di operatività dell'apparenza giuridica prospettate – quantunque, dapprima, sull'invocato fondamento, (tutto) *soggettivistico*, della massima *error communis facit ius*[29] – dagli interpreti francesi[30]; i quali, in linea di principio, hanno saputo, peraltro, conservarne l'autonomia rispetto al

[24] In quanto, secondo alcune impostazioni – invalse, in special modo, in Germania –, vi si fanno rientrare ipotesi di *apparire*, quantunque *accidentale*, *del reale come reale*: v., ad esempio, il rilievo di R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, cit., 25, nt. 20.

[25] La fortunata formula dell'*errore collettivo possibile*, in relazione alla (conformazione della inferenza rispetto alla situazione di) apparenza giuridica, si deve, com'è noto, a L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Giuffrè, 1951, 138 s., che scrive, in forma più estesa, di «*possibilità oggettivamente apprezzabile di errore collettivo, anziché un errore individuale in atto*».

[26] Cfr., esemplificando, già M. WELLSPACHER, *Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte*, Manz, 1906, 115, ove si legge che «*Wer im Vertrauen auf eine äußeren Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, der zufolge Gesetzes oder Verkhersauffassung die Erscheinungsform eines bestimmten Rechtes, Rechtsverhältnisses oder eines anderen rechtlich relevantes Momentes bildet, ist in seinem Vetrauen geschützt, wenn jener Tatbestand mit Zutun desjenigen zustande gekommen ist, dem der Vertrauensschutz zum Nachteile gereicht*»; avendo riguardo, fra l'altro, alla giurisprudenza francese, M. D'AMELIO, voce *Apparenza del diritto* (agg. di L. MARMO), cit., 716, in accordo al quale, «*quando l'apparenza del diritto è ragionevole, deve permettersi ai terzi di considerarla come corrispondente alla realtà per non creare sorprese alla buona fede nelle contestazioni; per non obbligare i terzi ad un accertamento preventivo della realtà di quanto appare evidente, con intralcio gravissimo della vita degli affari; per non rendere più lenta e faticosa e costosa l'attività giuridica, in un momento storico dove tutto esige speditezza e sicurezza nella formazione dei rapporti giuridici e sociali*».

[27] Giusta la celebre locuzione di P. KRÜCKMANN, *Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Erster Beitrag*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Gustav Fischer, 1910 (B. 57), 162, 169. In questa prospettiva, l'apparenza designa, in termini generalissimi, la rilevanza (per dir così) *esaustiva*, ai fini della produzione dell'effetto, di elementi (per dir così) *esteriori* di una fattispecie (o, comunque, il carattere *esaustivo* di *alcuni* elementi costitutivi di essa: che, in quanto consentono di presumere il ricorrere degli altri, riescono *praticamente* sufficienti per ritenere integrata la fattispecie, rendendo per ciò stesso *concrete* le *pretese* soggettive), e finisce per assumere, in tal modo, la foggia di un «*principio di funzionamento dell'ordinamento giuridico*», di «*una legge della fenomenologia giuridica*», di un fondamento per «*spiegare l'inevitabile inconveniente della scissione tra il diritto astrattamente previsto dal legislatore e il diritto concretamente applicato*»: cfr., rispettivamente, R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, cit., 35 s.; M. BESSONE e M. DI PAOLO, voce *Apparenza*, in *Enc. giur.*, II, Treccani, 1988, 1; E. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, cit., 62.

[28] Cfr., fra gli altri, R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, cit., 36 ss. Così è a dirsi, ad esempio, per la disciplina positiva della tutela del terzo acquirente da quanti – non già: *appare erede* (art. 534, comma 2, cod. civ.); bensì – viene *indicato come erede* in un *Erbschein* (§§ 2365 s. *BGB*).

[29] Cfr., per tutti, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, I, II ed., Recueil Sirey, 1932, 153, 801, 908 s. Con l'ampliamento della casistica rilevante, d'altronde, l'*errore comune* («*erreur commune et invincible*», nonché «*excusable*», in conformità delle aggettivazioni di Josserand) diventa, nella prassi applicativa, *errore legittimo*, ossia quello che «*il principio dell'apparenza perdona malgrado l'esistenza di strumenti che, se consultati, avrebbero svelato la realtà del diritto*»: cfr. E. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, cit., 41 s.

[30] Così, nella già menzionata opera di L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, I, cit., *passim*, e II, II ed., Recueil Sirey,



campo d'elezione del formalismo [31]. In Italia, fatta eccezione per talune, minoritarie tendenze espansive [32], il concetto è stato evocato con moderazione, distinguendolo non soltanto dal fenomeno pubblicitario *in senso stretto*, ma, altresì, da un formalismo compendiante *atti di pubblica fede* e *titoli di legittimazione formale*; un'applicazione del modulo disciplinare oltre l'ambito applicativo delle fattispecie legalmente tipiche (artt. 534 cod. proc. civ., 1189, 1835 cpv. e, si crede, 1415, comma 1, cod. civ.) è stata, al più, ammessa con prudenza e assoggettata a rigorosi limiti, se non quanto a potenziale applicativo [33], sotto il profilo della costruzione della fattispecie [34].

La seconda: quella dell'*apparenza giuridica* non è una figura pertinente, per propria natura, al solo ambito della *circolazione delle situazioni soggettive*, quale predicato della legittimazione a porre in essere atti negoziali dispositivi (validi ed efficaci). Per quanto più interessa in questa sede, in Germania, all'inizio del secolo scorso, se n'è immaginata, fra l'altro, un'applicazione funzionale a configurare, in testa ad un socio *apparente* (meglio, al *già*-socio il quale, e però, latamente *apparisse ancora tale* sulla base di *pubbliche risultanze*), una responsabilità extracontrattuale per il danno cagionato da una cosa di proprietà di una società di persone [35]. La tesi fu criticata da parte prevalente degli interpreti [36], e con buona ragione, avendo riguardo alla

---

1933, *passim*, la rilevanza giuridica dell'*apparence* viene enunziata – con dovizia di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali – in materia di: *domicile*; *séparation de fait*; *filiation*; *concubinage*; *propriété* (segnatamente, «*pour le immeubles*»: operando, nell'ambito *mobiliare*, la regola *en fait de meubles la possession vaut titre*); *paiement*; *prête-nom*; *hypothèque*; *préposé* (in relazione alla *responsabilité du commettant*). Nel diritto positivo vigente, a seguito della *Ordonnance* n. 2016-131, del 10.2.2016, v. gli artt. 1156 s. e 1342-3 *Code civil*.

[31] V. *supra*, nella nt. precedente.

[32] Invalse, specialmente, nella dottrina giuscommercialistica d'inizio '900: cfr., per tutti, L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942*, I, Soc. ed. Libraria, 1942, *passim*.

[33] Nella misura in cui, s'intende, non è raro rinvenire, soprattutto presso la giurisprudenza pratica, la declamazione di un *principio generale dell'apparenza giuridica*: fra le sentenze più recenti, v., ad esempio, Cass. 19.3.2007, n. 6465, in *Leggi d'Italia*; Trib. Nocera Inferiore, 22.3.2010, *ivi*; Trib. Modena, 15.1.2008, *ivi*; in senso critico, fra gli altri, v. F. GALGANO, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *Contr. impr.*, 2009, 1137 ss., il quale, peraltro, riconduce le pratiche applicazioni dell'*apparenza giuridica*, fuori dai casi legalmente tipici, alle regole relative alla *simulazione*.

[34] Richiedendosi, cioè a dire, il ricorrere, nonché dell'*errore* (individuale) *scusabile* di quanti l'apparenza invocasse a proprio vantaggio, della *colpa* (o del *dolo*) del soggetto (determinante, col proprio contegno, una situazione di apparenza) contro cui fosse invocata: cfr., da ultimo, P. GALLO, *Trattato di diritto civile, IV, I contratti, le promesse unilaterali, l'apparenza*, cit., 599 ss. La fattispecie (non legalmente tipica) di più frequente riscontro pratico, individuata in sede di *Fortbildung* dottrinale-giurisprudenziale, è, senz'altro, quella dell'apparenza *di rappresentanza*, affermatasi nel *diritto vivente* (appunto) come *necessariamente colposa* e *compendiante la buona fede* (in senso soggettivo) del terzo: v., fra le altre, Cass., ord. 6.8.2018, n. 20549, in *Leggi d'Italia*; Cass. 13.7.2018, n. 18519, in *CED Cassazione*, 2018; Cass. 27.1.2015, n. 1451, in *Notariato*, 2015, 173. In dottrina, limitando le citazioni all'ultimo decennio, possono consultarsi, sul punto, i contributi di L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 838 s., ove una critica alla figura della rappresentanza *apparente*, in quanto riferita all'ambito della rappresentanza *civile* (la cui disciplina verrebbe, secondo l'Autore, surrettiziamente e indebitamente equiparata, per tal via, a quella della rappresentanza *commerciale*); S. PAGLIANTINI, *La riconcettualizzazione processuale del contratto: le Sezioni Unite sulla rappresentanza senza potere nel dualismo fra tutela obbligatoria e reale dell'affidamento*, in *Contratti*, 2015, 652 ss., spec. 653, il quale appare orientato, invece, in senso favorevole; G. DI ROSA, *Rappresentanza*, in *Enc. dir. – I tematici*, I-2021, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Giuffrè, 2021, 962 ss., il quale, infine, tende a riportare la questione sul terreno della *inopponibilità* a terzi della modificazione o della estinzione della procura (meglio, dei fatti determinativi delle relative vicende).

[35] Cfr. J.V. GIERKE, *Handelsrecht und Schiffahrtsrechts*, II ed., De Gruyter, 1926, 47 s., laddove si riferisce alla fattispecie – già segnalata da K. RAUCH, *Grenzen der negativen Publizität des Handelsregisters*, in *Festgabe fur K. Güterbock*, Vahlen, 1910, 451 – della esplosione nella fabbrica di proprietà di una *Handelsgesellschaft*, a fronte della quale restavano feriti due passanti; il socio *apparente* aveva bensì *lasciato la società* [«*ist* (…) *ausgeschieden*»] *prima* della esplosione, ma la relativa *comunicazione pubblica* era stata eseguita solo *in seguito*. In ossequio al *Publizitätsprinzip*, viene prospettata, quindi, una responsabilità (anche) del *già*-socio, allorquando il danneggiato non fosse stato a conoscenza, per fatto proprio, della intervenuta dipartita.

[36] Cfr. spec. L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, IV, Cedam, 1957, 151 s., ove si legge che «*l'apparenza e l'affidamento non hanno significato al di là della determinazione di volontà. Si è d'accordo, sino dai giorni primi della teoria del-*



fattispecie – caratterizzata, ad ogni modo, dalla rilevanza di un elemento oggettivo *formale* (*Handelsregister*) – in questione; si deve sottolineare, d'altra parte, come quest'ultima non assurgesse a fattispecie *normativa*, disciplinata dal diritto positivo come costitutiva di obbligazioni risarcitorie [37]. In Francia, all'apparenza giuridica sono state riferite fattispecie variegate [38]: compresa, in particolare, quella della responsabilità del *commettant*, per il danno cagionato da un *préposé apparent* [39]. In Italia, se prospettazioni echeggianti queste ultime pure sono state contemplate, in modo sporadico [40], merita rammentare come l'apparenza della qualità di creditore rilevi, *positivamente*, ai fini della liberazione del debitore adempiente (art. 1189 cod. civ.; analogo, oggi, il disposto dell'art. 1342-3 *Code civil*); e, *a latere*, come, in più occasioni, sia stata affacciata dagli interpreti una figura d'*imprenditore* apparente [41]. Insomma, se la circolazione giuridica per mezzo di atti negoziali rappresenta l'area in cui la figura ha assunto (tradizionalmente) e assume (tuttora) maggiore importanza, s*ub specie* di elemento della fattispecie di acquisto di situazioni soggettive da parte di quanti ne dispone,

---

l'apparenza, nell'escluderla dinanzi ai fatti illeciti della società che ha creato una certa apparenza. L'esempio è quello della passeggiata innanzi ad un opificio di esplosivi che salta per aria, passeggiata fatta sulla sicurezza che un socio in collettivo era ancora in società»; e già, con rimandi alla coeva dottrina tedesca, ID., *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942*, I, cit., 324. Suscita perplessità, peraltro, l'argomento che Mossa spende per convalidare la superiore conclusione, discorrendo di una «*illiceità che non può farsi divenire, con sforzi assurdi, fonte di affidamento*»: invero, non certo dalla *illiceità*, nella specie, potrebbe farsi scaturire un ipotetico affidamento (del danneggiato che agisse in giudizio contro il socio *escluso*, credendolo erroneamente ancora socio), sibbene dalla *pubblicità* di un fatto. E merita segnalare che lo stesso Mossa, a seguito delle superiori declamazioni, pur sempre assume come «*più savia l'ipotesi del danno extracontratto, provocato dall'istitore revocato senza registrazione*».

[37] Né tantomeno, per quanto possa opinarsi rilevare, era integrata un'apparenza capace di reagire sul comportamento del danneggiato (già) *prima* (dell'evento dannoso e) della relativa domanda risarcitoria. Si vuol intendere che, come si preciserà in appresso (*infra*, §§ 4 s.), il segno distintivo apposto su un prodotto – a maggior ragione, se abbinato a circostanze concomitanti che cospirino a prospettare la qualità di produttore del titolare del segno – può contribuire a determinare le scelte di consumo ed *utilizzo*. Non altrettanto è a dirsi, naturalmente, per la circostanza che un *già*-socio *appaia* (in senso lato), secondo *pubbliche risultanze*, *ancora tale*, rispetto al fatto della passeggiata di un terzo in (*casuale*) prossimità di una fabbrica di proprietà della società. Di là di tali puntualizzazioni, gli è, comunque, che, nella fattispecie individuata dai giuristi tedeschi, a configurare una responsabilità del *già*-socio si potrebbe tutelare, tutt'al più, l'affidamento del danneggiato in quanto (ormai) *attore*, evitandogli l'inconveniente (soprattutto, le spese) di un *nuovo* procedimento, da coltivare in confronto dei soci *effettivi*. E però, se ciò dovrebbe valere, quantomeno, ad escludere la rilevanza dell'apparenza allorquando, *prima* dell'esperimento dell'azione contro il *già*-socio, la situazione reale fosse portata alla cognizione del danneggiato, una responsabilità del *già*-socio resterebbe difficilmente giustificabile, pur sempre, anche nel primo caso. Si avrà modo di argomentare, invero, che, con riferimento al produttore *apparente*, la soluzione più adeguata non sia, in nessun caso, quella dell'assimilazione piana del soggetto ad un produttore *effettivo* (*i.e.* della responsabilità punto); quanto, semmai, di una responsabilità *mediata* e *sussidiaria*, ancorché preservante il danneggiato dall'onere d'iniziare un nuovo giudizio rispetto a quello, per ipotesi, già radicato: v. *infra*, § 5.

[38] V. *supra*, nt. 30.

[39] Rilevava, sul punto, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, I, cit., 276, che «*il suffit que la compétence du préposé soit apparente pour que'elle entraîne la responsabilité du commettant* (…) *c'est una nouvelle consécration de la théorie de l'apparence et des effets que renferme en puissance cette situation juridique: qui crée une apparence en demeure le prisonnier*».

[40] Oltre al riferimento dottrinale di cui *supra*, nt. 36, v. spec. Cass. 7.4.2006, n. 8229, in *Mass. Giur. it.*, 2006, in accordo alla quale, sulla base del *principio dell'apparenza*, l'intermediario finanziario può considerarsi responsabile per il fatto illecito compiuto – in tale veste – da un promotore *apparente* in danno di terzi.

[41] Cfr., in punto, M. BESSONE, M. DI PAOLO, voce *Apparenza*, cit., 5, i quali – richiamando la giurisprudenza di Cass. 19.10.1979, n. 5433, in *Rep. Giust. civ.*, 1979, voce *Obbl. contr.*, n. 11 – osservano come la costruzione rilevi, in seno alla casistica, allorquando ricorre una scissione tra «*titolarità della licenza*» per lo svolgimento di una attività commerciale, e «*realtà sostanziale della gestione dell'impresa*»: qui, normalmente, è il «*vero gestore*» che risponde delle obbligazioni assunte verso i terzi in via esclusiva; tuttavia, ciò non esclude che «*la responsabilità del titolare della licenza che non gestisca l'esercizio possa affermarsi in relazione ad una situazione di apparenza giuridica, vale a dire ad un comportamento dello stesso intestatario che giustifichi il convincimento dei terzi che egli, e non altri, sia l'effettivo gestore dell'esercizio*». V. anche, al riguardo, R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, cit., 208 ss.



sprovvisto della relativa legittimazione, nessun ostacolo sembra frapporsi all'assegnazione di rilevanza all'apparenza in ambiti ulteriori: e ciò, sicuramente, allorquando lo preveda il *legislatore*.

La terza: nessuna implicazione *logica* necessaria sussiste, sul piano della costruzione della fattispecie normativa, fra apparenza e buona fede (in senso soggettivo: di quanti, beninteso, *si avvantaggiasse* di effetti radicati nell'apparenza). Se le fattispecie effettuali in cui l'apparenza ricorre sono fattispecie *complesse* [42], per ciò che affiancano ad un elemento *oggettivo* (situazione di apparenza) un elemento *soggettivo* (la buona fede di chi agisce sulla base della situazione di apparenza), la esigenza che anche il secondo elemento ricorra per la produzione dell'effetto è *puramente giuridica* [43]: cioè a dire, di diritto positivo. Da un lato, ciò significa che il legislatore, in astratto, ben potrebbe configurare fattispecie effettuali integrate *esclusivamente* dall'elemento obiettivo della situazione di apparenza, le quali, sebbene collocabili in una zona di confine, sotto il profilo *funzionale*, con le ipotesi di formalismo, non sarebbero ancora *strutturalmente* sovrapponibili ad esse: mutevole essendo, da caso a caso, il fatto – da caratterizzarsi, comunque, per la idoneità a determinare un *errore collettivo possibile* – posto a fondamento dell'effetto [44]. D'altro lato, un tanto consente di ritenere che, quand'anche allo stato gnoseologico del soggetto volesse conservarsi una rilevanza nel contesto della fattispecie effettuale, al fine di marcare la distanza tra fattispecie dell'apparenza e, quantomeno, fatti *di pubblicità*, nulla imporrebbe di considerare la buona fede come suo elemento *costitutivo*: sul piano probatorio, da provare da parte di chi invocasse la scaturigine di un effetto *favorevole*; in luogo di considerare la mala fede quale elemento *impeditivo*: sul piano probatorio, con onere della prova della mala fede in capo a chi fosse latore di un interesse contrario [45].

Riassumendo, può ribadirsi, in conclusione, che: il concetto di *apparenza giuridica* è patrimonio *comune* della tradizione europeo-continentale; la rilevanza giuridica dell'apparenza è suscettibile di estendersi alla platea degli elementi costitutivi (o dei presupposti) di una fattispecie di *responsabilità extracontrattuale*; l'apparenza come situazione *obiettiva* non deve, per forza, abbinarsi, in una fattispecie normativa complessa, all'elemento della buona fede (in senso soggettivo), né tampoco deve abbinarsi, ad ogni modo, alla buona fede come elemento *costitutivo* della fattispecie effettuale.

4. – Alla luce di quanto riferito finora, appare possibile riguardare l'art. 3, comma 1, Dir. n. 85/374/CEE, nella parte in cui fa menzione di un soggetto che (appone il proprio segno distintivo su un prodotto e) «*si*

---

[42] Come rileva A. FALZEA, *Apparenza*, cit., 835 ss.

[43] V. sempre A. FALZEA, *Apparenza*, cit., 836, ove si legge che è «*frutto di equivoco (...) l'affermazione secondo cui la buona fede sarebbe elemento logicamente necessario della fattispecie*»: se la *legge* richiede che all'apparenza (come elemento oggettivo) si accompagni l'elemento concomitante della buona fede, tale nesso è «*giuridico e non logico*».

[44] Ecco perché, si crede, costituisce una *petizione di principio* l'assunto di L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, cit., 838 s., nt. 4, laddove considera «*inconcepibile*» una rilevanza giuridica dell'apparenza «*al di fuori di un disegno di tutela dell'affidamento incolpevole*»: perlomeno, va da sé, laddove con ciò si volesse significare non già (solo) la necessaria tensione (*funzionale*) dell'apparenza giuridica verso la tutela dell'affidamento (*in astratto-obiettivo*), bensì (anche) la necessaria sussistenza (*strutturale*) di un elemento soggettivo – tesi, quest'ultima, presente già in L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, cit., 140, nt. 52; più cauto S. PUGLIATTI, *La trascrizione, I, 1*, cit., 1583, che ne opina il carattere «*quasi sempre*» costitutivo – nell'ambito della relativa fattispecie effettuale.

[45] Tale impostazione, del resto, è accolta, in termini generali, da R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, cit., 69 ss., in accordo al quale, sulla base della premessa che «*conoscenza dell'apparenza*» e «*conoscenza della realtà rilevano su piani diversi*» (la prima, quale elemento *costitutivo* della fattispecie effettuale; la seconda, quale normale elemento *impeditivo*), conclude che «*non è l'apparenza un limite alla rilevanza giuridica della buona fede; è la mala fede un limite alla rilevanza giuridica dell'apparenza*».



presenta come produttore», quale disposizione veicolante una fattispecie di apparenza giuridica *in senso proprio*: una apparenza (per dir così) *produttiva*, determinante la legittimazione passiva del produttore *apparente* alla domanda risarcitoria del danneggiato (meglio, in una dimensione tutta sostanziale, determinante la costituzione di una obbligazione risarcitoria in testa al produttore *apparente*). In altre parole, il frammento finale del disposto sembra suscettibile di rinviare l'interprete alla ricerca di circostanze oggettive, *socialmente apprezzabili*, *del caso concreto* (*i.e.* indeterminate *a priori*), idonee a *far apparire* colui, cui il segno distintivo apposto su un prodotto si riferisce, *come se ne fosse* il produttore.

Una impostazione *sostanzialmente* intonata a quest'ultima risulta, invero, recepita da una parte degli interpreti europei: sia con riferimento alle normative *interne* di attuazione della Dir. n. 85/374/CEE; sia in *immediata* relazione, si badi, alla Dir. n. 85/374/CEE. Quanto al primo momento, basti richiamare, a titolo esemplificativo: la riflessione della dottrina italiana in merito alla opportunità di espungere dalla categoria del produttore *apparente* (già, art. 3, comma 3, D.P.R. 24.5.1988, n. 224; oggi, arg. *ex* 3, lett. *d*, 103, comma 1, lett. *d*, cod. cons. e 3, comma 1, ult. parte, Dir. n. 85/374/CEE)[46] la figura del titolare di un marchio *di commercio*, quantunque apposto su un prodotto[47]; il distinguo, ricorrente nell'approccio interpretativo tedesco, tra c.d. *Quasi-Hersteller* (§ 4, comma 1, ult. parte, *Produkthaftungsgesetz*) e soggetto che, pur apponendo il proprio segno su un prodotto, fosse *chiaramente riconoscibile* come *distributore* del medesimo[48]; la

[46] Per vero, il diritto positivo italiano *della responsabilità del produttore*, (almeno) a tutta prima, non conosce, oggi, la figura del responsabile-produttore *apparente*: recepita, dapprima, nel D.P.R. n. 224 del 1988, e ancora *agevolmente* configurabile (mediante elaborazione sistematica) a seguito della trasposizione della disciplina nel cod. cons., il vigente art. 115, comma 2-*bis*, cod. cons., introdotto nel 2007 (art. 14, comma 2, d.lgs. 23.10.2007, n. 221), ne ha determinato, formalmente, la obliterazione. Quest'ultima disposizione veicola, infatti, una nozione di *produttore*, rilevante *ai fini dell'applicazione degli artt. 114 ss. cod. cons*., che non contempla il titolare di segni distintivi apposti sul prodotto. Il produttore *apparente* resta, certo, *nominato* dalla disposizione *generale* dell'art. 3 cod. cons., nonché dal successivo art. 103 (in materia di *sicurezza dei prodotti*; e v. anche l'art. 128, comma 2, lett. *d*, cod. cons., in materia di vendita di beni di consumo); e però, se l'ambito applicativo del secondo è *espressamente* confinato al relativo *titolo*, il primo fa *espressamente salvo*, financo, (proprio) l'art. 115, comma 2-*bis*. Stante la puntuale definizione, ad opera delle disposizioni *interne*, delle rispettive sfere operative, l'impressione che, in tal guisa, il legislatore italiano abbia dato la stura ad una singolare ipotesi di (per dir così) *mancata attuazione sopravvenuta* della Dir. n. 85/374/CEE, non è facile da esorcizzare. Una conclusione diversa imporrebbe uno sforzo interpretativo *supplementare*, rispetto a quello richiesto prima del 2007, sì da recuperare (ancora), alla luce delle altre disposizioni consumeristiche (che conoscono la figura: riferendo, in particolare, la *salvezza* di cui all'art. 3 cod. cons. appena alla menzione, nell'art. 115, di produttore *parziale*, produttore *della materia prima*, *allevatore*, *cacciatore* e *pescatore*, non testualmente contemplati nella disposizione generale) e in virtù di una interpretazione *conforme* (alla Direttiva), l'adeguatezza della normativa *interna* al diritto *europeo*: in questa direzione muove, in effetti, U. Carnevali, *"Produttore" e responsabilità per danno da prodotto difettoso nel codice del consumo*, oggi in E. Al Mureden, *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore*, cit., 78 ss.

[47] In tal senso, v. spec. U. Carnevali, in Aa.Vv., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Giuffrè, 1990, 19 s.; Id., in Id. (a cura di), *Dei fatti illeciti. Leggi collegate*, nel *Comm. cod. civ.* E. Gabrielli, Utet, 2013, 596 ss.; con qualche cautela, O. Troiano, *Art. 3. Produttore – d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, 524 s., sebbene depotenziando, così, l'asserto, pure speso nel contributo, di un titolare del segno che *si presenterebbe come produttore per il sol fatto* di aver apposto il proprio segno distintivo su un prodotto; analogamente è a dirsi per A. Atti, *I soggetti equiparati al fabbricante*, in G. Alpa, M. Bin, P. Cendon (a cura di), *La responsabilità del produttore*, cit., 72 s., la quale, pur inclinando per una responsabilità del titolare del marchio *di commercio*, precisa che, laddove il segno fosse preceduto da diciture quale «*distribuito da*», dovrebbe applicarsi la disciplina dedicata al(la responsabilità del) *fornitore*; P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet, 1998, 712, secondo cui il titolare del segno potrebbe evitare la responsabilità «*solo se la mera intenzione pubblicitaria era così evidente da non poter sfuggire neanche al consumatore qualunque*».

[48] Cfr., da ultimo, H. Sprau, *Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)*, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen* Palandt, B. 7, Beck, 2021, 2978: «*Auch wer an dem Prod seine Marke anbringt, haftet nach I 2, sofern nicht klar erkennb ist, dass diese nur auf ihn als Handler hinweist und hinweisen soll; im letzteren Fall Haftung nur nach III od nach DeliktsRecht*». In giurisprudenza, l'idea che l'apposizione del segno su un prodotto non sia sufficiente per aversi responsabilità del titolare si rinviene, fra le altre, in *BGH* 21.6.2005 – VI ZR 238/03, in *bundesgerichtshof.de*.



esclusione dalla sfera soggettiva d'imputazione della responsabilità del *producent*, predicata in Olanda da giurisprudenza teorica e pratica, di quanti apponesse bensì il proprio segno su un prodotto (art. 6:187 cpv., ult. parte, *BW*), ma *per mere ragioni pubblicitarie* [49]. Quanto al secondo momento, merita segnalare che in un recente contributo scolare, frutto del lavoro congiunto di giuristi autorevoli provenienti da molteplici Paesi membri, la qualità di produttore *apparente* viene ricollegata ad un comportamento del soggetto *capace di suscitare l'impressione* di essere produttore: con la negazione recisa, per converso, che tale attributo possa radicarsi, *in modo automatico*, nella (mera) circostanza dell'apposizione del segno distintivo su un prodotto [50]. L'accertamento circa il ricorrere della idoneità del comportamento del produttore *apparente* a generare l'anzidetta *impressione*, inoltre, è configurato come da svolgersi *in concreto*, adottando il punto di vista del *consumatore medio* (rispetto, si precisa, al c.d. *target group* del prodotto), *normale*, *ordinario*, *prudente* [51].

A seguire questa traccia, allora, il riferimento dell'art. 3, comma 1, Dir. n. 85/374/CEE all'apposizione del segno distintivo su un prodotto, lungi dal rendere ridondante l'ultimo frammento della disposizione, avrebbe la funzione di delimitarne l'ambito di applicazione: ossia, di perimetrare il contesto operativo dell'apparenza *produttiva*. Si tratterebbe, in altri termini, di un fatto sempre *necessario*, ma non *sufficiente* a costituire una situazione di apparenza.

La previsione, sotto questo profilo, finirebbe per rassomigliare a quella relativa alla *titolarità apparente* di cui all'art. 1415, comma 1, cod. civ.: laddove, secondo la ricostruzione preferibile, la *simulazione del negozio* è bensì necessaria, ma non bastevole, *in quanto tale*, al fine d'integrare la situazione di apparenza *di titolarità*. La *salvezza* del terzo avente causa dal simulato acquirente, cioè a dire, sembrerebbe doversi sempre radicare in un *quid oggettivo-esteriore*, irriducibile al (mero) ricorrere di una (dichiarazione di) *volontà negoziale simulata* [52]: corrispondente, a tutto concedere [53], ad una (forma di) *ostensione* del negozio simulato –

---

[49] Cfr., al proposito, quanto riferisce A.L.M. KEIRSE, *Product liability in Netherlands*, in P. MACHNIKOWSKI (a cura di), *European product liability*, cit., 325, il quale richiama, nella nt. 52, la giurisprudenza di *Kamerstukken* II Mvt 1985/86, 19 636, 10: «*the person who lends his name to a product for advertising reasons is not considered to be the producer of the product*».

[50] In questo senso, v. D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, P. MØGELVANG-HANSEN, G. STRAETMANS, D. VERHOEVEN, P. MACHNIKOWSKI, A. JANSSEN, R. SCHULZE, *Product Liability Directive*, cit., 63 ss., i quali aggiungono che la *ratio* dell'art. 3, comma 1, ult. parte, Dir. n. 85/374/CEE va individuata nella protezione del danneggiato il quale *incontrasse difficoltà nel rintracciare l'identità del produttore* effettivo.

[51] V., di nuovo, D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, P. MØGELVANG-HANSEN, G. STRAETMANS, D. VERHOEVEN, P. MACHNIKOWSKI, A. JANSSEN, R. SCHULZE, *Product Liability Directive*, cit., 64 s. Per una *problematizzazione* del canone del *consumatore medio*, sebbene nel contesto disciplinare della *contrattazione* consumeristica, cfr., peraltro, S. PAGLIANTINI, In memoriam *del consumatore medio*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 2 ss.; e conviene precisare che, nella specie, in luogo del *consumatore* dovrebbe farsi riferimento all'*utilizzatore*.

[52] Un tanto, perlomeno, a supporre che la fattispecie simulatoria sia *perfetta*, di talché rilevante *ex* art. 1414 cod. civ., non appena siano perfezionati – quand'anche, si badi, senza (il ricorrere di modalità e circostanze idonee alla) *esteriorizzazione a terzi* – l'*accordo simulatorio* ed il relativo *negozio simulato*; ma che, al contempo, ciò non esaurisca, di necessità, il *procedimento* finalizzato a realizzare l'interesse (*complessivo*) dei simulanti, il quale non può non proiettarsi, *funzionalmente*, verso la determinazione di un *intendimento di terzi*: per una concezione consimile, v. F. ANELLI, *Simulazione e interposizioni*, in *Tratt. del contratto* Roppo, III, Giuffrè, 2006, 567 ss. Una posizione prossima a quello del testo è, si ritiene, in A. FALZEA, *Apparenza*, cit., 826 s., il quale, muovendo dall'assunto secondo cui i fatti di significazione *simbolica* (quale, beninteso, una *dichiarazione* negoziale) non sono strutturalmente suscettibili di fondare una situazione di apparenza, rileva come l'apparenza *di titolarità* (*ex* art. 1415, comma 1, cod. civ.) dovrebbe intendersi «*costituita in primo luogo dal contratto simulato, ma anche e specialmente dal comportamento complessivo dei simulanti, idoneo a generare nei terzi l'erroneo convincimento sulla titolarità*»; v. pure G. FURGIUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Cedam, 1992, 57 ss., il quale, pur escludendo il *fenomeno simulatorio* dall'ambito dell'apparenza (58, nt. 81), riguarda, poi, il negozio simulato (degradato a mero *fatto*) come *indice primo* e *fondamentale* prospettato, assieme ad altri, dai simulanti ai terzi, per indurli a credere occorsa la produzione di determinati effetti negoziali. Se così è, comunque la si volesse considerare, ai fini dell'applicazione dell'art. 1415, comma 1, cod. civ. della medesima *volontà simulata* non conterebbe tanto il contenuto *di per sé* (*ciò che si manifesta*), quanto, semmai, il contenuto in relazione alla sua *modalità di espressione*, ed al relativo *contesto situazionale* (*co-*



come titolo di un determinato effetto, e regolamento di contegni corrispondenti – da parte dei simulanti (ovvero, del simulato acquirente, con la compartecipazione, *inerziale*, del simulato alienante)[54], Similmente, come l'apparenza *di titolarità ex* art. 1415, comma 1, cod. civ. rappresenta una ipotesi di apparenza (almeno)

---

me lo si manifesta). In senso diverso (*i.e.* per la *sufficienza* del negozio simulato, fondante un'*apparenza di titolarità* intesa *in senso ampio* e, in ultima analisi, *titolo di legittimazione formale*), v. L. MENGONI, *Gli acquisti «*a non domino*»*, cit., 346 s., 363 s., ma sulla premessa, fra l'altro, di una lettura non condivisibile – in quanto obliterante la *duplice* rilevanza giuridica del negozio simulato, come *autoregolamento*, *depotenziato* dall'accordo simulatorio (artt. 1414, 1372 cod. civ.), e come *fatto rilevante dinnanzi ai terzi* (art. 1415 s. cod. civ.) – dell'art. 1414, comma 1, cod. civ., opinato come concernente la *opponibilità dell'accordo simulatorio*. Al proposito, una ricostruzione che, nel negozio simulato, distingue il momento dell'*autoregolamento* (rilevanza *inter partes-efficacia*) da quello della *fattispecie legale* (rilevanza nei *confronti dei terzi-validità*), si rinviene, naturalmente, in A. AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico. Premesse generali*, Jovene, 1957, *passim*, spec. 9 ss.; per una accurata panoramica degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia, di recente, cfr. R. LENZI, *Simulazione (Artt. 1414-1417)*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, Giuffrè, 2017, 3 ss.

[53] Ed in uno, s'intende, con l'assenza d'indici concorrenti *oggettivamente* in grado di annichilire l'apparenza, rivelando la realtà. Si potrebbe obiettare che la rilevanza di un tale profilo sia pertinente, piuttosto, all'elemento *soggettivo* della fattispecie *ex* art. 1415, comma 1, cod. civ.; e però, intesa come ignoranza (*individuale*) della *simulazione* (ed errore, *individuale*, circa la *titolarità*), la *buona fede* del terzo – la cui rilevanza, in punto di fattispecie normativa, già importa una divaricazione tra il trattamento giuridico del *negozio simulato*, da un canto, e quello dei (fatti di pubblicità, nonché) dei *titoli di legittimazione formale*, dall'altro – potrebbe ben essere slegata dalla *riconoscibilità sociale*, in ragione del ricorrere di elementi *obiettivi*, della situazione reale (dunque, dalla *scusabilità* dell'errore, intesa, si badi, come *scusabilità oggettiva*): cfr., in tal senso, A. FALZEA, *Apparenza*, cit., 846 s. Per contro, allorquando discorre di *errore* nell'ambito della simulazione, L. MENGONI, *Gli acquisti «*a non domino*»*, cit., 347, in coerenza con la concezione di cui *supra*, alla nota precedente, fa riferimento ad una protezione del terzo acquirente apprestata «*per il solo fatto che ha ignorato la simulazione del titolo del suo autore, indipendentemente dalla commisurazione dell'errore individuale in atto sul metro astratto di un possibile errore collettivo*».

[54] Insomma, le locuzioni *contratto apparente* (art. 1414, comma 2, cod. civ.) e *titolare apparente* (art. 1415, comma 1, e 1416, comma 1, cod. civ.), opportunamente valorizzando il dato *letterale*, non appaiono equivalere davvero, *sic et simpliciter*, a *contratto simulato* e *simulato acquirente*, sibbene, perlomeno, a *contratto simulato in quanto oggetto di ostensione*, e *simulato acquirente in forza di un titolo oggetto di ostensione*. Altrimenti da quanto prevede l'art. 1992 cod. civ. (v. anche gli artt. 2003, comma 2, 2008, 2021 cod. civ.), tale (forma di) *ostensione* del negozio simulato – si pensi, ad esempio, alla sua documentazione, seguita da una formalità pubblicitaria, ovvero alla esecuzione di un c.d. *obbligo formale* (tributario: art. 13, comma 1, l. 9.12.1998, n. 431), od ancora ad atti reali (*fittiziamente*) *esecutivi* (in grado, nel caso, finanche di manifestare la *volontà simulata per facta concludentia*), e via elencando; per la possibile comprensione, altresì, della dichiarazione (di volontà negoziale simulata) *orale*, e però se resa «*alla presenza di almeno un terzo*», v. G. FURGIUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, cit., 71 s. – dovrebbe considerarsi indeterminata *a priori* (quanto a modalità), e non *necessariamente* in confronto di un terzo *determinato*, contro cui s'invocasse, nel caso specifico, la simulazione (ciò su cui si appuntavano, del resto, le più vivaci critiche di S. PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, oggi in ID., *Scritti giuridici*, III, cit., 678 ss., alla teoria messiniana della c.d. *consumazione*); allo stesso modo in cui, per la *salvezza* del terzo avente causa dal simulato acquirente *ex* art. 1415, comma 1, cod. civ., appare necessario che a quello, in qualche modo, fosse stato *reso effettivamente conoscibile* (e, quindi, fosse conosciuto), se non altro, il fatto-negozio simulato, presupposto della titolarità *apparente*. Di *esteriorizzazione* del negozio simulato, in contrapposto ad una *mancata esteriorizzazione ai terzi* (non coincidente, si badi, con una *mancata manifestazione di volontà*, in quanto non determinante il *mancato perfezionamento*) di quello dissimulato, discorre, fra gli altri, A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, IV ed., Giappichelli, 2014, 294 ss.; e, per il rilievo che la *salvezza* del terzo, *praticamente*, transiti per «*comportamenti materialmente conformi all'esecuzione del contratto*» – quali, ad esempio, la consegna della cosa (la cui proprietà fosse) simulatamente alienata, la movimentazione di danaro e via elencando –, «*onde rafforzare l'apparato scenico agli occhi dei terzi e sottrarre loro elementi presuntivi di prova della simulazione, che sarebbe* ictu oculi *percepibile laddove nessun comportamento esecutivo sia seguito alla dichiarazione negoziale*», v., inoltre, F. ANELLI, *Simulazione e interposizioni*, cit., 572. Che, una volta ammessa la validità della ricostruzione, ciò possa corrispondere ad una situazione di apparenza *in senso proprio*, sembra concesso, indirettamente (ma *a fortiori*), anche da L. MENGONI, *Gli acquisti «*a non domino*»*, cit., 242, nt. 141, nella misura in cui afferma che il § 405 *BGB* (il quale impedisce al debitore che abbia «*eine Urkunde über die Schuld ausgestellt*», *allorquando il documento fosse stato esibito al cessionario* in occasione della cessione, d'invocare la circostanza che «*die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt*», sempreché il cessionario non ne fosse a conoscenza) e l'art. 18, comma 2, *Codice svizzero delle obbligazioni* (giusta il quale, il «*debitore non può opporre la eccezione di simulazione al terzo che ha acquistato il credito sulla fede di un riconoscimento scritto*») costituiscono – nonostante, per vero, la predeterminazione legale del fatto significante – ipotesi di «*apparenza di diritto in senso stretto*».



colposa [55], così, (almeno) *colposa* – in ciò che contempla, se non altro, un *consenso* del soggetto all'apposizione del suo segno distintivo su un prodotto; e, comunemente, all'apposizione, con determinate modalità, *nella consapevolezza del contesto circostanziale* – dovrebbe giudicarsi l'apparenza *produttiva* di chi, *come produttore*, *si presentasse* [56].

La esigenza normativa dell'apposizione del segno, per aversi apparenza *produttiva*, sembra giustificarsi, del resto, sulla base di due rilievi. In una prospettiva *sostanziale*, poiché si tratta, pur sempre, del fatto *principale* – secondo un criterio di *esperienza*, o di *verosimiglianza*; ancorché, si ripete, non *decisivo di per sé* – astrattamente in grado di fondare, a tutta prima, una situazione di apparenza; e, di contro, la cui assenza – qualunque fosse il contingente complesso di circostanze concomitanti – renderebbe meno agevole rintracciare, nonché provare, gli estremi di una tale situazione. In una prospettiva *formale*, poi, dacché la superiore osservazione appare asseverata – di là della *interna* legislazione industriale (arg. *ex* art. 2572 cod. civ.; artt. 7 ss. c.p.i.), soprattutto – dalla legislazione (di matrice) *europea* regolante il *complessivo* contegno del produttore di beni di consumo: cui, per comodità espositiva, può rinviarsi prendendo a paradigma la disciplina di recepimento italiana, contenuta nel cod. cons. (arg. spec. *ex* artt. 2, comma 2, lett. *c*, 6, comma 1, lett. *b*, 7, 11, 104, comma 4, lett. *a*, cod. cons.). In sintesi, giusta la normativa in questione, ogni prodotto destinato ai consumatori – ovvero, la sua confezione – *dovrebbe* recare l'apposizione di un segno distintivo del produttore (s'intende: dell'*effettivo* produttore) o, in genere, la indicazione dei di lui dati identificativi; risultando, simmetricamente, vietata la commercializzazione di un prodotto sprovvisto delle predette informazioni, pena la irrogazione di sanzioni (amministrative e, nel caso, penali). Riesce, pertanto, concepibile la costruzione di un affidamento *prima facie* degli *utilizzatori* di un prodotto destinato ai consumatori (*rectius*, di un *errore collettivo possibile prima facie*), *qualificato dal dover essere normativo*, sulla qualità di produttore del soggetto il cui segno distintivo vi figurasse apposto, *giusto in ragione dell'apposizione del segno*.

Provando a rendere più concreto ed analitico il quadro, la relazione tra apposizione del segno distintivo su un prodotto e apparenza *produttiva* (*ex* art. 3, comma 1, ult. parte, Dir. n 85/374/CEE), per come restituita dalla prassi, si presta ad essere sistemata in tre classi di ipotesi.

Una prima classe, compendiante ipotesi paradigmatiche di *riconoscibilità della situazione reale*, cioè a dire fattispecie in relazione alle quali, nonostante l'apposizione del segno distintivo su un prodotto, il soggetto cui il segno si riferisce non può punto giudicarsi *apparire come produttore*. Si tratta, anzitutto, delle ipotesi in relazione alle quali, accanto all'apposizione del segno distintivo di un soggetto, sul prodotto figura la

[55] Per il rilievo che uno «*scopo fraudolento*» non connota, per forza, la simulazione, sì come non la connota uno *scopo fraudolento* con una «*direzione subiettiva determinata*», né la sua «*attuazione*», v., sulle orme di Ferrara, S. PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, cit., 678; di «*intento doloso*» non implicato, necessariamente, dalla simulazione, discorre, in dettaglio, L. MENGONI, *Gli acquisti «*a non domino*»*, cit., 349. Poiché, d'altronde, la simulazione presuppone, quantomeno, una (duplice) volontà del simulato alienante (di *perfezionare* l'intesa simulatoria ed il negozio simulato); poiché, altresì, un'apparenza *di titolarità* basata (anche) sul negozio simulato presuppone, perlomeno, un ulteriore contegno del simulato alienante (che, consapevole di avere costituito un titolo d'acquisto simulato, resti *inerte*, *non rivelando l'intesa simulatoria*), trattasi, a tutto concedere, di apparenza *colposa*, e non già c.d. *pura*: v. spec. A. FALZEA, *Apparenza*, cit., 848.

[56] Una trattazione a parte converrebbe dedicare, peraltro, alla questione dell'apposizione del segno *contro la volontà* (od *a prescindere dalla volontà*) del soggetto, cui il segno si riferisce: in particolare, alle ipotesi della c.d. *manomissione* e della c.d. *utilizzazione atipica*. Secondo la lettura di P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 713 s., in questi casi il produttore *apparente* non risponderebbe, se non qualora avesse *acconsentito* all'apposizione (segnatamente, in caso di *utilizzazione atipica*); e però, a seguire rigorosamente la traccia dell'apparenza giuridica, allorquando fosse, comunque, riscontrabile una *colpa* del produttore *apparente*, l'apparenza *produttiva* dovrebbe risultare insensibile alla circostanza che il segno sia stato materialmente apposto da quest'ultimo o da un terzo. Il riferimento al *consenso* del produttore *apparente*, pertanto, dovrebbe essere inteso *in senso ampio*, sì da comprendere (anche) ipotesi d'inerzia del titolare del segno, pure a fronte della conoscenza dell'apposizione da parte di altri.



espressa (*i.e. sub specie* di fatto di linguaggio) assegnazione della qualità di produttore ad un soggetto *diverso*, (eventualmente) accompagnata dall'apposizione del segno distintivo, ulteriore, di tale ultimo soggetto. Assimilabili a queste sono, per vero, le ipotesi in cui, all'apposizione del segno distintivo di un soggetto sul prodotto, si abbinano circostanze concomitanti che, seppure non integrate dalla *espressa* indicazione che *altri* è produttore, consentono *obiettivamente* di *escludere* che lo sia il titolare del segno. È, fra l'altro, il caso dell'attribuzione, *espressa*, della qualità di (mero) *distributore* (o *importatore*) del soggetto cui il segno si riferisce: la quale pone, semmai, un problema d'identificazione del produttore *effettivo*, dipanabile con l'applicazione della disciplina dedicata al *fornitore* [57] (oppure, quantomeno se il prodotto proviene da un Paese *extra*-UE, con la imputazione della responsabilità al soggetto – non già in quanto produttore *apparente*, sibbene – *in quanto importatore*). Sembra, altresì, il caso del prodotto recante più segni distintivi, riconducibili a soggetti diversi, allorquando: per un verso, un segno appaia soltanto, mentre l'altro si combini con *univoche* indicazioni aggiuntive capaci di surrogare, secondo un canone di *apprezzabilità sociale*, la mancata *esplicitazione* della qualità di produttore (quale, tipicamente, la locuzione, posta in prossimità della marcatura *CE*, «*prodotto/fabbricato in*», associata ad un indirizzo corrispondente alla sede di uno stabilimento produttivo del titolare del secondo segno, od alla sede legale di quest'ultimo) [58]; per altro verso, il soggetto, cui si riferisce il primo segno, non operi, notoriamente, nel settore della produzione, od operi in un settore merceologico affatto *diverso* da quello cui il prodotto afferisce (esemplificando, il produttore di macchine da caffè, il cui segno distintivo fosse apposto su una bicicletta) [59], mentre il soggetto cui si riferisce il secondo segno operi (proprio) nel settore merceologico cui il prodotto afferisce (o, tutt'al più, in un settore affine) [60].

Una seconda classe di ipotesi compendia fattispecie paradigmatiche di *apparenza* produttiva, non coincidenti con una designazione *espressa* del soggetto, cui il segno apposto sul prodotto si riferisce, quale produttore. Devono allogarsi in questa categoria, in linea di massima, le ipotesi in cui sul prodotto risulta apposto soltanto un segno distintivo, senza ulteriori indicazioni, riconducibile ad un soggetto notoriamente operante nel settore della produzione: allorché, in ispecie, il settore merceologico di riferimento corrisponda (proprio) a quello cui il prodotto afferisce (o, tutt'al più, il titolare operi in un settore affine). Allo stesso modo, dovrebbero opinarsi fondare una situazione di apparenza le ipotesi *diametralmente opposte* a quelle riferite con riguardo alle fattispecie, rappresentate da ultimo, di riconoscibilità della situazione reale: ipotesi, quindi, in cui deve decidersi circa la apparenza *produttiva* del secondo soggetto, il cui segno è apposto sul prodotto, e non già del primo.

Una terza classe di ipotesi compendia, infine, fattispecie in cui l'apposizione del segno distintivo si abbina a circostanze concomitanti *le quali* non consentono d'inferire, in modo inequivocabile, la qualità di produttore del soggetto cui il segno si riferisce; ma nemmeno parteggiano per la illazione contraria. Così è a dirsi, ad esempio, per le ipotesi in cui sul prodotto risulta apposto solo un segno distintivo, in assenza di ulteriori indicazioni, riconducibile ad un soggetto non notorio, ovvero notoriamente non operante nell'ambito della produzione, od operante in un settore merceologico *diverso* da quello cui il prodotto afferisce. Così è a dirsi, ancora, per le ipotesi in cui sul prodotto vengono apposti più segni distintivi, senza ulteriori indicazioni, riconducibili a soggetti non notori, oppure egualmente non operanti nell'ambito della produzione, ovvero ope-

[57] Un cenno, in questa direzione, si rinviene in A. ATTI, *I soggetti equiparati al fabbricante*, cit., 73; U. CARNEVALI, in AA.VV., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, cit., 20 s.; ID., in ID. (a cura di), *Dei fatti illeciti*, cit., 596 ss.

[58] Una fattispecie analoga, si rammenta, risulta essere quella vagliata dalla CGUE nella sentenza in commento.

[59] Rientrano, all'evidenza, in questa casistica le ipotesi del titolare del segno-*merchandisor* o – *sponsor*.

[60] Esemplificando, anche qui, il produttore di macchine da caffè, il cui segno distintivo fosse apposto su un astuccio di cialde per macchine da caffè.



ranti in settori merceologici identici od affini, tanto più laddove l'uno non appaia *ictu oculi preminente* – per numero delle apposizioni, dimensione, posizione – rispetto all'altro.

La casistica veramente *problematica* è rappresentata, beninteso, dalle ipotesi di cui alla terza classe. Per inquadrarle nell'area della riconoscibilità della situazione reale o dell'apparenza *produttiva* non pare, d'altronde, opportuno procedere nella direzione che, sovente, è stata additata dalla dottrina europea: cioè a dire, facendo assurgere a criterio di discrimine l'assenza, o l'esserci, di un *rapporto negoziale* fra produttore *effettivo* e persona che appone il proprio segno sul prodotto [61]. In particolare, affermare, su questa scia, che, qualora il soggetto cui il segno si riferisce avesse *commissionato* ad altri la fabbricazione del prodotto, in quanto *committente* egli dovrebbe rispondere, dacché (di regola) «*pretenderà di poter incidere sull'attività produttiva*», sulla «*stessa concezione del prodotto*», sulle sue «*caratteristiche di forma e di qualità*», «*guidando in via esclusiva la politica di* marketing» [62], significa confondere due fattispecie (e fondamenti d'imputazione) della responsabilità del produttore irriducibili ad unità: la responsabilità del produttore *apparente* e la responsabilità del produttore *effettivo*. Il soggetto che s'ingerisce nel processo produttivo, incidendo sulla *progettazione* («*concezione*») del prodotto, sull'*uso prevedibile* («*forma e qualità*»), sulla *presentazione* («*politica di* marketing») e, altresì (in quanto *committente*), sulla «*messa in circolazione*», non deve rispondere *in quanto, pur non essendolo, appare produttore*: apparenza che, *per incidens*, non riuscirebbe nemmeno suscettibile di derivarsi da (*reali*) rapporti *interni* alle sfere di soggetti estranei al danneggiato. Al pari del produttore *finale-mero assemblatore*, egli deve rispondere, invece, *in quanto effettivamente produttore* (arg. spec. *ex* artt. 3, 6 e 7, lett. *f*, Dir. n. 85/374/CEE) [63]. La stessa conclusione non può non estendersi alle ipotesi di licenza di marchio e *know-how* (*i.e.* del licenziatario che produce, apponendo sul prodotto il segno distintivo del licenziante), o del *franchising* industriale: se è vero che l'attività di produzione di licenziatari e *franchisee* è, non di rado, «*meramente materiale, applicativa di una "formula" predeterminata dal licenziante*» [64] o *franchisor*, (anche) questi ultimi sono qualificabili, tenendo in conto il momento della *progettazione*, come produttori *effettivi* [65].

---

[61] V., fra gli altri, O. TROIANO, *Art. 3. Produttore – d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, cit., 524 ss.; A. ATTI, *I soggetti equiparati al fabbricante*, cit., 73 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 712 ss.; H. SPRAU, *Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)*, cit., 2978; un cenno alla possibile rilevanza della «*close economic relationship between the actual producer and his wholesaler, who acts as the producer of the product*», pur nell'ambito di una trattazione che, nel complesso, risulta altrimenti intonata, si rinviene anche in D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, P. MØGELVANG-HANSEN, G. STRAETMANS, D. VERHOEVEN, P. MACHNIKOWSKI, A. JANSSEN, R. SCHULZE, *Product Liability Directive*, cit., 64.

[62] I virgolettati sono attinti da O. TROIANO, *Art. 3. Produttore – d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, cit., 524 ss.

[63] Può risultare utile segnalare che, in Austria, l'*assemblatore* risponde bensì, mentre s'intendono rimanere *estranei* alla nozione di *produttore* (dunque, all'area della imputazione soggettiva della responsabilità), dacché collocantisi «*outside the scope of said definition*», i soggetti che «*merely provide make-ready service (ie finishing of an otherwise already complete product)*»: cfr. B. KOCH, *Product liability in Austria*, in P. MACHNIKOWSKI (a cura di), *European product liability*, cit., 118 ss., il quale osserva come, sebbene il distinguo tra *assemblaggio* e (mera) opera di *make-ready service* non sia, in concreto, sempre agevole da stabilire, la giurisprudenza tenda a focalizzarsi, per discriminare, su «*the expertise of the provider, the expectations of their costumers, and public perception of the product(s)*». Così, secondo *OGH* 23.11.2006, 8 Ob 136/06t, EvBl 2007/53, il *mettere assieme* singole parti componenti di un prodotto *finale* potrebbe importare la costituzione di un *nuovo prodotto*: sicché, quanti procedesse a tale opera, risponderebbe per il danno cagionato dal *nuovo prodotto*; e però, se l'opera suddetta non richiedesse davvero, per la esecuzione, una particolare *expertise*, potendo essere posta in essere da *chiunque*, la responsabilità sarebbe, di converso, esclusa.

[64] Così, ancora, O. TROIANO, *Art. 3. Produttore – d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, cit., 528, ove si legge, ulteriormente, che almeno il «*difetto di progettazione e quello derivante dalla mancata comunicazione all'utilizzatore delle informazioni necessarie per un impiego del prodotto in condizioni di sicurezza*» rientrano, invero, nella «*sfera di controllo del licenziante piuttosto che in quella del licenziatario*».

[65] Ciò sembra in grado di giustificare, obiettivamente, perché, in Germania, «*Der Lizenzgeber ist nicht Quasihersteller*»: v. H. SPRAU, *Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)*, cit., 2978.



Insomma, il criterio dell'*effettivo* controllo del processo produttivo, o di suoi profili, rileva ai fini dell'individuazione del soggetto-produttore *effettivo*; mentre non può che restare del tutto privo di rilevanza ai fini della costituzione di una situazione di apparenza *produttiva*.

La (tendenziale) collocazione delle ipotesi *dubbie* nell'area dell'apparenza, in luogo della riconoscibilità della situazione reale, deve transitare, piuttosto, per una contemplazione *teleologico-assiologica* e *sistematica* dell'art. 3, comma 1, ult. parte, Dir. n. 85/374/CEE.

Dinnanzi ad una ipotesi *dubbia*, infatti, è confacente prediligere la soluzione più favorevole al danneggiato, allentando nella misura massima consentita (*i.e.* per quanto compatibile, appunto, col residuare di un margine di *errore collettivo possibile*) il rigore dell'interprete nella valutazione circa il ricorrere o no di una situazione di apparenza, sol che si convenga sulla validità di tre assunti. In primo luogo, che la medesima previsione normativa – nel senso della rilevanza dell'apparenza *produttiva*, oltreché della produzione *effettiva* – è strumentale ad *allievare* l'onere di accertamento preventivo della realtà dell'*utilizzatore*-danneggiato, a fronte di una non immediata identificabilità del produttore *effettivo*, e garantire una (modalità di) realizzazione più *agevole* (anche: più snella, più celere) del suo interesse risarcitorio. In secondo luogo, che al soggetto il quale appone il proprio segno distintivo su un prodotto, adottando un criterio di *normalità*, è possibile inibire, in ogni caso, l'apparenza, mediante opportuni accorgimenti: sicché, se questi ultimi difettano, il produttore *apparente* finisce per non assolvere il proprio onere di conservazione, *aggravato* di riflesso dall'alleggerimento dell'onere di accertamento dell'*utilizzatore*; egli, in definitiva, *imputet sibi*, secondo i canoni dell'*autoresponsabilità* e, più in dettaglio, dell'apparenza *colposa*[66]. In terzo luogo, conviene richiamare, a suffragio, la caratterizzazione normativa della presenza del segno distintivo come elemento *costante* della fattispecie di apparenza *produttiva*, sì come la sua giustificazione *materiale* e nel prisma del *sistema*: potendosi configurare, secondo quanto più sopra accennato, un'apparenza *prima facie*, *qualificata normativamente,* della qualità di produttore, di quanti abbia soltanto apposto il proprio segno su un prodotto.

In quest'ultima prospettiva, ragioni di rinforzo sembrano arguibili dalla circostanza che l'art. 3 Dir. n. 85/374/CEE, al fine del perfezionamento della fattispecie effettuale (s'intende, della costituzione dell'obbligazione risarcitoria in testa al produttore *apparente*), non richiede puntualmente, *in positivo*, la (prova della) buona fede (in senso soggettivo) del danneggiato; né tantomeno la Direttiva configura espressamente, a carico del danneggiato, un rigoroso onere della prova *dell'apparenza*. Ne discende che la prova dell'apposizione del segno sul prodotto potrebbe finanche concepirsi quale fondamento di una presunzione *semplice*[67] di (situazione di) apparenza; ovvero – a discriminarla concettualmente dalla (vera e propria) pre-

[66] Sul concetto di *autoresponsabilità*, cfr. almeno la voce, classica, di S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, oggi in ID., *Scritti giuridici*, IV, cit., 193 ss. Con riguardo ad ipotesi in cui il criterio di *autoresponsabilità* risultasse slegato da una «*imputabilità soggettiva*» (dall'illustre Autore riferita, per vero, al *dolo*; v., d'altra parte, quanto egli afferma a 246), L. MENGONI, *Gli acquisti «*a non domino*»*, cit., 349, suggerisce, comunque, di ravvisarne il fondamento nel «*principio oggettivo dell'agire a proprio rischio*».

[67] Potrebbe trattarsi, al più, di presunzione *semplice*, dacché non esiste una disposizione di *legge* che la stabilisca, veicolando una corrispondente *regola di giudizio*: il diritto positivo, infatti, non già vincola il giudice – in seno alla disciplina della responsabilità del produttore – a considerare provato il fatto ignoto (qualità di produttore) sulla base del fatto noto (apposizione del segno distintivo su un prodotto); piuttosto, si limita a *legittimare* una considerazione dell'apposizione del segno su un prodotto – ricorrendo, a margine, circostanze concomitanti non idonee a disvelare *senz'altro* la situazione reale – come apposizione, secondo un canone sostanziale di *probabilità prevalente*, *da parte del produttore*. Per la (astratta) *sufficienza* di una *singola* inferenza, fondata su un *singolo* fatto noto, al fine della costituzione del «*fondamento probatorio dell'accertamento del fatto ignorato*», nonché di più inferenze *convergenti*, quand'anche nessuna fosse in grado, *da sola*, di «*fondare adeguatamente la conclusione sul fatto ignorato*», v., comunque, M. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Giuffrè, 2012, 1111 s.



sunzione [68] – quale, plausibile, c.d. *prova prima facie* dell'apparenza *produttiva* [69]: per conseguenza, toccherebbe al titolare del segno-convenuto, il quale volesse scuotere il convincimento del giudice, fornire elementi di prova funzionali a persuaderlo circa la riconoscibilità della situazione reale (arg. anche *ex* artt. 4 e 7, spec. lett. *a*, *c*, *f*, Dir. n. 85/374/CEE).

5. – In conclusione, resta da affrontare un ultimo aspetto della disciplina della responsabilità del produttore *apparente*, una volta condotta, secondo quanto si è cercato di argomentare, nell'alveo dell'apparenza *in senso proprio*.

In conformità di tale impostazione, se il titolare del segno distintivo apposto sul prodotto non risultasse *essersi presentato come produttore*, facendo difetto una situazione di apparenza, la sua responsabilità sarebbe esclusa. Laddove, invece, fosse integrata una situazione di apparenza *produttiva*, occorrerebbe interrogarsi, ancora, circa il ruolo della buona fede (in senso soggettivo) del danneggiato. *In limine* esclusa, difatti, una rilevanza della *buona fede* quale elemento *costitutivo* della fattispecie effettuale – non davvero reclamata, in termini generali, dalla teoretica dell'apparenza *in senso proprio*; non richiesta, ad ogni modo, dall'art. 3, comma 1, Dir. n. 85/374/CEE –, ci si deve interrogare, quantomeno, se essa importi *in negativo*: ossia, se la *mala fede* (*i.e.* la conoscenza, da parte del danneggiato, della circostanza che il soggetto, cui il segno apposto si riferisce, non sia *effettivamente* produttore, nonostante la situazione obiettiva di apparenza) possa fungere da elemento *impeditivo* dell'effetto-costituzione dell'obbligazione risarcitoria. Elemento impeditivo della cui prova, beninteso, sarebbe onerato il produttore *apparente*.

Al proposito, sembra possibile immaginare varie declinazioni (anche: mutevoli intensità) dello stato gnoseologico dell'*utilizzatore*-danneggiato, con ovvi risvolti sul piano (della facilità o complessità del raggiungimento, da parte del produttore *apparente*, del relativo, ipotetico, *standard*) probatorio. In talune, comunque, la mala fede appare sicura; e, pertanto, la prova della mala fede, da fornire (per presunzioni, ma) rigorosamente, non troppo disagevole da attingere [70]: così, in particolare, nella ipotesi del danneggiato appalesantesi come consapevole che il soggetto cui il segno si riferisce non è produttore, *in quanto* munito della consa-

[68] Di recente, cfr. M. DE MARIA, *Delle presunzioni. Artt. 2727-2729*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, Giuffrè, 2014, 121 ss., laddove segnala – raccogliendo uno spunto di Taruffo – la differenza tra criterio di *probabilità*: che, «*in quanto attiene alla materia della prova del fatto specifico, entra in gioco nel giudizio basato sulle presunzioni semplici*»; e criterio di *verosimiglianza*: la quale «*è condizione presupposta dalla fattispecie tipica dedotta in causa che non abbisogna di dimostrazione in quanto assista da una "apparenza" che garantisce intorno alla sua veridicità. Verosimile è il fatto allegato nella misura in cui esso risulta prevedibile come situazione ricorrente secondo un criterio di normalità*» (non già, invece, sulla base di *indizi gravi precisi e concordanti*, *ex* art. 2729, comma 1, cod. civ.).

[69] Sulla figura, cfr. spec. S. PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni (Art. 2721-2729)*, in *Comm. cod. civ.* SCIALOJA, BRANCA, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 2001, 92 s., ove si legge che essa, presso la giurisprudenza italiana, è stata evocata «*in ipotesi in cui la domanda di risarcimento sarebbe stata respinta per la difficoltà di provare circostanze che, seppure evidenti, sfuggono ad ogni controllo probatorio; con la conseguenza che il convincimento del giudice non si basa su mezzi istruttori o almeno sugli indizi del caso concreto che dovrebbero giustificare la presunzione, ma su una spiegazione della fattispecie alla luce delle regole di esperienza*». In Germania, del resto, per giungere al medesimo esito potrebbe farsi ricorso alla figura, (in certa misura) omologa, dell'*Anscheinsbeweis*, la quale esonera la parte, altrimenti gravata, dall'onere di fornire una prova *piena*: v. sempre, in punto, S. PATTI, *op. cit.*, 93 s.

[70] In talaltre, può riuscire più plausibile dedurre una ragionevole, e però malcerta, convinzione del danneggiato: cioè a dire che il danneggiato, nonostante la *obiettiva* situazione di apparenza, sulla base di indici di riconoscibilità (per dir così) *soggettivamente specifici* potrebbe giudicarsi indotto bensì alla rappresentazione della circostanza che il titolare del segno apposto sul prodotto non sia produttore; purtuttavia, la mancata (*dimostrabilità* della) conoscenza della identità del produttore *effettivo* potrebbe fare residuare – nel (soggettivo) foro interno del danneggiato e, soprattutto, sul piano (oggettivo) probatorio – più o meno larghi margini di dubbio.



pevolezza – per avventura, dimostrabile – della identità del produttore *effettivo*. In questo caso, si vuol significare, pur essendogli nota l'identità del produttore *effettivo*, il danneggiato agirebbe contro quanti, *per ciò stesso*, saprebbe non essere produttore.

Ora, ad immaginare una rilevanza della mala fede come elemento impeditivo, qualora essa fosse, alfine, provata dal produttore *apparente*, quest'ultimo, a rigore, dovrebbe andrebbe esente da responsabilità; il giudizio promosso dal danneggiato s'interromperebbe e, semmai, costui potrebbe iniziarne uno *ex novo*, agendo contro il produttore *effettivo*. Un tanto sarebbe coerente, del resto, con la (generale) connotazione assiologica dell'apparenza giuridica: la quale non dovrebbe volgere a vantaggio di quanti, sulla situazione di apparenza, non avesse *veramente* confidato [71]. Nelle ipotesi in cui, per contro, la mala fede non fosse dimostrata – e, quindi, fosse conseguente reputare, del danneggiato, la convinzione circa la qualità di produttore del titolare del segno distintivo, nonché la ignoranza circa la identità del produttore *effettivo* –, il produttore *apparente* dovrebbe rispondere.

Purtuttavia, sembra possibile prospettare, di tale responsabilità, una conformazione non già (come) *diretta* e *principale*, bensì (come) *mediata* e *sussidiaria*: a fronte di un'applicazione, analogica [72], della regola dedicata alla responsabilità del *fornitore* (art. 3, comma 3, Dir. n. 85/374/CEE). In questo modo, al produttore *apparente* potrebbe (più) opportunamente accollarsi, in luogo del rischio del *difetto* di un prodotto che non ha fabbricato, il rischio della mancata conoscenza (dunque, della mancata indicazione entro un termine ragionevole) della identità del fabbricante *effettivo* del prodotto sul quale ha apposto il proprio segno distintivo [73].

Nei confronti di quest'ultima prospettazione, per vero, gli interpreti del diritto *interno* tendono ad opporre uno sbrigativo rifiuto. La obiezione solitamente avanzata, contro la estensione del modulo del *fornitore* alla responsabilità del produttore *apparente*, sta in ciò, che la prima è regolata in una sede topografica *diversa* rispetto a quella pertinente al *fornitore*, e *comune* a quella del *fabbricante*: il quale ultimo, va da sé, non può liberarsi alla medesima stregua del primo [74]. Tale obiezione, purtuttavia, è formalistica, perché oblitera che la caratterizzazione *sostanziale essenziale* della figura del produttore *apparente* si presenta assai più prossima a quella del fornitore, piuttosto che a quella del produttore *effettivo*. Altrimenti dal produttore *effettivo*, infatti, fornitore e produttore *apparente* non partecipano, *in quanto tali*, al processo produttivo; il rapporto di ambedue col prodotto si apprezza, semmai, sul piano della *commercializzazione*. Quanto al fornitore, dacché questi distribuisce il prodotto, fabbricato da altri, presso i consumatori; quanto al produttore *apparente*, perché esso, apponendo il proprio segno sul prodotto fabbricato da altri, pure manifesta col medesimo – specialmente, va da sé, allorché il ricorrere di circostanze concomitanti induca a ritenerne la qualità di produttore – un *legame* che può (contribuire a) orientare le scelte di consumo e (più in generale, di) *utilizzo*. Vi è, allora, una

---

[71] Cfr., per tutti, A. FALZEA, *Apparenza*, cit., 847.

[72] O, beninteso, finanche in via diretta, allorquando il produttore *apparente* risultasse, in effetti, pure un *distributore* del prodotto.

[73] Conviene, per scrupolo, rammentare che, al fine di andare esente da responsabilità, il *fornitore* dovrebbe apprestare al danneggiato indicazioni funzionali ad identificare *effettivamente*, ed *entro un termine ragionevole* (art. 3, comma 3, Dir. n. 85/374/CEE; nel diritto italiano, il termine è di *tre mesi* dalla richiesta del danneggiato: art. 116, comma 1, cod. cons.) il fabbricante del prodotto, non potendo limitarsi a negare di essere produttore: v., per tutti, A. VENCHIARUTTI, Product liability *e armonizzazione del diritto comunitario: le indicazioni della Corte di giustizia e le soluzioni della* Supreme Court of United Kingdom, cit., 2014, nt. 11.

[74] Segue questa traccia argomentativa, all'evidenza, O. TROIANO, *Art. 3. Produttore – d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, cit., 524, secondo cui «*la sottoposizione del c.d. produttore apparente al regime di responsabilità del produttore impedisce la possibilità di indicare il fabbricante al fine di ottenere l'esonero da responsabilità secondo la disciplina contenuta nell'art. 4*»; analogamente, v. A. ATTI, *I soggetti equiparati al fabbricante*, cit., 71; U. CARNEVALI, in AA.VV., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, cit., 17 s.



identità di *ratio* fra la conseguenza giuridica predisposta (in relazione alla figura del fornitore), e quella da predisporre (in relazione alla figura del produttore *apparente*) [75]: la quale non può non considerarsi prevalente – e rilevante, laddove si reputasse necessario transitarvi per sdoganare la prospettata analogia, quale fondamento di una *riduzione teleologica* dell'art. 3, comma 1, Dir. n. 85/374/CEE – sul puro e semplice riscontro del testo normativo.

Tutt'al più, la non-estensibilità, al produttore *apparente*, della regola prevista per la responsabilità del fornitore, potrebbe argomentarsi, a tutta prima, dalla (consueta) regolamentazione dell'apparenza giuridica in fattispecie diverse dall'apparenza *produttiva*. Gli è, cioè a dire, che se un effetto giuridico si radica in una situazione di apparenza, il diritto positivo non concede, a quanti abbia un interesse contrario, d'inibirlo (meglio, di cancellarlo) mediante la prova – non già, si presti attenzione, *della riconoscibilità* della situazione reale, bensì – *della situazione reale*. Valga, per tutti, un esempio: l'erede *vero* non è ammesso a precludere (*rectius*, obliterare) l'acquisto del terzo avente causa dall'erede *apparente* (art. 534, comma 2, cod. civ.) provando l'altrui apparenza della qualità di erede, e provocando l'accertamento della propria (qualità di erede *vero*).

E però, due obiezioni correlate sembrano sufficienti a disinnescare tale argomento. Da un lato, poiché, in una prospettiva *dogmatica*, il fatto *apparente* non rappresenta, *in nessun caso*, un fatto giuridico *equivalente* a quello (omologo) della fattispecie c.d. *regolare* – *in nessun caso* producendo la fattispecie di apparenza giuridica, s'intende, effetti *del tutto* coincidenti con quelli radicati in quest'ultima –, ciò che conta, in ultima analisi, è che venga assicurata l'*adeguatezza* degli effetti giuridici prodotti dall'apparenza *all'interesse*, cui essa è asservita [76]. D'altro lato, in una prospettiva *teleologica*, il suddetto modulo di regolamentazione pare dipendere dalla connotazione delle *principali* disposizioni, attributive di rilevanza giuridica ad una situazione di apparenza, contemplate dai diritti *nazionali* europeo-continentali: laddove la tutela dell'interesse di chi trae vantaggio dall'apparenza non può realizzarsi, se non mediante la produzione (e conservazione) di quegli effetti. Se fosse possibile annichilire le conseguenze ricollegate da una disposizione alla situazione apparente, dando la prova della situazione reale, semplicemente il soggetto, alla cui protezione la rilevanza giuridica dell'apparenza mira, non verrebbe giammai tutelato.

---

[75] Come già riferito *supra*, nt. 50, in accordo a D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, P. MØGELVANG-HANSEN, G. STRAETMANS, D. VERHOEVEN, P. MACHNIKOWSKI, A. JANSSEN, R. SCHULZE, *Product Liability Directive*, cit., 64, la «*ratio legis*» dell'art. 3, comma 1, ult. parte, Dir. n. 85/374/CEE, consisterebbe, opportunamente, nell'offrire protezione ai danneggiati «*if they experience difficulties in discovering the identity of the actual producer and ensuring that the person who presents himself as a producer effectively bears the consequences of his conduct*»; per le ragioni esposte *supra*, § 2, inaccettabile, nonché fondata su una *petizione di principio*, appare, invece, la posizione di U. CARNEVALI, *"Produttore" e responsabilità per danno da prodotto difettoso nel codice del consumo*, cit., 79, laddove fonda la responsabilità del produttore *apparente*, *e* sopra l'assunto di un *affidamento* del *consumatore* – si rammenta: non sempre coincidente, comunque, col danneggiato-legittimato attivo; e di un affidamento *prescindente*, dovrebbe ritenersi, dall'esserci di una vera e propria apparenza *produttiva* – su «*qualità*» e «*sicurezza*» del prodotto in virtù del segno distintivo che vi è apposto, *e* sulla (pretesa) *maggiore capienza* del patrimonio del titolare (rispetto a quello del produttore *effettivo*). Orbene, se la disciplina della responsabilità del *fornitore*, giusta quanto osserva C. COSSU, *La responsabilità del fornitore*, in G. ALPA, M. BIN, P. CENDON (a cura di), *La responsabilità del produttore*, cit., 82 s., «*trova ragione nel principio della tutela dell'affidamento del consumatore e dell'apparente paternità del prodotto, che in altra parte della disciplina ha motivato anche l'affermazione della responsabilità dell'importatore*», di talché il danneggiato resta liberato da «*non sempre facili indagini sull'identità del produttore*», non è chi non veda che essa risulta *identica* a quella informante, secondo la superiore (condivisibile) prospettazione, la responsabilità del produttore *apparente*. Pertanto, ingiustificata sarebbe una differenziazione del relativo statuto disciplinare.

[76] Come ricorda A. FALZEA, *Apparenza*, cit., 850 s., «*il recupero della fattispecie* (…) *viene in funzione dell'interesse del terzo, e perciò sono garantiti gli effetti giuridici, e solo gli effetti giuridici, legati a questo interesse*». Più in generale, sul principio di *convenienza dell'effetto al fatto*, cfr. ID., *Efficacia giuridica*, oggi in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, cit., 63 s.



Nel caso dell'apparenza *produttiva*, di converso, l'esonero da responsabilità del produttore *apparente*, a fronte del disvelamento della identità del produttore *effettivo*, non importerebbe il venir meno della tutela (risarcitoria) del danneggiato: al quale dovrebbe restare indifferente rivolgere la propria domanda in confronto del produttore *effettivo*, in luogo di quello *apparente*. Ciò è tanto più vero, in quanto tale mutamento soggettivo non necessiterebbe neppure di transitare, dal lato *processuale*, per una nuova iniziativa: potendo il giudizio già instaurato proseguire in confronto del produttore *effettivo* chiamato in causa (nel diritto italiano, *ex* art. 106 cod. proc. civ.), con estromissione del produttore *apparente* già convenuto. La ipotesi di soluzione poc'anzi prefigurata opererebbe, a ben riflettere, una composizione equilibrata e ragionevole di tutti gli interessi in gioco: conservando, pur sempre, al danneggiato un credito risarcitorio; facendo rispondere, *preferibilmente*, il produttore *effettivo*, con risvolti positivi sul piano della *prevenzione*; facendo rispondere, ma solo in via *sussidiaria*, il produttore *apparente*. Ecco perché il meccanismo disegnato dall'art. 3, comma 3, Dir. n. 85/374/CEE: ossia, di nuovo, l'onere di *disclosure* del responsabile *sussidiario*, tenuto ad apprestare al danneggiato la indicazione del produttore *effettivo* al fine di essere estromesso dal giudizio, appare dotato di un potenziale espansivo.

In definitiva, la disciplina della responsabilità del fornitore risulta bensì idonea ad essere evocata, ogniqualvolta il produttore *apparente* non riuscisse a provare la mala fede del danneggiato.

Ma, se si considera che la prova della mala fede, per solito, finisce per implicare la conoscenza della identità del produttore *effettivo* (anche) da parte del soggetto cui il segno apposto sul prodotto si riferisce, in un'ottica semplificatrice, e valorizzante il dato letterale – l'assenza, si vuol intendere, di puntuali riferimenti, nel disposto dell'art. 3 Dir. n. 85/374/CEE, non soltanto alla buona fede come elemento costitutivo, sibbene pure alla mala fede come elemento impeditivo –, di essa potrebbe predicarsi, senza troppi indugi, un'applicazione *a prescindere* da qualunque indagine in ordine allo stato gnoseologico del danneggiato.

Quest'ultima costruzione, nel senso dell'*assoluta* irrilevanza sostanziale della buona o mala fede del danneggiato, si concilierebbe, più ampiamente, con l'idea che la fattispecie effettuale dell'apparenza giuridica possa consistere nel *solo* elemento *oggettivo* (situazione di apparenza) [77]. Già si è speso, al riguardo, il rilievo che una tale fattispecie si collocherebbe in un'area *funzionale* al confine con quella del formalismo, espandendo, *nella massima misura possibile*, l'onere di conservazione del produttore *apparente*; ma, in punto di *struttura*, conserverebbe una propria autonomia, non essendo (*in toto*) predeterminate positivamente le circostanze di fatto costitutive dell'apparenza [78].

Una soluzione non dissimile, d'altra parte, è recepita, dalla giurisprudenza italiana, in ciò che ammette la pronunzia di una dichiarazione di fallimento [79] in confronto del soggetto il quale, col proprio fatto, abbia ingenerato nei terzi il convincimento che agisse come socio (illimitatamente responsabile) della società (di persone) fallita: qui, si badi, la tutela non è limitata ai terzi (acquirenti o creditori) in buona fede, ma viene estesa «*indiscriminatamente alla massa dei creditori concorsuali*» [80]. Non è questa, beninteso, la sede per sotto-

[77] Resterebbe ancora astrattamente concepibile, semmai, la eventualità di una *exceptio doli*: fondata non sulla (mera) mala fede, quanto su una domanda del danneggiato motivata dalla di lui intenzione di agire a danno del produttore *apparente*.

[78] Un tanto, comunque, non dovrebbe punto sorprendere, se si conviene che «*l'autonomia dal diritto comune nazionale faccia assurgere la normativa europea, spesso compartimentalizzata, ad un fattore di ibridazione di concetti giuridici*» (qui, del resto, già non sempre distinti in modo nitido nel diritto *interno* straniero, e già *astrattamente* suscettibili di avvicinamento giusta il diritto italiano; v. *supra*, § 3): per questo rilievo, v. S. PAGLIANTINI, In memoriam *del consumatore medio*, cit., 3.

[79] Oggi, naturalmente, *liquidazione giudiziale*, in conformità degli artt. 121 ss. del *Codice della crisi d'impresa* (d.lgs. 12.1.2019, n. 14).

[80] Così, il noto arresto di Cass. 24.11.1998, n. 11912, in *Mass. Giur. it.*, 1998; *adde*, di recente, Cass. 26.11.2008, n. 28225, in *Leggi d'Italia*; e già, nella giurisprudenza di merito, Trib. Modena 5.12.1962, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 238. Sul tema, da ultimo,



porre l'orientamento ad una disamina critica; a voler astrarre la regola di decisione, cercando di razionalizzarne il fondamento e *dogmatizzarla*, si potrebbe, peraltro, teorizzare che, ogniqualvolta il fenomeno oggettivo alla base dell'apparenza avesse una portata non meramente *individuale* – nel senso che rilevasse, piuttosto che un *atto*, un'*attività* del soggetto: implicante, *per propria vocazione*, la relazione con una *pluralità* di terzi (è il caso, fra le altre, dell'attività *imprenditoriale*) –, esigenze (assiologiche) di *massimizzazione* dell'onere di conservazione di colui che desse adito all'apparenza, e (pratiche) di semplificazione processuale, si scarichino in una tutela dei terzi indipendente dall'accertamento, *singulatim*, della relativa buona o mala fede [81].

La medesima logica – pure (in certa misura) echeggiata, sia detto per inciso, da una giurisprudenza europea, in materia di *responsabilità del venditore-professionista* (*ex* art. 1, comma 2, lett. *c*, Dir. n. 1999/44/CE) *per difetto di conformità* del bene al contratto [82] – potrebbe, allora, estendersi, *mutatis mutandis*, alla ipotesi dell'apparenza *produttiva*.

---

cfr., in dottrina, A. Bassi, *L'apparenza come criterio di imputazione della responsabilità per l'esercizio dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2016, 751 ss.

[81] Riuscendo tale accertamento assorbito, in sostanza, dal ricorrere di un *errore collettivo possibile* (*i.e.* dall'elemento oggettivo dell'apparenza). Sembra muoversi su un terreno argomentativo non dissimile, del resto, App. Lecce 22.2.1997, in *Arch. civ.*, 1998, 309. Quanto affermato nel testo non vuole negare, beninteso, che pure l'apparenza *ereditaria*, della qualità *di creditore* e via elencando possano riferirsi, *accidentalmente*, ad una *pluralità* di atti (ben potendosi concepire, insomma, una pluralità di acquisti, a vantaggio di molteplici terzi, da quanti *appare* erede, aventi ad oggetto diversi beni ereditari; od una pluralità di pagamenti, effettuati da vari debitori, e ricevuti dal medesimo creditore *apparente*). Ma non è chi non veda lo scarto fra tali situazioni e quelle che implicano, *naturalmente*, il ricorrere di una siffatta *pluralità* d'interazioni, in quanto *connaturata* alla qualità *apparente*. Le esigenze assiologiche di cui si è fatta menzione, del resto, sarebbero tanto più giustificate, in quanto l'apparenza si appuntasse su uno *status* soggettivo, per sua natura, *affidante*.

[82] Ci si riferisce, in particolare, a CGUE 9.11.2016, C-149/15, in *Leggi d'Italia*, concernente una fattispecie di vendita (di beni di consumo: segnatamente, un veicolo a motore) perfezionata, per conto di un privato-venditore, da un *professionista*-intermediario (segnatamente, un'autofficina), con modalità tali da indurre il consumatore-compratore a confidare sulla qualità di proprietario del secondo: nella specie, al contratto viene applicata la disciplina delle vendite *B2C* (di beni di consumo). Nel riferirsi alla pronuncia, orientata – secondo l'avviso dei giudicanti – a preservare «*un livello elevato di protezione dei consumatori e, di conseguenza, la [loro] fiducia*», S. Pagliantini, In memoriam *del consumatore medio*, cit., 19 s., osserva che «*la buona fede dell'acquirente viene presunta*» e che «*la tutela è somministrata non andando preliminarmente a scandagliare se ricorresse un'apparenza affidante quanto e piuttosto per il fatto oggettivo che sia stata creata un'apparenza* (…) *la Corte tipizza in realtà una presunzione* iuris tantum *di venditore di bene di consumo in capo a quel professionista che alieni invece per conto di un privato*».

JUS CIVILE



CASS. CIV., SS. UU., SENT. 12 GENNAIO 2023, N. 651

Nelle controversie soggette *ratione temporis* al T.U. n. 327 del 2001, l'esecuzione del decreto di esproprio con l'immissione in possesso del beneficiario dell'espropriazione nel termine perentorio di due anni costituisce condizione sospensiva di efficacia del decreto di esproprio, con la conseguenza che esso, se non è tempestivamente eseguito, diventa inefficace e la proprietà del bene si riespande immediatamente in capo al proprietario, perdendo rilevanza la questione dell'usucapione, salvo il potere dell'autorità espropriante di emanare una nuova dichiarazione di pubblica utilità entro i successivi tre anni, nel qual caso dovrà essere emesso un nuovo decreto di esproprio, eseguibile entro l'ulteriore termine di due anni di cui all'art. 24, comma 1. Nel caso in cui il decreto di esproprio sia tempestivamente eseguito con la tempestiva redazione del verbale di immissione in possesso ma il precedente proprietario o un terzo continuino ad occupare o utilizzare il bene, si realizza una situazione di mero fatto non configurabile come possesso utile ai fini dell'usucapione.

FABRIZIO PONZÙ DONATO

Dottore di ricerca in Diritto civile – Università degli Studi di Messina

POSSESSO *AD USUCAPIONEM* ED ESPROPRIAZIONE

SOMMARIO: *1. Il caso per condurre nuove riflessioni sul tema. – 2. Decreto di espropriazione e possesso: normative a confronto. –* 3. *Ipotesi di possesso* ad usucapionem *in rapporto al decreto di espropriazione. – 4. Interruzione del possesso mediante decreto di espropriazione. – 5. Decreto di espropriazione ed efficacia traslativa della proprietà a favore della P.A. – 6. Effetti del decreto di espropriazione sulle situazioni sussistenti sul bene. –* 7. Segue. *Degrado del possesso in detenzione. – 8. Caratteri del possesso. – 9. Conclusioni.*

1. – Con la sentenza n. 651 del 13.01.2023 [1] le Sezioni Unite della Corte di Cassazione analizzano il rapporto intercorrente tra gli effetti del decreto di esproprio di un immobile da parte della Pubblica Amministrazione ed il possesso rilevante *ad usucapionem* [2] esercitato da una società privata con riferimento allo stesso.

[1] Cass. civ., sez. un., 13 gennaio 2023, n. 651, in *www.onelegale.wolterskluwer.it.*

[2] Vedasi per la definizione del possesso rilevante *ad usucapionem* R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm.,* diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, Milano, 2014, III, 468 ss., in cui si critica la tesi secondo la quale s'identifica tale possesso quale idoneo a realizzare l'usucapione soffermandosi unicamente sul carattere dell'inequivocabilità del comportamento posto in essere dal possessore laddove invece sarebbe auspicabile valutarlo ai sensi dell'art. 1140 cod. civ. e pertanto "inscindibile da una situazione di potere e di esercizio" protratto nel tempo e conforme alle manifestazioni di esercizio tipiche dell'inquadramento tradizionale dell'istituto.



La vicenda si riferisce all'espropriazione di un terreno e del sovrastante fabbricato effettuata da parte del Comune di Roma. Peraltro la procedura espropriativa si arrestava perché la P.A., dopo l'emanazione e la notifica del decreto, non poneva in essere comportamenti rilevanti al fine di dar seguito alla dichiarazione di pubblica utilità né si immetteva nel possesso dell'immobile.

Successivamente, la società citava in giudizio il Comune davanti al Tribunale di Roma [3] anche per l'accoglimento della domanda di avvenuta usucapione in suo favore in ragione del possesso utile ai fini dell'acquisto della proprietà. Possesso realizzatosi in capo a detta società con la maturazione del ventennio in quanto cumulato con quello di altra società sua dante causa, che non aveva mai smesso di avere la disponibilità materiale dei beni poiché l'ente espropriante non aveva mai provveduto ad occuparli.

I giudici di merito in primo ed in secondo grado rigettavano le richieste avanzate dalla società.

La controversia giungeva poi dinanzi alla Suprema Corte [4] che rimetteva la soluzione alle Sezioni Unite dal momento che in ordine al rapporto tra possesso *ad usucapionem* ed espropriazione si danno in giurisprudenza diverse tesi.

Secondo un orientamento tra gli effetti del decreto di espropriazione di un immobile da parte della P.A. vi sarebbe quello dell'estinzione del possesso esercitato da un privato, mentre secondo un altro, il possesso del privato verrebbe meno solo in presenza di un comportamento attivo del Comune con il quale si manifesti l'*animus possidendi* [5].

Le Sezioni Unite si sono pronunciate, al fine di dirimere la questione interpretativa, affermando due principi di diritto.

Secondo il primo, nelle controversie soggette al regime normativo antecedente all'entrata in vigore del T.U. n. 327/2001 [6] il decreto di esproprio validamente emesso e a cui non ha fatto seguito alcuna immissione in possesso o notifica dello stesso, comporta la perdita dell'*animus possidendi* in capo al vecchio proprietario con la conseguenza che, per l'esercizio di un nuovo periodo possessorio utile per l'usucapione, occorre un atto di *interversio possessionis*.

Secondo l'altro principio di diritto, nelle controversie soggette *ratione temporis* al T.U. n. 327/2001, l'esecuzione del decreto di esproprio con immissione in possesso nel termine perentorio di due anni costituisce condizione sospensiva di efficacia del decreto stesso e, se non eseguito, ne deriva che perde rilevanza la questione dell'usucapione da parte del privato. In tal caso, infatti, la proprietà si espande nei confronti del precedente proprietario, mentre se l'ente provvede a dare esecuzione al decreto mediante redazione del verbale di immissione in possesso, si ha una situazione di mero fatto per ciò che concerne il vecchio proprietario o il terzo, non configurandosi un possesso *ad usucapionem*.

La vicenda analizzata, al netto del percorso logico seguito dalle Sezioni Unite, fornisce allora l'occasione per trattare la tematica del rapporto tra il possesso *ad usucapionem* e l'espropriazione.

---

[3] V. Trib. Roma, 9 marzo 2011, n. 5066, in *www.dejure.it*, in cui si ritiene che il possesso esercitato dal Comune debba intendersi quale possesso solo "animo" e che lo stesso sia impeditivo dell'acquisto del diritto di proprietà mediante usucapione da parte del privato.

[4] Cass. civ., 20 giugno 2022, n. 19758, in *Foro it.*, 2022, 2347 ss.

[5] Per il primo orientamento secondo cui la notifica del decreto di espropriazione determina la perdita dell'*animus possidendi* in capo al destinatario del provvedimento v. *ex multis* Cass. civ., sez. II, 2 ottobre 2018, n. 23850; Cass. civ., sez. II, 14 giugno 2016, n. 12230, Cass. civ., sez. I, 21 marzo 2014, n. 6742, Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2007 n. 13669, in *www.dejure.it;* per l'altro orientamento contrario si rimanda a Cass. civ., sez. II, 14 marzo 2014, n. 5996, Cass. civ., sez. II, 14 novembre 2013, n. 25594, Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2000, n. 5293, Cass. civ., sez. II, 4 dicembre 1999, n. 13558, Cass. civ., sez. II, 6 giugno 1983, n. 3836, in *www.dejure.it*.

[6] Per una disamina delle ragioni che hanno condotto all'emanazione della legge v. A. Di Mario, *La partecipazione al procedimento di imposizione del vincolo espropriativo*, in *Urb. app.*, 2004, 873.



2. – Al fine di determinare la disciplina applicabile alla materia occorre premettere che nel 2001 si è avuta la riforma della materia dell'espropriazione, in precedenza regolata dalla legge del 1865.

Prescindendo ora dall'analisi della fattispecie, è importante mettere a confronto le due disposizioni per intendere correttamente il significato e la portata delle previsioni vigenti.

La legge 2359 del 22 giugno 1865[7] prevedeva le modalità inerenti la procedura di espropriazione nell'ambito del capo V, sezione I rubricata "Decreto che pronuncia l'espropriazione e l'occupazione dei beni: suoi effetti rispetto al proprietario espropriato". L'art. 50 statuiva espressamente che la proprietà dei beni soggetti ad espropriazione per causa di pubblica utilità passava in capo all'espropriante dalla data del decreto emanato dal prefetto che pronuncia l'espropriazione, mentre l'art. 52 statuiva che una volta pronunciato il decreto di espropriazione tutti i diritti reali sussistenti non si potevano far valere sul bene espropriato, bensì solo sull'indennità.

Il D.P.R. 327 dell'08.10.2001 all'art. 24 comma I e VII, prevede invece il termine di due anni per dare esecuzione al decreto di espropriazione su iniziativa dell'autorità espropriante o del suo beneficiario mediante il verbale di immissione in possesso. Decorso tale termine, entro i successivi tre anni può essere emanato un ulteriore atto che comporta la dichiarazione di pubblica utilità.

È dunque disposto che l'efficacia del decreto di espropriazione è condizionata al rispetto di un termine perentorio ed alla necessità di redigere un verbale di immissione in possesso previo espletamento di comportamenti concludenti.

La pronuncia della Cassazione del 2023 riprende una vicenda regolata dalla legge del 1865. L'analisi che verrà condotta, pur tenendo conto anche della disciplina previgente, è focalizzata ovviamente sulla normativa in vigore, d'altra parte considerata per più aspetti anche nella decisione delle Sezioni Unite.

3. – La circostanza che il possesso *ad usucapionem* si perfeziona dopo un dato tempo previsto dalla legge consente invero di distinguere svariate ipotesi nel rapporto con la procedura espropriativa. E così può darsi che:

a) il possesso sia sorto e si sia perfezionato prima del decreto di espropriazione, dovendosi poi distinguere il caso, di particolare rilievo, in cui ricorre un possessore diverso dal proprietario, al quale il decreto di espropriazione viene oppure non viene notificato, dal caso, più semplice, del proprietario – possessore destinatario di tale notifica;

b) il possesso sia iniziato prima del decreto di espropriazione e però la disponibilità del bene permanga successivamente e il tempo per l'usucapione si sia perfezionato dopo la notifica di tale decreto e però anteriormente o successivamente (due diverse ipotesi) all'immissione in possesso da parte della P.A. Ed anche in questo caso dovendosi ulteriormente distinguere l'eventualità in cui il possessore sia lo stesso proprietario al quale è notificato il decreto, dal caso che il possessore sia persona diversa dal proprietatrio;

c) il possesso sia iniziato e si sia perfezionato successivamente alla notifica del decreto di espropriazione al proprietario e /o all'immissione in possesso, possesso di un soggetto di regola ovviamente diverso dal proprietario stesso, ma anche in ipotesi dello stesso proprietario.

Venendo all'esame dei tre casi, nell'ipotesi *sub* a non si può dubitare che il possessore *ad usucapionem*, se diverso dal proprietario del bene, sia a sua volta per il decorso del termine divenuto proprietario.

[7] Per un'analisi della normativa del 1865 in merito alla possibilità di configurare il procedimento espropriativo come tipicamente "contenzioso" v. E. CASETTA – G. CARBONE, *Espropriazione per pubblico interesse*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 3 ss.



Cosicché se la P.A. notifica il decreto di espropriazione al proprietario formale, chi ha posseduto per il tempo richiesto per l'usucapione già prima del decreto può senz'altro far valere tale suo diritto, destinato poi eventualmente a decadere se la P.A. gli notifichi il decreto di esproprio [8].

L'ipotesi *sub b* si atteggia in termini più complessi. In questo caso il possessore (persona diversa dal proprietario) non ha perfezionato l'acquisto per usucapione al tempo del decreto di esproprio, che viene quindi notificato al solo proprietario (soggetto diverso dal possessore).

L'acquisto del diritto di proprietà per usucapione si perfeziona infatti solo nel momento in cui si completa la fattispecie, ovvero alla scadenza del termine legislativamente previsto per il singolo tipo di usucapione.

E però se il possessore (persona diversa dal proprietario o lo stesso proprietario) permane nella disponibilità del bene, con inattività da parte della P.A., e successivamente si perfeziona il tempo per usucapione, occorre verificare se tale disponibilità integri una situazione di possesso o di detenzione e se tale ultima situazione si produca eventualmente con la notifica del decreto o con l'immissione in possesso.

L'ipotesi *sub* c riguarda il possesso iniziato e conclusosi successivamente alla notifica del decreto di espropriazione. Per questa, come d'altra parte anche per le ipotesi precedenti, si pone la questione se la P.A. acquisisca il diritto di proprietà della *res* immediatamente ed indipendentemente dal compimento di atti successivi al decreto oppure se a tal fine sia necessario un atto d'immissione nel possesso.

Il problema del possesso ad usucapione si pone infatti in termini differenti a seconda che si acceda o no alla tesi secondo la quale il decreto di espropriazione è idoneo a far acquisire il diritto di proprietà e, conseguentemente a far decadere o evolvere qualsiasi situazione di diritto e di fatto con essa incompatibile [9].

Le situazioni di fatto insistenti sul bene espropriato potrebbero, cioè, essere sorte o perpetuarsi nella consapevolezza del diritto di proprietà vantato dalla P.A. con la conseguenza che il possesso si depotenzi in una situazione di detenzione; e però ove tale consapevolezza non ricorra, nulla esclude che tale situazione di fatto continui ad integrare un possesso.

Nell'ipotesi in cui però si acceda alla tesi secondo la quale l'acquisto della proprietà necessita di un comportamento rilevante di esecuzione del decreto da parte della pubblica amministrazione, il soggetto terzo potrebbe avviare e sviluppare un possesso utile ai fini dell'usucapione indipentemente dalla notifica del decreto di espropriazione.

4. – Per quanto riguarda gli effetti del decreto di espropriazione sul possesso, una prima questione attiene all'idoneità del decreto a costituire un fatto interruttivo del possesso.

La soluzione del problema non appare agevole in quanto è assente una normativa che preveda espressamente i comportamenti rilevanti ai fini dell'interruzione del possesso ad *usucapionem* poiché l'unica disposizione prevista in materia è l'art. 1167 cod. civ. che però non identifica espressamente quali siano tali situazioni di fatto [10].

---

[8] Cfr. I. NASTI, *Effetti del Decreto di esproprio e acquisto ad usucapionem: le evoluzioni giurisprudenziali – il commento*, in *Corr. giur.*, 2000, 1192 ss., in cui si analizzano gli effetti automatici del decreto di espropriazione in rapporto alle vicende possessorie che riguardano il bene espropriato, soffermandosi sulla possibilità del venir meno del possesso in capo al privato.

[9] V *infra* par. 5 per verificare l'idoneità del decreto di espropriazione a far insorgere un diritto di proprietà in capo alla P.A. espropriante.

[10] V. per l'analisi del rapporto tra acquisto del diritto di proprietà mediante usucapione e gli atti interruttivi del possesso con riferimento al bene espropriato C. DI CICCO, *Usucapione. Acquisto ad usucapionem della cosa comune e interruzione del possesso*, in *Giur. it.*, 2022, 1355.



Altro riferimento normativo è rappresentato dall'art. 1165 cod. civ., sebbene anch'esso non proponga un'elencazione tassativa che permetta di identificare espressamente i comportamenti rilevanti.

Le normative menzionate si riferiscono ad ipotesi di interruzione del possesso che facciano seguito ad accadimenti oggettivi e materiali che siano tali da non poter permettere al possessore di continuare ad esercitare la sua signoria sul bene, venendosi dunque a denotare in tali ipotesi un'impossibilità concreta di esercitare i poteri di fatto menzionati dall'art. 1140 cod. civ. [11].

Ed ancora in giurisprudenza [12] si è sostenuto che l'efficacia interruttiva possa essere riconosciuta a quegli atti che comportano la perdita materiale, anche temporanea, del potere di fatto esercitato sul bene o alle iniziative giudiziali mirate a provocare la privazione nei confronti del possessore usucapiente.

L'interruzione del possesso rappresenta quindi l'effetto di un accadimento oggettivo e materiale, che finisce per mettere il soggetto nelle condizioni di non potere più esercitare la signoria sul bene, avendosi dunque nella sostanza una situazione di impossibilità concreta di esercitare i poteri menzionati dall'art. 1140 cod. civ. [13].

La riflessione assume caratteri ancora più rilevanti se parametrata alla vicenda analizzata e che ha condotto alla pronuncia delle Sezioni Unite poiché in questo caso al decreto di espropriazione non ha fatto seguìto alcun comportamento o atto materiale della P.A. che potesse essere potenzialmente rilevante ai fini dell'interruzione del possesso dell'altro soggetto.

In tale ottica si segnala come parte della dottrina [14] in passato si sia interrogata in merito alla possibilità che il possesso venga interrotto materialmente non da un fatto dell'uomo bensì in forza di una determinazione giuridica dell'autorità che muti lo stato giuridico della *res* non adibendola all'uso cui originariamente era stata destinata.

Vi è però anche chi [15] ritiene che le uniche motivazioni di privazione del possesso debbano essere riferibili a fatti umani e naturali, senza poter ritenere tali le circostanze che incidono sullo stato soggettivo ovvero giuridico del bene posseduto.

5. – Una questione sicuramente centrale nella tematica è quella concernente il momento in cui il decreto di espropriazione ha efficacia traslativa della proprietà a favore della P.A [16].

Ora, mentre vigente la legge del 1865, era pacifico che il trasferimento della proprietà si realizzasse in forza ed al tempo del decreto di espropriazione, dopo l'entrata in vigore della riforma della materia del 2001

---

[11] A. GALATI, *Dell'usucapione. Artt. 1158 – 1167*, in *Il codice civile. Commentario già diretto da P. Schlesinger*, *continuato da F. Busnelli*, Milano, 2013, 260, in cui l'autore riflette circa le modalità mediante le quali devono verificarsi dei fatti rilevanti ai fini dell'interruzione del possesso.

[12] In tal senso v. e*x multis* Cass. civ. 12 novembre 1979, n. 5835 in w*ww.dejure.it*; Cass. civ. 13 febbraio 1980, n. 1016 in *www.dejure.it*; Cass. civ. 7 maggio 1982, n. 2842 in *www.dejure.it*; Cass. civ. 4 aprile 1985, n. 4837 in *www.dejure.it*; Cass. civ., 9 novembre 1988 n. 6030 in *www.dejure.it*.

[13] Per approfondire gli effetti degli atti interruttivi del possesso v. A. GALATI, *cit.*, 259.

[14] G. PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, Milano, 1921, 211, in cui si ragiona in merito all'opportunità di ritenere idonei ad interrompere giuridicamente il possesso non solo gli atti materiali ma anche quelli che prevedono effetti giuridici senza che sia necessario il verificarsi di un comportamento.

[15] V. A. GALATI, *cit.*, 261.

[16] V. per la disamina del procedimento espropriativo e per l'analisi degli effetti del decreto di espropriazione L. MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica* utilità, a cura di F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, G. DE MARZO, L. MARUOTTI, Milano, 2003, 142 ss.; S. GATTO COSTANTINO, P. SAVASTA, *Manuale dell'urbanistica, dell'edilizia e* dell'espropriazione, Roma, 2012, 2, 920 ss.; F. SAITTA, *Verso un "giusto" procedimento espropriativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 643 ss.



si assiste ad un rovesciamento di prospettiva nel senso che la proprietà del bene non passa all'Autorità espropriante al tempo del decreto di esproprio bensì successivamente, quando viene effettuata l'immissione in possesso. La legge prevede infatti che l'efficacia del decreto è sospesa condizionatamente sino alla redazione del verbale di immissione, che deve essere posta in essere entro due anni dal decreto a pena di decadenza dei suoi effetti.

Se dunque la P.A. non diventa proprietaria se non con l'immissione in possesso, anteriormente a tale momento e quindi anche successivamente al decreto di esproprio, la proprietà permane in capo all'espropriato e di conseguenza anche il possesso del bene.

Sul punto le Sezioni Unite non si soffermano espressamente ma dalla loro ripetuta affermazione che il decreto di esproprio è condizionato sospensivamente non può non ricavarsi la persistenza della situazione proprietaria in capo all'espropriato. Si tratta naturalmente di una titolarità precaria, destinata con tutta probabilità a venir meno con il prodursi della condizione (il verbale di immissione in possesso), ma comunque tale e comportante il diritto al godimento del bene.

Ove non segua nel biennio al decreto di esproprio la formale immissione in possesso la legge dispone che entro il successivo triennio possa essere emanata un'ulteriore dichiarazione di pubblica utilità con successivo decreto di esproprio. Si conferma così che con il primo decreto di espropriazione non seguito dall'immissione la proprietà è rimasta all'espropriato; le Sezioni Unite discorrono al riguardo ma impropriamente di "ripristino automatico" in capo al proprietario e però, come si è visto, questi non perde mai la titolarità del diritto che, in assenza dell'immissione in possesso da parte della P.A., può essere esercitato in tutte le sue modalità.

Con l'ulteriore prevedibile conseguenza che si darà anche un possesso, o dello stesso proprietario o di un terzo, il quale abbia comunque interesse a livello probatorio a dimostrare di essere tale, rilevante ai fini dell'usucapibilità del bene.

6. – La Cassazione nell'ordinanza 19758 del 2022, e con riferimento alla situazione vigente la legge del 1865, in relazione al problema del degrado del possesso in mera detenzione afferma che la notifica del decreto di esproprio determini la perdita dell'*animus* nonostante il precedente proprietario o un diverso soggetto continuino ad esercitare sulla *res* delle attività che corrispondano all'esercizio del diritto di proprietà. Le Sezioni Unite nella pronuncia resa recentemente dimostrano di voler condividere tale orientamento sia con riferimento al regime applicabile prima dell'entrata in vigore del T.U. che per il periodo successivo.

Il decreto di espropriazione per pubblica utilità ha, infatti come si è già detto, nella legge del 1865 un'efficacia traslativa della proprietà in favore del soggetto espropriante e tra gli effetti vi è quello dell'estinzione di tutti i diritti reali e personali vantati dal precedente proprietario o dai terzi [17], compreso – si afferma – il venir meno del possesso con la conseguenza che chiunque sia intenzionato ad usucapire la cosa dovrebbe compiere un atto di *interversio possessionis*.

Nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, la Suprema Corte [18] ha sostenuto che il soggetto che abbia una relazione con il bene nel momento in cui sia stato destinatario della notifica del decreto di espropriazione per pubblica utilità, non potrebbe non acquisire la consapevolezza dell'alienità dello stesso e dell'im-

[17] Sul punto cfr. I. NASTI, *cit.*, 189, che analizza gli effetti del decreto di esproprio secondo l'impianto normativo del 1865, tra cui rileva l'estinzione dei diritti reali vantati dal precedente proprietario o dai terzi.

[18] Cass. civ., sez. II, 20 giugno 2022, n. 19758, *cit.*



possibilità di utilizzarlo come se fosse proprio anche nell'ipotesi in cui dovesse rimanergli la disponibilità materiale.

In conclusione sul punto, secondo questo orientamento giurisprudenziale, l'acquisto della proprietà in capo all'espropriante avviene a titolo originario, con la pienezza dovuta alla necessità di utilizzare il bene per realizzare l'opera di utilità pubblica di modo che la *res* transiti nel patrimonio indisponibile dell'ente per tutto il tempo necessario per il compimento di tale opera [19].

In conformità a questo orientamento è stato precisato [20] che tale passaggio di proprietà determina come conseguenza il mutamento dell'*animus* in capo al soggetto proprietario, anche nel caso in cui alla manifestazione del consenso non faccia seguito la consegna.

Con riferimento alla disciplina vigente del 2001 le Sezioni Unite confermano l'orientamento in discorso con la precisazione che per il venir meno del possesso del proprietario o di un terzo non è sufficiente il decreto di esproprio ma è necessaria l'immissione in possesso da parte dell'autorità espropriante, dopo di che l'eventuale continuazione del godimento o della disponibilità in fatto del bene da parte dell'espropriato o anche di un terzo non rileverebbe come possesso utile ai fini dell'usucapione. E quindi – si può affermare – si tratterebbe di detenzione se non addirittura di una tolleranza.

7. – Con riguardo al problema del degrado del possesso in mera detenzione, sembra, però, necessario distinguere il soggetto proprietario possessore che riceve la notifica del decreto di espropriazione dal soggetto terzo che esercita un potere di fatto sulla *res* e che non abbia ricevuto la notifica del decreto di espropriazione.

Giova premettere come le Sezioni Unite sul punto abbiano accennato alla questione, senza però diversificare espressamente la posizione del soggetto terzo esercente una situazione di fatto sul bene oggetto della procedura di espropriazione.

Nel caso in cui al soggetto venga notificato il decreto, questi viene a conoscenza della probabile sussistenza di una situazione proprietaria della P.A. sul bene [21] e pertanto la relazione con il bene si potrebbe tramutare in detenzione [22].

Nel caso in cui invece si faccia riferimento alla presenza di un soggetto terzo possessore di fatto del bene oggetto del provvedimento di espropriazione ma che non riceve la notifica dello stesso, si andrebbe incontro ad effetti diversi a seconda delle disposizioni normative applicabili.

---

[19] V. *contra* Cass. civ., sez. II, 14 marzo 2014, n. 5996, Cass. civ., sez. II, 14 novembre 2013, n. 25594, Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2000, n. 5293, Cass. civ., sez. II, 4 dicembre 1999, n. 13558, Cass. civ., sez. II, 6 giugno 1983, n. 3836, in *www.dejure.it*, in cui in materia di rapporto tra decreto di espropriazione e possesso esercitato sull'immobile da parte di un soggetto terzo ai fini dell'acquisto della proprietà mediante usucapione, sarebbe ritenuta superflua la sussistenza di un atto d'interversione da parte dell'espropriato, dal momento che l'esproprio si realizza contro la volontà di quest'ultimo, in capo al quale può persistere la volontà di tenere la cosa presso di sé, quantomeno fino a quando non vi sia l'occupazione da parte dell'ente[19]. Il menzionato orientamento troverebbe anche riscontro nell'art. 48 della legge n. 2359 del 1865, successivamente modificata dalla legge n. 391 del 20 marzo 1968, che prevedeva una netta divisione tra i momenti di perdita del diritto di proprietà e del successivo acquisto del possesso quale prodotto dell'occupazione.

[20] Cfr. per il venir meno del possesso sui beni oggetto del procedimento di espropriazione a seguito dell'emanazione del decreto N. RUMINE, *Decreto di esproprio e circolazione del possesso in mancanza di occupazione del bene*, in *giustiziacivile.com*, 2022, 4 ss.

[21] Per una riflessione sulla possibilità che l'ente acquisisca la proprietà del bene a seguito della notificazione del decreto di espropriazione v. *infra* par. 5.

[22] V. *infra* par. 8 per le riflessioni circa la possibilità che, a seguito della notifica del decreto di espropriazione da parte della P.A al privato, il possesso di quest'ultimo si tramuti in detenzione.



Ove la disciplina applicabile *ratione temporis* sia quella del D.P.R. 327 del 2001, nella quale è previsto il termine di due anni per dare esecuzione al decreto di espropriazione su iniziativa dell'autorità espropriante o del suo beneficiario mediante il verbale di immissione in possesso, ciò comporta verosimilmente che la P.A venga a conoscenza della sussistenza del possesso da parte di un terzo del bene durante le operazioni prodromiche alla redazione del verbale. Cosicché potrebbe provvedere a notificare il decreto a quest'ultimo e conseguentemente il terzo tramuterebbe la sua situazione da possesso in detenzione.

Nell'evenienza in cui, invece, si applicasse la normativa del 1865, come nel caso dell'ordinanza dalla quale si è preso spunto per la riflessione sul tema, non è prevista alcuna procedura di immissione in possesso e pertanto ben potrebbe darsi che la P.A. non venga a conoscenza della sussistenza del possesso di fatto di un terzo.

Per ciò che concerne il rapporto tra l'interesse pubblico e l'interesse del privato, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato [23] ha chiarito come la condizione per la legittimità del potere amministrativo di acquisto di un bene sia la sussistenza di un formale atto della P.A. che esteriorizzi una ponderazione degli interessi coinvolti, fungendo da fattore legittimante il sacrificio di quello privato anche nel caso in cui questo abbia una relazione fattuale con la *res* [24], di modo la decisione amministrativa, come nel caso del decreto di espropriazione, sia forgiata sullo scopo di interesse pubblico [25].

Nel caso in cui si dovesse ritenere che il soggetto è detentore, per poter iniziare un possesso utile ai fini dell'usucapione, dovrebbe porre in essere un'*interversio possessionis* [26].

L'*interversio* può realizzarsi unicamente mediante due distinte modalità: una manifestazione esteriore che si concretizza nel fatto del terzo [27] o un'opposizione effettuata dal possessore nei confronti del proprietario [28].

La prima ipotesi si verifica qualora il possessore che esercita il comportamento possessorio nei confronti del bene, acquisisce dal terzo anche la proprietà mentre l'opposizione è lo strumento tramite il quale il possessore afferma la propria signoria sul bene negando quella altrui [29].

Secondo altra parte della dottrina [30], l'opposizione si sostanzia in una dichiarazione recettizia che si può manifestare in qualsiasi forma o comunque in una manifestazione di volontà nei confronti del proprietario, anche se non dichiarativa.

---

[23] Cons. Stato, sez. IV, 16 settembre 2001, n. 5230, in *Foro it.*, 2006, 71.

[24] V. A. Romeo, *Proprietà, possesso e tempo: usucapione pubblica e diritto privato*, in *Scritti in Onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 2048 ss. in cui si riflette sul rapporto tra usucapione e vicende possessorie del bene oggetto di provvedimento di espropriazione soffermandosi sulla procedura espropriativa e sugli effetti del decreto nel rapporto tra P.A. e privato.

[25] V. per ciò che concerne il principio di legalità in rapporto alla decisione amministrativa e la tutela dell'interesse privato G. Corso, *Il principio di legalità*, in Sandulli M.A .(a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 40; D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 419 ss.; A. Bartolini, A. Pioggia, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 79 ss.; F. Cintioli, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali: "dove non può la Costituzione può la legge statale"? Ossia la "trasversalità oltre se stessa"*, in *Giur. cost.*, 2008, 3072 ss.; A. Romeo, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, 551 ss.

[26] Per una disamina degli orientamenti giurisprudenziali in materia di interversione del possesso v. G. Musolino, *Possesso. Interversione e canone enfiteutico*, in. *Riv. Not.*, 2019, 167 ss.; M. Dell'Utri, *Sull'acquisto del possesso a margine di un caso di interversione*, in *Giur. it.*, 2020, 1356.

[27] Cass. civ., 20 dicembre 2016, n. 26327 in *www.dejure.giuffre.it*, secondo cui l'interversione del possesso deve estrinsecarsi in un atto con manifestazione esteriore e non in un atto di volizione interna, cosicché si desuma che il detentore abbia cessato di esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui esercitandolo in nome proprio.

[28] A. Montel, M. Sertorio, *voce Usucapione*, in *Noviss. Dig. It*, Torino, 1975, 302.

[29] C. Di Cicco, *cit.*, 1353.



In ogni caso è necessario che lo stato soggettivo interiore del soggetto che intende disporre l'interversione del possesso si venga a palesare in un fatto oggettivo ed esteriore, dal quale si possa desumere in modo inequivocabile che il possessore *nomine alieno* abbia cessato di possedere in nome altrui, iniziando ad esercitare un possesso in proprio nome [31].

Per tale motivo le disposizioni normative che regolamentano l'interversione richiedono espressamente, al fine del suo verificarsi, che vi siano il fatto del terzo oppure l'opposizione del possesso, essendo queste delle realtà materialmente esterne, a decorrere dal verificarsi delle quali è possibile in concreto ricavare l'avvenuto mutamento del titolo. [32]

La giurisprudenza [33] ha anche affermato sul punto che l'opposizione può consistere in un comportamento materiale purché idoneo a manifestare il suo nuovo stato di fatto, identificando la cosiddetta "interversione di fatto".

Questa si realizza nel concreto mediante il compimento di attività materiali che permettano di manifestare in modo inequivocabile il potere sul bene e permettano di vantare il diritto inerente il possesso in contrapposizione a quello vantato dal titolare della cosa [34].

8. – La Cassazione afferma, come si è visto, che la notifica del decreto di espropriazione, comportando la consapevolezza dell'acquisto della proprietà da parte della P.A., trasformerebbe la situazione di fatto sul bene da possesso in detenzione.

Si è già rilevato come tale trasformazione riguarda solo il possesso del proprietario espropriato e non certo quello di un mero possessore al quale il decreto non è stato notificato.

Occorre, però, ora aggiungere su un piano più generale, che l'impostazione seguita dalle Sezioni Unite sembra connessa ad una concezione tralaticiamente ripresa ma inadeguata, della rilevanza dell'elemento piscologico– volontaristico del possesso.

In realtà, come è stato autorevolmente affermato in dottrina [35], la ricorrenza dell'*animus* e la sua rilevanza come momento di carattere volontaristico, se non si vuole rimanere ancorati ad un'affermazione puramente teorica, di principio, che non ha alcuna conseguenza da un punto di vista pratico, dovrebbe comportare correlativamente che rilevino quei momenti interni e psichici che caratterizzano qualsiasi determinazione di stampo volontaristico.

Ma l'analisi della disciplina del possesso dimostra come non si applichi la disciplina dei vizi della volontà o dell'incapacità di agire e pertanto nel momento in cui non è possibile constatare con riferimento al compor-

---

[30] V. autorevolmente F. GENTILE, *Possesso*, Torino, 1977, 178 ss.; F. DE MARTINO, *Del possesso, della denunzia di nuova opera e di danno temuto*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Libro III. Della proprietà, sub artt. 1140 – 1172 c.c., Bologna – Roma, 1984, 66; C. M. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, Milano, 2017, 729; L. Bozzi, *Dell'usucapione*, in *Commentario del Codice Civile*, Diretto da E. GABRIELLI. *Della Proprietà*, a cura di A. JANNARELLI, F. MACARIO, Milano, 2010, 727, R. SACCO, R. CATERINA, *cit.*, 210 ss.

[31] A. GALATI, *cit.*, 221 ss.

[32] F. GENTILE, *Il possesso*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* diretta da Bigiavi, Torino, 1977, 183.

[33] Cass. civ., 10 ottobre 2007, n. 2152, in *www.onelegale.wolterskluwer.it*; Cass. civ., 18 febbraio 1995, n. 1802, in *Mass. Giur. It.*, 1995.

[34] V. anche tra le altre Cass. civ., 26 agosto 2021, n. 23458, in *Mass. Giust. Civ.*, 2021.

[35] V. autorevolmente per un'analisi critica della rilevanza dell'elemento dell'*animus* con riferimento al possesso *C*. M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato,* Milano, 2018, 236; E. CARBONE, *Sopra alcuni orientamenti giurisprudenziali in materia di possesso*, in *Giust. Civ.,* 2019, 545 ss.; F. DE MARTINO, *Del possesso, artt. 1140 – 1172*, in *Comm. Cod. civ.*, SCIALOJA – BRANCA, Bologna – Roma, 1984, 1 ss.



tamento possessorio che sia viziato perché il soggetto era incapace, non si giustifica la rilevanza di questa componente soggettivistica.

Ed in effetti anche parte della giurisprudenza [36] recentemente ha abbandonato il ricorso al criterio soggettivo dell'*animus* quale fondamento del possesso, per dare rilevanza all'estrinsecazione oggettiva del potere di fatto esercitato sul bene in difetto di un titolo che legittimi l'attribuzione di un diritto su quest'ultimo. Ed anche in dottrina si è identificato l'*animus* quale elemento di "incerta natura psichica o spirituale" [37], che non trova riscontro in alcun dato normativo vigente.

Da altra dottrina si conferma invece la tesi [38] secondo cui rileverebbe ai fini possessori anche l'*animus possidendi*, il quale richiama un momento di carattere psicologico– soggettivo-volontaristico di carattere essenziale e costitutivo del possesso, rappresentando una sorta di volontà di assoggettare la cosa e di svolgere sulla stessa poteri propri di un proprietario [39].

La rigida contrapposizione tra la concezione oggettivistica e quella soggettivistica del possesso tuttavia è stata mitigata dal pensiero di chi [40] autorevolmente ha sostenuto che, nella fase iniziale del possesso, è necessario che il soggetto del potere si ingerisca sulla *res* mentre nelle fasi successive l'ingerenza ben potrebbe essere sostituita dalla semplice possibilità di riottenere la disponibilità della cosa con comportamento potestativo proprio o a seguito dell'accadimento di eventi naturali prevedibili.

9. – In conclusione una moderna concezione oggettiva del godimento di fatto non sembra coerente con l'affermazione secondo cui il decreto di espropriazione comporterebbe la trasformazione della situazione di fatto ricorrente sul bene da possesso a detenzione.

Anche ponendosi in una prospettiva psicologico – soggettiva, si è già notato come nell'ipotesi in cui il possessore sia persona diversa dal proprietario al quale il decreto è notificato, non venendo tale possessore a conoscenza dell'espropriazione, non si può affermare che il suo *animus* sia mutato.

---

[36] *Ex multis* cfr. Cass. civ. 20 novembre 2020, n. 26521, in *www.dejure.giuffre.it* in cui la Suprema Corte statuisce che in caso di contratto di enfiteusi invalido, in mancanza di titolo legittimante l'attribuzione del diritto sulla *res*, ai fini della valutazione del possesso *ad usucapionem* assume rilievo esclusivamente il potere di fatto esercitato sulla cosa senza che possa darsi rilevanza all'*animus.*

[37] Espressione utilizzata da P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, 445 ss. e v. anche per i sostenitori della concezione oggettiva del possesso S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 s.s. c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 149 ss.; e più recentemente L. CABELLA PISU, *Il possesso*, in *Trattato dir. imm.*, diretto da G. VISINTINI, Milano, 2013, 1310 ss.; S. PATTI, *Del* possesso, in *Della proprietà*, a cura di A. IANNARELLI E F. MACARIO, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Milano, 2013, 551 ss.; F. ALCARO, *Il possesso*, in *Comm. c.c.*, già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, Milano, 2014, 7 ss.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato,* (ult. ed. a cura di ANELLI E GRANELLI), Milano, 2021, 356; E. CARBONE, *Sopra alcuni orientamenti giurisprudenziali in materia di possesso (ritorno a Scherz und Ernst)*, in *Giust. civ.*, 2019, 545 ss.

[38] R. SACCO – R. CATERINA, *cit.*, 65 ss.; F. GALGANO, *voce Possesso*, in *Enc. Giur.*, 1990, 2 ss.; A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e danno temuto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1982, 432 ss., R. CATERINA, *Il* possesso, in *Trattato dei diritti* reali, diretto da A. GAMBARO e U. MORELLO, Milano, 2008, 373 ss.; R. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992, 67 ss.; G. COMPORTI, *Beni, diritti reali e possesso*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di Bessone, Torino, 2010, 423 ss.

[39] La necessaria presenza della componente soggettivistica nell'istituto del possesso è stata in parte avallata nell'ambito del diritto sovranazionale. In particolare nel Draft Common of Reference si rinvengono dei riferimenti in tal senso. Si pensi ad esempio agli artt. 1205, 1206 e 1207 contenuti nel libro V, in cui si analizza l'istituto del possesso con riferimento ai beni immobili materiali prevedendo la necessità di "*avere il controllo materiale, diretto o indiretto su tali beni".* Tale espressione, già utilizzata dalla giurisprudenza europea sembrerebbe poter permettere di discernere due momenti: uno oggettivo, relativo al controllo materiale sul bene mobile, l'altro soggettivo, inerente l'intenzione di agire come se si fosse proprietari e dunque di ritenere necessario anche un momento volontaristico.

[40] R. SACCO, voce *Possesso*, in *Enc. Dir*, Milano, 1985, 504 e ss.



Ma anche riferendosi alla posizione del proprietario – possessore al quale è notificato il decreto di espropriazione, si è già visto come non si verifichi l'acquisto del possesso in capo alla P.A. ed il venir meno del possesso del proprietario o del terzo.

La normativa vigente richiede, infatti, come si è constatato, che entro due anni dal decreto di espropriazione l'autorità espropriante ne dia esecuzione mediante un verbale di immissione in possesso, il che lascia intendere che anteriormente a tale verbale la P.A. non ha acquisito il possesso [41].

Diversamente deve opinarsi per il caso in cui la P.A. si immetta materialmente ed effettivamente nel godimento del bene. Nel qual caso il possesso dell'espropriato o anche del terzo di fatto possessore deve ritenersi suscettibile di essere considerato interrotto.

L'interruzione e lo stesso venir meno del possesso si verificano in particolare – si potrebbe ritenere – solo se la P.A. dopo il verbale di immissione in possesso in fatto utilizzi il bene per le finalità previste (ad esempio avviando la costruzione dell'opera pubblica). Ove viceversa nonostante il verbale di immissione rimanga inattiva e assente e il possessore, invece, riprenda e continui entro l'anno la relazione oggettiva di godimento del bene, l'interruzione giuridicamente non si realizza.

La permanenza del possesso, nei casi e alle condizioni sinora previste, è utile ai fini dell'usucapione, che può perciò realizzarsi anche successivamente e in presenza di un decreto di espropriazione, quando la P.A. rimanga inattiva e non persegua di conseguenza la finalità pubblica per la quale l'espropriazione è stata disposta.

[41] V. Omodei Salè, *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova, 2012, 73 ss. che sostiene che la distinzione tra possesso e detenzione si basi sul titolo, dal quale risulti la natura del diritto (reale o personale) ed il tipo di attività che il soggetto pone in essere sul bene. Si potrebbe allora sostenere che nella vicenda analizzata il titolo sia costituito dal decreto di espropriazione. In realtà la tesi non sembra rispondere al dettato normativo che la legge oggi richiede ai fini dell'acquisto del possesso da parte della P.A. il verbale di immissione. Potrebbe quindi essere più logico affermare che sia questo il titolo che fonda il possesso della P.A. e correlativamente supera o esclude il possesso dell'espropriato o comunque di chi in fatto sino ad allora godeva del bene.